

Gewerbemiete Und Teileigentum

4-6/06

6. Jahrgang

Heft 28

April/Mai/Juni 2006

S. 109-180

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

K. E. Heinz: Der Mietvertrag Kodifikationsmethoden für das Zivilrecht in Deutschland und Europa

Wirtschaft und Verbände

Difu: Stadtmarketing Status quo und Perspektiven

Gewerbemiete

Betreutes Wohnen (BGH)

Mietverlängerungsoption; Schriftform; Telefax (OLG Köln - mit Anm. Wiek)

Doppelvermietung (BGH)

Solvenznachweis zum Nachmieter (OLG Düsseldorf)

Schönheitsreparaturklausel mit starrem Fristenplan (OLG Düsseldorf)

Reparaturleistung des Mieters (OLG Karlsruhe)

Nebenkostenumlage (OLG Naumburg)

Flächenberechnung (KG)

Pachtvertrag über landwirtschaftliche Flächen im Nachlass (BGH)

Tankstellenvertrag (BGH; OLG Hamburg)

Sorgfaltspflichten des Wohnungsverwalters (OLG Koblenz)

Teileigentum

„Laden“ als Schnellimbiss (OLG Zweibrücken)

Änderung des Kostenverteilungsschlüssels der Betriebskosten (OLG Schleswig)

Wettbewerb

Kommunal vermietete Gewerbefläche an Schilderträger (BGH)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Umschau Juni 2006

Jagdpacht; Mehrwertsteuer auf Pachtzins (BGH)

Steuerpflicht des Freiberuflers (BGH)

Magazin

Inhalt

Beiträge

K. E. Heinz,
**Der Mietvertrag Kodifikationsmethoden für
das Zivilrecht in Deutschland und in Europa** 111

Wirtschaft und Verbände

Deutsches Institut für Urbanistik,
Stadtmarketing Status quo und Perspektiven 116

Gewerbemiete

Beherbergungsvertrag über Hotelzimmer;
Hotelreservierung über Reisebüro (OLG Düsseldorf) 119

Betreutes Wohnen; Bindung des Servicevertrages
an den Mietvertrag (BGH) 119

Geschäftsraummiете; Theater; Haftung des Vorstands
des Theater-Trägervereins als Mieterin;
Zahlungsunfähigkeit; später Insolvenzantrag des
Vorstands; Risikobereitschaft des Vermieters
(OLG Köln) 121

Mietverlängerungsoption; Schriftform; Telefax
(OLG Köln – mit Anm. Wiek) 122

Doppelvermietung von Gewerbefläche; Parkplatz;
Erlösbeanspruchung des Erstmieters;
Differenzanspruch; verbotene Eigenmacht des
Zweitmieters (BGH) 124

Geschäftsraummiете; Solvenznachweis zum
vorgeschlagenen Nachmieter; fristlose Kündigung des
Mieters aus wichtigem Grund; Videokamera-Attrappe
(OLG Düsseldorf) 127

Gewerberaummiете; Ladenlokal; Änderungsschneiderei;
Schönheitsreparaturklausel mit starrem Fristenplan;
Schutzbedürftigkeit des Geschäftsraummieters
(OLG Düsseldorf) 127

Geschäftsraummiете; Reparaturleistung des Mieters;
Schlechtleistung (OLG Karlsruhe) 129

Geschäftsraummiете; Nebenkostenumlage ohne
vertragliche Vereinbarung; neu entstandene
Betriebskosten (OLG Naumburg) 131

Gewerberaummiете; Betriebskostenabrechnung;
Abrechnungsfrist; Ausschlussfrist für
Nachforderungen; Verwirkung einer
Nebenkostennachforderung (OLG Düsseldorf) 132

Mobilfunksendeanlage auf dem Mietshaus
(BGH – nur Leitsatz) 133

Gewerberaummiете; Flächenberechnung;
Parteivereinbarung (KG) 133

Geschäftsraummiете; Nässeschäden mit Schimmelpilz
in der Raumluft; unzureichende Mängelbeseitigungs-
maßnahme; wiederholtes Abhilfeverlangen; fristlose
Kündigung des Mietvertrags; Untersagen weiterer
Abhilferversuche (OLG Düsseldorf) 133

Geschäftsraummiете; Wasser- und Stromsperrung in
der Arztpraxis; fristlose Kündigung des Mietvertrags;
Betreten der Räume durch den Vermieter
(OLG Düsseldorf) 135

Gewerberaummiете; Mangelkenntnis; Arbeitsstätten-
verordnung; Sonnenwärmeschutz und Belüftung;
fristlose Kündigung; Abhilferversprechen;
angemessene Fristsetzung zur Mängelbeseitigung
(OLG Düsseldorf) 136

Pferdehof; Pacht; Fehlen behördlicher Nutzungs-
genehmigung; Mangelfeststellung durch vertraglich
vorgesehenen Gutachterausschuss; Pachtzins-
minderung; Zahlungsrückstand (OLG Düsseldorf) 138

Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch
aus c.i.c. wegen Umbaukosten nach gescheiterten
Mietvertragsverhandlungen (BGH) 140

Verjährungsbeginn der Vermieter-Ersatzansprüche
wegen Veränderungen und Verschlechterungen
(BGH – nur Leitsatz) 142

Pachtvertrag über landwirtschaftliche Flächen im Nach-
lass; Kündigung des Pachtvertrags; Erbengemeinschaft
als Verpächterin; Einstimmigkeitsprinzip (BGH) 142

Tankstellenvertrag; Belieferung mit Kraftstoffen;
Vertriebsverbot für Konkurrenzprodukte (BGH) 144

Tankstellenbetrieb in Pacht und als Handelsvertreter;
Familienbetrieb; Arbeitsverhältnisse bei Beendigung
des Tankstellenvertrags (BGH) 145

Tankstellen-Betriebspachtvertrag; Gerichtsstands-
vereinbarung (OLG Hamburg) 147

Flughafenbetrieb; Grundrechtsbindung;
Beeinträchtigung des Flugbetriebs durch
Demonstranten; Abwehrrechte; Hausrecht (BGH) 148

Sorgfaltspflichten eines Wohnungsverwalters;
Vermietungen; Wahrung mietvertraglichen Konkurrenz-
schutzes; Voraussetzungen eines grob fahrlässigen
Fehlverhaltens; Kündigung als überzogene Reaktion
des Mieters (OLG Koblenz) 150

Einnahmen aus Vermietung als Nutzungsvorteil des
Erwerbers eines Bauwerks bei Vertragsabwicklung;
großer Schadensersatz (BGH) 152

Erbenermittler; Vergütungsansprüche nach
deutschem Recht; Berufsbild; Geschäftsrisiko (BGH) 153

Shopping- und Bürocenter; Streitwert des Anspruchs
auf Betriebspflicht (KG) 153

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc. 154

Teileigentum

Teileigentum; „Laden“ als Schnellimbiss
(OLG Zweibrücken) 157

Teileigentum; Garagenstellplätze; Änderung des
Kostenverteilungsschlüssels der Betriebskosten;
Gleichbehandlungsgrundsatz; unmittelbare Anrufung
des WE-Gerichts (OLG Schleswig) 157

Zwangsverwaltung; GbR als Wohnungseigentümerin;
Adressat des Beitragsbeschlusses zur Herstellung der
Entwässerungsanlage (BGH) 159

Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc. 161

Wettbewerb

Kommunale Kfz-Zulassungsstelle; kommunal
vermietete Gewerbefläche an einen Schilderpräger
(BGH) 162

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. 164

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Umschau Juni 2006 165

Jagdrecht; Mehrwertsteuer auf Pachtzins und
Wildschadensverhütungspauschale; Änderung der
Rechtslage (BGH) 166

Steuerpflicht des Freiberuflers; vertragliche
Rückstellungen wegen Gewerbesteuer;
Hinweispflichten des Steuerberaters (BGH) 167

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc. 169

Magazin

Politik und Recht 170

Zahlen und Statistik 180

Impressum 178

Dr. jur. utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

Der Mietvertrag

Kodifikationsmethoden für das Zivilrecht in Deutschland und in Europa

Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahre 2001 durch ein sogenanntes Mietrechtsreformgesetz¹ unter anderem einige Regelungen, die bis dahin im Miethöhengesetz (MHG) festgelegt waren und zwingend bei der Erhöhung eines Wohnraummietzinses beachtet werden mußten, in das Bürgerliche Gesetzbuch eingebaut, wo sie nunmehr in den §§ 557 ff. zu finden sind.

Der Ausdruck „sogenannte Reform“ bedarf einer Rechtfertigung, handelte es sich hierbei doch um ein Anliegen, das über viele Jahre hinweg mit unterschiedlicher Intensität das Bundesjustizministerium und seine Gutachter beschäftigt hatte und von dem man deshalb wohl annehmen sollte, daß es auch eine hinreichende Grundlage für Neuorientierungen – oder zumindest für weitreichende Verbesserungen – in vielen Bereichen des Mietrechts bildet. Insbesondere verbindet sich aber mit dem Ausdruck „Reform“ die Erwartung rechtstheoretischer Einsichten, die jene Neuorientierungen und Verbesserungen als zwingend erscheinen lassen. Gerade solche Einsichten vermißt man jedoch bei dem Vorgehen des Bundesjustizministeriums, denn es werden im wesentlichen praktische Erwägungen erkennbar, die schließlich zur Gesetzesregelung führten; die „Mietrechtsreform“ stellt daher auch weniger ein rechtsdogmatisches, als vielmehr ein rechtspolitisches Ergebnis dar. Das läßt sich beispielhaft an der Übernahme der schon kurz zuvor erfolgten Zulassung des „Mieteintritts“ eines nichtehelichen Lebenspartners zeigen (§ 563 I 2 BGB), obgleich dogmatische Gründe nur für einen Mieteintritt des überlebenden Ehepartners nach dem Tod des Mieters sprechen und dem hinterbliebenen nichtehelichen Lebenspartner solche Gründe gerade nicht zur Verfügung stehen²! Aber auch die Regeln zur Erhöhung eines Wohnraummietzinses offenbaren rechtspolitische Zielsetzungen, die zu einiger Vorsicht bei der rechtswissenschaftlichen Bewertung mahnen; kaum etwas davon erscheint in den bekannten Kommentaren zum Gesetz.

Das Mietrecht als jüngste Privatrechtsmaterie

Daß der Mieter einen Rechtsanspruch auf den Besitz seiner Mietsache hat, gilt heute als eine selbstverständliche Regelung unseres Zivilrechts, deren Fehlen man sich kaum vorstellen kann. Nur wenigen Juristen dürfte aber bekannt sein, daß das Bedürfnis dieses Rechts erst infolge der unermüdlichen Bemühungen Rudolf (von) Jherings seit der Mitte des 19. Jahrhunderts in das allgemeine Bewußtsein trat. Maßgebend war hier bereits Jherings Schrift „Ueber den Grund des Besitz-

schutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz“ (2. Auflage 1869), die sich mit der Tradition des römischen Rechts auseinandersetzte, bezüglich des Besitzrechts bei Miete und Pacht aber insbesondere seine Schrift „Der Besitzeswille“ aus dem Jahre 1889, die schließlich zur Aufnahme des Miet- und Pachtrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch führen sollte.

Zuvor wäre der Gedanke an ein solches Recht noch ziemlich abwegig erschienen. Wer eine fremde Sache gegen Entgelt nutzen wollte, bat den Eigentümer um die Überlassung der Sache und entrichtete während deren Innehabung³ den vereinbarten Zins, während der Vermieter oder Verpächter die Sache aufgrund seines Eigentums jederzeit wieder für sich einfordern konnte. Weder kannte das römische Zivilrecht einen Besitzanspruch des Mieters oder Pächters⁴, noch etwa die deutschen Rechte. Wie Jhering einleuchtend darstellte, war dies für einen römischen Mieter oder Pächter auch gar nicht notwendig, weil er ohnehin bereits in einem (sozialen) „Klientelverhältnis“ zu seinem Vermieter oder Verpächter stand oder sich in ein solches Verhältnis fügen mußte, das ihm die Gewogenheit des Vermieters oder Verpächters verschaffte, und letzterer konnte an einem Besitz-

1) Einen kurzen Überblick zur Geschichte dieses Gesetzes bietet PALANDT-Weidenkaff (2003) Einf v § 535 Rdnr. 77.

2) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Mieteintritt des nichtehelichen Lebenspartners? Der grundrechtliche Ehe- und Familienbegriff bei der Auslegung mietrechtlicher Vorschriften, JR 1994, 89.

3) Siehe hierzu Karl Eckhart HEINZ Der Besitz. Rechtstheoretische Erkenntnisse zu einem umstrittenen Begriff, in: ders. (Hrsg.) Inhaberschaft – Eigentum – Besitz. Gesammelte Schriften zur Theorie von Gewahrsam, Eigentum und Besitz an Sachen und Informationen einschließlich Patent- und Urheberrecht (2003) S. 195.

4) Der „Mieter“ erlangte hier seine Mietsache im Wege einer sogenannten „locatio conductio“, nämlich durch einen Vertrag, in dem er sich zur Entrichtung eines Zinses für den Gebrauch der Mietsache verpflichtete; in den Gebrauch der Mietsache gelangte der Mieter einfach dadurch, daß ihm der Vermieter den Gewahrsam an der Mietsache gewährte, ihm aber eben keinen Besitz einräumte. „Gewahrsam“ ist die bloße tatsächliche Herrschaft über eine Sache, während „Besitz“ einen Rechtsanspruch auf die Sache meint, und zwar einen abgeleiteten Rechtsanspruch im Unterschied zum originären Rechtsanspruch des Eigentümers. Insofern begründete die locatio conductio rei durchaus keine Verpflichtung des Locators, und man kann hier zweifellos auch nicht von einem „bilateral consensual contract“ sprechen, vergl. Reinhard ZIMMERMANN The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (1990) S. 351; ferner konnten auch keine rechtlich begründeten „leases for an indefinite period“ – vergl. ZIMMERMANN S. 357 – aus einer locatio conductio entstehen, so wenig wie etwa „leases in perpetuity“, vergl. ZIMMERMANN S. 358. Ebenso mögen zwar „leases for a fixed term“ – vergl. ZIMMERMANN S. 355 – für den Conductor gelegentlich wünschenswert sein, führten aber gewiß nicht zu einer besitzeinräumenden „Nebenabrede“ der locatio conductio, denn dies wäre keinesfalls im wohlverstandenen Interesse des Locators gewesen; gerade die von ZIMMERMANN S. 356 angezogene Digestenstelle Paul. D. 19, 2, 54, 1 beweist das Fehlen eines Besitzrechts des Conductors, denn hier wird lediglich eine Vertragsstrafe für den vorzeitigen Rückruf der Sache durch den Locator erwähnt! Deutsche Juristen sind heute allgemein nicht in der Lage, zwischen Gewahrsam und Besitz zu unterscheiden, denn sie haben diesen Unterschied niemals kennengelernt, wie auch die deutsche Sachenrechtswissenschaft den Besitzbegriff bisher nicht befriedigend klären konnte, weil sie immer davon ausging, daß sich der Besitzbegriff sowohl auf den (tatsächlichen) Gewahrsam wie auf den (rechtlichen) Besitz beziehe; vergl. HEINZ (FN 3) ebd.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

recht seines Mieters oder Pächters kein Interesse haben, weil dies seine soziale Macht über den Klienten notwendigerweise beeinträchtigt hätte. Ähnliche Vorstellungen haben wohl die deutschen Rechtsauffassungen geprägt; noch heute bemühen sich zumeist die Mieter trotz ihrer Rechte um die Gewogenheit ihrer Sachherren (und dies aus gutem Grund, wie zu zeigen sein wird). So war auch noch Friedrich Carl von Savigny, dessen aufsehenerregende und die Besitztheorie während des gesamten Jahrhunderts beherrschende Schrift „Das Recht des Besitzes“ im Jahre 1803 erschien, der Gedanke eines Besitzrechts des Mieters oder Pächters gänzlich fremd⁵.

Erst mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch trat also im Jahre 1900 ein deutsches Mietrecht in Kraft, das dem Mieter einen ausdrücklichen Besitzanspruch einräumte. Dieser im Vertragswege frei vereinbare privatrechtliche Anspruch geriet allerdings nach dem Ersten Weltkrieg in das Visier sozialstaatlicher Politiken, die zur Linderung der Wohnungsnot nicht nur den öffentlichen und privaten Wohnungsbau förderten, sondern insbesondere auch durch Kündigungsschutz- und Miethöhenvorschriften regulierend in den privaten Bereich der Wohnungsmiete eingriffen.

Das Mietrecht als „kollektive“ Materie

Man muß sich daher nicht wundern, wenn die Dogmatik des Zivilrechts in die neue Materie des mietrechtlichen Anspruchs bisher nicht allzu weit eingedrungen ist und die Mietregelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs als jene bare Münze nahm, die sie zu sein schien: nämlich als ein Austauschverhältnis zwischen der Gewährung der Mietsache auf der Seite des Vermieters und der Zahlung des Mietzinses auf der Seite des Mieters, das gegenüber anderen rechtlichen Austauschverhältnissen – wie etwa dem „Kauf“ – offenbar kaum Besonderheiten aufwies. Immerhin wurde bemerkt, daß sich ein Kaufvertrag mit dem Austausch von Ware gegen Geld zumeist anders abwickelt als ein Mietvertrag, der nicht auf einmalige Leistungen gerichtet ist, sondern zumindest vom Mieter regelmäßig wiederkehrende Leistungen erfordert. Doch auch ein Kauf kann mit der Pflicht zu regelmäßig wiederkehrenden Leistungen verknüpft sein, wenn etwa Ratenzahlungen vereinbart sind; die Charakterisierung der Miete als „Dauerschuldverhältnis“⁶ war deshalb aus dogmatischer Sicht nicht besonders erhellend.

Dagegen haben inzwischen rechtstheoretische Untersuchungen ergeben, daß der Mietvertrag überhaupt nicht als ein Vertrag über den Austausch individualer Leistungen betrachtet werden darf, weil die hierbei zu beachtenden Interessenlagen einen ganz anderen Inhalt haben. Zwar ist richtig, daß sich der Mieter zunächst einmal für die Verfügbarkeit der Mietsache interessiert, während der Vermieter einen Ersatz dafür haben will, daß er während der Mietzeit die Sache nicht selbst gebrauchen kann, und zumeist auch eine Rendite für erbrachte Investitionen in die Mietsache erwartet. Würden sich die Interessenlagen der Beteiligten aber hierauf beschränken, so gäbe es im Grunde keinen Unterschied zwischen einer Miete und einer Pacht, denn diese Interessenlagen liegen gleichermaßen auch im Fall der Pacht vor; daß die Pacht eine beliebige Fruchtziehung durch den Pächter zuläßt, der Mietvertrag jedoch nicht, begründet schwerlich einen wesensmäßigen Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsmaterien, sondern ist, wie sich zeigen läßt, nur die logische Folge einer realen Ausgangslage, die im Fall der Pacht grundsätzlich eben jene Fruchtziehung ermöglicht.

Diese Verschiedenheit wird allerdings erst deutlich, wenn man die besondere Eigenart des Mietverhältnisses betrachtet, daß den Vermieter und den Mieter ein gemeinsames Interesse eint: die Nutzung des Mietgegenstandes. Der Mietvertrag enthält die eigentümliche Maßgabe, daß der Vermieter alle erforderlichen Investitionen in die Mietsache vornimmt, die der Mieter nutzen kann, nachdem er einen entsprechenden Mietzins geleistet hat (woraus folgt, daß ein Mietzins grundsätzlich im Voraus zu entrichten ist). Die Vorleistung des Vermieters wiederum bedingt, daß er eine Kontrolle über die Nutzung des Mietgegenstandes behält und daß er dem Mieter auch Weisungen be-

züglich der Nutzung erteilen kann (worauf etwa das Recht des Vermieters zum Erlaß einer „Hausordnung“ beruht): die Miete erscheint deshalb als delegative Form einer Besitzeinräumung⁷. Dadurch, daß grundsätzlich Investitionen in die Mietsache vom Vermieter vorzunehmen sind, behält er auch das Recht auf die Früchte aus diesen Investitionen und muß jenes Recht nur insoweit mit dem Mieter teilen, als dieser etwa zur Fruchtsorge beigetragen hat. Bei einem Pachtverhältnis werden die Investitionen zur Nutzung der Pachtsache jedoch grundsätzlich vom Pächter vorgenommen; hier gibt es kein gemeinsames Interesse von Verpächter und Pächter, und folglich steht der Pächter auch nicht unter einer weisungsberechtigenden Kontrolle des Verpächters. Während die Pacht also die bekannten Elemente eines Austauschverhältnisses aufweist, das individualen Charakter hat, ist das Mietverhältnis von einer kollektiven Verhaltensweise der Beteiligten geprägt, die sich auf das gemeinsame Interesse an der Nutzung der Mietsache richtet. Damit lassen sich aber die für rechtliche Austauschverhältnisse entwickelten Regeln nicht auf die Miete als Kollektivordnung anwenden; letztere ist eher vergleichbar mit der „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ (§§ 705 ff. BGB), auch wenn zwischen einer solchen Gesellschaft und dem Mietverhältnis erhebliche Unterschiede bestehen⁸.

Das Mietrecht als „dogmatische“ Materie

Bei den Leistungsrechten und -pflichten eines Mietverhältnisses geht es folglich auch nicht primär um eine Interpretation von Willenserklärungen, die normalerweise den Gegenstand von Auseinandersetzungen zwischen Vertragsparteien bilden und dem Grundsatz von „Treu und Glauben“ unterliegen – das heißt, moralischen Verhaltensregeln unterworfen sind – sondern um eine Ermittlung von Beiträgen⁹, deren Inhalt, Umfang und Leistungszeitpunkt sich jeweils nach dem Grundsatz der „Gerechtigkeit“ richtet; indem sich dieser Grundsatz aber an der Gleichordnung der Parteien auf der Ebene des Privatrechts orientiert, stellt er einen Rechtsgrundsatz dar, und für das hierdurch bestimmte Verhalten gelten somit rechtliche Verhaltensregeln. Lediglich der Vertragsschluß als solcher – das heißt, der Eintritt in die kollektive Beziehung – steht auch bei einem Mietverhältnis unter moralischen Verhaltensregeln, die allerdings einen wesentlichen Einfluß auf das Mietverhältnis ausüben können; hierauf wird noch zurückzukommen sein.

Die Beiträge, die sowohl vom Vermieter wie vom Mieter auf das gemeinsame Ziel des Kollektivvertrags hin geleistet werden müssen, um die Nutzung des konkreten vertraglichen Miet-

5) Alle Dogmatiker des Mietrechts im 19. Jahrhundert haben aber übersehen, daß das deutsche Recht sehr wohl bereits ein Instrument kannte, das einen Besitz gegen Leistungen gewährte: die „Lehne“ (PrALR I, 18); die gesetzliche Gestalt dieses Rechtsinstruments orientierte sich zwar noch an der Lehntradition des Mittelalters – siehe Heinrich MITTEIS Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte (1933) – doch waren die „Treueleistungen“ längst durch Geldzahlungen abgelöst. Bei zeitgemäßer Anpassung der Lehne an die Bedürfnisse, die zur Neuformulierung der Miete führten, hätte man sich also diese Mühe ersparen können. Nachdem die Lehne durch die (neue) Miete ersetzt wurde, fehlt nunmehr das frühere Mietverhältnis, das einen bloßen Gewahrsam gegen Zinsleistung bot. Auch hierfür gibt es durchaus Bedürfnisse; so spricht man von einer „Platzmiete“ in Theater oder Oper, erwartet dafür aber keinen Besitzanspruch auf den Sitzplatz, sondern ist mit einem Gewahrsam durchaus zufrieden. Dogmatisch bleibt dieses Verhältnis heute ungeklärt.

6) Siehe etwa Günther BEITZKE Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen (1948) S. 47.

7) Siehe HEINZ (FN 3) S. 218, 220; ferner ders. Risikoverteilung bei Miete und Pacht, GuT 2004, 79, sowie Europäische Verfassung. Grundlinien einer allgemeinen Verfassungstheorie und Kritik des europäischen Verfassungsprojekts 2004 (2005) S. 73.

8) So führen die „Beiträge“ in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einem Miteigentum der Gesellschafter, während bei der Miete einerseits das (delegative) Besitzverhältnis des Mieters entsteht und andererseits der Vermieter den Eigentumsanspruch auf die Mietzinszahlungen des Mieters erlangt. Aus dieser scheinbaren „Gegenseitigkeit“ darf aber nicht etwa auf ein (individuales) „Austauschverhältnis“ geschlossen werden, denn sie ändert nichts an der zugrundeliegenden Kollektivität des gemeinsamen Vertragszwecks.

9) § 706 BGB.

objekts zu ermöglichen, ergeben sich aufgrund der konkreten Umstände des Mietobjekts und der beiderseitigen Nutzungswünsche, aus deren Beziehung sie sich logisch ableiten lassen. Die Techniken, die dabei anzuwenden sind, werden von alters her der sogenannten „Topik“ zugewiesen¹⁰, finden aber in der praktischen Tendenz der zeitgenössischen juristischen Lehre leider nicht die nötige Beachtung, obgleich vor allem die bekannte Schrift Theodor Viehwegs „Topik und Jurisprudenz“ aus dem Jahre 1953 in mehreren Auflagen erschienen ist (wohl zuletzt eine 5. Auflage 1974) und eigentlich die Vermutung einer Breitenwirkung nahelegt. Diese Techniken bedürfen hier keiner näheren Darstellung, weil allein von Bedeutung ist, daß die Beitragspflichten aus dem Mietvertrag, als Ergebnis topischer Abklärung, der Willkür der Parteien entzogen sind und einer objektiven Prüfung zugänglich werden. Damit sind aber die Beitragspflichten der Mietparteien nicht nur in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbar, sondern können auch als objektiv berechnete Ansprüche geltend gemacht werden. Dies unterscheidet sie wesentlich von den subjektiv bestimmten Ansprüchen aus Individualverträgen.

Schon hieraus läßt sich ersehen, daß das Mietrecht grundsätzlich einen dogmatischen Ursprung hat und damit seinem Wesen nach als eine Materie des sogenannten „Richterrechts“ zu betrachten ist, das zwar durch einen Gesetzgeber gesammelt und kodifiziert werden kann, niemals aber dessen willkürlicher Einflußnahme zugänglich ist. Insofern liegt es nahe, daß das Mietrecht zum Bereich des sogenannten „Vernunftrechts“ gemäß der Begrifflichkeit einer an Hugo Grotius anknüpfenden „aufgeklärten“ Rechtstheorie¹¹ gehört, das – anschließend an eine Definition in Justinians Institutionen¹² – auch als „Naturrecht“ bezeichnet wird¹³ und jedenfalls nicht dem Bereich eines „positiven Rechts“ – als gesetztem Recht – zuzuordnen ist; diese Unterscheidung ist heute durchaus noch von Belang, denn sie verdeutlicht gerade auch die Trennung des Richterrechts vom Gesetzesrecht des Staates.

Aufgrund der zeitbedingten Änderungen der Umstände von Mietverhältnissen können die Regeln dieses Rechts ohnehin nicht ein für allemal durch den Gesetzgeber festgeschrieben werden, so daß sich der Gesetzgeber eigentlich überhaupt nicht mit dieser Materie beschäftigen, sondern die Aufgabe der Sammlung und Kodifikation richtungweisender Mietregeln einer kontinuierlich dogmatisch arbeitenden Kommission überlassen sollte.

Dies wäre als Methode auch etwa für die Erarbeitung und Fortschreibung eines europäischen Mietrechts zu empfehlen, zumal wenn es zwischen kontinental-europäischem „kodifiziertem“ Recht und dem anglo-amerikanischen „Fallrecht“ wegen der gleichen topischen Grundlage keinen inhaltlichen Unterschied gibt, sondern lediglich einen Unterschied in der sprachlichen Darstellung: die kontinentalen „Gesetzbücher“ – Codices – des Zivilrechts enthalten Abstraktionen über gleich oder ähnlich gelagerte Fallentscheidungen (= ursprüngliches Richterrecht), und dazwischen liegt die Stufe einer Formulierung „allgemeiner Rechtsgrundsätze“, wie sie insbesondere das anglo-amerikanische Rechtssystem kennt; die Kommunikationswissenschaft bezeichnet solche sprachformalen Beziehungen zwischen „Textsorten“ als Paraphrasen-Zusammenhang¹⁴. Inhaltlich lassen sich also beispielsweise die Regeln des englischen „Case Law“ und die Regeln des deutschen „Bürgerlichen Gesetzbuchs“ sehr wohl miteinander vergleichen und dogmatisch auf eine gemeinsame Grundlage bringen.

Erinnert man sich an die Bezeichnung des Richterrechts als „topisches“ Recht, so wird leicht erkennbar, daß der Zweck einer Formulierung „allgemeiner Rechtsgrundsätze“ – wie auch der Zweck des „kodifizierten“ Rechts – allein in der Schaffung handlicher Topoi liegt¹⁵, die richterliche – und überhaupt juristische – Entscheidungen erleichtern; insofern haben Kodifikationen durchaus Vorteile gegenüber dem ursprünglichen Fallrecht. Auch die Befürworter des Case-Law-Systems müssen dies anerkennen.

„Ungleichheit“ im Vertragsrecht

Der dogmatische Zugang zu bürgerlichen Rechtsverhältnissen setzt voraus, daß die Parteien solcher Rechtsverhältnisse zunächst einmal den Boden ihrer künstlichen Gleichheit im Rahmen einer Zivilrechtsordnung betreten haben. Hiervon kann man normalerweise auch bei Mietverträgen ausgehen.

Es gibt jedoch nicht selten Fälle, in denen eine Partei ein besonderes Interesse an einer bestimmten Vertragsgestaltung hat, für die sie auch besondere Opfer zu erbringen bereit ist. Die andere Partei ist dann in der Lage, diese erhöhte Opferbereitschaft zu ihren eigenen Gunsten auszunutzen und damit einen Vertrag zu begründen, der eine ungleichgewichtige Gestalt hat. Hierdurch entsteht auch zwischen den Parteien ein von der Gleichheitsidee der Zivilrechtsordnung abweichendes hierarchisches Verhältnis, dessen Ungleichheit der übergeordneten Partei eine willkürliche Einflußnahme auf die untergeordnete Partei erlaubt. Besonders in Fällen einer existentiellen Mangellage kann es zu solchen Vertragsgestaltungen kommen; hierzu gehört nicht zuletzt das Wohnbedürfnis einer Partei, das als ein existentielles Bedürfnis erscheint. Aber auch für einen Vermieter, der auf dem Markt der Wohnungsuchenden kein Interesse an seinem Mietwohnungsangebot findet und der hierdurch in Gefahr gerät, seine Investitionen in die Mietwohnung zu verlieren, kann ein existentielles Bedürfnis entstehen, das ihn zwingt, mit einem Mieter einen ungleichen, hierbei den Mieter begünstigenden Vertrag einzugehen.

Mangellagen auf dem Mietwohnungsmarkt privilegieren daher nicht notwendigerweise den Vermieter. Was aber geschieht durch diese Abweichung von der Idee der künstlichen Parteilichkeit der Zivilrechtsordnung? Die von der Mangellage privilegierte Partei zwingt die andere Partei zum Verzicht auf die künstliche Gleichheit des Rechts und drängt sie zurück auf die Ebene des vorrechtlichen „gesellschaftlichen“ (sozialen) Zusammenlebens, das seine Friedlichkeit aufgrund der Einhaltung moralischer Verhaltensregeln gewinnt, deren Geltung jedoch notwendigerweise auf der Berücksichtigung des unterschiedlichen Machtpotentials der Beteiligten beruht; hier wirkt eben gerade nicht jener „kategorische Imperativ“, den Kant als das re-

10) Vergl. etwa Manfred FUHRMANN Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros Topik, in: Thomas SCHIRREN/Gert UEDING (Hrsg.) Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium (2000) S.51. Gerhard STRUCK Topische Jurisprudenz (1971) S. 8, meint sogar, die Topik beschreibe die juristische Methode schlechthin, will diese Aussage aber später gegenüber dem Richterrecht einschränken (S.19); dafür besteht kein Grund: wie jede Technik kann auch die Topik zu falschen Ergebnissen führen und darüber hinaus mißbraucht werden – STRUCK bietet hierfür interessante Beispiele aus höchstrichterlichen Urteilen – doch beeinträchtigt dies nicht ihre Eignung als juristische Methode, zumal es für sie keine Alternative gibt. Freilich ist zu bemängeln, daß bislang noch keine methodischen Anleitungen zur eigenen Kontrolle juristischer Entscheidungen entwickelt wurden (S.19). Im übrigen ist festzustellen, daß eine umfassende Klärung des „Topik“-Begriffs noch immer fehlt, vergl. Thomas SCHIRREN Einleitung, in: SCHIRREN/UEDING S.XIII; das gilt aber auch hinsichtlich des „Rhetorik“-Begriffs, dessen spezifische Zuordnung zur Kommunikation in Kollektiven bisher übersehen wird, vergl. Karl Eckhart HEINZ Öffentliche Kommunikation und privater Konsens. Zum Charakter gemeinschaftsbezogener Kommunikationshandlungen, in: Dieter KRALLMANN/H. Walter SCHMITZ (Hrsg.) Perspektiven einer Kommunikationswissenschaft. Internationales Gerold-Ungeheuer-Symposium Essen 1995, Bd. 1 (1998) S. 205.

11) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Zur Systematik der Völkerrechtsquellen und der Einteilung des Völkerrechts, ÖZföR 1971, 197. Ferner ders.: Kommunikationswissenschaftliche Modelle zur Lösung juristischer Informationsprobleme. Anwendung der Linguistischen Datenverarbeitung. Münchener Ringvorlesung EDV und Recht Bd 6: Möglichkeiten und Probleme (1973) S.157.

12) Corpus Juris Civilis, Inst. I, 2.

13) Ein von der Theologie ausgehender Naturrechtsbegriff versucht freilich noch immer, diese Rechtsmaterie aus der „Natur des Menschen“ oder aus göttlicher Anordnung herzuleiten, so zuletzt bei Johannes MESSNER Das Naturrecht (7. Aufl. 1984).

14) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Der Beitrag der Rechtstheorie zur Kodifikation des Arbeitsrechts, RdA 1972, 341.

15) So bereits Theodor VIEHWEG in seiner oben zitierten Schrift „Topik und Jurisprudenz“ (5. Aufl. 1974) S.55.

gulierende Prinzip menschlicher Sozialität betrachtete¹⁶. Damit lassen sich solche Verträge zwar gesellschaftlich ertragen – sie sind „sittlich“ im Sinn des § 138 BGB, solange sie den Rahmen der Moralität nicht verlassen, die untergeordnete Partei also nicht über Gebühr belasten – aber sie können nicht den Schutz der Zivilrechtsordnung für sich in Anspruch nehmen. Der Vermieter kann in einem solchen Fall daher keinen überhöhten Mietzins von seinem Mieter einklagen, so wenig wie der Mieter die vereinbarte Zahlung eines objektiv zu niedrigen Mietzinses vor Gericht erstreiten kann.

Solange eine Mangellage auf dem Mietwohnungsmarkt anhält, wird freilich weder ein begünstigter Vermieter noch ein begünstigter Mieter so töricht sein, den Weg zum Gericht suchen, weil dort sein behauptetes Recht nicht bestätigt werden könnte. Vielmehr würde dies in aller Regel nur dazu führen, daß entweder der Vermieter seinen Mieter oder der Mieter seinen Vermieter verliert, weil durch die Klage der soziale Friede zwischen ihnen gestört ist. Aufgrund der bestehenden Mangellage dürfte sich auch sehr leicht ein Ersatz für den störenden Mieter oder Vermieter finden lassen.

Der Gang zum Gericht macht für Mieter oder Vermieter in ungleichen Vertragsverhältnissen folglich erst dann einen Sinn, wenn am Mietwohnungsmarkt wieder eine normale Interessenlage eingetreten ist. Dies läßt sich durch einen Vergleich der vertraglichen Mietbedingungen mit den Mietbedingungen für ähnliche Mietobjekte („örtlicher Mietspiegel“) feststellen, und bei einem friedlichen Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter sollte eine vernünftige Einigung zwischen den Parteien möglich sein und der Gang zum Gericht sich dann eigentlich erübrigen.

Kritik der staatlichen Mietgesetzgebung

Gehen Mietparteien aber vor Gericht, um einen Anspruch durchzusetzen, den sie aus ihrem Mietvertrag für sich ableiten, so können sie nur eine objektive Regelung erlangen, wie sie sich aus einer Anwendung topischer Techniken auf die Gegebenheiten des Mietobjekts sowie ihren beiderseitigen Interessen unter dem Gesichtspunkt der Parteiengleichheit ergibt. Dies jedenfalls versteht unsere Verfassung als „Bindung der Rechtsprechung an das Recht“ (Artikel 20 III GG), wobei mit dem Begriff des Rechts hier nur das Zivilrecht als das „Vernunftrecht“ der bürgerlichen Gleichordnung gemeint sein kann. Zu beachten ist, daß der Begriff „jus“ in Justinians Unterscheidung zwischen einem „jus naturale“ und einem „jus civile“ einerseits jene Gesetzmäßigkeiten meint, die ein friedliches Zusammenleben unter den natürlichen Bedingungen der Ungleichheit aller Kreaturen bestimmen – das sind unter Menschen die Regeln der Moral und Sitte – und andererseits die Gesetzmäßigkeiten eines menschlichen Zusammenlebens unter den künstlichen Bedingungen der bürgerlichen Gleichordnung, die wir nur als eine logische, der Parteienwillkür wie insbesondere auch der Willkür staatlicher Regulierung entzogene Materie beschreiben können; darüber hinaus finden im Bereich dieser Materie auch moralische Regeln keine Anwendung.

Der Staat als politisches Kollektiv, dessen Aufgabe nicht zuletzt in der Aufrechterhaltung des sozialen Friedens seiner Bürger besteht, muß zweifellos eingreifen, wenn dieser Friede durch unsittliches Verhalten gefährdet ist; in Ausnahmefällen kann dieser Tatbestand bei Mietverträgen vorliegen, in aller Regel verstößt die Ausnutzung einer Mangellage auf dem Mietwohnungsmarkt jedoch nicht gegen das Sittengebot, auch wenn sie infolge ihrer Unvereinbarkeit mit den Regeln der Gerechtigkeit nicht zu einem gerichtlich durchsetzbaren Rechtsanspruch führen kann. Liegt aber ein gerichtlich festgestellter Rechtsanspruch vor, dann muß der Staat diesem Anspruch auch zur Durchsetzung verhelfen, wenn die unterlegene Partei sich dem Anspruch nicht fügen will; weil aber die unterlegene Partei mit ihrer Verweigerung den sozialen Frieden des bürgerlichen Gemeinwesens gefährdet – also nicht nur von ihrer sozialen Macht einen (friedlichen) Gebrauch macht, sondern gewalttätig gegenüber dem Inhaber des Rechtsanspruchs handelt – kann der

Staat gegen sie zunächst mit seiner Macht (dem formalen Urteil des Gerichts und der Androhung dessen Zwangsvollstreckung) und sodann auch mit gewaltsamen Maßnahmen vorgehen, um den sozialen Frieden zu sichern.

Dagegen ist der Staat zu keinen Eingriffen in die Gestaltung der bürgerlichen Gleichheitsordnung befugt. Soweit er rechtsinstitutionell tätig wird – nämlich zur gesetzlichen Gewährleistung von Rechtsverhältnissen mit allgemein wirkenden Ansprüchen wie etwa der Ehe¹⁷, der Familie¹⁸, des Eigentums¹⁹, des Erbrechts²⁰, des Personennamens²¹ oder des (akademischen sowie des adligen²²) Titels – handelt er immer nur in Vertretung für alle Bürger und ersetzt deren Zustimmung zu einer entsprechenden Rechtslage innerhalb der bürgerlichen Gleichordnung, ohne etwa ein besonderes staatliches Interesse hierbei verwirklichen zu können²³. Darüber hinaus kann der deutsche Gesetzgeber angesichts der Vorschrift des Artikel 20 II 2 GG und der hierdurch gegebenen „Teilung der Staatsgewalt“ keinesfalls die Rechtsprechungsbefugnisse der deutschen Zivilgerichtsbarkeit in einzelnen Bereichen übernehmen – beispielsweise im Bereich des Mietwohnungsmarkts – und schon gar nicht darf der deutsche Gesetzgeber in diese Rechtsprechungsbefugnisse eingreifen, um etwa seine politischen Interessen bei der Ordnung des Mietwohnungsmarkts durchzudrücken. Hier bestehen für den deutschen Gesetzgeber eindeutige Grenzen für sein politisches Handeln, deren Einhaltung bei der heute vorliegenden gesetzlichen Gestalt der Regeln des privaten Mietrechts mehr als fragwürdig erscheint. Wenn der deutsche Gesetzgeber hier ordnungspolitische Maßnahmen ergreifen will, so kann er sich nur der ihm verfassungsmäßig verfügbaren Mittel bedienen, also beispielsweise durch Förderung des privaten oder kommunalen Mietwohnungsbaus oder durch eigene staatliche Mietwohnungsbaumaßnahmen tätig werden, soweit Mietwohnungen am grundsätzlich freien Markt (Artikel 2 I GG) fehlen und dadurch eine entsprechende Mangellage entstanden ist.

Kritik der §§ 557, 557a, 557b und 558 BGB

Prüft man unter diesen Vorgaben die hier einschlägigen Regelungen der Mietrechtsreform aus dem Jahre 2001, so zeigt sich zunächst, daß die zentrale Aussage des § 557 I BGB²⁴ einen dogmatischen Zugang zur Bestimmung des Mietzinses für Wohnraum – wie auch zur späteren Abänderbarkeit des bei Beginn des Mietverhältnisses einmal für den Vermieter wie für den Mieter zustimmungsfähigen Mietzinses – versperrt, indem sie nicht allein die möglichen Verfahren zur Änderung des Mietzinses willkürlich auf eine sogenannte „Staffelmiete“, eine „Indexmiete“ und eine „ortsübliche Vergleichsmiete“ beschränkt

16) Dieses angeblich grundlegende Verhaltensprinzip zur Wahrung des Friedens in menschlichen Gesellschaften „Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung dienen könne“ (Kritik der praktischen Vernunft, 1783, § 7) stellt auf eine Gleichheit der Beteiligten am sozialen Frieden ab, die im sozialen Zusammenleben tatsächlich nicht vorhanden ist, sondern erst mit dem Übergang zu einer rechtlichen Ordnung auf künstliche Weise hergestellt werden muß.

17) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Der Begriff der Ehe und seine Bedeutung für das geltende Eherecht in der Bundesrepublik Deutschland, RECHTS-THEORIE 1988, 167.

18) Siehe HEINZ (FN 2).

19) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Glanz und Elend der deutschen Rechtsphilosophie am Beispiel des Eigentumsbegriffs, RECHTS-THEORIE 1993, 435; ferner ders. Zur Rechtslage des Eigentumsentzugs in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, BB 1993, 733.

20) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Liebe – Ehe – Familie. Theorie des gesamten Familienrechts (2003) S. 153.

21) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Zum Stand des Namensrechts in der Bundesrepublik Deutschland, DöV 1991, 967.

22) Die Behandlung der Adelstitel als „Teil des Familiennamens“ durch Artikel 109 III 2 der Weimarer Reichsverfassung dürfte bereits unter der Geltung dieser Verfassung als „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ zu betrachten sein und ist jedenfalls unter der Geltung des Bonner Grundgesetzes als verfassungswidrig nicht mehr anzuwenden.

23) Vergl. Karl Eckhart HEINZ Zur Theorie der rechtlichen Institution, RECHTS-THEORIE 1992, 106.

24) „Während des Mietverhältnisses können die Parteien eine Erhöhung der Miete vereinbaren.“

(§ 557 III BGB), sondern überhaupt nur eine Erhöhung, nicht aber auch eine etwaige Erniedrigung des Mietzinses zuläßt. Offenbar ging der Gesetzgeber davon aus, daß eine Erniedrigung des Mietzinses unproblematisch sei. Dies ist jedoch keineswegs der Fall, denn soweit etwa der Mieter aus guten Gründen eine Erniedrigung des Mietzinses beanspruchen will, kann er sich nicht auf die Regelungen des Gesetzes stützen; auch die Regelung des § 557 IV BGB schließt nur eine Regelung zum Nachteil des Mieters aus, gibt ihm aber keinen Anspruch auf eine Erniedrigung des Mietzinses zu seinem Vorteil. Angesichts der Verantwortlichkeit einer sozialdemokratisch geführten Regierung für das Gesetz muß diese außerordentliche „Vermieterfreundlichkeit“ überraschen. Daran ändert nichts, wenn § 557 III BGB auch die Vereinbarung einer Fixmiete erlaubt; denn welcher Vermieter ist so weltfremd, daß er sich auf eine Vereinbarung einläßt, die ihm das Recht zur Erhöhung des Mietzinses nimmt?

Vielleicht ging der Gesetzgeber von dem Gedanken aus, daß es für eine Erniedrigung des Mietzinses erfahrungsgemäß keine guten Gründe gibt, und wenn man die Entwicklung des Verbraucherindex in der jüngeren Vergangenheit betrachtet, so läßt sich dieser Gedanke tatsächlich kaum widerlegen. Diese stete Aufwärtsentwicklung des Verbraucherindex folgt jedoch durchaus keinem Naturgesetz, sondern dürfte auf die heute verbreitete wirtschafts- und finanzpolitische Wachstumsideologie in Staat und Gesellschaft zurückzuführen sein, deren Wirkungen eher als unheilvoll einzuschätzen sind, weil sie über die Folge einer schleichenden Inflation hinwegtäuschen. Gerade deshalb muß dem Vermieter dringlich an einem Recht zur fallweisen Erhöhung des Mietzinses gelegen sein, was aber nicht ausschließt, daß es auch für den Mieter gelegentlich einen Anlaß geben kann, ein Recht zur Herabsetzung des Mietzinses in Anspruch zu nehmen. Dieses Recht verweigert der Gesetzgeber aber dem Mieter.

Im übrigen versucht der Gesetzgeber offensichtlich, mit der Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten zur Mieterhöhung einen Eindruck dogmatischer Erkenntnisse zu erwecken, deren Zusammenhang allerdings nicht klar wird. So soll die „Staffelmiete“ dem Mieter künftige „Planungssicherheit“ vermitteln, allerdings auf Kosten des Risikos einer abweichenden Entwicklung der Marktmiete²⁵; deshalb bescheinigt auch der bekannte Kommentar von Palandt dieser Regelung: „Die Bedeutung in der VertrPraxis ist daher gering.“

Es liegt auf der Hand, daß die „Indexmiete“ – die Anbindung der Mietentwicklung an die Entwicklung des Lebenshaltungsindex – im Gegensatz zur willkürlichen Vertragsgestaltung der „Staffelmiete“ ein Verfahren darstellt, das eine objektive Argumentation zur Mietgestaltung erlaubt; die Regelung des § 557 b I BGB sieht sogar abweichend von der allgemeinen Regelung des § 557 III BGB eine direkte Anbindung an den Lebenshaltungsindex vor, so daß gegebenenfalls hier auch eine Herabsetzung des Mietzinses in Betracht kommen könnte, selbst wenn in den Folgeeregungen dann auch immer nur von einer „Erhöhung“ des Mietzinses die Rede ist.

Die Frage stellt sich jedoch, weshalb das Gesetz als maßgebenden Lebenshaltungsindex ausdrücklich dessen Ermittlung durch das „Statistische Bundesamt“ vorschreibt und damit die Heranziehung der regionalen, von den Statistischen Landesämtern ermittelten Lebenshaltungsindices ausschließt. Dabei kann es in den einzelnen deutschen Bundesstaaten durchaus unterschiedliche Entwicklungen der Verbraucherpreise geben, und es wäre zumindest dann, wenn Vermieter und Mieter im gleichen Bundesland leben, gewiß weitaus angemessener, diese regionalen Gegebenheiten zum objektiven Maßstab für entsprechende Anpassungen des Mietzinses zu erheben. Es liegt wohl an den Umständen eines Bundesgesetzes, daß der Gesetzgeber nur auf die Erkenntnisse des Statistischen Bundesamts vertrauen wollte; aber der Vorwurf einer willkürlichen Festlegung durch den Gesetzgeber läßt sich hier nicht vermeiden.

Während die Regelung des § 557 b BGB immerhin im Sinn einer dogmatischen Anwendung von Richterrecht umgedeutet werden kann (selbstverständlich unter Bevorzugung des regionalen Lebenshaltungsindex!) – was aber die Entkleidung dieser Regelung vom Anschein eines Gesetzesbefehls voraussetzt – ist eine solche Umdeutung im Fall der Regelung des § 558 BGB ganz unmöglich. Denn die grundsätzliche Unterwerfung eines Mietvertrags unter die sogenannte „Mietspiegel“-Regelung für den Fall, daß eine Indexmiete oder Staffelmiete nicht vereinbart ist, verzerrt zwangsläufig die objektiven Bedingungen, unter denen der Mietvertrag ursprünglich geschlossen wurde und bringt Marktgesichtspunkte ins Spiel, die im Interesse der kontinuierlichen Kollektivität von Vermieter und Mieter eigentlich ausgeschlossen sein sollten. Eine solche Regelung verletzt den gesellschaftlichen Frieden, indem sie das existentielle Wohnbedürfnis einer steten Habsucht des Vermieters (im Fall der Mangellage auf der Mieterseite) oder der Habsucht des Mieters (im Fall der Mangellage auf der Vermieterseite) ausliefert (die Regelung des § 558 BGB nennt zwar nur eine „Mieterhöhung“, doch muß diese Regelung analog für den Fall einer Herabsetzung des Mietspiegels gelten).

Der willkürliche, zwingende Rekurs auf eine Mietspiegelregelung bedeutet somit in allen Fällen, in denen ein Mietvertrag im Rahmen einer Normallage des Wohnungsmietmarktes geschlossen wurde, die Auslieferung dieses Vertrags an die Bedingungen eines Wohnungsmietmarktes, dessen höhere oder niedrigere Vergleichsmieten zumeist das Ergebnis einer Ausnutzung von Mangellagen ist, die ihrerseits einer notwendigen Korrektur auf der Grundlage eines Normalmarktes bedürfen und nicht etwa zur Korrektur eines unter Bedingungen des Normalmarktes geschlossenen Mietvertrags herangezogen werden dürfen.

Deshalb muß klar sein, daß ein Mietspiegel zwar immer dann anziehen ist, wenn ein Mietvertrag unter den Bedingungen einer Mangellage vereinbart wurde – und hierfür bedarf es keiner Anordnung des Gesetzgebers, weil diese Regelung der richterlichen Korrektur zugänglich ist (ein als rechtlich geltend gemachter Mietanspruch wird auf das Niveau seiner moralischen Zulässigkeit angehoben oder gemindert) – niemals jedoch bei einem Mietvertrag, der in einer Normallage des Wohnungsmietmarktes oder unter den gemeinsam angenommenen Bedingungen eines solchen Normalmarktes abgeschlossen wurde.

Ergebnisse

Stellt das gesamte Zivilrecht mit Ausnahme der rechtsinstitutionellen Gesetzgebung dogmatisches Recht dar – und auch der Inhalt der Rechtsinstitute beruht allein auf dogmatischer Gestaltung – so ist das Zivilrecht grundsätzlich keine Domäne des Gesetzgebers, sondern unterliegt der Regelung durch die Zivilgerichte, die sich gegebenenfalls auf Erkenntnisse der Zivilrechtswissenschaft stützen können. Dies ist bei der künftigen Schaffung eines Europäischen Zivilrechtsbuchs – der Ausdruck „Gesetzbuch“ sollte hier als irreführend vermieden werden – zu beachten. Ob dieses Zivilrechtsbuch in der Form einer Sammlung von Einzelfallentscheidungen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen, oder aber als Kodex in der kontinental-europäischen Tradition entsteht, ist letztlich gleichgültig, weil alle diese Textsorten durch einen Paraphrasenzusammenhang miteinander verbunden sind oder verbunden werden können, was heute bei der Verfügbarkeit von Datenverarbeitungsanlagen vielleicht sogar am sinnvollsten ist; aber an der Notwendigkeit der Schaffung rechtlicher Topoi – sei es in der Gestalt allgemeiner Rechtsgrundsätze oder einer Kodifikation – für die juristische und insbesondere für die richterliche Tätigkeit ändert dies nichts. Jedenfalls bedarf ein dogmatisch entstandenes Zivilrechtsbuch keiner Anerkennung durch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, weil dogmatisches Zivilrecht seine Geltung allein aus der Gleichheitsordnung des bürgerlichen Zusammenlebens bezieht, die in allen Mitgliedstaaten vorhanden ist und durch die Errichtung des Gemeinsamen Markts den Charakter einer all-

25) Vergl. PALANDT-Weidenkaff § 557 a Rdnr. 1.

gemeinen bürgerlichen Ordnung in Europa erlangt hat. Insofern könnte dieses Zivilrechtsbuch auch durch eine private Initiative geschaffen werden.

Wie die vorliegende Untersuchung zeigt, enthält eine von staatlicher Seite getragene zivilrechtliche Regelung nicht notwendigerweise den Bonus höherer Fehlerfreiheit. So war bereits die Aufnahme des § 563 I 2 BGB – Mieteintritt des nichtehelichen Lebenspartners – eine Fehlentscheidung, weil sie außer acht läßt, daß das nichteheliche sexuelle Zusammenleben als sittenwidrig zu betrachten ist²⁶, was eine Zubilligung von Rechten aus diesem Verhältnis schon grundsätzlich unmöglich macht (§ 138 I BGB); daß darüber hinaus ein Vermieter gezwungen sein soll, den nichtehelichen Lebenspartner als Mitmieter oder als Inhaber eines Mieteintrittsrechts anzuerkennen, stellt eine willkürliche Ungleichbehandlung der Vermieterseite dar und ist als Verstoß gegen die Grundrechtsgarantien der Artikel 2 I und 3 I GG zweifellos verfassungswidrig.

Im übrigen sind auch die zahlreichen Grundrechtsverstöße in den Regelungen der §§ 557 ff. BGB, die uns jene „Mietrechts-

reform“ aus dem Jahre 2001 beschert hat, so offenkundig, daß sie hier keiner näheren Darlegung mehr bedürfen.

Festzuhalten ist, daß ein Mietvertrag weder eine ausdrückliche Vereinbarung enthalten muß, um eine gerechte Anpassung des Mietzinses an Änderungen des Lebenshaltungsindex zu erreichen – denn insoweit handelt es sich um objektives Recht – noch daß das Mietrecht etwa einen staatlichen Kündigungsschutz benötigt. Denn wenn ein Mietvertrag gekündigt wird, um einen höheren (Interesse des Vermieters) oder einen niedrigeren (Interesse des Mieters) Mietzins am Markt zu erreichen, so geschieht dies fast immer in der Absicht, eine besondere Mangelage am Mietwohnungsmarkt auszunutzen; eine solche Absicht ist aber sittenwidrig und kann deshalb vor Gericht keine Billigung finden.

²⁶ Vergl. HEINZ (FN 19) S. 372.

Wirtschaft und Verbände

Deutsches Institut für Urbanistik, Berlin

Stadtmarketing

Status quo und Perspektiven

Zu Jahresbeginn 2006 erschien der neue Reader in der Reihe „Difu-Beiträge zur Stadtforschung“*, der einen dreifachen Anspruch vereint: Er ordnet Stadtmarketing in den Kontext der aktuellen Diskussion um New Public Management und strategische Steuerung von Städten und Regionen ein, er stützt sich auf die aktuelle Datenlage zum Stand des Stadtmarketing in den deutschsprachigen Ländern und illustriert die Erfahrungen und Erfolgsbedingungen typischer Formen des Stadt- und Regionenmarketing anhand von sechs Fallbeispielen. Die empirischen, theoretischen und praktischen Beiträge nehmen eng aufeinander Bezug, so dass ein konsistenter Orientierungsrahmen für alle mit Stadtmarketing Befassten geschaffen wurde – egal, ob sie aus der kommunalen Praxis, der Wissenschaft oder dem Beratungsgeschäft kommen.

Warum ein neuer Reader in einer Zeit, in der an Stadtmarketing-Literatur kein Mangel ist? Bereits Mitte der 1990er Jahre war die Aktualität des Themas für das Difu Anlass, sich mit Stadtmarketing zu beschäftigen und den Band „Stadtmarketing – eine kritische Zwischenbilanz“ herauszugeben. Das Interesse am Thema ist nach wie vor ungebrochen; gleichzeitig fehlte der Überblick, wie sich Stadtmarketing in den letzten zehn Jahren weiterentwickelt hat. Dies alleine wäre schon Grund genug für diesen Reader gewesen. Hinzu kommen noch drei wichtige Aspekte, sich wieder mit der Thematik zu befassen: die veränderten Herausforderungen an die Kommunen, die neuen Paradigmen der Stadt- und Regionalentwicklung, in die sich Stadtmarketing einzuordnen hat, sowie der ungenügende theoretische Diskurs.

Veränderte Herausforderungen für die Kommunen

Die Kommunen stehen vor immer größer werdendem Handlungsdruck bei gleichzeitig schwindenden Handlungsressourcen durch die Veränderung der wirtschaftlichen, technologischen, gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen. Es stellt sich die Frage, ob Stadt- und Regionalmarketing geeignete Instrumente sind, um mit den veränderten Herausforderungen einer gelingenden Stadt- und Regionalpolitik auch

künftig umzugehen und entsprechende Anpassungsleistungen zu entwickeln. Die Stichworte, die die Veränderungen der Rahmenbedingungen beschreiben, sind bekannt, sie sollen hier vor allem in ihrem Bezug zu Stadt- und Regionalmarketing kurz aufgeführt werden.

Globalisierung: Globalisierung beschreibt den Prozess der weltweiten Ausweitung von Wirtschaftsbeziehungen und Finanzströmen, der unter anderem mit kulturellen Angleichungen, einer „Schrumpfung des Raumes“ und veränderten Migrationsbewegungen einhergeht. Im Zusammenhang mit der Globalisierung gewinnt die regionale Ebene an Bedeutung. Standorte – ob Tourismus- oder Wirtschaftsstandorte – lassen sich im europäischen und weltweiten Rahmen besser im regionalen Zusammenhang „vermarkten“.

Technologischer Wandel: Getrieben wird die Globalisierung vorrangig durch technologische Entwicklungen, vor allem der Informations-, Kommunikations- und Transporttechnologien. Städte und Regionen können sich von diesen Entwicklungen nicht ausschließen. Notwendig ist es, die Technologien zu nutzen und nutzbar zu machen. Das gilt auch für Stadtmarketing: Es wäre ohne die Nutzung neuer Technologien heute nicht mehr denkbar.

Wirtschaftlicher Strukturwandel: Alle westlichen Industriestaaten befinden sich im Übergang von der Industrie- zur Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft. Wissen, Innovation und Kreativität werden zu den wichtigsten Produktivkräften. Die Wirtschaftsentwicklung in Deutschland ist teilweise „abgehängt“; schon beinahe „chronisch“ sind hierzulande Konjunkturprobleme und negative Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt mit gravierenden Folgen, auf die sich auch Stadtmarketing einstellen muss.

Sozialer und demografischer Wandel: Durch die rückläufige natürliche Bevölkerungsentwicklung bei gleichzeitiger Zuwanderung, die Alterung der Gesellschaft und die sozialen Folgen der oben beschriebenen Trends wie Segregation und neue

Armut entsteht eine explosive Mischung aus Problemlagen, aus denen aber auch Chancen und neue Wege erkennbar sind. Ein weit verstandenes Stadtmarketing bezieht auch das soziale und kulturelle Umfeld der Menschen ein und muss sich mit den Folgen, aber auch den Möglichkeiten des sozialen und demografischen Wandels auseinandersetzen.

Neue Paradigmen und Instrumente der Stadt- und Regionalentwicklung

Es entwickeln sich, auch als Folge der veränderten Anforderungen, neue Paradigmen und Instrumente der Stadt- und Regionalentwicklung, vor deren Hintergrund sich Stadtmarketing neu „positionieren“ muss. Dies beginnt mit dem ständig wachsenden Wettbewerb zwischen Regionen, Städten und Gemeinden um Ressourcen: Geld, Unternehmen und Einrichtungen, Menschen als Bürger und Konsumenten. In diesem Wettbewerb wandeln sich Verhalten und Selbstverständnis von Kommunalpolitik und -verwaltung: Einerseits werden aktive Wettbewerbsstrategien entwickelt, andererseits setzt man verstärkt auf Kooperation, um im regionalen Kontext mehr überregionale und internationale Sichtbarkeit zu erreichen. Im Wesentlichen als Reaktion auf die veränderten Anforderungen haben sich weitere neue, teilweise widersprüchliche Paradigmen der Stadt- und Regionalentwicklung herausgebildet: die verstärkte Ökonomisierung der Sichtweise, die Ideen des New Public Management, die Renaissance von Korporatismus und bürgerschaftlichem Engagement im Zusammenhang mit den Fragen von Governance und Corporate Citizenship, das nach wie vor politisch gewollte und praktisch weitgehend verfehlt Leitbild der Nachhaltigkeit.

Entsprechend der veränderten Zielsetzungen haben sich neue Instrumente herausgebildet, wie das Neue Steuerungsmodell, Controlling, fachbezogene Managementsysteme, Balanced Scorecard, E-Government, EDemocracy, Lokale Agenda 21, Public Private Partnership, Clustermanagement, lernende Stadt und Region, Quartiersmanagement, Business Improvement Districts und vieles mehr. Stadtmarketing ordnet sich ebenfalls in dieses Spektrum ein und ist im Zusammenhang mit vielen dieser Instrumente zu sehen.

Theoretisch-wissenschaftlicher Hintergrund

Je stärker sich Stadtmarketing in der Umsetzung befindet, desto geringer scheint das Interesse, den theoretisch-wissenschaftlichen Hintergrund fortzuentwickeln. Die Zahl der verschiedenen „theoriefernen“ Praxisratgeber übersteigt inzwischen die Beiträge mit einer Einordnung in aktuelle politische Debatten, die wissenschaftlichen Anforderungen genügen, um ein Vielfaches. Auch Stadtmarketing war ursprünglich in entsprechende theoretische Diskussionsbezüge eingebettet. Diese wurden aber wenig weiterentwickelt, vor allem gibt es nur begrenzte Bezüge zu den erwähnten neuen Leitbildern und Instrumenten der Stadt- und Regionalentwicklung und ihrer jeweils wissenschaftlichen Begründung.

Konzept des Readers und die Beiträge

Um zu prüfen, inwieweit Stadtmarketing auf die beschriebenen Veränderungen der Rahmenbedingungen reagiert hat, führte das Difu in Kooperation mit der Bundesvereinigung City- und Stadtmarketing e.V. (bcsd) im Jahr 2004 eine repräsentative Umfrage zum Stadtmarketing in deutschen Städten und Gemeinden durch**, die ähnlich konzipiert war wie eine Vorläuferbefragung im Jahr 1995. Diese empirische Bestandsaufnahme bildete den Ausgangspunkt der Einordnung und Präsentation von Praxisbeispielen sowie der theoriebezogenen Überlegungen.

Empirische Grundlagen

Im den ersten beiden Beiträgen von Busso Grabow und Beate Hollbach-Grömig „Ziele, Aktivitäten und Erfolgsfaktoren des Stadtmarketing“ sowie „Stadtmarketingelemente und Typen des Stadtmarketing“ werden ausgewählte Ergebnisse der oben erwähnten Umfrage über die reine Deskription hinaus vertieft dargestellt. Im Schwerpunkt geht es darum, die wesentli-

chen Faktoren und Voraussetzungen für ein erfolgreiches Stadtmarketing abzuleiten. Bisher diskutierte Erfolgsfaktoren werden im Hinblick auf ihre empirische Evidenz geprüft. Auch wird untersucht, ob die unterschiedlichen Typen des Stadtmarketing auch für unterschiedliche Erfolgsgeschichten stehen. Ergebnis ist unter anderem, dass die Heterogenität der Ansätze stark zugenommen hat. Der Anteil der „partiellen“ oder „rudimentären“ Projekte hat sich mehr als verdoppelt. Immerhin noch jede fünfte Stadt verfolgt allerdings einen umfassenden Ansatz, wobei die Erfolgsbilanz gerade dieser Projekte überzeugt.



In dem Aufsatz von Götz Datko „Stadtmarketing in Österreich und der Schweiz“ wird der Blick über die deutschen Grenzen hinaus geweitet. Deutlich werden Gemeinsamkeiten wie Unterschiede. Im Kern wird festgestellt, dass das jeweilige Verständnis des Stadtmarketings, der aktuelle Verbreitungsgrad und die derzeitigen Entwicklungsphasen von Stadtmarketing-Prozessen in Deutschland und Österreich sehr ähnlich sind, während sich das Bild in der Schweiz deutlich davon unterscheidet.

Praxisbeispiele

In der bisherigen Literatur zum Stadtmarketing ist eine Vielzahl von Fallbeispielen versammelt. Um nicht der Gefahr der manchmal vorzufindenden „Beliebigkeit“ dieser Beispiele zu unterliegen, kommen in dem Reader einerseits Vertreter von Städten und Gemeinden zu Wort, die nachvollziehbar für einen bestimmten Typus von Stadtmarketing stehen. Andererseits orientieren sich die Berichte eng an den gleichen Fragestellungen.

Das Beispiel Münster steht für einen umfassenden Stadtmarketingansatz. Es wurde und wird dort versucht, durch ein integriertes, leitbildgesteuertes Konzept viele Akteure unter einer Gesamtidee zu „verpflichten“ und neue Impulse in Richtung ganzheitlicher Führung und strategischer Steuerung zu setzen. Das Stadtmarketing, für das der Eigenbetrieb Münster Marketing verantwortlich ist, verbindet hohe Umsetzungsorientierung mit klarer strategischer Ausrichtung.

Das Beispiel Konstanz, das ebenfalls umfassend aufgestellt ist, zeigt den für viele Stadtmarketing-Aktivitäten typischen Phasenverlauf. Interessant ist die Verknüpfung der Arbeit der GmbH als Public Private Partnership mit dem Förderverein, über den Bürgern eine breite Plattform der Beteiligung geboten wird. Angestrebt werden die weitere Professionalisierung sowie Ausweitung stadt- und grenzüberschreitender Kooperation.

Das Beispiel Leipzig steht für einen stark wirtschaftsförderungsorientierten Ansatz (Standortmarketing)***. Stadtmarketing wird als strategischer Partner für Leipzigs Weg zurück zu einer Stadt mit europäischer Geltung verstanden. Auf der Basis des Leitprofils „Leipziger Freiheit“ wurde ein Marketingkonzept entwickelt. Die Marketing Leipzig GmbH, gestützt von

der Leipziger Wirtschaft, agiert mittels klassischer imagebildender Standortwerbung und PR-Kampagnen in nationalen und internationalen Medien.

Das Beispiel Fürth steht für einen aktuell sehr stark Eventorientierten Ansatz, mit dem es gelungen ist, einerseits eine hohe Akzeptanz der Fürther Bürger und auch des innerstädtischen Einzelhandels zu erzielen, andererseits die Finanzierung des Stadtmarketingvereins Vision Fürth e.V. auf gesunde Beine zu stellen. Der ursprüngliche umfassende Stadtmarketingansatz wurde damit allerdings zunächst nicht weitergeführt.

Das Beispiel Dortmund zeigt den besonderen Weg eines breit verstandenen Stadtmarketingansatzes, der für Großstädte tauglich ist: StadtBezirksMarketing. Mit diesem Konzept geht die Stadt seit nunmehr fünf Jahren einen deutschlandweit bisher einmaligen und nach eigener Einschätzung ausgesprochen erfolgreichen Weg. Das Dortmunder StadtbezirksMarketing findet flächendeckend in den Nebenzentren statt und ist frei von räumlichen oder inhaltlichen Grenzen.

Das Beispiel der Region Südosten von Niedersachsen steht für Regionenmarketing. Ursprünglich drei regionale Einrichtungen wurden im Frühjahr 2005 zur „projekt REGION BRAUNSCHWEIG GMBH“ fusioniert, die als Private Public Partnership organisiert ist. Sie hat drei Geschäftsfelder – „Forschung und Wissensmanagement“, „Projektmanagement und Querschnittsthemen“ sowie „Marketing und Vertrieb“ – und steuert (Herbst 2005) 17 Wachstumsprojekte und acht Forschungsoperationen.

Stadtmarketing im theoretischen Kontext

Im Beitrag von Friedhelm Schaal und Christoph Albrecht „Organisationsformen des Stadtmarketings“ wird ein Blick auf die Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Arten der Trägerschaft von Stadtmarketing-Gesellschaften geworfen.

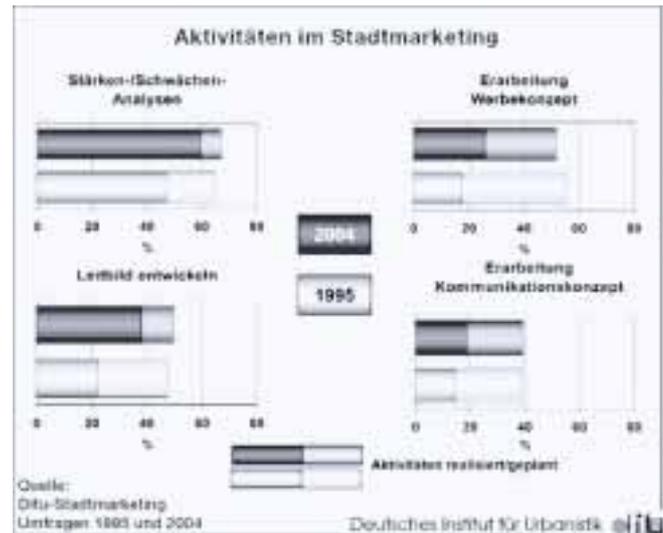
Der Beitrag von Frank Heinze „Stadtmarketing als Ansatz kooperativer Stadtentwicklung – Funktionen und Instrumente“ verweist auf die besondere Bedeutung des kooperativen Elements, das stärker als in anderen Bereichen durch Stadtmarketing mit Leben gefüllt wird. Stadtmarketing besitzt als Ansatz der Stadtentwicklung mit seiner intermediären Anlage und seinem Instrumentarium nach seiner Einschätzung ein großes Potenzial, um die Zusammenarbeit von Politik, Verwaltung und Bürgern zu verbessern. Es führe damit zu Kooperationsergebnissen, die ansonsten – wenn überhaupt – nur mit einem erheblichen Mehraufwand zu realisieren seien. Dies wird auf verschiedenen Feldern sehr anschaulich begründet.

Der Beitrag von Florian Birk und Alexander Wegener „Stadtmarketing als Element der kooperativen Demokratie ...“ verortet Stadtmarketing im Dreieck zwischen Politik, Verwaltung und Bürgerschaft und zeigt Perspektiven der weiteren Entwicklung des Stadtmarketings auf. Stadtmarketing führt durch die Einbeziehung privater Akteure auf der Input- und der Output-Seite zu einer höheren Leistungskapazität und -qualität des bestehenden politischen Systems. Hauptaugenmerk für die Zukunft muss nach Ansicht der Autoren auf einer noch professionelleren Steuerung der kooperativen Prozesse liegen.

Der Beitrag von Ilse Helbrecht ist in den theoretischen Diskurs um die Eventisierung und Festivalisierung von Städten eingebunden. Er befasst sich intensiv mit der „Erlebnispolitik“ als einer Ausformung des Stadtmarketings, die inzwischen häufig vorzufinden ist. Es wird auf den grundlegenden Unterschied zwischen Erlebnis und Ereignis verwiesen. Erlebnisse lassen sich beliebig und überall inszenieren, Ereignisse sind prägend für urbane (Innen-)Städte. Für ein umfassendes Stadtmarketing sei diese Erkenntnis zentral. Das Standbein, eine integrierte und umfassende Stadtentwicklungspolitik unter Beteiligung vieler Akteure müsse gestärkt werden, das Spielbein, die Organisation von Veranstaltungen, richtig verstanden zum Einsatz kommen.

Im Beitrag von Florian Birk und Roland Dumont du Voitel „Stadtmarketing als strategische Initiative? Vom strategischen

Management zum organisationalen Lernen“ geht es um die Kernfrage, wie der Beitrag von Stadtmarketing zu einer strategischen Ausrichtung der Stadtentwicklung optimiert werden kann. Es wird auf die betriebswirtschaftliche strategische Management-Forschung Bezug genommen. Dort wurde bereits Anfang der 90er Jahre der Blick auf die Anpassungs- und Innovationsfähigkeit von Organisationen gelenkt. Die Konsequenzen für die Ausgestaltung strategischer Initiativen in Kommunen seien vielfältig, in Hinblick auf die Informationsaufgabe, die Bestimmung der relevanten „stakeholder“, die interne Verhaltenssteuerung, die veränderte Führung zur Stärkung der Selbst-



organisation und Selbststeuerung und schließlich auf die Bedeutung von Controlling sowie von professionellem Projektmanagement.

Im Schlussbeitrag wird von Florian Birk, Busso Grabow und Beate Hollbach-Grömig nochmals auf die eminent wichtige und zentrale Rolle des kooperativen Elements im Stadtmarketing hingewiesen. Darüber hinaus werden Schlussfolgerungen für die weiteren Entwicklungsperspektiven des Stadtmarketings gezogen. Dabei wird auf die in den Readerbeiträgen erarbeiteten Erkenntnisse Bezug genommen. Ausgangspunkt ist die Benennung der Bereiche, in denen Stadtmarketing die Erwartungen, die in das Instrument gesetzt wurden, noch nicht ausreichend erfüllen konnte.

Die Empfehlungen nicht nur des Schlussbeitrages, sondern des gesamten Bandes, gehen in verschiedene Richtungen: Zum einen werden die Chancen und Vorteile eines umfassenden und integrierten Stadtmarketings nochmals deutlich hervorgehoben, zum anderen wird eine weitere Professionalisierung des Instrumenteneinsatzes, die in ein ganzheitliches strategisches Management eingeordnet sein muss, angemahnt. Es werden zusätzlich Hinweise auf die besondere Bedeutung von Informations- und Kommunikationsstrategien gegeben sowie auf die Notwendigkeit der intensiven Verzahnung der verschiedenen kooperativen Initiativen. Schließlich wird deutlich gemacht, dass der Nutzen der Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an der Gestaltung des Lebensraumes Stadt den Aufwand bei weitem übersteigt, wenn die Beteiligungsverfahren richtig organisiert werden. Last, but not least wird daran erinnert, dass Stadtmarketing immer nur so erfolgreich sein kann, wie es von den Politikern und den Mitarbeitern der Verwaltung als Chance verstanden wird. Dass sich damit auch die „Organisation Kommune“ anpassen muss, ist selbstredend.

*) Stadtmarketing – Status quo und Perspektiven, hrsgg. von Florian Birk, Busso Grabow und Beate Hollbach-Grömig, 324 S., 32,- EUR, ISBN-10:88118-404-X. (Red.)
 **) Siehe den Bericht des Difu über die Umfrage in GuT 2005, 199. (Red.)
 ***) Vgl. hierzu den Beitrag von Weigel in GuT 2005, 141. (Red.)

Gewerbemiete

§§ 535, 536 BGB

Beherbergungsvertrag über Hotelzimmer; Hotelreservierung über Reisebüro

Zur Frage, ob dem Hotelgast eigene Mängelansprüche gegen das Hotelunternehmen zustehen, wenn er die Hotelreservierung über ein Reisebüro vorgenommen hat, das das Hotelzimmer im eigenen Namen gebucht hat.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. 4. 2006 – I-10 U 158/05)

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht [Düsseldorf] hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

Die Begründetheit der Klage setzt voraus, dass die Klägerin mit der Beklagten einen Beherbergungsvertrag geschlossen hat, auf dessen Grundlage ihr ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch in geltend gemachter Höhe von 13 400 € nebst Zinsen wegen berechtigter vorzeitiger Beendigung des Mietvertrages über Hotelzimmer zur Seite stehen könnte. Es fehlt indes schon an einer vertraglichen Beziehung der Parteien.

1. Einen unmittelbaren Vertragsschluss der Parteien über die Anmietung von vier Einzelzimmern im X-Hotel, D., für die Zeit vom 4. 5. bis 19. 5. 2004 zum Preis von 240 €/Zimmer/Tag (insgesamt: 14 400 €) behauptet selbst die Klägerin nicht.

2. Die Ansicht der Klägerin, der Vertrag sei zwischen ihr und der Beklagten – vertreten durch das Reisebüro C. – geschlossen worden, entbehrt einer tragfähigen Grundlage. Das Reisebüro C. trat gegenüber der Klägerin im Vorfeld des Vertragsschlusses stets im eigenen Namen auf (siehe Schreiben vom 18.12.2003. Der verbindliche Reservierungsvertrag vom 23.12.2003 führt die Klägerin und das Reisebüro C. – ohne Vertretungszusatz – als Vertragspartner auf. Ein stellvertretendes Handeln des Reisebüros lässt sich auch nicht dem Hinweis unter Ziff. 5 auf die Geschäftsbedingungen der Beklagten entnehmen. Denn hierdurch wird lediglich dokumentiert, dass das Reisebüro die Geschäftsbedingungen der Beklagten seiner Geschäftsbeziehung zu der Klägerin ebenfalls unterlegen wollte.

3. Der Ansicht des Landgerichts, dass der Vertrag durch das Reisebüro als Vertreterin der Klägerin mit der Beklagten geschlossen worden sei, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Das Landgericht beachtet nicht, dass schon der Schriftwechsel zwischen dem Reisebüro und der Beklagten in aller Deutlichkeit belegt, dass das Reisebüro im eigenen Namen jene vier Hotelzimmer für den streitgegenständlichen Zeitraum bei der Beklagten zum Preis von 232 €/Zimmer/Tag reservierte, die es seinerseits kraft Vertrages mit der Klägerin vom gleichen Tage für diese zum Preis von 240 €/Zimmer/Tag zur Verfügung stellte.

Die Eigenständigkeit der Verträge Klägerin und Reisebüro einerseits wie Reisebüro und Beklagte andererseits wird überdies nicht nur durch die unterschiedliche Preisgestaltung dokumentiert, sondern auch die Vertragsabwicklung. Denn den vereinbarten Preis von 14 400 € überwies die Klägerin auf Konten des Reisebüros. Das Reisebüro war schließlich auch Ansprechpartner für die Reklamationen der von der Klägerin einquartierten Hotelgäste und wandte sich seinerseits mit der Bitte um Abhilfe an die Beklagte als ihren Vertragspartner.

4. Mangels vertraglicher Beziehungen der Parteien hat die Beklagte schon dem Grunde nach nicht für die von der Klägerin geltend gemachten Rückabwicklungsansprüche wegen behaupteter Mangelhaftigkeit der Mietsache einzustehen. Es kann folglich dahinstehen, ob die Hotelzimmer tatsächlich mangel-

haft waren und deshalb eine Minderung bzw. die vorzeitige Beendigung des Mietvertrages durch die Klägerin gerechtfertigt war.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§§ 138, 611, 620 BGB

Betreutes Wohnen; Bindung des Servicevertrags an den Mietvertrag

Die Bindung des Servicevertrages an den Fortbestand des Mietvertrages im Rahmen eines Betreuten Wohnens („Service-Wohnen“) ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

(BGH, Urteil vom 23. 2. 2006 – III ZR 167/05)

1 Zum Sachverhalt: Die G. Gesellschaft mbH (im Folgenden: G.) bot Betreutes Wohnen („Service-Wohnen“) in ihrerseits angemieteten Wohnungen an. Die Beklagte mietete eine solche Wohnung durch schriftlichen Vertrag mit der G. vom 9. Oktober 1998. Wie in dem Mietvertrag vorgesehen, schloss sie ferner am 8. Juli 1999 einen Servicevertrag mit der Klägerin. Darin versprach die Klägerin verschiedene Betreuungsleistungen, unter anderem die Unterhaltung eines Bereitschaftsdienstes für den Notfall, Beratungs- und Informationsdienste sowie Besprechungsangebote. Die Dienste sollte die Beklagte mit einem monatlichen Pauschalbetrag von 200 DM entgelten. Weiter war in dem Servicevertrag bestimmt:

„... Zusammen mit dem Mietvertrag bildet der Servicevertrag die Basis für diese Partnerschaft ...

1. Mit Wirkung vom 01. 08. 1999

2. wird für die Dauer des zeitgleich mit der G. abgeschlossenen Mietvertrages für oben genannte *Wohnung* dieser Servicevertrag gültig ...

5. Bei einer Kündigung endet der Service-Vertrag mit Beendigung des Mietvertrages mit der G. für die oben genannte Wohnung ...“

2 Die Beklagte war mit den Leistungen der Klägerin nicht zufrieden und hielt die Pauschale für übersteuert; sie kündigte den Servicevertrag mit der Klägerin. Daraufhin kündigte die G. den Mietvertrag, in dem es unter anderem hieß:

„§ 4 Mietdauer und Kündigung

(1) Das Mietverhältnis beginnt am 01. 02. 1999. Es wird für unbestimmte Zeit abgeschlossen ...

(2) Der Vermieter wird von sich aus das Mietverhältnis grundsätzlich nicht auflösen. Er kann jedoch in besonderen Ausnahmefällen das Mietverhältnis schriftlich unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen, wenn berechtigtes Interesse des Vermieters eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig macht. Der Mieter erkennt an, dass der Vermieter ein berechtigtes Interesse daran hat, daß die Wohnung für „Service-Wohnen“ zur Verfügung steht. Aus diesem Grund wird ausdrücklich vereinbart, daß das Mietverhältnis unter der auflösenden Bedingung steht, daß zwischen dem Mieter und der <Klägerin> der Service-Vertrag abgeschlossen wird. Dieser Service-Vertrag und seine Fortdauer sind konstitutiver Bestandteil dieses Vertrages. Wird dieses Service-Verhältnis nicht eingegangen oder aber aus welchen Gründen auch immer beendet, kann der Vermieter nach § 565a, Abs. 2, BGB unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist im Rahmen seines Betriebsbedarfs zur Garantie der Fortführung des „Service-Wohnens“ in diesem Gebäudekomplex das Mietverhältnis zum nächstmöglichen Termin kündigen.

Der Mieter erkennt hiermit die Abhängigkeit des Bestandes des Mietverhältnisses vom Bestand des Service-Vertrages ausdrücklich an.“

3 Sodann „nahm“ die Beklagte die Kündigung des Servicevertrages „zurück“; das Mietverhältnis mit der G. wurde fortgesetzt.

4 Ab Januar 2002 verweigerte die Beklagte der Klägerin die Service-Pauschale zunächst gänzlich; später entrichtete sie 45 € monatlich statt der in dem Servicevertrag vereinbarten 200 DM (=102,26 €) pro Monat.

5 Die Klägerin macht mit der Klage den – betragsmäßig unstreitigen – Rückstand in Höhe von 2728,28 € nebst Zinsen geltend. Amtsgericht und Berufungsgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren, die Klage abzuweisen, weiter.

6 **Aus den Gründen:** Die Revision ist unbegründet.

7 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

8 Der von den Parteien geschlossene Servicevertrag sei durch die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung nicht beendet worden. Die Beklagte habe den Servicevertrag nicht unabhängig von dem Mietvertrag kündigen können. Der zum Zwecke des Betreuten Wohnens geschlossene Mietvertrag zwischen der Beklagten und der G. und der zwischen den Parteien geschlossene Servicevertrag seien als ein einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen, das nur insgesamt habe gekündigt werden können. Die „Koppelung“ der Verträge sei nicht sittenwidrig. Sie habe dem von allen Beteiligten erkannten und gewollten Ziel gedient, den Mietern eine Wohnung mit „Grundbetreuung“ zu verschaffen.

9 Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass die G. auf die Kündigung des Servicevertrages mit der Kündigung des Mietvertrages reagiert habe. Denn die Beklagte habe die Kündigung des Servicevertrages „zurückgenommen“. Die Partner des Miet- wie des Servicevertrages hätten sich zumindest konkludent über die Fortsetzung der jeweiligen Rechtsverhältnisse geeinigt, indem sie die Verträge tatsächlich fortgeführt hätten.

10 II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung stand.

11 Aufgrund des Servicevertrages kann die Klägerin von der Beklagten Zahlung der rückständigen Servicepauschalen (2728,28 €) zuzüglich Zinsen verlangen.

12 1. Der Servicevertrag ist nicht deshalb nichtig, weil er gegen die guten Sitten verstieß (§ 138 Abs. 1 BGB).

13 a) Rechtlich bedenklich könnte nur sein, dass Miet- und Servicevertrag aneinander „gekoppelt“ sind: Der – der Beklagten im Mietvertrag vorgeschriebene (§ 7 Abs. 1 Satz 1 des Mietvertrages) – Servicevertrag mit der Klägerin sollte „für die Dauer des ... mit der G. abgeschlossenen Mietvertrages ... gültig“ sein (Nr. 2 des Servicevertrages); bei einer Kündigung sollte der Servicevertrag „mit Beendigung des Mietvertrages mit der G.“ enden (Nr. 5 des Servicevertrages). Spiegelbildlich hieß es in dem Mietvertrag, dass „von der Aufrechterhaltung dieses Service-Verhältnisses das Mietverhältnis abhäng(e)“ (§ 7 Abs. 1 Satz 2 des Mietvertrages). Der Mietvertrag stehe unter der „auflösenden Bedingung ... dass zwischen dem Mieter und <der Klägerin> der Service-Vertrag abgeschlossen wird“ (§ 4 Abs. 2 Satz 4 des Mietvertrages); der „Servicevertrag und seine Fortdauer“ seien „konstitutiver Bestandteil“ des Mietvertrages (§ 4 Abs. 2 Satz 5 des Mietvertrages). Werde das Service-Verhältnis beendet, sei die Vermieterin G. berechtigt, das Mietverhältnis (unter gewissen weiteren Bedingungen) nach § 565a Abs. 2 BGB a. F. zu kündigen (§ 4 Abs. 2 Satz 6 des Mietvertrages).

14 b) Diese Bindung des Mietvertrages an den Fortbestand des Servicevertrages hatte zur Folge, dass sich die Beklagte bloß mit der – wohl nur ausnahmsweise zu erlangenden – Zustimmung der G. von dem mit der Klägerin geschlossenen Servicevertrag lösen und den Mietvertrag mit der G. ohne Servicever-

trag oder unter Abschluss eines neuen Servicevertrages mit einem anderen Anbieter fortsetzen konnte. Die Einschränkung des Kündigungsrechts benachteiligte die Beklagte indessen nicht unangemessen (vgl. LG Kiel WuM 2003, 572, 573; a.A. Wiek in Hannemann/Wiek, Handbuch des Mietrechts 2. Aufl. 2003 S. 1246).

15 aa) Das von der G. angebotene – und von der Beklagten akzeptierte – Betreute Wohnen („Service-Wohnen“) war von vornherein auf die Unterstützung der gesundheitlich und altersbedingt beeinträchtigten Mieter durch ein vertragsabschlussberechtigtes drittes Unternehmen ausgerichtet (vgl. die Präambel des Mietvertrages). Ein bestimmtes Unternehmen, die Klägerin nämlich, sollte die für das Betreute Wohnen unerlässlichen Grundleistungen bereitstellen und die Mieter sollen gehalten sein, sich – für die Dauer des Mietvertrages – an dieses Unternehmen vertraglich zu binden. Die „Koppelung“ von Miet- und Servicevertrag diene dem Interesse des Diensteanbieters und des Vermieters an einer verlässlichen Kalkulation des angebotenen Betreuten Wohnens (vgl. Thier NZM 2003, 264, 266); sie lag indes auch im Interesse der betagten Mieter an einer zuverlässigen Versorgung. Hätten sie sich einseitig von dem Servicevertrag überhaupt lossagen oder, unter Umständen mehrfach, das die Grundleistungen bereitstellende Unternehmen wechseln können, dann wäre ihre stetige Grundbetreuung zumindest gefährdet gewesen. Das Konzept des Betreuten Wohnens beruhte aber gerade auf dem Angebot von Miete und (Grund-)Betreuung.

16 bb) Durch die „Koppelung“ des Servicevertrages an den Mietvertrag werden die Mieter, was die Gefahr einer Schlechterfüllung des Servicevertrages anlangt, nicht rechtlos gestellt.

17 Zwar wird ihnen dadurch, dass bei einer Kündigung der Servicevertrag erst mit der Beendigung des Mietvertrages endete (Nr. 5 des Servicevertrages), in praxi die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Servicevertrages (§§ 620, 621 BGB) nahezu verwehrt. Den Mietern bleibt aber die außerordentliche Kündigung allein des Servicevertrages unbenommen, wenn nur die Fortsetzung des Servicevertrages, auch unter Berücksichtigung der Tragfähigkeit des Gesamtkonzepts, für sie untragbar (§ 626 BGB) ist.

18 Für den Fall, dass die im Servicevertrag versprochenen Leistungen nicht ordnungsgemäß erbracht werden, stehen den Mietern im Übrigen dienstvertragliche Rechte zu Gebote. Für von dem Dienstverpflichteten vertretbar nicht oder in unbrauchbarer Form geleistete (nicht nachholbare) Dienste braucht der Dienstberechtigte die Vergütung nicht zu zahlen (vgl. §§ 614, 320, 326 Abs. 1 BGB; Staudinger/Richardi, BGB 2005 § 611 Rn. 557 i.V.m. Rn. 546 f). Hat der Dienstverpflichtete die Unmöglichkeit der Dienstleistung zu vertreten, kommt ferner, wie bei jeder sonstigen schuldhaften Pflichtverletzung des Dienstleistungsberechtigten, ein Schadensersatzanspruch des Dienstberechtigten in Betracht (§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 283 BGB; vgl. Staudinger/Richardi a. a. O. Rn. 548).

19 Die (formular-)vertragliche Bindung des Servicevertrages an den Fortbestand des Mietvertrages und umgekehrt verstößt nicht gegen § 138 BGB. Sie wäre im Übrigen auch nicht als unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (i.V.m. Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB) zu beurteilen.

20 2. Der Servicevertrag ist nicht durch Kündigung beendet worden. Zwar hat die Beklagte den Servicevertrag gekündigt. Die Parteien haben aber die Wirkungen der Kündigung wieder aufgehoben.

21 Sämtliche Beteiligte, die Parteien und die G., haben sich, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, später geeinigt, beide Verträge – wie ungekündigt – fortzusetzen. Die Revision vermag die vorgenannte Feststellung nicht zu erschüttern. Die Beklagte „nahm“ die Kündigung des Servicevertrages ausdrücklich „zurück“; sie beendete den mit einem anderen Anbieter geschlossenen Servicevertrag und ließ sich – wenn auch nur unter Zahlung einer „geminderten“ Service-Pauschale – die Bereitstellung der Grundbetreuung durch die Klägerin weiter ge-

fallen. Nach eigenem Vorbringen nahm sie das Vertragswerk mit der Klägerin erneut auf bzw. ließ es weiterlaufen. Im Einverständnis mit der G. blieb die Beklagte in der Wohnung und zahlte ersichtlich weiter den Mietzins. Bei dieser Sachlage war die Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, die Beteiligten hätten sich zumindest stillschweigend auf die – unterbrechungslose – Fortsetzung der jeweils geschlossenen Verträge verständigt, nicht etwa rechtsfehlerhaft, sondern nahe liegend.

§§ 42, 535 BGB

Geschäftsraummiete; Theater; Haftung des Vorstands des Theater-Trägervereins als Mieterin; Zahlungsunfähigkeit; später Insolvenzantrag des Vorstands; Risikobereitschaft des Vermieters

Wer sich in Kenntnis der schwierigen wirtschaftlichen Situation des Vereins dennoch zu (weiteren) vertraglichen Leistungen an ihn versteht und damit bewusst das Risiko eingeht, seine eigenen wirtschaftlichen Interessen zu gefährden, fällt nicht in den Schutzbereich des § 42 Abs. 2 BGB.

(OLG Köln, Urteil vom 27.1.2006 – 1 U 45/05)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte als Vorstandsmitglied eines freien Theatervereins der Klägerin zum Schadensersatz wegen verzögerter Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet ist.

Die Klägerin vermietete dem „X. e.V.“, dessen 1. Vorsitzende die Beklagte war, mit Vertrag vom 26.1./3.7.1996 Räume zum Betrieb eines Theaters. Nachdem Mietrückstände in Höhe von ca. 158 000,- DM aufgekommen waren, verständigten sich die Mietvertragsparteien in einem Gespräch vom 15.5.2000 auf die Aufhebung des Mietvertrages zum 31.12.2000. Am 11.10.2000 stellte der Verein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, welcher mangels Masse abgelehnt wurde. Die Theaterräume wurden am 12.10.2000 zurückgegeben. Sie stehen bis heute leer.

Mit der Klage macht die Klägerin den Schaden geltend, der ihr dadurch entstanden sei, dass sie infolge verzögerter Insolvenzantragstellung und hierdurch verspäteter Rückgabe der Räume einen Anschlussmietvertrag mit einem zur Verfügung stehenden solventen Nachmieter nicht habe schließen können. Sie behauptet, der Verein sei schon im April 2000 zahlungsunfähig gewesen, was die Beklagte gewusst habe. Sie habe daher bereits zu dieser Zeit den Insolvenzantrag stellen und die gemieteten Räume herausgeben müssen.

Das Landgericht Köln hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 33 233,97 € nebst Zinsen verurteilt. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

Aus den Gründen: II. Die [...] Berufung hat auch in der Sache Erfolg.

Nach Auffassung des Senats ist die Beklagte der Klägerin nicht zur Leistung von Schadensersatz aus § 42 Abs. 2 BGB verpflichtet.

Gemäß § 42 Abs. 2 BGB haftet das Vorstandsmitglied eines eingetragenen Vereins für den Schaden, der einem Gläubiger daraus entsteht, dass der Insolvenzantrag schuldhaft verzögert gestellt wird.

Auf die Haftung des Vereinsvorstandes sind die vom BGH entwickelten Grundsätze über die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gemäß §§ 64 Abs. 1 GmbHG, 823 Abs. 2 BGB wegen der gleichgelagerten Interessenlage der Vertragspartner einer insolvenzreifen GmbH und eines insolvenzreifen Vereins übertragbar (so auch OLG Köln, NJW-RR 1998, 686 f; OLG Hamm OLG-Report 2001, 265 f). Danach ist die Haftung gegenüber denjenigen Gläubigern, die ihre Forderung bereits vor dem Zeitpunkt erworben haben, in denen der Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen („Altgläubiger“), auf den Betrag beschränkt, um

den sich die Konkursquote, die sie bei rechtzeitiger Insolvenzanmeldung erhalten hätten, durch Verzögerung der Antragstellung verringert (sog. Quotenschaden). Gegenüber vertraglichen Neugläubigern, d. h. solchen Gläubigern, die nach dem Entstehen der Insolvenzantragspflicht in Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft getreten sind, ist als Schaden das negative Interesse zu ersetzen, damit der Schaden, der dadurch entsteht, dass der Neugläubiger mit der insolvenzreifen Gesellschaft einen Vertrag schließt und Leistungen erbringt (BGHZ 126, 181 ff).

Ungeachtet der Frage, ob die Klägerin wegen des bereits im Jahre 1996 abgeschlossenen Mietvertrages als „Altgläubigerin“ zu sehen ist oder ob wegen der Besonderheiten des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis hinsichtlich der nach Eintritt der Insolvenzreife fällig werdenden Forderungen die Grundsätze zur Haftung gegenüber „Neugläubigern“ anzuwenden sind, liegen im Streitfall die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht vor. Die Klägerin macht als Schaden entgangene Mietzinseinnahmen für die Monate November 2000 bis März 2001 geltend, den sie darauf stützt, dass sie bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung im April 2000 die vermieteten Theaterräume bereits zum 1.11.2000 an die zur Anmietung bereite und jedenfalls bis April 2001 solvente Folgemietlerin hätte vermieten können.

Allerdings ist nach dem vom Landgericht eingeholten Gutachten des Sachverständigen N. vom 29.12.2003 davon auszugehen, dass der Verein sowohl im April 2000 als auch am 17.5.2000, dem Tag, an dem die schriftliche Vereinbarung über die Beendigung des Mietverhältnisses zum Ende des Jahres 2000 unterzeichnet wurde, zahlungsunfähig war und damit Insolvenzreife bestand. Doch kann dies letztlich dahinstehen.

Es begegnet nämlich bereits durchgreifenden Zweifeln, ob der geltend gemachte Schaden, der nicht mit notleidend gewordenen Forderungen der Klägerin aus dem Mietvertrag mit dem Verein, sondern mit unterlassener anderweitiger Disposition über den Vertragsgegenstand begründet wird, nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck des § 42 Abs. 2 BGB fällt. Dies ist indes nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts Voraussetzung für das Bestehen einer Schadensersatzpflicht; es muss sich um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist (vgl. Palandt, Komm. zum BGB, 65. Aufl., Vorbem. § 249 Rz. 62). Der Normzweck der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht besteht darin, insolvenzreife Vereine (ebenso wie insolvenzreife Gesellschaften mit beschränkter Haftung) vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch deren weiteres Auftreten keine Gläubiger dadurch geschädigt werden, dass sie infolge des Unterbleibens des Insolvenzantrags Leistungen für den überschuldeten Verein erbringen (vgl. OLG Köln, a. a. O.). Demgegenüber geht es der Klägerin gerade nicht um den Schaden, den sie dadurch erlitten hat, dass sie dem Verein noch nach der Insolvenzreife die Theaterräume auf der Grundlage des bestehenden Mietvertrages zur Verfügung gestellt hat, ohne dass der Verein den vereinbarten monatlichen Mietzins entrichtet hat. Soweit sie statt dessen Ausgleich für die entgangenen Einnahmen aus einer anderweitigen Anschlussvermietungsmöglichkeit verlangt, fehlt es an dem notwendigen inneren Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten Nachteil und der durch die verzögerte Antragstellung geschaffenen Gefahrenlage.

Von den vorstehenden Erwägungen abgesehen scheidet ein Schadensersatzanspruch der Klägerin vor allem an ihrer fehlenden Schutzwürdigkeit. Die überaus schwierige finanzielle Situation des Vereins war ihr bekannt, als sie sich statt einer fristlosen Kündigung auf die Aufhebung des Mietvertrages zum Ende des Jahres 2000 und damit eine Fortführung des Mietverhältnisses bis zu diesem Zeitpunkt einließ. Sie hatte damit nicht das Vertrauen, dessen Schutz die Haftungsvorschrift des § 42 Abs. 2 BGB bezweckt.

Wer sich in Kenntnis der schwierigen wirtschaftlichen Situation seines Vertragspartners dennoch zu (weiteren) vertrag-

lichen Leistungen versteht und damit bewusst das Risiko eingeht, seine eigenen wirtschaftlichen Interessen zu gefährden, fällt nicht in den Schutzbereich des § 42 Abs. 2 BGB (ebenso OLG Hamm. a. a. O.). Dies trifft auf die Klägerin zu. Dass ihr bzw. den für sie handelnden Personen die bedrückende finanzielle Lage des Vereins – wie sie sich im Einzelnen aus dem o.g. Gutachten ergibt – jedenfalls in einem Ausmaß vor Augen stand, welches den Vorwurf der bewussten Risikoübernahme rechtfertigt, ergibt sich aus Folgendem:

Gerade gegenüber der Klägerin hatte der Verein Schulden in einem erheblichen Umfang. Die laufende Miete wurde nicht oder mit erheblicher Verspätung gezahlt. So erfolgten am 28. 3. und 11. 4. 2000 noch zwei Zahlungen von je 7500 DM auf die Miete für die Monate Dezember 1999 und Januar 2000. Danach stellte der Verein mit Ausnahme einer letzten Zahlung am 15. 6. 2000 auf die Miete für Februar 2000 die Mietzinszahlung gänzlich ein. Die erheblichen Mietrückstände waren für den Komplementär der Klägerin auch Anlass für den Gesprächstermin vom 15. 5. 2000 über das weitere Schicksal des Mietverhältnisses, welchen er ausweislich der Bekundung des Zeugen Z. mit der Absicht vereinbart hatte, den Verein „rauszuschmeißen“. Zu diesem Zeitpunkt waren die Mietschulden auf ca. 158 000,00 DM angewachsen. Anhaltspunkte dafür, dass die für die Klägerin handelnden Personen von einer durchgreifenden Verbesserung der finanziellen Ausstattung des Vereins ausgehen konnten, sind nicht ersichtlich. Vielmehr wusste ihr Komplementär, dass der Verein als Betreiber eines freien Theaters von städtischen Subventionen abhängig war. Er musste daher – abgesehen davon, dass auch die in der Vergangenheit geflossenen Subventionen den Verein nicht vor dem Auflaufen der erheblichen Mietrückstände bewahren können – aufgrund des allgemein bekannten Sparzwanges auch der Stadt – zudem mit der Ungewissheit künftiger Fördergelder rechnen. Dass der Klägerseite die ungünstige wirtschaftliche Lage des Vereins bewusst war, erhellt auch der Umstand, dass der Komplementär der Klägerin – so der nicht in Abrede gestellte Vortrag der Beklagten – sich anlässlich einer Theaterveranstaltung im Jahre 1999 auf die Bühne begeben und vor dem anwesenden Publikum erklärt hatte, er spende dem Theater sofort 10 000,- DM, um ihm unter die Arme zu greifen. Jedenfalls musste dem Komplementär vor allem angesichts der erheblichen Mietschulden und der in jeder Hinsicht unregelmäßigen Zahlungsweise klar sein, dass er es mit einem wirtschaftlich unzuverlässigen Vertragspartner zu tun hatte. Indem er sich in Kenntnis der Umstände, welche auf die erhebliche wirtschaftliche Schwäche des Vereins deuteten, auf eine Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Jahresende eingelassen hat, hat er bewusst eine Gefährdung der eigenen geschäftlichen Interessen riskiert.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 ZPO nicht vorliegen.

Mitgeteilt von Frau RiOLG U. Statthalter, Köln

§§ 126, 550 BGB

Mietverlängerungsoption; Schriftform; Telefax

Die Verlängerungsoption für einen Mietvertrag, der für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen wurde, bedarf der Schriftform. Die Übermittlung dieser Option per Fax genügt dem Schriftformerfordernis nicht.

(OLG Köln, Urteil vom 29.11.2005 – 22 U 105/05)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus einem Anwaltsvertrag in Anspruch.

Die Klägerin, die eine Tanzschule betreibt, hatte mit Vertrag vom 20. 9. 1997 von der Fa. N. (im Folgenden: Vermieterin) Gewerberäume in K. angemietet. Der Mietvertrag sah eine Laufzeit bis zum 31. 12. 2002 vor und enthielt eine Verlängerungsoption zu Gunsten der Klägerin, die bis zum 31. 3. 2002 ausüben war. Die Beklagten, die damals für die Klägerin an-

waltlich tätig waren, sandten der Vermieterin am 2. 4. 2002, dem (wegen der Osterfeiertage) letzten Tag der Frist, ein Faxschreiben, in dem sie auftragsgemäß für die Klägerin die Ausübung der Option erklärten. Der Sendebericht über das Fax enthielt den die Übertragung der Faxdaten sog. OK-Vermerk; auch im Faxjournal ist die Absendung dieses Faxes aufgeführt.

In der Folgezeit entstand ein Streit zwischen der Klägerin und der Vermieterin über die Fortsetzung des Mietverhältnisses über den 31. 12. 2002 hinaus. Die Vermieterin bestritt den Eingang des Faxschreibens. Sie wollte das Objekt verkaufen und lehnte eine Vertragsverlängerung ab.

Die Klägerin mandatierte daraufhin ihre Prozessbevollmächtigten, die zunächst mit der Vermieterin über eine Vertragsverlängerung verhandelten und dabei den Standpunkt vertraten, dass das Optionsrecht wirksam per Fax ausgeübt worden sei. Die Vermieterin war jedoch weiterhin zu einer Vertragsverlängerung nicht bereit.

Am 19. 12. 2002 schlossen die Klägerin und die Vermieterin eine Vereinbarung über die Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. 12. 2002.

Die Klägerin hat die Zahlung von Schadensersatz verlangt [Differenz zur höheren neuen Miete und Anwaltskosten].

Das Landgericht [LG Köln, Urteil vom 27. 5. 2005 – 30 O 467/03] hat der Klage nach Beweiserhebung in Höhe von 4004,32 € (je eine 7,5/10-Geschäfts- und Besprechungsgebühr nebst Kostenpauschale und Mehrwertsteuer für die anwaltliche Vertretung bei den Verhandlungen über die Mietvertragsverlängerung) zugesprochen und im Übrigen abgewiesen.

Aus den Gründen: A. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht eine gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtende schuldhafte Verletzung der Sorgfaltspflichten aus dem Anwaltsvertrag bejaht.

1. Die Beklagten sind – als Gesamtschuldner – zum Schadensersatz verpflichtet, weil die Verlängerungsoption durch die von ihnen gewählte Art der Übersendung per Fax nicht wirksam ausgeübt worden ist. Denn die Ausübung der Option bedurfte der Schriftform nach § 126 BGB, die durch die Übermittlung der Erklärung per Fax nicht gewahrt werden konnte.

a) In der Übersendung der die Option ausübenden Willenserklärung per Fax liegt eine objektive Pflichtverletzung.

aa) Der Mietvertrag, dessen Verlängerung mit der Ausübung der Option erreicht werden sollte, war für längere Zeit als ein Jahr geschlossen worden und bedurfte deshalb kraft Gesetzes der Schriftform (§ 550 BGB). Grundsätzlich müssen in einem solchen Fall alle Änderungen, Ergänzungen oder sonstige Nebenabreden ebenfalls der Schriftform genügen (Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., § 550 Rdn. 16; Lammel, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 550 Rdn. 41). Dies gilt nach h.M. in Rechtsprechung und Literatur auch für die Ausübung einer Verlängerungsoption (OLG Frankfurt/M. NZM 1998, 1006; Blank, in: Schmidt-Futterer, a. a. O., § 542 Rdn. 157; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2003, vor § 535 Rdn. 104 m.w.N.; Palandt/Weidenkaff, a. a. O., vor § 535 Rdn. 8; a.A. ohne nähere Begründung: Erman/Jendrek, BGB, 11. Aufl., vor § 535 Rdn. 66; MünchKomm.-Schilling, BGB, 4. Aufl., § 535 Rdn. 32). Für die von der h.M. geforderte Schriftform spricht vor allem der Zweck des § 550 BGB, der für langfristige Mietverträge Schriftform vorschreibt. Zum einen sollen sich Vermieter wie Mieter durch die schriftliche Abfassung des Vertrags bewusst werden, dass sie sich über lange Zeit binden. Zum anderen sollen durch die Schriftform im Falle des Eigentümerwechsels die wechselseitigen Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis nachweisbar dokumentiert werden. Die gleiche Interessenlage ist aber gegeben, wenn ein Mietverhältnis durch die Ausübung einer Option langfristig fortgesetzt werden soll. Zwar ist der Vermieter bereits durch die Vereinbarung des Optionsrechts, für die ebenfalls Schriftform erforderlich war, ge-

bunden. Das rechtfertigt indessen keine andere Beurteilung, da die Verlängerung des Mietvertrags erst durch die Erklärung des Mieters, die Option ausüben zu wollen, eintritt, und es erst mit der schriftlichen Niederlegung dieser Erklärung zu der Dokumentation einer bisher nicht vorhandenen langfristigen mietrechtlichen Bindung kommt, die im Fall des Eigentümerwechsels Sicherheit bietet (OLG Frankfurt/M. a. a. O.).

Selbst bei eigener abweichender Auffassung über das Erfordernis der Schriftform hätten die Beklagten den Weg der Faxübertragung nicht wählen dürfen. Denn es gehört zu den anwaltlichen Pflichten, vermeidbare Risiken für seinen Auftraggeber auszuschließen (BGH NJW 2004, 1521, 1522). Der Anwalt ist deshalb verpflichtet, bei mehreren zur Verfügung stehenden Möglichkeiten von derjenigen Gebrauch zu machen, mit der die Interessen des Mandanten am sichersten wahrgenommen werden. Er hat sein Handeln deshalb „im Zweifel“ an der h.M. auszurichten.

bb) Da sich das Schriftformerfordernis aus dem Gesetz ergibt (§ 550 BGB), greift die Vorschrift des § 127 Abs. 2 BGB, wonach bei einer nicht gesetzlich, sondern nur durch Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form die „telekommunikative Übermittlung“ – und damit auch ein Fax – genügt, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, nicht ein.

b) Die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form stellt eine schuldhaft Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflichten dar, weil dem Rechtsanwalt die – sich hier aus der einschlägigen Kommentierung ergebende – Rechtslage bekannt sein musste.

2. Da eine Verletzung der Pflichten aus dem Schuldverhältnis bereits in der Übersendung der Willenserklärung per Fax liegt, kommt es nicht auf die Frage an, auf die das Landgericht abgestellt hat, ob nämlich der Zugang eines Faxschreibens mittels des „O.K.-Vermerks“ auf dem Sendebericht und des Fax-Journals beweisbar ist, wenn die Absendung eines bestimmten Faxschreibens an ein bestimmtes Empfängergerät wie hier unstrittig ist (vgl. zum Problem: BGH NJW 1995, 665 = BB 1995, 221 m. Anm. Burgard = CR 1995, 143 m. Anm. Wiebe; Burgard, AcP 195 [1995], 129; OLG München CR 1999, 368 = MDR 1999, 286).

Anmerkung:

Faxschreiben sind zur schnellen Übermittlung im Alltag des Anwalts unentbehrlich, aber zur Abgabe von fristwahren Erklärungen in letzter Minute ungeeignet. Schon der Beweis des rechtzeitigen Zugangs eines Faxschreibens ist schwierig. Der „OK“-Vermerk auf dem eigenen Sendebericht reicht nicht aus (BGH NJW 1995, 665, 666 f.). Außerdem muss der Anwalt bei einseitigen Rechtsgeschäften oder geschäftsähnlichen Handlungen wie etwa einer Kündigung oder einer Mieterhöhungserklärung gemäß § 558 a BGB (OLG Hamm WuM 1982, 204) oder auch einer Optionserklärung eine Vollmachtsurkunde des Vermieters vorlegen. Andernfalls ist das Rechtsgeschäft nach § 174 Satz 1 BGB unwirksam, wenn der Mieter es wegen der unterbliebenen Vorlage einer Vollmachtsurkunde unverzüglich zurückweist. Die Vollmachtsurkunde muss im Original vorgelegt werden. Eine Faxkopie genügt nicht (OLG Hamm NJW 1991, 1185). Bei bloßer Übersendung einer Faxkopie der Vollmachtsurkunde kann der Mieter das Rechtsgeschäft zurückweisen.

Eine Verlängerungsoption wird regelmäßig in einem langfristigen Mietvertrag vereinbart. Sie muss daher von der nach § 550 BGB vorgeschriebenen Schriftform umfasst sein. Soweit die Grundmietzeit ausnahmsweise unter 1 Jahr liegt, bedarf ein Mietvertrag mit Verlängerungsoption des Mieters der Schriftform, wenn Grundmietzeit und Optionszeit zusammen 1 Jahr überschreiten (Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 550 Rdn. 16).

Umstritten ist die Frage, ob bei einem langfristigen Mietvertrag auch die Optionsausübung nach §§ 550, 126 BGB der gesetzlichen Schriftform genügen muss. Häufig ist in dem Opti-

onsvertrag für die Optionserklärung Schriftform vereinbart, für die nach § 127 BGB auch ein Telefax ausreicht. Eine vereinbarte Schriftform verdrängt aber den unabdingbaren § 550 BGB mit den höheren Anforderungen der gesetzlichen Schriftform nicht. Das Urteil des OLG Köln vom 29.11.2005 übernimmt zur gesetzlichen Formbedürftigkeit der Optionsausübung im Wesentlichen, in einigen Passagen wörtlich, die zitierte Entscheidung des OLG Frankfurt/M. vom 20. 5. 1998. Der BGH hat diese Frage noch nicht entschieden. Das in diesem Zusammenhang regelmäßig zitierte Urteil des VIII. Zivilsenats vom 24. 6. 1987 (LM § 566 BGB Nr. 28 = NJW-RR 1987, 1227 = WuM 1987, 396 Ls.) betrifft lediglich die Formbedürftigkeit der Optionszeit, die in dem schriftlichen Optionsvertrag mit enthalten sein muss.

§ 550 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen wird. Eine Option, die dem Mieter die Befugnis gewährt, durch einseitige Erklärung das Mietverhältnis um eine bestimmte Zeit zu verlängern, ist ein Gestaltungsrecht (BGHZ 94, 29, 31 = WuM 1985, 295 Ls.). Die Ausübung eines Gestaltungsrechts wird vom Wortlaut des § 550 Satz 1 BGB nicht unmittelbar erfasst (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rdn. 765). So wird die Ansicht vertreten, eine auf dem Mietvertrag beruhende Optionsausübung ändere den Mietvertrag nicht (Zöll, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 2006, Kap. 9 Rdn. 26). Allerdings ist Entstehungsgrund des verlängerten Vertrags die einseitige Erklärung der Optionsausübung zusammen mit dem Optionsvertrag (vgl. Georgiades, in: 1. Festschr. Larenz, 1973, S. 423 f.). Das spricht dafür, die Formbedürftigkeit der Optionsausübung nach dem Schutzzweck der Formvorschrift zu bestimmen (vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., S. 687).

Nach Ansicht des 22. Zivilsenats des OLG Köln hat die in § 550 BGB vorgeschriebene Schriftform auch eine Warnfunktion (vgl. auch Urteil vom 28. 6. 2005 – 22 U 34/05, OLG R 2005, 526). Die frühere Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH hat den Übereilungsschutz zutreffend noch ausdrücklich abgelehnt (BGH LM § 566 BGB Nr. 6, 15; BGHZ 52, 25, 28). Im Übrigen bietet ein unterschriebenes Telefax keinen geringeren Übereilungsschutz als die Übersendung desselben Schreibens etwa auf einfachem Postweg. Nur das Fälschungsrisiko mag höher sein. Darum geht es bei § 550 BGB aber nicht.

Die Anwendung des § 550 BGB auf die Ausübung einer Mietverlängerungsoption wird regelmäßig auf die beabsichtigte Beweissicherung im Interesse eines Grundstückserwerbers gestützt (Casper, Der Optionsvertrag, 2005, S. 134). Einem Erwerber ist das Optionsrecht des Mieters freilich aus dem schriftlichen Mietvertrag bekannt. Sofern die Option auch formlos ausgeübt werden kann, hat er aber nach Urkundenlage, wenn sein Erwerb erst nach dem Ende der ursprünglichen Vertragszeit erfolgt, keine Klarheit darüber, ob der Mietvertrag auf Grund der Optionsausübung für eine bestimmte Zeit oder nach § 545 BGB stillschweigend auf unbestimmte Dauer fortgesetzt wurde (v. Einem, Die Rechtsnatur der Option, 1974, S. 121 f.). Daraus ergeben sich unterschiedliche Kündigungsmöglichkeiten. Die entscheidende Frage lautet, ob der Schutzzweck des § 550 BGB so weit geht, einen Erwerber auch vor dieser – ihm bekannten – mangelnden Klarheit zu bewahren.

Das RG hat den Zweck des § 566 BGB a. F. dahin beschrieben, dass „der Erwerber in die Lage versetzt werden sollte, die Mietbelastungen an der Hand der vorhandenen Urkunden zu prüfen und sich so vor nachträglicher Überraschung durch ihm nicht bekannt gegebene langfristige Mietverträge zu schützen“ (RG, Urteil vom 10.1.1922 – III 512/21, RGZ 103, 381, 384). Die Formvorschrift beruhe auf der Erwägung, „daß ein Mietvertrag gemäß § 571 BGB <a. F.> gegenüber einem späteren Grundstückserwerber wirksam bleibe und daß es mißlich wäre, den Erwerber an einen ihm nicht bekannten mündlichen Vertrag zu binden; vor und nach dem Erwerbe des Grundstücks soll durch das Gebot der Schriftlichkeit der Erwerber in die Lage

versetzt werden, den Inhalt der Mietbelastung, soweit sie sich auf länger als 1 Jahr erstreckt, an der Hand schriftlicher Unterlagen zu prüfen“ (RG, Urteil vom 2. 11. 1932 – IX 284/32, HRR 1933 Nr. 873). Die in einem schriftlichen Mietvertrag vereinbarte Verlängerungsoption des Mieters ist eine Mietbelastung, die ein Erwerber nachprüfen kann. Eine etwaige Ausübung der Option ist keine böse Überraschung, mit der ein Erwerber aufgrund der Unterlagen nicht zu rechnen brauchte. Auch nach der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH genügt es für die in § 550 BGB vorgeschriebene Schriftform, wenn ein späterer Grundstückserwerber aus einer einheitlichen Urkunde ersehen kann, in welche langfristige Vereinbarung er nach § 566 BGB gegebenenfalls eintritt (BGHZ 154, 171 = GuT 2003, 132, 135; BGHZ 160, 97 = WuM 2004, 534, 536 = GuT 2004, 185 Ls.; BGH GuT 2005, 154, 155). Ein späterer Grundstückserwerber ist durch das in der Vertragsurkunde niedergelegte Optionsrecht hinreichend gewarnt und gehalten, sich gegebenenfalls beim Veräußerer oder Mieter zu erkundigen, ob das Optionsrecht ausgeübt worden ist. Weiter geht der Schutzzweck des § 550 BGB nicht (a.A. Leo, NZM 2005, 688 ff.). Das spricht gegen seine Anwendung auf die Optionsausübung.

Auch wenn man die Ausübung einer Mietverlängerungsoption für formbedürftig hält, ist eine formmangelhafte Optionsausübung nicht „unwirksam“. Auch insoweit gilt nicht § 125 BGB, sondern § 550 BGB (vgl. BGH LM § 566 BGB Nr. 28). Die Rechtslage ist so wie bei einem formmangelhaften Verlängerungsvertrag. Der Ursprungsvertrag wird – anders als bei sonstigen formwidrigen Vertragsänderungen – nicht berührt (BGHZ 50, 39, 43). Nur der Verlängerungsvertrag gilt für unbestimmte Zeit. Die Mindestlaufzeit des § 550 Satz 2 BGB beginnt mit der vereinbarten Verlängerungszeit. Der verlängerte Mietvertrag kann zum Ablauf des ersten Vertragsjahres der Verlängerungszeit gekündigt werden (BGHZ 50, 39, 44; unzutreffend Blank/Börstinghaus, a. a. O., § 550 Rdn. 70: „zum Ablauf eines Jahres nach Abschluss des Verlängerungsvertrags“). Entsprechend ist bei einer formwidrigen Optionsausübung der verlängerte Mietvertrag zum Ablauf des ersten Jahres der Optionszeit kündbar.

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

§§ 281, 535 BGB a. F.

Doppelvermietung von Gewerbefläche; Parkplatz; Erlösbeanspruchung des Erstmieters; Differenzanspruch; verbotene Eigenmacht des Zweitmieters

Bei einer Doppelvermietung von Gewerberaum kommt ein Anspruch des nichtbesitzenden (Erst-)Mieters gegen den Vermieter auf Herausgabe der durch die weitere Vermietung erzielten Miete nach § 281 BGB a. F. jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der (nichtbesitzende) Mieter die Mietsache nicht in der Weise hätte nutzen dürfen wie der Zweitmieter. Insoweit fehlt es an der gemäß § 281 BGB a. F. erforderlichen Identität zwischen geschuldetem Gegenstand und dem, für den Ersatz erlangt worden ist.

(BGH, Urteil vom 10. 5. 2006 – XII ZR 124/02)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt von der Beklagten im Wege der Stufenklage Auskunft darüber, in welchem Umfang sie das an den Kläger zur Nutzung als Parkplatz vermietete Grundstück nochmals an Dritte vermietet hat sowie Herausgabe des hieraus erzielten Erlöses. Darüber hinaus verlangt er Unterlassung der Gebrauchüberlassung des Mietgrundstücks an Dritte und Rückgängigmachung gestatteter Gebrauchüberlassungen.

2 Der Kläger mietete mit notariell beurkundetem Mietvertrag vom 24. März 1999 von der Beklagten bis zum 23. März 2004 ein 8000 m² großes Grundstück zur Nutzung als Parkplatz zu einer jährlichen Miete von 48 000 DM. Ohne Zustim-

mung des Klägers vermietete die Beklagte später Teilflächen des Mietgrundstücks an Markthändler zur Errichtung und zum Betrieb von Verkaufsständen.

3 Das Landgericht Neubrandenburg hat mit Teilurteil die Beklagte verurteilt, die Nutzung des Mietgrundstücks durch Dritte zu beenden und die Gebrauchsüberlassung an Dritte zu unterlassen. Es hat außerdem in der ersten Stufe dem Auskunftsanspruch stattgegeben. Die zweite Stufe der Klage, der Zahlungsanspruch, ist noch beim Landgericht anhängig.

4 Das Oberlandesgericht Rostock hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf deren Nichtzulassungsbeschwerde hat der Senat die Revision lediglich soweit zugelassen, als die Beklagte zur Auskunft verurteilt worden ist.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision ist im Umfang der Zulassung begründet.

6 I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in OLG Report Brandenburg, Dresden, Jena, Naumburg, Rostock 2002, 428 veröffentlicht ist, meint, der Kläger habe gemäß § 281 BGB a. F. (§ 285 BGB n. F.) gegen die Beklagte einen Anspruch auf Abführung der Mieteinnahmen aus der Doppelvermietung und könne deshalb die begehrte Auskunft über die aus der weiteren Vermietung erzielten Mieteinnahmen verlangen. Durch die Doppelvermietung und Überlassung von Teilen der vom Kläger gemieteten Flächen an Dritte sei ihr insoweit die dem Kläger geschuldete ungestörte weitere Überlassung der Mietsache unmöglich geworden. Daher könne der Kläger nach § 281 BGB a. F. (§ 285 BGB n. F.) die Herausgabe dessen verlangen, was die Beklagte als Schuldnerin infolge des Umstandes, der zur Unmöglichkeit geführt habe, als Ersatz für den geschuldeten Gegenstand erlangt habe, hier somit die durch die zweite Vermietung an die Markthändler erzielte Miete.

7 Dem könne nicht entgegengehalten werden, die mietrechtlichen Bestimmungen zum Rechtsmangel regelten dessen Folgen abschließend dahin, dass der Kläger nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung sowie Rückgängigmachung und Unterlassung der vertragswidrigen anderweitigen Vermietung verlangen könne. Führe der Rechtsmangel zur Unmöglichkeit, so bestehe kein Grund, die dem Gläubiger günstige Anwendung des § 281 BGB a. F. im Rahmen eines Mietverhältnisses auszuschließen. Der Grundgedanke des § 281 BGB a. F. liege nämlich darin, dass der Gewinn, den der Schuldner aus dem dem Gläubiger gegenüber vertragswidrigen Geschäft ziehe, nicht dem vertragsbrüchigen Schuldner bleiben, sondern dem Gläubiger zufließen solle. Die Folge, dass der Mieter auf diese Weise zusätzliche Einnahmen erwirtschafte, die er selbst nicht habe erzielen können, weil er ohne Erlaubnis des Vermieters nicht zur Untervermietung berechtigt sei, sei eher hinzunehmen als die umgekehrte Folge, dass dem Vermieter die Vorteile seiner Vertragsverletzung verblieben.

8 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

9 Auf den vorliegenden Fall finden die Vorschriften über Miete in der bis zum 31. August 2001 geltenden Fassung und das allgemeine Schuldrecht in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung.

10 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die erneute Vermietung von Teilen der bereits an den Kläger vermieteten und überlassenen Mietsache an Markthändler, die diese Flächen auch in Besitz genommen haben, einen nachträglichen Rechtsmangel begründet, der die Beklagte gegenüber dem Kläger zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet (§§ 541, 538 BGB a. F./§§ 536 Abs. 3, 536 a Abs. 1 BGB n. F.; h.M. BGH Urteile vom 11. Dezember 1961 – VIII ZR 46/61 – MDR 1962, 398; vom 7. März 1990 – VIII ZR 25/89 – NJW-RR 1990, 701 [= WuM 1990, 255]; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 8. Aufl. § 536 BGB Rdn. 254, 256).

11 2. Der Kläger hat jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keinen Anspruch auf Abführung der Mieteinnah-

men aus der Doppelvermietung gemäß § 281 BGB a. F. Er hat damit auch keinen Anspruch auf Erteilung einer diesen Anspruch vorbereitenden Auskunft.

12 a) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, § 281 BGB a. F. sei neben den Sonderregelungen der §§ 541 i. V. mit 537, 538 BGB a. F. anwendbar. Ob § 281 BGB a. F. zu den allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen gehört, die nach herrschender Meinung von den mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften als Sonderregelungen verdrängt werden (BGHZ 63, 132, 137; Senatsurteil vom 29. November 1995 – XII ZR 230/94 – NJW 1996, 714 [= WuM 1996, 105]; Schmidt-Futtermeyer/Eisenschmid a. a. O. § 536 Rdn. 271; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Kap. 14 Rdn. 69, 213; Emmerich NZM 2002, 362, 364; a. A. Hilger ZMR 1988, 41, der die Anwendung des § 541 BGB auf den anfänglichen Rechtsmangel begrenzen will), ist höchstrichterlich noch nicht entschieden.

13 Allerdings hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung, in der es um die Herausgabe einer vom Hauptvermieter an den Hauptmieter für die Aufhebung des Mietvertrages gezahlten Abfindung an den Untermieter ging, einen Anspruch des Untermieters aus § 281 BGB a. F. ohne Stellungnahme zu dem Konkurrenzproblem bejaht (Urteil vom 19. November 1984 – II ZR 6/84 – NJW-RR 1986, 234 [= WuM 1986, 54]).

14 In der Literatur wird die Frage der Konkurrenz zwischen Gewährleistungsregeln und § 281 BGB a. F. überwiegend für die Sachmängelhaftung beim Kauf erörtert (Wiedemann EWiR 1991, 543, 544; Tiedtke NJW 1992, 3213, ders. NJW 1995, 3082; Lobinger JuS 1993, 543; Eckardt BB 1994, 1946, 1959; Teichmann/Beck JZ 1996, 103, 104; Schaper/Kandelhard NJW 1997, 837; Reinicke/Tiedtke ZfP 1997, 1093, 1094; von Ohlshausen ZGS 2002, 194; Staudinger/Löwisch (2001) § 281 BGB Rdn. 10; MünchKomm/Emmerich 3. Aufl. § 281 BGB Rdn. 7).

15 Nach einer Meinung ist die Anwendung des § 281 BGB a. F. im Regelungsbereich des Gewährleistungsrechts ausgeschlossen, weil das allgemeine Leistungsstörungenrecht dort nicht anwendbar sei (Wiedemann a. a. O.). Nach einem Teil dieser Meinung soll aus Billigkeitsgründen eine Analogie zu § 281 BGB a. F. greifen, wenn die Parteien die Gewährleistung ausgeschlossen haben (Tiedtke NJW a. a. O.). Eine weitere Ansicht hält § 281 BGB a. F. stets neben den Gewährleistungsansprüchen für anwendbar (Eckardt a. a. O., Lobinger a. a. O., von Ohlshausen a. a. O., Schaper/Kandelhard a. a. O., 839; Bollenberger Das stellvertretende Commodum S. 424 f.).

16 Der Bundesgerichtshof hat diese Frage für die Sachmängelhaftung beim Kaufvertrag ausdrücklich offengelassen, hat aber in Zweifel gezogen, ob der Anspruch aus § 281 BGB a. F. neben den Regeln über die Sachmängelgewährleistung überhaupt zum Zuge kommen kann (BGHZ 114, 34, 36).

17 b) Ob für das Miet- und Pachtrecht der Ansicht des II. Zivilsenates (Urteil vom 19. November 1984 a. a. O.), § 281 BGB a. F. sei dort bei Rechtsmängeln anwendbar, zu folgen ist, muss hier nicht entschieden werden, da bereits die Voraussetzungen des § 281 BGB a. F. nicht vorliegen.

18 Der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums nach § 281 BGB a. F. setzt voraus, dass der Schuldner infolge des Umstandes, der ihm die Leistung unmöglich gemacht hat, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt hat.

19 § 281 BGB a. F. erfordert somit zum einen, dass zwischen dem Umstand, der zur Unmöglichkeit der Leistung geführt hat, und der Erlangung des Commodums durch den Schuldner ein Kausalzusammenhang besteht; zum anderen, dass der Schuldner das Commodum gerade für den geschuldeten Gegenstand – hier: die geschuldete Gebrauchsüberlassung –, dessen Leistung ihm unmöglich geworden ist, erlangt hat (BGHZ 25, 1, 8; 46, 260, 264).

20 Das Erfordernis der Kausalität ist hier zwar erfüllt. Die Beklagte hat durch die Doppelvermietung, die ihr nach Inbe-

sitznahme der Flächen durch die Zweitmieter die Gebrauchsüberlassung an den Kläger für die ab diesem Zeitpunkt vergangene Zeit unmöglich gemacht hat, die Miete für die zweite Vermietung erlangt.

21 Für das Vorliegen eines Anspruchs nach § 281 BGB a. F. fehlt es jedoch im vorliegenden Fall an der weiter erforderlichen Identität zwischen dem geschuldeten Gegenstand und dem, für den Ersatz erlangt worden ist.

22 Zur Bestimmung der an die Identität zu stellenden Anforderungen ist auf den normativen Sinn des § 281 BGB a. F. abzustellen. Dabei ist zunächst die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu berücksichtigen.

23 In dem ersten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (E I abgedruckt in Jacobs/Schubert, Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978 S. 226) war die später als § 281 in das BGB eingegangene Regelung (E I § 238) zunächst auf den Fall der vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit beschränkt. Der Schuldner, der infolge von ihm nicht zu vertretender Unmöglichkeit von der geschuldeten Leistung befreit war und für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz erlangte, sollte verpflichtet sein, diesen dem Gläubiger auf dessen Verlangen herauszugeben. In den Motiven (Mot. II S. 46) heißt es weiter zu dem E I § 238 zugrundeliegenden Surrogationsprinzip: „Das Prinzip beruht auf der berechtigten Unterstellung, der Verpflichtungswille sei darauf gerichtet gewesen und entspricht zweifellos der Billigkeit.“

24 Der Entwurf wurde später durch Beschluss der Vorkommission des Reichsjustizamtes (Jacobs/Schubert a. a. O. S. 228) zu E I § 238 dahin abgeändert, dass die Vorschrift verallgemeinert und damit auch auf die Fälle der vom Schuldner oder Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit ausgedehnt wurde. Der Entwurf ist insoweit in § 281 BGB a. F. übernommen worden.

25 Das Reichsgericht hat anknüpfend an die beiden § 281 BGB a. F. zugrunde liegenden Gedanken des unterstellten Parteiwillens und der Billigkeit angenommen, § 281 BGB a. F. bezwecke, solche Vermögenswerte, die im Laufe wirtschaftlicher Vorgänge einer Person zugeflossen seien, der sie im Verhältnis zu einer anderen Person nach den maßgeblichen internen Rechtsbeziehungen nicht gebührten, jener anderen Person zugute kommen zu lassen (vgl. RGZ 120, 297, 299 f. 300; 120, 347, 349 ff.; 138, 45, 48). Die spätere Rechtsprechung und die Literatur haben sich dieser Auffassung überwiegend angeschlossen und sie weiterentwickelt (BGHZ 25, 1, 9; 99, 385, 388; BGH Urteil vom 10. Februar 1988 – IV a ZR 249/86 – NJW-RR 1988, 902, 903; s. Himmelmann, Die Ersatzherausgabe nach § 281 Abs. 1 BGB 1965 S. 9 ff.; Wieczorek, Die Erlösherausgabe bei § 281 BGB 1995 S. 60 m. w. N.; Bollenberger, Das stellvertretende Commodum 1999, 54 ff.).

26 Aus diesen Grundgedanken kann für den Inhalt des Anspruchs aus § 281 BGB a. F. und damit für die Bestimmung der erforderlichen Identität Folgendes hergeleitet werden:

27 Der unterstellte Parteiwille, der Schuldner solle sich mit der Verpflichtung zur Leistung eines konkreten Gegenstandes auch dazu verpflichten, bei zu vertretender oder nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung den für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatz an den Gläubiger herauszugeben, macht deutlich, dass § 281 BGB a. F. ein Anspruch auf Ersatz für den Verlust des Primäranspruchs, also der Forderung auf Leistung der geschuldeten Sache selbst und kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist. Der Gläubiger, der infolge der Unmöglichkeit nicht den geschuldeten Gegenstand erhält, soll zumindest den für diesen vom Schuldner erlangten Ersatz fordern können (Staudinger/Löwisch a. a. O. § 281 Rdn. 42; Bollenberger a. a. O. S. 70 ff.). Dabei werden unter „geschuldetem Gegenstand“ Sachen und Rechte verstanden (BGHZ 135, 284, 287 für die Milchreferenzmenge; MünchKomm/Emmerich a. a. O. § 281 Rdn. 4).

28 Die weiter gewollte Verteilung der Vermögenswerte nach den internen Rechtsbeziehungen verweist – für vertragliche

Schuldverhältnisse – auf die von den Parteien vertraglich angestrebte Güterordnung als Maßstab für die Unrichtigkeit der auszugleichenden tatsächlichen Verteilung der Vermögenswerte (vgl. Eckardt a. a. O. 1949).

29 Ausgehend von diesem Zweck des § 281 BGB a. F. ist die erforderliche Identität gegeben, wenn Ersatz für den geschuldeten, dem Vermögten des anderen Vertragspartners durch den vertraglich vereinbarten Gütertausch zugewiesenen Gegenstand erlangt worden ist. Diese Einschränkung hat die Rechtsprechung schon früh als erforderlich angesehen, um zu vermeiden, dass § 281 BGB a. F. zu einer allgemeinen Ausgleichspflicht von unberechenbarer Tragweite wird (RGZ 88, 287, 290; BGHZ 29, 1, 8 f.; 46, 260, 263 f.; Wieczorek a. a. O. S. 89).

30 Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe fehlt es im vorliegenden Fall an der erforderlichen Identität. Zwar schuldete die Beklagte dem Kläger eine Gebrauchsüberlassung des Grundstücks. Sie hat auch mit der Miete aus der weiteren Vermietung Ersatz für eine Gebrauchsüberlassung erlangt. Die geschuldete und die erneute Gebrauchsüberlassung sind jedoch nicht identisch, weil dem Kläger nur die geringerwertige Nutzung als Parkplatz, den Markthändlern aber die weitergehende Nutzung zur Errichtung und zum Betrieb von Verkaufsständen erlaubt war. Demgemäß hat der Kläger auch nur eine für die Nutzung als Parkplatz von den Parteien als angemessen angesehene, deutlich geringere Miete gezahlt als die Markthändler für ihren intensiveren Gebrauch des Grundstücks als Verkaufsfläche. Dem Kläger war weder eine anderweitige Nutzung noch eine Untervermietung gestattet. Er hätte folglich die von ihm als „Surrogat“ herausverlangte Miete der Markthändler aufgrund der ihm lediglich zur Nutzung als Parkplatz zugewiesenen Gebrauchsüberlassung nicht erzielen können.

31 Für die Frage, ob der geschuldete und der ersetzte Gegenstand identisch sind, kann es keine Rolle spielen, dass der Schuldner, wie im vorliegenden Fall, die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Deshalb kann der für den Vertragsbruch entwickelte Gedanke der Sanktion eines vertragswidrigen Verhaltens des Schuldners hier nicht herangezogen werden.

32 c) Eine analoge Anwendung von § 281 BGB a. F. kommt nicht in Betracht. Es kann offen bleiben, inwieweit § 281 BGB a. F. als Ausnahmevorschrift, die neben wenigen anderen Bestimmungen (§ 687 Abs. 2 BGB, § 816 BGB) die Gewinnabschöpfung gewährt, einer analogen Anwendung zugänglich ist. Das Fehlen der Identität hindert jedenfalls eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen des in § 281 BGB a. F. geregelten mit dem hier zu entscheidenden Fall.

33 3. Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

34 Der Kläger hat unter keinem anderen rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Auskehrung des Erlöses aus der Doppelvermietung und damit auch keinen diesen Anspruch vorbereitenden Auskunftsanspruch.

35 a) Ein Anspruch aus angemaßter Eigengeschäftsführung gemäß §§ 687 Abs. 2, 681 Satz 2, 666, 667 Abs. 1 BGB scheidet daran, dass die Beklagte mit der Doppelvermietung an die Markthändler schon kein objektiv fremdes Geschäft geführt hat. Der Kläger hätte die von ihm zur Nutzung als Parkplatz gemieteten Flächen nicht zum Betrieb von Verkaufsständen untervermieten dürfen. Mit der Doppelvermietung hat die Beklagte nur ihre Rechte als Eigentümerin in einer ihr nicht zustehenden Weise, nämlich unter Verletzung der dem Kläger hier geschuldeten Gebrauchsüberlassung ausgeübt (vgl. für den Fall der unberechtigten Untervermietung Senatsurteil BGHZ 131, 297, 306 [= WuM 1996, 216]). Sie ist deshalb dem Kläger gemäß §§ 541 i. V. mit 538 BGB a. F. zum Schadensersatz verpflichtet, nicht aber schuldet sie Ersatz, weil sie mit der weiteren Vermietung ein Geschäft des Klägers geführt hätte.

36 b) Ein Bereicherungsanspruch gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet aus, weil die Vermietung einer Sache keine Verfügung im Sinne dieser Vorschrift ist (RGZ 105, 408, 409; BGHZ 131, a. a. O. [= WuM a. a. O.] m. w. N.).

37 c) Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Auskehrung der durch die Doppelvermietung erzielten Mieten gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion) und damit keinen Anspruch auf entsprechende Auskunft.

38 Zwar stellt der rechtmäßige Besitz, in dem sich der Kläger zunächst befand, eine geschützte Rechtsposition dar, die Grundlage für eine Eingriffskondiktion sein kann (BGH Urteil vom 31. Oktober 1986 – V ZR 140/85 – NJW 1987, 771 – anders als nur der schuldrechtliche Anspruch auf dessen Einräumung –; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 249, 250 m. w. N.). Diese Rechtsposition hat der Kläger jedoch nicht durch einen Eingriff der Beklagten verloren. Die bloße erneute Vermietung von Teilen der Mietfläche durch die Beklagte an die Markthändler hatte auf den Besitz des Klägers keine Auswirkung. Die Beklagte konnte dem Kläger, nachdem sie ihm die Mietsache übergeben hatte, den Besitz vor Ablauf des Mietvertrages nicht mehr entziehen. Seinen rechtmäßigen Besitz hat der Kläger vielmehr erst dadurch verloren, dass sich die Markthändler durch verbotene Eigenmacht gegen seinen Willen den Besitz verschafft haben, wogegen er sich mit Besitzschutzansprüchen hätte zur Wehr setzen können. Die Beklagte hat die aus der Doppelvermietung erzielte Miete somit nicht unmittelbar durch einen Eingriff in eine geschützte Rechtsposition des Klägers erlangt.

39 Der Kläger hätte aber selbst dann, wenn die Beklagte ihm den Besitz entzogen hätte, gegen sie keinen Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB auf Herausgabe des Mieterlöses aus der Doppelvermietung. Die Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten gemäß § 818 Abs. 1 BGB erstreckt sich nach herrschender Meinung nicht auf das, was der Bereicherungsschuldner durch besonderen Vertrag an Stelle des ursprünglich Erlangten einhandelt (BGHZ 75, 203, 206 m. w. N.; 112, 288, 295; Staudinger/Lorenz (1999) § 818 BGB Rdn. 15). Der Bereicherungsschuldner hat in einem solchen Fall vielmehr gemäß § 818 Abs. 2 BGB lediglich den objektiven Wert des erlangten Gegenstandes (BGHZ 24, 106, 110 f.), somit bei Entziehung des Besitzes den unrechtmäßig erlangten Nutzungswert zu ersetzen (Reuter/Martinek a. a. O. S. 534; Larenz/Canaris Schuldrecht II/2 13. Aufl. § 72 II 3). Das ist hier der Wert der geschuldeten Nutzung als Parkplatz, dessen Ersatz der Kläger mit der Klage allerdings nicht verlangt und für dessen Bezifferung er auch keine Auskunft benötigt.

40 Auch nach der hier aufgrund der Bösgläubigkeit der Beklagten greifenden verschärften Haftung gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 BGB i. V. mit § 281 BGB a. F. (BGHZ 75, 203, 207) schuldet die Beklagte keine Herausgabe des Gewinns. Denn die Voraussetzungen des § 281 BGB a. F. liegen – wie oben ausgeführt – nicht vor.

41 4. Das angefochtene Teilurteil ist deshalb aufzuheben soweit die Beklagte zur Auskunft verurteilt worden ist. Die Klage ist insoweit abzuweisen.

42 Der Senat sieht von der Möglichkeit ab, auch über den in erster Instanz noch anhängigen Teil der Stufenklage zu entscheiden (vgl. BGHZ 94, 268, 275; Senatsurteil vom 13. Dezember 1989 – IVb ZR 22/89 – NJW-RR 1990, 390). Zum einen hat das Landgericht noch über die Kosten erster Instanz bezüglich des rechtskräftig zuerkannten Klageantrages Ziff. 1 (auf Unterlassung der ungenehmigten Doppelvermietung und Beendigung der entsprechenden Verträge) zu entscheiden, der mangels Zulassung der Revision in der Revisionsinstanz nicht angefallen ist. Zum anderen soll dem Kläger nicht die Möglichkeit genommen werden, die noch in erster Instanz in zweiter Stufe anhängige Zahlungsklage der neuen Prozesssituation anzupassen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 543 BGB

**Geschäftsraummiete;
Solvenznachweis zum vorgeschlagenen Nachmieter;
fristlose Kündigung des Mieters aus wichtigem Grund;
Videokamera-Attrappe**

1. Ein wichtiger Grund i.S. des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt vor, wenn die Durchführung des Vertrages infolge des Verhaltens des anderen Vertragsteils wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage derart gefährdet ist, dass sie dem Kündigenden auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht mehr zuzumuten ist.

2. Wenn der gewerbliche Mieter (hier: Rechtsanwalt) im Zeitpunkt der Kündigung bereits ausgezogen ist und keine ernsthaftige Nutzungsabsicht der angemieteten Kanzleiräume mehr besteht, macht die Anbringung einer Videokamera-Attrappe im Treppenhaus die Fortsetzung des Mietverhältnisses für ihn nicht unzumutbar i.S. des § 543 Abs. 1 BGB.

3. Wartet der Mieter nahezu ein Jahr bis er eine außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund auf ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teils stützt, ist sein Kündigungsrecht verwirkt.

(nur Leitsätze zu 1.–3.)

4. Einem Vermieter, der sich mit einem Nachmieter einverstanden erklärt, ist es grundsätzlich nicht verwehrt, sich gegen mögliche Schäden als Folge des Mieterwechsels rechtlich abzusichern. Lehnt der Mieter das Verlangen des Vermieters nach einer Bonitätsprüfung und Selbstauskunft der von ihm vorgeschlagenen Nachmieterin ab mit der Folge, dass ein Nachmietvertrag nicht zustande kommt, rechtfertigt dies keine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. 2. 2006 – I-10 U 116/05)

Aus den Gründen: Das vom Beklagten abgelehnte Verlangen des Klägers nach einer Bonitätsprüfung und Selbstauskunft der vom Beklagten vorgeschlagenen Nachmieterin Frau D. mit der Folge, dass ein Nachmietvertrag nicht zustande gekommen ist, rechtfertigt eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses ebenfalls nicht. Der Kläger war nicht verpflichtet, die vorgeschlagene Nachmieterin allein deshalb zu akzeptieren, weil sie ihm vom Beklagten als solvent benannt worden war. Auch wenn der Kläger von dem Beklagten bei Anmietung der Kanzleiräume keinen Bonitätsnachweis verlangt hat, hinderte ihn dies angesichts des bis 28. 2. 2009 befristeten Mietvertrages nicht, den Abschluss eines Nachmietvertrages von der Bonität der vorgeschlagenen Nachmieterin abhängig zu machen. Einem Vermieter, der sich mit einem Nachmieter einverstanden erklärt, ist es grundsätzlich nicht verwehrt, sich gegen mögliche Schäden als Folge des Mieterwechsels rechtlich abzusichern (vgl. BGH, NJW 1998, 531 [= WuM 1998, 93]). Dies gilt vorliegend um so mehr, als die potentielle Nachmieterin Frau D. bisher nur in Frankreich (Paris) ein Übersetzungsbüro betrieben hatte und in Deutschland erst Fuß fassen musste. Wenn der Beklagte das Mietverhältnis beenden will, muss er dem Kläger einen solventen Nachmieter zuführen und darf sich dem Verlangen nach einem Bonitätsnachweis nicht verschließen oder er kann das Objekt ggf. untervermieten. Beides ist bisher ersichtlich aus nicht vom Kläger zu vertretenden Gründen nicht geschehen.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

§§ 535, 307 BGB

**Gewerberaumiete; Ladenlokal; Änderungsschneiderei;
Schönheitsreparaturklausel mit starrem Fristenplan;
Schutzbedürftigkeit des Geschäftsraummieters**

Wie im Wohnraummietrecht enthält auch die Formular-klausel in einem gewerblichen Mietvertrag, „Schönheitsreparaturen sind mindestens in der Zeitfolge von drei Jahren in Küche, Bad und Toilette sowie von fünf Jahren in allen übrigen Räumen auszuführen“, einen starren Fristenplan, der den Mieter i.S. des § 307 BGB unangemessen benachteiligt und zur Unwirksamkeit der Renovierungsklausel führt.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. 5. 2006 – I-10 U 174/05)

Zum Sachverhalt: Die Beklagte hat von dem Rechtsvorgänger des Klägers ein Ladenlokal zum Betrieb einer Änderungsschneiderei gemietet. In der Berufung streiten die Parteien nur noch darüber, ob die Beklagte zur Ausführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet ist. Das Landgericht Düsseldorf hat u. a. die auf die Ausführung von Schönheitsreparaturen gerichtete Feststellungsklage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die insoweit in § 13 Nr. 3.1 des Mietvertrages getroffene Regelung enthalte eine starre Fristenregelung, die in Übertragung der zum Wohnraummietrecht ergangenen Rechtsprechung des BGH auf gewerbliche Mietverträge zur Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel führe.

Der Kläger hält die Schönheitsreparaturklausel unter Hinweis auf BGH, NJW 1983, 446 für wirksam. Er meint, das Landgericht habe nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Schutzbedürftigkeit eines gewerblichen Mieters sich deutlich von der Schutzbedürftigkeit eines Wohnraummieters unterscheidet.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 546 ZPO) noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zu Grunde zu legenden Tatsachen (§§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 529 Abs. 1 ZPO) eine abweichende Beurteilung. Der Senat folgt den Gründen der angefochtenen Entscheidung nach Maßgabe der folgenden durch das Berufungsvorbringen veranlassten Ausführungen.

1. Die Feststellungsklage ist gemäß § 256 ZPO zulässig. Für die Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen ist die Frage nach der Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel zwar nur eine Vorfrage, die nicht zum Gegenstand einer (Zwischen-)Feststellungsklage gemacht werden kann. Jedoch ist der insoweit an sich unzulässige Antrag des Klägers entsprechend der gewählten Formulierung in den zulässigen Antrag umzudeuten, dass die Feststellung begehrt wird, die Beklagte sei nach Maßgabe der in § 13 Nr. 3.1 MV enthaltenen Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet. Dass das Mietverhältnis der Parteien zwischenzeitlich beendet ist, lässt das Feststellungsinteresse des Klägers nicht entfallen.

2. In der Sache ist die Feststellungsklage unbegründet. Der Senat geht mit dem Landgericht davon aus, dass § 13 Nr. 3.1 MV (GA 9) nach dem gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB auf das Mietverhältnis der Parteien anzuwendenden § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB insgesamt unwirksam ist. Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie sie hier nach den unangegriffenen Feststellungen der Kammer anzunehmen sind, sind gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Eine solche Abweichung, die gegen die Gebote von Treu und Glauben verstößt, liegt hier vor. Das Landgericht hat die in § 13 Nr. 3.1 MV ent-

haltene Fälligkeitsregelung, wonach Schönheitsreparaturen mindestens in der Zeitfolge von drei Jahren in Küche, Bad und Toilette sowie von fünf Jahren in allen übrigen Räumen auszuführen sind, zu Recht als Vereinbarung verbindlicher Renovierungsfristen ausgelegt. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Nach dem Wortlaut der Klausel sind die Schönheitsreparaturen „mindestens“ nach dem dort aufgeführten Fristenplan auszuführen. Dies kann aus der Sicht eines verständigen Mieters nur die Bedeutung haben, dass er zur Ausführung der Renovierungsarbeiten in Küche, Bad und Toilette spätestens nach drei Jahren und in allen übrigen Räumen spätestens nach fünf Jahren verpflichtet ist, auch wenn die gemieteten Räume nach ihrem tatsächlichen Erscheinungsbild noch nicht renovierungsbedürftig sind.

Diese „starre“ Fälligkeitsregelung ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie dem Mieter ein Übermaß an Renovierungsverpflichtungen auferlegt. Nach der gesetzlichen Regelung in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Hierzu gehört auch die Pflicht zur Ausführung der Schönheitsreparaturen. Zwar ist die formulärmäßige Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter nach Maßgabe eines Fristenplans auch im Falle der Vermietung einer bei Vertragsbeginn nicht renovierten Wohnung wirksam, wenn die Renovierungsfristen (erst) mit dem Anfang des Mietverhältnisses zu laufen beginnen, selbst wenn die Wohnung bei Vertragsbeginn renovierungsbedürftig war und der Anspruch des Mieters auf eine Anfangsrenovierung durch den Vermieter – wie hier gemäß § 13 Nr. 2 MV – vertraglich ausgeschlossen ist (BGHZ 101, 253 [= WuM 1987, 306]). Etwas anderes ist jedoch nach der Rechtsprechung des für das Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats anzunehmen, wenn der Wohnungsmietvertrag einen starren Fristenplan enthält, der dem Mieter die Ausführung der Schönheitsreparaturen nach Ablauf genau fixierter Zeiträume verbindlich vorschreibt (BGH, Urt. v. 23. 6. 2004, DWW 2004, 221 = GE 2004, 1023 = NZM 2004, 653 = WuM 2004, 463 = ZMR 2004, 736). In diesem Fall wird der Wohnungsmieter mit Renovierungsverpflichtungen belastet, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen und ihm wird eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegt als der Vermieter ihm ohne vertragliche Abwälzung der Schönheitsreparaturen gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB schulden würde. Das ist mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar.

Ob Gleiches auch für Mietverträge über Geschäftsräume gilt, ist ungeklärt. Nach Neuhaus (Handbuch der Geschäftsraummiete, 2. Aufl. 2005, RdNr. 773) gilt die Entscheidung des VIII. Zivilsenats auch für die Geschäftsraummiete, weil der BGH mit keinem Wort einen besonderen sozialen Aspekt der Wohnraummiete erwähnt, sondern lediglich auf die allgemeinen Pflichten des Vermieters und deren Überwälzung auf Mieter abgestellt habe. Ahlt (Mitglied des XII. Zivilsenats, DWW 2005, 96, 98 f. [= GuT 2005, 47 f.]) befürwortet eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze, allerdings mit der Möglichkeit einer Korrektur über eine ergänzende Vertragsauslegung. Nach Wolf (in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, § 13, RdNr. 207) begegnet die sachlich begründete Vereinbarung fixer Fristen in Abhängigkeit von der jeweiligen Art der Nutzung der gewerblichen Räume keinen Einwendungen, weil die Starre-Fristen-Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats bisher auf das Gewerberaummietrecht noch nicht übertragen worden sei. Demgegenüber spricht sich Eckert (ZfIR 2005, 673, 674 f.; im Ergebnis auch Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., 2005, RdNr. 225; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 535, RdNr. 47: starrer Fristenplan in gewerblichen Mietverträgen zuläs-

sig, wenn er sich an der Erfahrung mit dem Renovierungsbedarf bei vertragsgemäßem Gebrauch der Mietsache richtet) gegen eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf gewerbliche Mietverträge aus. Der Zustand der Mieträume bei der gewerblichen Nutzung sei nicht Privatsache des Mieters, denn dem Vermieter sei daran gelegen, dass der Zustand des Mietobjekts, der auf die Umgebung ausstrahle, während der gesamten Laufzeit ansehnlich sei. Sofern die ausbedungenen Renovierungsfristen angemessen seien, sei nicht zu befürchten, dass der Mieter durch starre Fristen stärker belastet werde als der Vermieter.

Der Senat, der diese Rechtsfrage erstmals zu entscheiden hat, geht mit dem Landgericht davon aus, dass die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats zur Unwirksamkeit starrer Fristenregelungen auch auf den streitgegenständlichen Mietvertrag über ein Ladenlokal zum Betrieb einer Änderungsschneiderei zu übertragen ist, weil der gewerbliche Mieter in diesem Fall bei vergleichbarer Vertragsgestaltung nicht weniger schutzbedürftig ist als ein Wohnraummietler. Der Senat sieht keinen überzeugenden Grund, für den Bereich der Geschäftsraummiete der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats nicht zu folgen. Die vereinbarte Fristenregelung ist bei der Prüfung ihrer Angemessenheit nach einem generalisierenden objektiven Maßstab auch im Bereich der gewerblichen Miete mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar, weil sie den Mieter mit Renovierungsverpflichtungen belastet, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen. Anhaltspunkte für einen tatsächlich entstehenden Renovierungsbedarf in Wohnräumen sind nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats (Urt. v. 23. 6. 2004, a. a. O.) in § 7 Fußnote 1 des vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Mustermietvertrags 1976, Fassung I (Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 22/76, abgedruckt bei Gelhaar in BGB RGRK, 12. Aufl., Vor § 535 Rdnr. 87) enthalten, wonach Schönheitsreparaturen im allgemeinen in Küchen, Bädern und Duschen alle drei Jahre, in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle fünf Jahre und in anderen Nebenräumen alle sieben Jahre erforderlich sein werden (BGHZ 92, 363, 368 f. [= WuM 1985, 46]; 101, 253, 263 f. [= WuM 1987, 306]). Zwar fehlt für den Bereich der gewerblichen Miete eine vergleichbare Regelung. Die Fristen des Mustermietvertrages können aber auch zur Prüfung der Angemessenheit von Ausführungsfristen in gewerblichen Mietverträgen herangezogen werden, weil es sich um weitgehend übliche Fristen handelt (KG, GuT 2004, 172). Die streitgegenständliche Fristenregelung weicht hiervon zum einen hinsichtlich der Frist für die Nebenräume zum Nachteil des Mieters ab, zum anderen dadurch, dass der Fristenplan nicht lediglich für den Regelfall des „im allgemeinen“ entstehenden Renovierungsbedarfs gelten soll, sondern die Renovierung ausnahmslos nach Ablauf der jeweiligen Frist vorschreibt. Damit wird auch dem gewerblichen Mieter entgegen Eckert (a. a. O.) ein Übermaß an Instandhaltungspflichten auferlegt, weil keine Anhaltspunkte erkennbar und vorgetragen sind, dass ein zum Betrieb einer Änderungsschneiderei vermietetes Ladenlokal zwangsläufig nach Ablauf der genannten Fristen renovierungsbedürftig sein muss. Zwar spielt der vom VIII. Zivilsenat herangezogene Gesichtspunkt einer längeren Abwesenheit des Wohnraummieters im gewerblichen Mietrecht insoweit keine erhebliche Rolle (Ahl, a. a. O.). Jedoch kann es insbesondere dann an einem Renovierungsbedarf fehlen, wenn der Mieter die Räume mit besonders „langlebigen“ Tapeten oder Farben dekoriert hat (vgl. BGH, Urt. v. 23. 6. 2004, a. a. O.). Dem trägt die Klausel nicht hinreichend Rechnung, da sie im Einzelfall dazu führen kann, dass der Mieter Schönheitsreparaturen unabhängig vom tatsächlichen Renovierungsbedarf auszuführen hat. Die hierin liegende unbillige Benachteiligung des Mieters wird nicht dadurch ausgeräumt, dass auch der (gewerbliche) Vermieter aus Werterhaltungsgesichtspunkten heraus ein legitimes Interesse an einer ansehnlichen Dekoration des Mietobjekts während der gesamten Vertragsdauer hat. Den Interessen des gewerblichen Vermieters kann in ausreichender Weise auch mit einer Klausel ohne starren Fristenplan (z. B. mit der Formulierung „in der Regel“ oder „im Allgemeinen“) Rechnung getragen werden. Für die Über-

tragung der „Starre-Fristen-Rechtsprechung“ auf den hier vorliegenden gewerblichen Mietvertrag spricht auch die Entscheidung des für das gewerbliche Mietrecht zuständigen XII. Zivilsenat vom 6. 4. 2005 (BGH, DWW 2005, 289 = GuT 2005, 160 = MDR 2005, 1041 = NJW 2005, 2006 = NZM 2005, 504 = WuM 2005, 667 = ZMR 2005, 527). Danach führt wie im Wohnraummietrecht auch in Formularverträgen über Geschäftsräume die Kombination einer Endrenovierungsklausel mit einer solchen über turnusmäßig vorzunehmende Schönheitsreparaturen wegen des dabei auftretenden Summierungs-effekts zur Unwirksamkeit beider Klauseln. Zur Begründung hat der XII. Zivilsenat u. a. ausgeführt, dass es auch nach der Mietrechtsreform für den Bereich der Schönheitsreparaturen an einer Besserstellung des Wohnraummieters gegenüber dem gewerblichen Mieter fehlt. Nach der gesetzlichen Regelung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB schuldet der Vermieter von Geschäftsräumen die Durchführung der Schönheitsreparaturen ebenso wie der Wohnraumvermieter. Das Gesetz behandelt die Vermieter in beiden Fällen gleich. Aus der vereinzelt Besserstellung des Wohnraummieters kann danach auch nicht der Schluss gezogen werden, das Gesetz habe den Mieter von Geschäftsräumen generell weniger vor belastenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen schützen wollen. Zwar erlaubt das Gesetz eine weitergehende Beschränkung der Rechte des Geschäftsraummieters (vgl. § 310 BGB, wonach die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB für Unternehmer nicht gelten). Die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist aber in den §§ 308, 309 BGB nicht geregelt. Sie ist an § 307 BGB zu messen, einer Bestimmung, die für Unternehmer und Verbraucher gleichermaßen gilt. Es kann auch nicht generell von einer allgemein geringeren Schutzbedürftigkeit des Geschäftsraummieters ausgegangen werden. Zwar trifft es zu, dass der geschäftserfahrene Unternehmer nicht in gleichem Maße schutzbedürftig ist wie ein Verbraucher. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der Unternehmer Geschäfte der betreffenden Art häufig abschließt. Er kann deshalb mit den Risiken des Geschäfts vielfach besser vertraut und dadurch zu einer entsprechenden Vorsorge in der Lage sein (vgl. BGH, a. a. O.). Für den hier betroffenen Regelungsbereich gelten diese Überlegungen aber nicht. Geschäftsräume werden regelmäßig langfristig vermietet. Auch wenn sich – wie in dem der Entscheidung des XII. Zivilsenats zugrunde liegenden Fall – die Problematik der Ausführung der Schönheitsreparaturen anders als bei einer Endrenovierung nicht erst am Ende einer (langen) Vertragslaufzeit stellt, geht der Mieter, insbesondere derjenige, der zum ersten Mal Geschäftsräume mietet, in der Regel nicht davon aus, dass er – unabhängig vom Zeitpunkt der letzten Schönheitsreparatur – in jedem Fall eine Renovierung durchführen muss. Selbst wenn er die Problematik erkennt, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass ihm die örtliche Marktsituation die Abwehr einer solchen seine gesetzlichen Rechte beschneidenden Klausel ermöglicht. Auch der Einwand, die Schönheitsreparatur sei Teil der Gegenleistung zur Gebrauchsgewährung und die Überwälzung demgemäß in die Kalkulation der Miete eingegangen (Fritz, a. a. O.), berücksichtigt nicht ausreichend, dass dem Mieter mit dem starren Fristenplan – abweichend von der gesetzlichen Regelung – ein Übermaß an Renovierungspflichten auferlegt wird. Er muss die Geschäftsräume unabhängig von ihrem tatsächlichen Zustand renovieren. Dass die vertragliche Äquivalenz einschneidend gestört werden kann, wenn dem Vermieter zur Abgeltung der Gebrauchsgewährung nur die Mietzahlung verbleibt, hat sich der Vermieter selbst zuzuschreiben. Wenn er dem Mieter ein Übermaß an Renovierungspflichten auferlegt, trägt er das Risiko der Gesamtnichtigkeit und kann sich nicht darauf berufen, daß dadurch das vertragliche Gleichgewicht gestört wird (BGH, Urt. v. 6. 5. 2005, a. a. O.). Damit ist auch für eine von Ahlt (a. a. O.) erwogene ergänzende Vertragsauslegung im Streitfall mangels gegenteiliger Anhaltspunkte kein Raum. Der einen anderen Sachverhalt betreffenden Entscheidung BGH, NJW 1983, 446, lässt sich für den Streitfall Gegenteiliges nicht entnehmen. Zwar hat der BGH darin eine dem Pächter auferlegte Pflicht zur Ausführung von Schönheitsreparatu-

ren im festen Abstand von zwei Jahren nicht beanstandet. Zum einen betraf die Entscheidung aber eine verpachtete Gaststätte, zum anderen war die Problematik einer starren Fristenregelung im Zeitpunkt der Entscheidung nicht aktuell.

Die Unangemessenheit der Fristenregelung führt insgesamt gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zur Unwirksamkeit der in § 13 Nr. 3.1 MV enthaltenen Pflicht zur Ausführung der Schönheitsreparaturen. Die in § 13 Nr. 3.1 MV enthaltene Schönheitsreparaturverpflichtung ließe sich nur dann aufrechterhalten, wenn sich die Formularklausel aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen ließe. Hieran fehlt es. Zwar könnte die Klausel sprachlich ohne den Fristenplan bestehen bleiben. Ein Wegfall des Fristenplans hätte aber zur Folge, dass die Renovierungsvorschrift inhaltlich umgestaltet würde; denn der Fristenplan bildet mit der Überwälzung der Schönheitsreparaturen eine Einheit, indem er den Umfang der Renovierungsverpflichtung konkretisiert. Blicke die Klausel nach Streichung der Worte „mindestens“ und des nachstehenden Fristenplans bestehen, würde der Umfang der auf den Mieter übertragenen Renovierungsverpflichtung auf das gerade noch zulässige Maß zurückgeführt. Dies wäre jedoch eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion der Formularklausel (BGH, Urt. v. 23. 6. 2004, a. a. O.).

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Annahme der Unwirksamkeit der „Starre-Fristen-Rechtsprechung“ sind weder erkennbar noch seitens des Klägers im Einzelnen konkretisiert.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung wird die Revision mit Blick auf die Frage zugelassen, ob die „Starre-Fristen-Rechtsprechung“ des VIII. Zivilsenats auf den streitgegenständlichen gewerblichen Mietvertrag übertragen werden kann.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§§ 535, 251, 280, 281 BGB

Geschäftsraummiete; Reparaturleistung des Mieters; Schlechtleistung

Führt der Mieter von ihm vertraglich geschuldete Arbeiten an der Mietsache nur minderwertig aus, kann der Vermieter Ersatz der gesamten Kosten für Beseitigung der minderwertigen Arbeiten und deren vertragsgerechte Ausführung verlangen (sog. großer Schadensersatz). Hingegen hat der Mieter lediglich den Minderwert zu ersetzen, wenn die Qualitätsabweichung unerheblich ist. Diese Voraussetzung liegt aber jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn die erbrachten Arbeiten (hier: Teppichbodenverlegung) die geschuldete Qualität um 50% unterschreitet.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 17. 2. 2006 – 1 U 195/05)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um Schadensersatz aus der behaupteten Verletzung von Pflichten eines Gewerbeeräum-Mietvertrages.

Die Beklagte Ziffer 1 war die gewerbliche Mieterin einer Mietfläche im 5. Obergeschoss, Vermieterin war die Klägerin. Das Mietverhältnis endete zum 29. 2. 2004.

Vor dem Auszug verlegte die Beklagte Ziffer 1 einen neuen Teppichboden in den Mieträumen, wobei es sich um kurzflorige Schlingenware handelte, die einen Trittschallschutz von ca. 21 dB bewirkte. Dieser Teppichboden war laut technischem Datenblatt „geeignet für Wohn- und Gewerbebau mit intensiver Beanspruchung.“

Der zwischen der Klägerin und der Beklagten Ziffer 1 geschlossene Mietvertrag vom 14. 2. bzw. 13. 3. 2002 enthielt folgende Regelungen:

§ 13 Abs. 2:

„Der Bodenbelag (zum Beispiel Teppichboden) ist in einwandfreiem Zustand zurückzugeben. Bei einer Abnutzung, die über den vertragsgemäßen Verbrauch hinausgeht oder bei Be-

schädigung des Bodens durch den Mieter, ist der Mieter verpflichtet, einen neuen Bodenbelag gleicher Art, Güte und Farbe zu verlegen.“

§ 13 Abs. 3:

„Darüber hinaus gilt § 23, Ziffer 6.“

23 Nr. 6:

„Der Mieter verpflichtet sich, die Renovierungs- und Rückbauverpflichtungen aus dem vorangegangenen Mietverhältnis, die sich aus den Anlagen zu diesem Mietvertrag ergeben, zu übernehmen und diesen bis spätestens zum Mietende auf eigene Kosten nachzukommen.“

Als Anlage zu diesem Mietvertrag wurde in § 23 Nr. 1 der Mietvertrag vom 17. 6./19. 6. 1997 zwischen der E. und der S. GmbH aufgeführt, der wiederum in § 7 die Geltung des Mietvertrages vom 29. 12. 1994 zwischen der Firma A. GmbH und der Firma K. GmbH festlegte. Letzterer enthielt folgende Regelung:

§ 7.2. 6:

„Bei Beendigung des Mietverhältnisses hat der Mieter die ausschließlich von ihm gemieteten Räume fachgerecht renoviert und instandgesetzt zu übergeben. Dazu gehören insbesondere Neuverlegung des Fußbodens, (...), alles in Qualität, wie dem Mieter bei Bezug übergeben.“

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte Ziffer 1 habe gegen mietvertragliche Pflichten verstoßen, da sie bei Auszug verpflichtet gewesen sei, einen Teppichboden in den Mietflächen zu verlegen, der qualitativ demjenigen zu entsprechen habe, der bei Bezug der Mietflächen in dem Objekt verlegt gewesen sei. Der von der Beklagten Ziffer 1 tatsächlich verlegte Teppichboden entspreche *nicht* der mietvertraglich geschuldeten Qualität, wonach ein „Bodenbelag gleicher Art, Güte und Farbe wie der zuvor vorhandene“ hätte verlegt werden müssen. Diese Verpflichtung ergebe sich aus § 23 Nr. 6 des Mietvertrages der Parteien in Verbindung mit dem Hauptmietvertrag, der der widersprüchlichen Regelung des § 13 des Mietvertrages als Individualvereinbarung vorgehe.

Die Klägerin behauptet weiterhin, der ursprüngliche Teppichboden sei ein gemusterter Kräuselvelours gewesen und habe insbesondere ein Trittschallschutzverbesserungsmaß von mindestens 25 dB aufgewiesen. Auch sei der von der Beklagten Ziffer 1 tatsächlich verlegte Boden nicht so strapazierfähig wie Kräuselvelours und weise deutlich sichtbare optische Farbdifferenzen auf. Die Differenz des Trittschallschutzes zwischen dem ursprünglich verlegten und dem von der Beklagten Ziffer 1 neu verlegten Teppich in Höhe von ca. 5 dB sei auch erheblich, da ein um diese Differenz verbessertes Trittschallschutzmaß eine Halbierung der Lautstärke der in das untere Geschoss dringenden Geräusche bewirke.

Die Klägerin ist ferner der Ansicht, auch die Beklagte Ziffer 2 habe als selbstschuldnerische Bürgin in Höhe von EUR 18 000,00 für die Erfüllung aller mietvertraglichen Pflichten der Beklagten Ziffer 1 einzustehen.

Die Beklagten tragen vor, der von der Beklagten Ziffer 1 verlegte Teppich entspreche qualitativ dem bis dahin vorhanden gewesenen Belag. Die Differenz bezüglich des Trittschallschutzes sei so minimal, dass dies keinerlei praktische Auswirkungen habe.

Sie sind weiterhin der Ansicht, der Klägerin stehe nur ein Anspruch auf einen Teppichboden gleichwertiger Qualität wie derjenigen des zuvor vorhandenen Bodens zu, da § 23 Nr. 6 des Mietvertrages lediglich die Verpflichtung zur Lieferung und Verlegung eines Teppichbodens statuiere und demnach nach § 243 Abs. 1 BGB nur ein Boden „mittlerer Art und Güte“ geschuldet sei. § 13 Abs. 2 des Mietvertrages sei schon deshalb nicht einschlägig, weil hier keine übervertragsmäßige Abnutzung oder eine Beschädigung des Teppichs vorgelegen habe. Der Widerspruch zwischen den mietvertraglichen Vorschriften der §§ 23 und 13 gehe zu Lasten des Verwenders, so dass nach §§ 305 c Abs. 2, 306 Abs. 2 BGB die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere also § 243 BGB, Anwendung fänden.

Im Übrigen fehle es an einer wirksamen Fristsetzung zur Nacherfüllung, da bei dem Übergabetermin am 1. 4. 2004 die Qualität des Teppichbodens nur eine untergeordnete Rolle und beim Übergabetermin am 16. 4. 2004 gar keine Rolle gespielt habe.

Auch sei der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zu hoch veranschlagt, da die von der Fa. W. eingeholten Angebote für die Neueinbringung des ursprünglichen Teppichbodens überzogen seien. Selbst bei Bejahung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten würden diese nur das Wertinteresse schulden, da die Wertminderung des neu verlegten Bodens im Vergleich zum ursprünglichen Teppichboden nur äußerst geringfügig sei. Deshalb könne der verlegte Teppich in der Mietfläche belassen werden und die Beklagten würden allenfalls die Wertdifferenz zwischen vorher eingebrachtem und neu verlegtem Teppich schulden.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

1. Mit Recht ist das Landgericht [Karlsruhe] davon ausgegangen, daß die Erstbeklagte zur Neuverlegung eines gleichwertigen Teppichbodens verpflichtet war. § 13 des Mietvertrages der Parteien spricht zwar von einer über den vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehenden Abnutzung, erklärt aber § 23 Nr. 6 des Vertrages für „darüber hinaus“ anwendbar. In der in diesem Paragraphen enthaltenen Aufzählung der Verpflichtungen, die den Mieter bei Mietende treffen, heißt es zwar nur „Teppichboden liefern und verlegen“, ohne daß die Qualität des Teppichbodens näher beschrieben ist. Diese Aufzählung umfaßt die Pflichten des Mieters aber nur „im wesentlichen“. Maßgebend sind deshalb auch die in § 23 Nr. 6 einleitend genannten „Anlagen zu diesem Mietvertrag“. Nach § 7.2. 6 des Mietvertrages zwischen den Firmen A. und K. war der Mieter gehalten, den Fußbodenbelag „in Qualität wie bei Bezug übergeben“ neu zu verlegen, und diese Regelung war dann durch § 1 des zwischen der Fa. E. und der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 17./19. 6. 1997 geschlossenen Untermietvertrages übernommen worden. Sie gilt daher auch für den Mietvertrag der Parteien aufgrund von dessen § 23 Nr. 6. Selbst wenn es sich dabei um eine Formulklausel handeln sollte (was aufgrund des Inhalts eher fernliegend ist), ergäbe sich nach den obigen Ausführungen aus § 305 c Abs. 2 BGB nichts zugunsten der Erstbeklagten. Ebenso wenig ist § 23 Nr. 6 des Mietvertrages dahin aufzuspalten, daß es sich bei seinem einleitenden Absatz um eine Formulklausel, dagegen bei der anschließenden Aufzählung um eine Individualvereinbarung handelt.

2. Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, daß die Beklagte ihrer Verpflichtung zur Verlegung eines gleichwertigen Teppichbodens nicht nachgekommen ist.

[...]

3. Auf den Schadensersatzanspruch der Klägerin kann zwar § 251 Abs. 2 BGB angewandt werden, der für alle Schadensersatzansprüche, unabhängig von der Anspruchsgrundlage gilt (MüKo/Oetker, BGB, 4. Aufl., § 251 Rdnr. 3). Unter alleiniger Zugrundelegung dieser Vorschrift müßten allerdings die Kosten, die für die Herstellung des von der Erstbeklagten geschuldeten Zustandes entstehen (17 962,95 Euro), als unverhältnismäßig angesehen werden, wenn man sie mit dem bloßen Minderwert der Leistung vergleicht, der nach dem Sachverständigengutachten (einschließlich Mehrwertsteuer) 4063,96 Euro beträgt.

Indessen enthält § 281 Abs. 1 S. 3 BGB eine dem § 251 Abs. 2 BGB vorgehende Sonderregelung für die Frage, wann der Gläubiger bei einer Pflichtverletzung, die, wie hier, in der Erbringung einer mangelhaften Leistung besteht, Schadensersatz statt der Leistung (Kosten für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes unter Rückgabe der erbrachten Leistung, sogenannter „großer Schadensersatz“) verlangen kann oder sich mit dem Ausgleich des Minderwerts der erbrachten Leistung (sogenannter „kleiner Schadensersatz“) begnügen muß (vgl. MüKo/Ernst, a. a. O. § 281 Rdnr. 136; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Auflage, § 281 Rdnr. 48). Letzteres ist der Fall, wenn die

Pflichtverletzung nur unerheblich war. Das kann bei einem Minderwert des gelieferten Teppichbodens von 50% nicht mehr behauptet werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß die Rechtsprechung in der Vergangenheit die Berechnung eines Minderwertes auch an den Herstellungskosten orientiert hat (z. B. BGH NJW 1983, 1424; 1989, 2534). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, daß der verminderte Trittschallschutz des gelieferten Bodens nach Auffassung des Sachverständigen keine praktischen Auswirkungen hat.

Angesichts der in § 281 Abs. 1 S. 3 BGB getroffenen Regelung besteht kein Anlaß für eine ergänzende Anwendung des § 242 BGB. Die Verfügung vom 29.11.2005 enthielt entgegen dem Verständnis der Beklagten lediglich einen Hinweis auf die rechtliche Möglichkeit („könnte“), daß der Klägerin nur ein Anspruch auf Ausgleich der Wertminderung zustehe. Die Äußerung einer endgültigen Rechtsansicht konnte damit umso weniger verbunden sein, als dann allerdings der in der Verfügung gemachte Vergleichsvorschlag für die Beklagten sinnlos gewesen wäre.

4. Zur Höhe des danach geschuldeten Schadensersatzes konnte sich das Landgericht ebenfalls auf das Sachverständigengutachten stützen. Die vom Sachverständigen zugrunde gelegten Maße enthielten keine relevanten Abweichungen von denjenigen, die sich aus der von der Erstbeklagten vorgelegten Rechnung ergeben. In seinem schriftlichen Gutachten hat der Sachverständige ausgeführt, bei einer „individuellen Ausschreibung“ seien Abweichungen von plus/minus 30% von den geschätzten Kosten möglich. Es ist nicht zu beanstanden (§ 287 ZPO), daß das Landgericht unter diesen Umständen den vom Sachverständigen angegebenen Mittelwert [17 962,95 EUR] zugrunde gelegt hat.

5. Die Haftung der zweitbeklagten Bürgin für die Klageforderung ist im Berufungsrechtszug nicht mehr in Zweifel gezogen worden.

6. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) lagen nicht vor.

Mitgeteilt von RA Fallak, Wiesbaden

§§ 535, 553 BGB
Geschäftsraummiete; Nebenkostenumlage
ohne vertragliche Vereinbarung;
neu entstehende Betriebskosten

Die Abwälzung von Nebenkosten, die nicht im Mietvertrag genannt werden, kommt nur in Betracht, wenn es sich um – objektbezogen – neu entstandene Nebenkosten handelt, die bei der Bemessung des Mietzinses und/oder der Nebenkosten nicht berücksichtigt werden konnten (Bestätigung von 9 U 216/01). Bestand die Nebenkostenart (hier: Niederschlagswassergebühr) zwar bei Abschluss des Hauptmietvertrages nicht, wohl aber bei Abschluss eines späteren Untermietvertrages, der hinsichtlich der Nebenkosten auf die Regelung aus dem Hauptmietvertrag Bezug nimmt, so kommt es im Verhältnis Hauptmieter/Untermieter auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Untermietvertrages an.

(OLG Naumburg, Urteil vom 18.10.2005 – 9 U 8/05)

Aus den Gründen: II. Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Der Klägerin steht die Position *Niederschlagswassergebühr* aus der Nebenkostenabrechnung vom 25.2.2003 für das Jahr 2001 nicht zu.

Auszugehen ist von § 535 Abs. 1 S. 3 BGB. Danach trägt der *Vermieter* die auf der Mietsache ruhenden Lasten. Zu diesen Lasten zählen auch die Betriebs- oder Nebenkosten. Der Vermieter kann diese Kosten im Mietvertrag auf den Mieter abwälzen. Mit Rücksicht auf die gesetzliche Regel des § 535 Abs. 1 S. 3 BGB müssen Klauseln, durch die bestimmte Lasten auf den Mieter abgewälzt werden, grundsätzlich eng ausgelegt werden.

Außerdem müssen die abgewälzten Lasten im Vertrag möglichst eindeutig bezeichnet werden, so dass in Zweifelsfällen wieder von der Regel des § 535 Abs. 1 S. 3 BGB auszugehen ist (Emmerich/Sonnenschein *Miete*, 8. Aufl., § 535, Rn. 36 m.w.N.; für die Wohnraummiete s. a. BGH NZM 2004, 417 *hier zitiert nach juris* [= WuM 2004, 290]).

Der Senat hält nach nochmaliger Überprüfung an den Grundsätzen fest, die sich aus dem Urteil vom 5.2.2002 (9 U 216/01) ergeben. Die Abwälzung von Nebenkosten, die nicht im Mietvertrag genannt werden, kommt nur dann in Betracht, wenn es sich um – objektbezogene – *neu* entstandene Betriebskosten handelt, die bei der Bemessung des Mietzinses und/oder der Nebenkosten nicht berücksichtigt werden konnten. Maßgeblich ist somit, ob die Niederschlagswassergebühr bei Vertragsabschluss vom Vermieter auf den Mieter hätte abgewälzt werden können. Entgegen der Ansicht der Berufung kommt es daher nicht auf den Abschluss des Hauptmietvertrages im Jahre 1993 an, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem der Untermietvertrag abgeschlossen wurde (25.2.2000). In diesem Zeitpunkt konnte die Klägerin der Beklagten diese Nebenkostenart (im Verhandlungswege) auferlegen. Sie kann sich insoweit nicht darauf berufen, dass der Untermietvertrag auf den Hauptmietvertrag Bezug nimmt. Ausgehend vom Regelfall des § 535 Abs. 1 S. 3 BGB wäre es ausschließlich Sache der Klägerin gewesen, Veränderungen in den Grundlagen der Nebenkostenstruktur, die zwischen 1993 und 2000 eingetreten waren, bei Abschluss des Untermietvertrages zu berücksichtigen.

Die Niederschlagswassergebühr unterfällt nicht § 5 des Hauptmietvertrages, soweit dort von *Wasser- und Kanalverbrauch* die Rede ist. Der Senat hat im Urteil vom 5.2.2002 bereits ausgeführt, dass unter den Begriff *Kanalverbrauch* nur ein Verbrauch zu fassen ist, der mengenmäßig durch Zähler erfasst werden kann. Dazu zählt die Niederschlagswassergebühr nicht, da diese nicht nach Menge, sondern nach Fläche abgerechnet wird (dazu: Gebührenbescheid des Abwasserzweckverbandes Westliche Mulde vom 6.2.2002 – Anlage K 6 zur Klageschrift). Der Senat hält an dieser Ansicht auch für den vorliegenden Fall fest.

Entscheidungserheblich ist mithin die Frage, wann die Niederschlagswassergebühr erstmalig erhoben wurde. Insoweit ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass dies jedenfalls vor dem 25.2.2000 der Fall war. Der Behauptung der Beklagten, dass die Gebühr seit dem 14.11.1994 erhoben wird, ist die Klägerin im Folgenden nicht entgegengetreten. Diese Kostenart hätte somit bei Abschluss des Untermietvertrages berücksichtigt werden können. Dass die Parteien sich anlässlich der Verhandlungen über den Untermietvertrag und den Kauf- und Übertragungsvertrag über die Kostentragung hinsichtlich der Niederschlagswassergebühr geeinigt hätten (BGH WPM 1984, 1007, 1008), steht nach dem Ergebnis der (insoweit auch erforderlichen) Beweisaufnahme nicht fest. Auch die Klägerin geht davon aus, dass über diesen Punkt nicht gesondert verhandelt worden ist.

Die Verpflichtung der Beklagten zur Tragung der Niederschlagswassergebühr folgt entgegen der Ansicht der Berufung auch nicht aus § 4 des Kauf- und Übertragungsvertrages vom 22./25.2.2000. Der Klägerin ist zuzugeben, dass im Hinblick auf § 4 Nr. 2 des Vertrages ... *Die Käuferin wird die Verkäuferin von sämtlichen Verpflichtungen gegenüber den Eigentümern/Vermietern freistellen, sofern diese dem tatsächlichen Besitzrecht oder dem Betrieb des Objekts durch die Käuferin entspringen.* ... die Frage nach dem Verhältnis zwischen dieser Klausel und dem Untermietvertrag beantwortet werden muss. Die Berufung geht davon aus, dass der Kauf- und Übertragungsvertrag dann vorgeht, wenn in ihm gegenüber dem Untermietvertrag weitergehende Verpflichtungen der Beklagten geregelt werden. Dem kann für den vorliegenden Fall nicht gefolgt werden. § 4 Nr. 2 enthält eine generelle Vereinbarung und benennt speziell weder die Untermietverträge als solche noch eine Kostentragungspflicht hinsichtlich von Nebenkosten. § 4 Nr. 2 S. 4 verweist hinsichtlich der Mietverhältnisse auf erst

noch abzuschließende Untermietverträge. Hinsichtlich der Nebenkosten enthält dann erst die Anlage 2 zum Kauf- und Übertragungsvertrag eine Konkretisierung dahin gehend, dass sich die von der Beklagten zu tragenden Nebenkosten aus dem Hauptmietvertrag ergeben. Im Untermietvertrag wird dies in Nr. 8 vorausgesetzt und nur noch einmal klargestellt, welche Kosten *nicht* von der Beklagten (Grundsteuer/Gebäudeversicherung) zu tragen sind. Für die Nebenkosten enthält mithin die Anlage 2 zum Kauf- und Übertragungsvertrag eine § 4 Nr. 2 konkretisierende Vereinbarung. Zwischen den Parteien ist damit vereinbart, dass die Nebenkosten auf die Beklagte abgewälzt werden sollten, die sich aus dem Hauptmietvertrag ergeben. Ausgehend vom Ausgangspunkt des § 535 Abs. 1 S. 3 BGB gibt es eine klare Regelung, welche Nebenkosten von der Beklagten zu tragen sein sollen, ein Rückgriff auf § 4 Nr. 2 des Kauf- und Übertragungsvertrages (quasi als Generalklausel) muss damit entgegen der Ansicht der Berufung ausscheiden. Verbleibende Zweifel, welche Nebenkosten auf den Mieter abgewälzt werden sollten, gehen zu Lasten des Vermieters.

Da eine Abwälzung der Niederschlagswassergebühr auf die Beklagte nicht in Betracht kommt, ist sowohl die Zahlungsklage als auch der Feststellungsantrag unbegründet.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen von § 543 ZPO nicht vorliegen.

Mitgeteilt vom Veröffentlichungsverein OLG Naumburg

§§ 535, 556 BGB; § 20 NMV

Gewerberaummiete; Betriebskostenabrechnung; Abrechnungsfrist; Ausschlussfrist für Nachforderungen; Verwirkung einer Nebkostennachforderung

1. Ein pauschales Bestreiten einzelner Positionen ohne Einsicht in die Kostenbelege ist unzulässig.

2. Die vertragliche Bestimmung der Abrechnungsfrist beinhaltet ohne weitere Anhaltspunkte keine Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Nachforderungen.

3. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ist nicht entsprechend auf gewerbliche Mietverhältnisse anwendbar.

4. Zu den Voraussetzungen der Verwirkung einer Nebkostennachforderung.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.4.2006 – I-10 U 169/05)

Aus den Gründen: Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht [Düsseldorf] den Beklagten zur Zahlung von 7605,31 € nebst Zinsen verurteilt.

1. Die Klägerin hat im vorstehenden Umfang nach § 535 Abs. 2 BGB bzw. § 535 Satz 2 BGB a. F. i. V. m. § 4 Ziffer 3 und 5 des Mietvertrages vom 6. 5. 1999 Anspruch auf Zahlung der sich aus den vom 2. 2. 2004 datierenden Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2000 bis 2002 ergebenden Nebenkostenalden einschließlich des im Wege zulässiger Klageerweiterung (§ 264 Nr. 2 ZPO) mit Schriftsatz vom 7. 1. 2005 hilfsweise geltend gemachten Erhöhungsbetrages von 1768,68 € betreffend die Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2002.

a. Ohne Erfolg wendet sich die Berufung gegen die in den Nebenkostenabrechnungen in Ansatz gebrachten Kosten der Müllabfuhr für den Gewerbebetrieb des Beklagten in dem durch das Landgericht für die Zeit ab Oktober 2001 zuerkannten Umfang.

aa. Nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts haben sich die Parteien spätestens im September 2001 darauf geeinigt, dass der Beklagte jedenfalls ab Oktober 2001 für seinen Gewerbebetrieb einen Müllcontainer bei zweifacher Leerung wöchentlich allein nutzen darf. Inwieweit eine Verständigung auch den Zeitraum bis September 2001 betref-

end erfolgt ist, bedarf keiner Entscheidung, da die hiermit eingehende Klageabweisung von der Klägerin nicht angegriffen wird. [...]

bb. Hiervon ausgehend folgt bereits aus § 4 Ziffer 5 f) Satz 1 des Mietvertrages, dass der Beklagte für die im Streit stehenden Müllabfuhrgebühren einzustehen hat. Eines Rückgriffs auf die mündliche Vereinbarung zur Kostenübernahme und damit eines Eingehens auf die in § 21 des Vertrages enthaltene qualifizierte Schriftformklausel bedarf es mithin nicht.

b. Die Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2000 bis 2002 sind – auch nicht anteilig – um die in Ansatz gebrachten Kosten des Hauswarts zu kürzen.

aa. Die Kosten des Hauswarts sind nach § 4 Ziffer 3 a) des Mietvertrages in Verbindung mit Ziffer 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der Zweiten Berechnungsverordnung (BV) umlagefähig. Der Berufung kann keine Folge darin geleistet werden, die Klägerin habe – obgleich entgegen der Auffassung des Landgerichts für die Höhe ihrer Forderung beweispflichtig – keinen Beweis dafür angetreten, dass die angesetzten Kosten keine Kosten für Hausverwaltung oder Kleinreparaturen beinhalten. Ungeachtet der Beweislast hätte es allein vor dem Hintergrund, dass die Klägerin unstreitig eine gesonderte Hausverwaltung mit den Verwaltungsaufgaben betraut hat, dem Beklagten obliegen, konkrete Anhaltspunkte dafür zu unterbreiten, dass die Klägerin derartige Kosten in Ansatz gebracht hat. Ein pauschales Bestreiten einzelner Positionen ohne Einsicht in die Kostenbelege ist unzulässig (vgl. OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 570 [= GuT 2003, 147 KL]).

bb. [...]

c. Nachdem der Beklagte keine weitergehenden inhaltlichen Beanstandungen erhebt, errechnet sich die Nachforderung der Klägerin für die Jahre 2000 bis 2002 unter Berücksichtigung des hilfsweise geltend gemachten Erhöhungsbetrages für das Jahr 2002 von 1768,68 € in der vom Landgericht zuerkannten Höhe von insgesamt 7605,31 €.

d. Die Klägerin ist mit ihren Nachforderungen, auch soweit sie erstmals im Prozess erhoben worden sind, nicht ausgeschlossen.

aa. Entgegen der Rechtsansicht des Beklagten ist der unter § 4 Ziffer 6 des Mietvertrages enthaltene Regelung zur Abrechnungsfrist keine Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Nachforderungen zu entnehmen (vgl. auch LG Limburg, WuM 1997, 120; Schmidt, Handbuch der Mietnebenkosten, 7. Aufl., Rz. 3170; Langenberg, Handbuch des Betriebskostenrechts der Wohn- und Gewerberaummiete, 4. Aufl., Kap. J Rz. 16). Dafür, dass der Bestimmung neben den mit dem Eintritt der Abrechnungsreife verbundenen Rechtswirkungen weitergehende Rechtsfolgen zukommen sollen, findet sich kein Anhalt.

bb. Ebenso wenig ist vorliegend Raum für eine analoge Anwendung der allein für preisgebundenen Wohnraum konzipierten Bestimmung des § 20 Abs. 3 Satz 4 NMV 1970 in der ab dem 29. 8. 1990 geltenden Fassung. Eine Regelungslücke ist insoweit nicht erkennbar. Für eine Anwendung der vor dem Hintergrund der besonderen Schutzwürdigkeit des sozialen Wohnraummieters erlassenen Norm (vgl. OLG Düsseldorf, ZMR 1998, 219) besteht im Bereich der Gewerberaummiete kein Bedarf. Entsprechendes gilt für eine analoge Anwendung des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB (Blank, in: Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 556 Rz. 170; Schmid, a. a. O., Rz. 3169). Der Gesetzgeber hat die allein für das Wohnraummietrecht konzipierte Regelung des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB in den Verweisungskanon des § 578 BGB bewusst nicht aufgenommen. Dies schließt eine entsprechende Anwendung auf gewerbliche Mietverhältnisse aus.

cc. Die Klägerin hat ihre Ansprüche auch nicht verwirkt (§ 242 BGB). Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem ge-

samten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht in Zukunft nicht geltend machen werde (BGHZ 84, 280 <281>; 105, 290 <298>; BGH NJW 2003, 824; BGH, Beschluss vom 16. 2. 2005, Az. XII ZR 24/02 [= GuT 2005, 56]). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Ungeachtet des Zeitmomentes hat der Beklagte weder vorgetragen, sich darauf eingerichtet zu haben, keinen Nebenkostennachforderungen ausgesetzt zu sein, noch lassen sich seinem Vorbringen über den bloßen Zeitablauf hinausgehende Umstände entnehmen, aus denen er hätte ableiten dürfen, die Klägerin werde keine Nachforderungen mehr geltend machen. Dahin stehen kann daher, ob der Beklagte die den korrigierten Nebenkostenabrechnungen vorangegangenen Abrechnungen vom 1. 10. 2001, 14. 10. 2002, 5. 12. 2002 und 12. 12. 2003 erhalten hat.

dd. Bestand mithin keine Ausschlussfrist zu Lasten der Klägerin und hat diese ihre Rechte auch nicht verwirkt, war die Klägerin – ungeachtet des Zeitpunktes des Zugangs der vorgenannten Abrechnungen – schließlich nicht gehindert, weitere Nachforderungen im Prozess zu erheben.

ee. Die Klageforderungen sind nach ordnungsgemäßer Rechnungslegung auch insgesamt fällig.

(1) Soweit der Beklagte inhaltliche Mängel der Abrechnungen rügt, sind diese aus den vorstehenden Gründen nicht gegeben. Im Übrigen berühren diese die mit Erstellung einer den Anforderungen von § 259 BGB genügenden Abrechnung eintretende Fälligkeit nicht (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 8. 3. 2006, Az. VIII ZR 78/05 [= WuM 2006, 200]).

(2) Keine andere Beurteilung ergibt sich hinsichtlich des mittels Hilfsantrages geltend gemachten Nachforderungsbetrages. Einer erneuten förmlichen Rechnungslegung bedurfte es insofern zur Herbeiführung der Fälligkeit nicht. Unabhängig davon, dass sich die Nachforderung auf eine inhaltliche Unrichtigkeit der Abrechnung stützt, ist eine erneute Abrechnung jedenfalls angesichts der Darlegungen im klageerweiternden Schriftsatz vom 7. 1. 2005 entbehrlich.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§§ 535, 536 BGB Mobilfunksendeanlage auf dem Mietshaus

Zur Frage, ob dem Mieter von Wohnraum ein Anspruch gegen den Vermieter auf Unterlassung des Betriebs einer Mobilfunksendeanlage zusteht, wenn die Anlage die in der 26. Bundesimmissionsschutzverordnung festgelegten Grenzwerte für elektromagnetische Felder nicht überschreitet.

(BGH, Urteil vom 15. 3. 2006 – VIII ZR 74/05)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2006, 304.

§ 535 BGB Gewerberaummiete; Flächenberechnung; Parteivereinbarung

Ein Mangel der Mietsache liegt nicht bereits allein deshalb vor, weil die tatsächlich nutzbare Fläche (208,95 m²) nach zutreffender Berechnung um weniger als 10% von der mit 228,15 m² vereinbarten Fläche abweicht.

Für die Berechnung der tatsächlich nutzbaren Fläche von Gewerberäumen sind die Grundsätze der Wohnflächenberechnung nach §§ 43, 44 der II. Berechnungsverordnung nicht einschlägig; es besteht auch keine bundesweit übliche Praxis, Flächen mit einer lichten Höhe von 1,68 m nicht voll und Raunteile mit einer Höhe bis 1,50 m überhaupt nicht oder nur zu 1/2 auf die Nutzfläche von Gewerberäumen anzurechnen.

Da bei Vermietung von Gewerberaum nicht eine Wohn-, sondern die Nutzfläche maßgeblich ist, kann der Mieter der-

artiger Räume nicht erwarten, dass im Vertrag bezeichnete Flächen wie eine „Wohnfläche“ berechnet wurden (§§ 133, 157 BGB).

(KG, Beschluss vom 30. 9. 2005 – 12 U 213/04)

Aus den Gründen: Die Berufung war durch Beschluss zurückzuweisen, weil sie keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert (§ 522 Absatz 2 Satz 1 ZPO).

[...] 3) Die Zurückweisung der Berufung erfolgt allein deshalb, weil – wie auch das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausführt – die tatsächlich nutzbare Fläche bei zutreffender Berechnung 208,95 m² beträgt und damit um weniger als 10% von der im Mietvertrag genannten Fläche von 228,75 m² abweicht.

Wie sich aus den im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht überreichten Aufmaßskizzen ergibt, handelt es sich bei der Berechnung des Sachverständigen C. um eine Wohnflächenberechnung, die ganz offensichtlich auf den §§ 43, 44 der II. BV beruht. Diese Verordnung ist auf das streitgegenständliche Gewerbemietverhältnis aber nicht anzuwenden. Aus der vorliegend anwendbaren DIN 277 ergibt sich aber gerade nicht, dass Räume mit einer (zu) geringen Raumhöhe nur zu 50% zu berücksichtigen sind. Bei der Ermittlung der Bruttogrundfläche spielt die Raumhöhe keine Rolle, d. h. auch niedrige und nicht begehbare Räume, wie z. B. unter Dachschrägen werden in die errechnete Fläche mit einbezogen. Bei Berechnung der Nettogrundfläche müssen Räume oder Raunteile mit einer lichten Raumhöhe von über 1,5 m bzw. unter 1,5 m getrennt ermittelt werden. Die DIN 277 macht jedoch keine Vorgabe, mit welcher Quote die Fläche von Räumen oder Raunteilen mit einer lichten Höhe unter 1,5 m angerechnet werden. Dies obliegt der Parteivereinbarung. Vorliegend haben die Parteien aber eine lediglich 50%ige Anrechnung solcher Räume nicht vereinbart.

Entgegen der Ansicht des Klägers ist es bei Mietverträgen über Gewerberäume keineswegs eine bundesweit wie auch in Berlin übliche Anrechnungspraxis, Räume mit einer lichten Höhe von 1,68 m nicht voll anzurechnen. Entgegen der Ansicht des Klägers kann die nach seiner Ansicht bestehende Vertragslücke auch nicht durch eine „Nichtberücksichtigung von Raunteilen unter 1,5 m bzw. Berücksichtigung zu lediglich 1/2“ ausgefüllt werden.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

Ann. d. Red.: Zur Wahlfreiheit der Parteien über die Berechnungsweise der *Wohnfläche* vgl. jetzt BGH WuM 2006, 245.

§§ 543, 536c BGB Geschäftsraummiete; Nässeschäden mit Schimmelpilz in der Raumluft; unzureichende Mängelbeseitigungsmaßnahme; wiederholtes Abhilfverlangen; fristlose Kündigung des Mietvertrags; Untersagen weiterer Abhilfversuche

Vor einer fristlosen Kündigung muss der Mieter dem Vermieter einen Mangel nach fehlgeschlagener Beseitigung grundsätzlich nicht nochmals anzeigen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. 4. 2006 – I-24 U 145/05)

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung der Kläger hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Im Ergebnis zu Recht ist das Landgericht [Kleve] von einer Beendigung des Mietverhältnisses auf Grund der außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 19. August 2003 ausgegangen. Das Berufungsvorbringen vermag eine für die Kläger günstigere Entscheidung nicht zu rechtfertigen.

a) Nach § 543 Abs. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung durch den Mieter liegt insbesondere vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Ferner liegt ein wichtiger Grund für eine Kündigung des Mieters auch dann vor, wenn der gemietete und zum Aufenthalt von Menschen bestimmte Raum so beschaffen ist, dass seine Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist (§§ 569 Abs. 1, 578 Abs. 2 S. 2 BGB). Die außerordentliche Kündigung wegen der Verletzung einer Verpflichtung aus dem Mietvertrag, setzt allerdings grundsätzlich die erfolglose Fristsetzung zur Abhilfe oder eine erfolglose Abmahnung voraus, § 543 Abs. 3 BGB.

Ausgehend von diesen Maßgaben und in Gesamtwürdigung aller unstreitigen oder von den Beklagten bewiesenen Umstände des Einzelfalls war ihnen im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung (19. August 2003) die Fortsetzung des mit den Klägern eingegangenen Mietverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit am 31. Dezember 2009 nicht zuzumuten:

Auch nach der von den Klägern veranlassten und im Mai/Juni 2003 durchgeführten Neueindeckung des Dachs bestand die mit Abhilfverlangen der Beklagten vom 7. Mai 2003 gerügte Belastung der Mieträume durch eingedrungene oder noch weiterhin eindringende Feuchtigkeit sowie durch deren Folgen (Schimmelpilzbefall) fort. Zum einen war infolge des in der Vergangenheit auf Grund von Undichtigkeiten des Dachs eingetretenen Niederschlagswassers die Unterkonstruktion des Innenausbaus gravierend durchfeuchtet und in einem hohen Maße mit holzerstörenden Pilzen befallen. Hieran hatte sich durch die von den Klägern in Auftrag gegebene Neueindeckung nichts geändert, zumal sich der dem Dachdecker erteilte Auftrag unstrittig nicht auf Sanierung der großflächig beschädigten Innenkonstruktion der im Mansardendach gelegenen Räume bezog. Zum anderen boten die ausgewaschenen Fugen des Mauerwerks der westlichen Gaube keinen zureichenden Schutz gegen eindringenden Schlagregen mit der Folge, dass die Innenseite der Gaubenwand auch weiterhin durchfeuchtet wurde. Noch im Zeitpunkt der Besichtigung durch die Sachverständigen D. (14. Oktober 2004 und 25. Januar 2005) und O. (25. Januar 2005) – mithin rund eineinhalb Jahre nach der Neueindeckung des Dachs – lag gerade im 1. Obergeschoss des Haupttrakts eine sehr hohe Schimmelpilzbelastung in der Raumluft vor, die maßgeblich auf früher – vor Neueindeckung des Dachs – entstandene Feuchtigkeitsschäden infolge eindringenden Niederschlagswassers zurückzuführen war. Völlig zu Recht hat das Landgericht hieraus für den Zeitpunkt der Kündigung im August 2003 auf eine fortbestehende Mangelhaftigkeit der Mietsache geschlossen. Gegen diese Feststellung der angefochtenen Entscheidung wenden sich die Kläger mit ihrer Berufungsbeurteilung auch nicht.

Es kann dahinstehen, ob auf Grund der nicht vollständig beseitigten Feuchtigkeitsschäden die Benutzung des Mietobjekts sogar mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit im Sinne des § 569 Abs. 1 S. 1 BGB verbunden war oder nicht. Denn schon das Fortbestehen der von den Beklagten gerügten Mängel – Feuchtigkeit und unzuträgliches (weil muffiges) Raumklima – berechtigte die Beklagten zur vorzeitigen Kündigung des Mietvertrags.

b) Die außerordentliche Kündigung wegen der Verletzung einer Verpflichtung aus dem Mietvertrag setzt allerdings die erfolglose Fristsetzung zur Abhilfe oder eine erfolglose Abmahnung voraus, § 543 Abs. 3 BGB. Dieser Anforderung ist hier Genüge getan, da die Beklagten den Klägern mit Schreiben vom 7. Mai 2003 eine Frist zur Abhilfe – bis zum 10. Juni 2003 – ge-

setzt haben. Das Abhilfverlangen bezeichnet die Mängel, deren Beseitigung von den Klägern verlangt wird, auch so genau, dass den Klägern eine Entscheidung über die notwendigen Abhilfemaßnahmen möglich gemacht war. Der „verrottete“ Zustand des Dachs, die Undichtigkeiten der Außenwand im ersten Geschoss und auch die Feuchtigkeitsschäden in den Innenräumen der oberen Geschosse sind ebenso genannt wie die sich hieraus ergebenden „unzumutbaren Arbeitsbedingungen“ in den betroffenen Räumen. Durch den Hinweis auf die Arbeitsbedingungen sind auch die Folgen der Feuchtigkeitsschäden für das Raumklima und mithin für die Gesundheit der sich dort aufhaltenden Personen hinreichend angesprochen. Eine weitere Präzisierung oblag den Beklagten als Mietern, die nicht zu eigener Untersuchung der Schadensursache verpflichtet waren, nicht; es war vielmehr nun Sache der Kläger, die für die vollständige Mangelbeseitigung erforderlichen Arbeiten – ggf. unter Heranziehung sachverständiger Hilfe – festzustellen und in Auftrag zu geben.

c) Die Befugnis der Beklagten zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses war auch nicht etwa gem. § 536 c Abs. 2 Nr. 3 BGB infolge Unterlassens einer (erneuten) Mängelanzeige nebst einer weiteren Fristsetzung zur Abhilfe ausgeschlossen. Das Gesetz verlangt in § 543 Abs. 3 S. 1 BGB für die Kündigung auf Grund der Verletzung einer Vertragspflicht nur *ein* Abhilfverlangen mit Fristsetzung und nicht etwa mehrere. Nach dem klaren Wortlaut der Norm sind ihre Voraussetzungen mit dem erfolglosen Ablauf der gesetzten Frist erfüllt, wobei es grundsätzlich keinen Unterschied macht, aus welchem Grunde der Erfolg ausgeblieben ist. Entsprechend kann es im Regelfall auch nicht darauf ankommen, ob der Vertragspartner sich gar nicht oder nur unzureichend um Abhilfe bemüht hat. Das Risiko unzureichender und aus diesem Grunde erfolgloser Abhilfebemühungen bürdet das Gesetz in § 543 Abs. 3 S. 1 BGB grundsätzlich demjenigen auf, der seinen Pflichten aus dem Mietvertrag nicht nachgekommen ist und so den Kündigungsgrund erst geschaffen hat.

Die aus § 536 c BGB folgende Anzeigepflicht des Mieters rechtfertigt keine andere Beurteilung. Einen bereits von ihm angezeigten Mangel muss der Mieter auch nach dieser Norm dem Vermieter grundsätzlich nicht nochmals anzeigen. Es kann hier dahinstehen, ob im Falle des Misslingens von Mangelbeseitigungsversuchen des Vermieters – nach Treu und Glauben – eine erneute Anzeigepflicht des Mieters bestehen kann (so OLG Düsseldorf – 10. Zivilsenat – ZMR 1987, 376 für den Fall einer vom Mieter im Auftrag des Vermieters übernommenen Reparatur; vgl. auch: OLG Düsseldorf – 10. Zivilsenat – ZMR 1991, 24; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 c BGB Rn. 20; Palandt/Weidenkaff, 65. Aufl., § 536 c BGB Rn. 6). Denn ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor: Die von den Klägern im Mai 2003 eingeleitete Reparaturmaßnahme beschränkte sich auf die Neueindeckung des Dachs und war schon deswegen von vornherein zur Beseitigung aller von den Beklagten gerügten Mängel ungeeignet. Die nach den Feststellungen des Sachverständigen D. und O. erforderliche Sanierung der Unterkonstruktion des Dachs und der Innenräume im ersten Obergeschoss war ebenso wenig in Auftrag gegeben wie die Abdichtung der Außenwand (Mauerfugen) im Bereich der westlichen Gaube. Greifen aber bereits die vom Vermieter eingeleiteten Maßnahmen von Anbeginn an zu kurz, so besteht für eine dies rügende erneute Mängelanzeige des Mieters oder gar eine weitere Fristsetzung kein Anlass.

d) Das Kündigungsrecht der Beklagten war auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass sie den Schimmelpilzbefall der Wände selbst verursacht hätten. Insoweit kommt allein die mangels Dampfsperre nicht fachgerechte Montage von Einbauschränken durch die Beklagten in Betracht. Diese Einbauschränke befinden sich aber im Nebentrakt (Anbau); sie sind deswegen für den im übrigen Gebäude vorgefundenen Schimmelpilzbefall und die hierdurch verursachte Beeinträchtigung des Raumklimas ohne Bedeutung. Zudem war nach dem Ergebnis der in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahme durch die infolge

eindringenden Niederschlagswassers erhöhte Feuchtigkeit der Raumluft eine zusätzliche und allein im Verantwortungsbereich der Kläger gelegene Ursache für den Pilzbefall hinter den Einbauschranken gesetzt.

e) Die Beklagten haben ferner nicht zum Scheitern der Mangelbeseitigung dadurch beigetragen, dass sie den Klägern während der Baumaßnahme im Mai/Juni 2003 gewonnene Erkenntnisse treuwidrig vorenthalten hätten. Zwar hat der von den Beklagten beauftragte Bausachverständige P. bereits Mitte Mai erstmals die Baustelle besichtigt. Sein Gutachten ist aber erst unter dem 21. Juli 2003 und mithin nach Abschluss der Dachdeckerarbeiten (Rechnung W. datiert vom 17. Juli 2003) und nach Ablauf der den Klägern zur Mangelbeseitigung gesetzten Frist gefertigt worden. Zu diesem Zeitpunkt waren aber die Beklagten – wie ausgeführt – zu einer (erneuten) Mängelanzeige nicht mehr verpflichtet.

f) Die Rechtmäßigkeit der von den Beklagten ausgesprochenen Kündigung wird nicht dadurch berührt, dass die Beklagten anschließend, und zwar mit Schreiben vom 1. September 2003 den Klägern weitere Mangelbeseitigungsarbeiten untersagt haben. Die Verhinderung solcher Arbeiten durch die Beklagten und das den Klägern ausgesprochene Betretungsverbot steht auch nach Treu und Glauben dem Berufen der Beklagten auf die bereits wirksam erfolgte Kündigung nicht entgegen. Denn nach wirksamer Beendigung des Mietverhältnisses waren die Beklagten nicht verpflichtet, sich auf erneute Mangelbeseitigungsversuche der Kläger einzulassen und gerade damit möglicherweise die Vertragsbeendigung zu gefährden.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 535, 543, 278 BGB
Geschäftsraummiete; Wasser- und Stromsperrung in der
Arztpraxis; fristlose Kündigung des Mietvertrags;
Betreten der Räume durch den Vermieter

Der Mieter einer Arztpraxis ist zur fristlosen Kündigung berechtigt, wenn die Sperrung der Energieversorgung aus von ihm nicht zu verantwortenden Gründen wiederholt angedroht und einmal vollzogen wird.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. 3. 2006 – I-24 U 132/05)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um Mietzins sowie um die Wirksamkeit einer von der Beklagten als Mieterin ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung.

Mit schriftlichem Vertrag vom 23. September 2000 vermietete die Klägerin der Beklagten Räumlichkeiten in ihrem Haus K.-Str. 76 in D. zum Betrieb einer Arztpraxis. Als Mietzeit vereinbarten die Parteien den Zeitraum vom 1. Mai 2002 bis zum 30. April 2007.

Die Beklagte wurde nach Abschluss des Mietvertrages wiederholt – und zwar unter dem 9. August 2001, dem 8. September 2003 sowie dem 20. Januar 2004 – von der S-AG angeschrieben und unter Hinweis auf angebliche Zahlungsrückstände der Vermieterin dazu aufgefordert, dem bestehenden Versorgungsvertrag (betreffend Allgeminestrom und Wasserversorgung) beizutreten. Zugleich wurde der Beklagten jeweils angedroht, die Energie-/Wasserlieferung für die Verbrauchsstelle K.-Straße 76 im Falle des Nichtbeitritts zum Versorgungsvertrag einzustellen. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2003 teilte die Beklagte der Klägerin unter gleichzeitigem Abhilfeverlangen mit, ihre Praxis sei zur Zeit nicht beheizbar und könne deswegen nicht ordnungsgemäß betrieben werden. Nach Erhalt des genannten Schreibens der S-AG vom 20. Januar 2004 kündigte die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 26. Februar 2004 sodann das Mietverhältnis außerordentlich zum 30. April 2004.

Die Klägerin hat die Beklagte im Urkundsverfahren vor dem Amtsgericht Duisburg-Ruhrort auf Mietzinszahlung in Anspruch genommen. Durch Vorbehaltsurteil vom 28. Oktober 2004 hat das Amtsgericht Duisburg-Ruhrort die Beklagte unter

Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung des Mietzinses für den Monat Juni 2004 – 1124,84 € nebst Zinsen – verurteilt.

Durch das angefochtene Schlussurteil hat das Landgericht Duisburg das Vorbehaltsurteil vom 28. Oktober 2004 für vorbehaltlos erklärt und die von der Beklagten erhobene Feststellungswiderklage abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerechten Berufung. Sie macht geltend, ihr sei ein Festhalten am Mietvertrag aufgrund der wiederholten Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs nicht länger zuzumuten gewesen. Die im Verantwortungsbereich der Klägerin liegende Einstellung der Energie-/Wasserlieferung sei nicht nur angedroht, sondern teilweise auch vollzogen worden. So seien am 22. Oktober 2003 Mitarbeiter der S-AG in ihrer Arztpraxis aufgetaucht und hätten angekündigt, den Wasserzufluss nunmehr absperrten zu wollen. Nur durch intensive Verhandlungen mit der S-AG sei es ihr gelungen, dies an jenem Tage abzuwenden. Am 29. Oktober 2003 sei dann von der S-AG der für den Betrieb der Heizung sowie der Treppenhausbeleuchtung erforderliche Allgeminestrom tatsächlich abgestellt worden. Die Stromsperre habe zwei Tage gedauert und zu erheblichen Beeinträchtigungen ihres Praxisbetriebs geführt.

Die Klägerin hat nach Erheben der Widerklage ihre vermeintlichen Mietzinsansprüche für die Monate April 2005 bis einschließlich August 2005 im Urkundsverfahren vor dem Landgericht Duisburg (1 O 299/05) rechtshängig gemacht und insoweit am 16. Dezember 2005 ein Urkundenvorbehaltsurteil erwirkt. Die Beklagte hat hierauf ihre zunächst weitergehend erhobene Feststellungswiderklage hinsichtlich der Monate April 2005 bis einschließlich August 2005 in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Klägerin hat sich dieser Erledigungserklärung angeschlossen. Die Parteien stellen insoweit wechselseitig Kostenanträge.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg und führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Der mit der Klage geltend gemachte Mietzinsanspruch steht der Klägerin ebenso wenig zu wie Mietzins für Juli 2004 und über den Monat August 2005 hinaus. Auch die einseitig gebliebene Erledigungserklärung der Beklagten hinsichtlich ihrer Feststellungswiderklage für die Monate August 2004 bis März 2005 hat in der Sache Erfolg und führt zur Feststellung der Erledigung in der Hauptsache. Soweit die Parteien übereinstimmend die Widerklage in der Hauptsache für erledigt erklärt haben (April bis August 2005), bedarf es lediglich noch einer Kostenentscheidung.

Die Beklagte hat das Mietverhältnis der Parteien mit anwaltlichem Schreiben vom 26. Februar 2004 mit Wirkung zum 30. April 2004 wirksam gekündigt. Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung lagen vor:

Nach § 543 Abs. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung durch den Mieter liegt insbesondere dann vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird (§ 543 Abs. 2 Ziff. 1 BGB). Ferner liegt ein wichtiger Grund für eine Kündigung des Mieters auch dann vor, wenn der gemietete und zum Aufenthalt von Menschen bestimmte Raum so beschaffen ist, dass seine Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist (§§ 569 Abs. 1, 578 Abs. 2 Satz 2 BGB). Die außerordentliche Kündigung wegen der Verletzung einer Verpflichtung aus dem Mietvertrag setzt allerdings grundsätzlich die erfolglose Fristsetzung zur Abhilfe oder eine erfolglo-

se Abmahnung voraus, § 543 Abs. 3 BGB. Ausgehend von diesen Maßgaben und in Gesamtwürdigung aller unstrittigen oder aufgrund der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme festgestellten Umstände des Einzelfalls war der Beklagten die Fortsetzung des mit der Klägerin eingegangenen Mietverhältnisses bis zu dessen regulären Ende nicht zuzumuten.

Im Vorfeld der außerordentlichen Kündigung vom 26. Februar 2004 ist es wiederholt zu Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs der Beklagten gekommen und zwar aufgrund von Umständen, die sämtlich im Verantwortungsbereich der Klägerin liegen. Ihr ist unter Anwendung von § 278 BGB nicht nur das Verhalten ihres als Verwalter eingesetzten Ehemannes P. zuzurechnen. Erfüllungsgehilfin der Klägerin im Sinne des § 278 BGB hinsichtlich der aus dem Mietvertrag geschuldeten Versorgung mit Allgemeinstrom und Wasser ist auch die S-AG mit der Konsequenz, dass es für die nach § 543 Abs. 1 BGB zu treffende Abwägung ohne Entscheidungsrelevanz ist, ob die Ursache für die Störungen des Mietgebrauchs der Beklagten nun bei der Klägerin (in Folge Nichtzahlung von Verbrauchsrechnung) oder bei den Stadtwerken (etwa in Folge dortiger Buchungsfehler) liegt.

Chronologisch geordnet stehen folgende einzelne Vorfälle fest: [wird ausgeführt]

Nach alledem hatte die Beklagte aufgrund fünf verschiedener Vorfälle – unter Einschluss des Vorfalls aus dem Jahre 2001 – begründeten Anlass, die Versorgung der von ihr in den Mieträumen betriebenen Arztpraxis mit Wasser und Heizungswärme als nicht mehr gesichert anzusehen. Zwar ist der gesetzliche Beispielfall des § 543 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 BGB nur in einem Falle, nämlich in Folge der Stromsperre am 29. Oktober 2003, verwirklicht worden. Auch hat die Klägerin auf das Verlangen der Beklagten durch Zahlung des von der S-AG geforderten Betrags umgehend für Abhilfe gesorgt. Die wiederholt aufgetretene Gefährdung der Energie- und Wasserversorgung ihrer Arztpraxis war der Beklagten nach der letzten Sperrankündigung vom 20. Januar 2004 aber nicht länger zuzumuten. Der Ausfall von Energie- oder Wasserlieferung ist gerade für den Betrieb einer Arztpraxis wegen der damit verbundenen Gefahren für die Patienten unter allen Umständen zu vermeiden. Es war Sache der Klägerin, im Zusammenwirken mit der S-AG die Versorgungssicherheit für die Praxis bestmöglich zu gewährleisten. Diesen Anforderungen ist die Klägerin nachhaltig nicht gerecht geworden, so dass die Beklagte zur Auflösung des Vertragsverhältnisses nach § 543 Abs. 1 BGB berechtigt war.

In der hier vorzunehmenden Gesamtabwägung fällt zum Nachteil der Klägerin auch der in seinem Kern zwischen den Parteien unstrittige Vorfall vom 23. Juli 2003 ins Gewicht. Ohne die erforderliche Ankündigung, ohne Einlassgewährung durch die Beklagte und gegen den ausdrücklichen Widerspruch des in der Praxis tätigen Personals verschaffte sich der von der Klägerin als Verwalter eingesetzte P. Zutritt zu den Praxisräumen und untersuchte diese auf bauliche Änderungen. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Verwalter, wie die Klägerin bestreitet, auch Untersuchungs- und Behandlungsräume unerlaubt betreten hat. Ohne Zutrittsbewilligung durch die Beklagte hatte der Verwalter überhaupt nichts in der Praxis zu suchen; allenfalls durfte er – dies war aber gerade nicht der Fall – sich am Empfang als Patient melden. Unstreitig ist er aber trotz Aufforderung zum Verlassen der Praxis über den Empfangsbereich hinaus zumindest in das Wartezimmer gegangen, um sich dort umzuschauen. Auch vor dem Hintergrund dieser manifesten Grenzüberschreitung durch den Verwalter der Klägerin war der Beklagten in Zusammenschau mit den oben genannten weiteren Vorkommnissen ein Festhalten am Vertrag bis zum Ende der regulären Laufzeit nicht zuzumuten.

Ein erneutes Abhilfaverlangen oder eine Abmahnung nach dem letzten Vorfall vom 20. Januar 2004 war gemäß § 543 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 1 und 2 BGB nicht erforderlich. Vor jeder der drei Sperrankündigungen der S-AG war die Klägerin von der S-AG

über das beabsichtigte Vorgehen – nämlich das Beitrittsangebot an die Mieter – informiert worden. Über die Stromsperre vom 29. Oktober 2003 ist sie von der Beklagten unterrichtet worden und da es trotzdem zu der erneuten Sperrankündigung vom 20. Januar 2004 gekommen ist, versprach ein erneutes Vorgehen nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB zur künftigen Vermeidung solcher Vorfälle offensichtlich keinen Erfolg. Überdies rechtfertigten die Besonderheiten des Falls unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung.

Auf den Antrag der Beklagten war auch festzustellen, dass sich die Widerklage hinsichtlich der Monate August 2004 bis März 2005 in der Hauptsache erledigt hat. Das Rechtschutzbedürfnis für die ursprünglich zulässige und begründete Widerklage ist durch Erheben der Leistungsklage auf Zahlung des Mietzinses für den genannten Zeitraum entfallen. Dem Vortrag der Beklagten, die Leistungsklage sei erst nach Erheben der Widerklage ihrerseits erhoben worden, ist die Klägerin nicht konkret – nämlich unter Angabe der Zustellungsdaten der Leistungsklage – entgegengetreten.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 91 a Abs. 1 S. 1 ZPO. Auch im Umfang der übereinstimmend erklärten Teilerledigung der Widerklage sind die Kosten nach Billigkeit der Klägerin aufzuerlegen, da sie ohne das erledigende Ereignis – anderweitige Rechtshängigkeit der Leistungsklage – auch hier unterlegen gewesen wäre.

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 535, 536b, 543 BGB

Gewerberaumiete; Mangelkenntnis; Arbeitsstättenverordnung; Sonnenwärmeschutz und Belüftung; fristlose Kündigung; Abhilfeversprechen; angemessene Fristsetzung zur Mängelbeseitigung

1. Eine die Kündigung ausschließende Kenntnis des Mieters von einem Sachmangel liegt vor, wenn er die die Gebrauchseinschränkung begründenden Tatsachen kennt.

2. Zur Umdeutung einer Hauptintervention in eine Nebenintervention im zweiten Rechtszug. (nur Leitsatz)

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. 3. 2006 – I-24 U 112/05)

Zum Sachverhalt: Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des Kaufmanns F. in G. (im Folgenden: Schuldner).

Der Schuldner vermietete der Beklagten zunächst mit Mietvertrag vom 21. Juni 1996 eine frühere Möbelausstellhalle in G. zum Betrieb eines Berufsbildungswerkes. Die Halle verfügt über Schaufenster, die nicht zu öffnen sind. Bereits bald nach Abschluss jenes Mietvertrages war die Frage mangelhafter Beschattung der Schulungsräume Gegenstand der Erörterung zwischen dem Schuldner und der Beklagten. Mit dem Ziel der Einbeziehung weiterer Räumlichkeiten schlossen die Parteien über jene Halle am 22. Oktober 2001 erneut einen – nunmehr bis zum 22. Oktober 2011 – befristeten Mietvertrag.

Nach Beschwerden von Ausbildungsteilnehmern überprüfte die TÜV Arbeit und Gesundheit GmbH im Juli 2003 die klimatischen Verhältnisse in den Räumen und stellte fest, dass in einem nach Süden gelegenen, 60 qm großen Schulungsraum für Maler die Vorgaben Arbeitsstättenverordnung – wegen Überhitzung – nicht eingehalten waren (Schreiben vom 25. Juli 2003).

Nach Aufforderungsschreiben vom 2. Juli, 22. Juli und 13. August 2004 kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 2. September 2004 das Mietverhältnis außerordentlich zum 30. September 2004.

Am 1. Februar 2005 wurden das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit am 4. März 2005 eingegangenem Schriftsatz nahm der Kläger das Verfahren nach Unterbrechung

auf. Am 23. März 2005 wurde die Zwangsverwaltung bzgl. des Mietgrundstücks angeordnet; der Nebenintervenient ist zum Zwangsverwalter bestellt.

Das Landgericht Kleve hat die auf Zahlung von Miete für die Monate Oktober 2004 bis März 2005 zzgl. Nebenkostenvorauszahlungen für Oktober und November 2004 gerichtete Klage abgewiesen.

Der Kläger hat Berufung eingelegt. Der Zwangsverwalter hat erklärt, er trete nunmehr an die Stelle des Insolvenzverwalters, und hat die Berufung sodann begründet. Kläger und Nebenintervenient machen geltend, die Kündigung vom 2. September 2004 sei unwirksam. Die in erster Instanz verfolgten Nebenkostenvorauszahlungen werden nicht mehr geltend gemacht.

Der Kläger und der Nebenintervenient beantragen, wie erkannt. Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie widerspricht der Parteiänderung durch Eintritt des Zwangsverwalters und hält ihre außerordentliche Kündigung für wirksam.

Aus den Gründen: II. Die Berufung des Klägers hat Erfolg und führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung:

A. Die Berufung ist zulässig. [wird ausgeführt]

B. Die Berufung ist auch begründet:

1. Die Beklagte ist aus § 535 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 des Mietvertrags verpflichtet sein, die Kaltmiete ohne Nebenkosten für die Zeit von Oktober 2004 bis März 2005, insgesamt 7500 DM = 3834,68 EUR × 6 Monate = 23 008,08 EUR zu zahlen. Das befristet bis zum 22. Oktober 2011 vereinbarte Mietverhältnis ist nicht durch außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. September 2004 vorzeitig beendet worden.

a) Eine Möglichkeit zur vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses war der Beklagten nicht durch § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB eröffnet. Der Beklagten war unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zu dessen regulärer Beendigung zuzumuten.

Allerdings liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung durch den Mieter insbesondere dann vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird (§ 543 Abs. 2 Ziff. 1 BGB). Auch ein Sachmangel des Mietobjekts i. S. d. § 536 BGB kann sich als Vorenthalten des vertragsgemäßen Gebrauchs darstellen, wenn die durch ihn hervorgerufene Gebrauchsbeeinträchtigung nicht unerheblich ist (vgl. Palandt-Weidenkaff, 65. Aufl., § 543 BGB Rn. 18 f.). Ein solcher – erheblicher – Mangel des Mietobjekts liegt hier vor, da der als Schulungsraum für das Malerhandwerk eingerichtete Raum von ca. 60 qm Größe den Vorschriften der Arbeitsstättenverordnung nicht genügte und für den im Vertrag vereinbarten Nutzungszweck nicht geeignet war.

Die Arbeitsstättenverordnung vom 12. August 2004 ist hier anwendbar, da die Mieträume Arbeitsstätten der Mitarbeiter der Klägerin i. S. d. §§ 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 ArbStättVO sind. Die Kunden der Beklagten mögen zwar gleichsam reflexartig an dem Schutz der ArbeitsstättenVO partizipieren; ihre unmittelbare Anwendbarkeit ergibt sich aber aus der Tätigkeit der in den Mieträumen eingesetzten Ausbilder. Die Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 2 ArbStättVO greifen ersichtlich nicht ein. Die von der Beklagten gemieteten Räume fielen auch bereits unter die frühere Fassung der ArbeitsstättenVO (vom 20. März 1975, zuletzt geändert am 25. Nov. 2003).

Infolge der unstrittig mangelhaften Belüftungs- und Verschattungsmöglichkeit des genannten Schulungsraumes entsprach das Mietobjekt nicht dem Vertrag. In § 1 Ziff. 1 des Mietvertrags (im Folgenden: MV) ist vorgesehen, dass die Mieträume u. a. als Malerwerkstatt eingesetzt werden sollen. Nach § 1 Ziff. 4 MV gewährt der Vermieter den Gebrauch der Mieträume in einem für den vorgesehenen gewerblichen Zweck grund-

sätzlich geeigneten Zustand. Die Verantwortlichkeit für den hier zu beurteilenden Sachmangel ist auch weder durch § 1 Ziff. 4 S. 2 MV noch durch § 7 Ziff. 4 MV auf die Beklagte verlagert. Erstere Vorschrift regelt die finanziellen Konsequenzen behördlicher Auflagen. Dies aber erfasst dem Wortsinn nach nur von Behörden erlassene Verwaltungsakte, nicht aber die hier durch den Zustand des Mietobjekts eingeschränkte Möglichkeit zur Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften. § 7 Ziff. 4 MV regelt, wie sich aus der Verweisung auf § 538 BGB a. F. ergibt, nur die hier nicht erhebliche Frage einer Schadensersatzverpflichtung.

Der Mangel war auch durchaus erheblich:

Zwar erfasst der Mangel nur knapp 10% der gemieteten Gesamtfläche. Für den vorgesehenen Zweck ist diese Fläche aber jedenfalls im Sommer auf Dauer nicht nutzbar. Es mag sein, dass die Beklagte durch Umgruppierung der Nutzungen innerhalb des gesamten Mietobjekts eine anderweitige Verwendung für jenen Raum hätte finden können, bei der eine Kollision mit den Vorschriften der ArbeitsstättenVO nicht zu besorgen gewesen wäre. Die hierdurch bedingte Einschränkung in der Nutzbarkeit des Gesamtobjekts war der Beklagten aber nicht zuzumuten.

b) Das Kündigungsrecht der Beklagten war aber infolge der Kenntnis des Mangels bei Abschluss des Mietvertrags ausgeschlossen, §§ 543 Abs. 4 S. 1, 536 b S. 1 BGB:

Die Beklagte nutzte vor Abschluss des Mietvertrages vom 22. Oktober 2001 den zuletzt als Malerwerkstatt genutzten Raum, dessen Mangelhaftigkeit sie rügt, bereits seit August 1996 aufgrund früheren Mietvertrages vom 21. Juni 1996. Ihr Geschäftsführer hatte bei Abschluss des letzten Mietvertrages unstrittig Kenntnis davon,

- dass sich die Fenster nicht öffnen ließen,
- dass eine Außenverschattung fehlte und
- dass beides zu einer Aufheizung der Räumlichkeiten führte.

Mithin war der Beklagten nicht nur der technische Mangel des Mietobjekts längst bekannt, bevor sie das Objekt erneut anmietete. Ihr waren auch die physischen Auswirkungen dieses Mangels auf die dort arbeitenden (und lernenden) Personen bekannt. Der Hinweis auf den „Jahrhundertssommer“ 2003 rechtfertigt keine andere Beurteilung: Hochsommerliche Hitzeperioden gab es nicht nur 2003, sondern auch in jedem Sommer zwischen 1996 und 2001. Entsprechend war, wie von der Beklagten selbst vorgetragen (Schriftsatz vom 20. April 2005 S. 3), die mangelhafte Beschattung „schon nach dem ersten Sommer“ (nach Abschluss des früheren Mietvertrages von 1996) Gesprächsthema zwischen den Vertragsparteien.

Zwar genügt nicht bereits die Kenntnis des Mieters vom äußeren Erscheinungsbild eines Mangels, solange der Mieter nicht auch das Wissen um die konkreten Auswirkungen des Mangels auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache hat (vgl. BGH NJW 1979, 713; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 b BGB Rn. 6; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. B Rn. 1405; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn. 301). Gerade diese konkrete Kenntnis zum Einfluss des Fehlens von Belüftung und Verschattung auf die Gebrauchstauglichkeit hatte die Beklagte aber, da ihr die Aufheizung der Räume und damit die physische Beeinträchtigung der dort tätigen Mitarbeiter und Kunden bekannt war. Ihr Wissen um den Mangel der Mietsache ging damit über eine bloße Kenntnis der Umstände, die erst auf Grund öffentlich-rechtlicher Gebrauchsbeschränkungen zur Fehlerhaftigkeit führen (siehe hierzu Wolf/Eckert/Ball a. a. O.), hinaus.

Soweit sie behauptet, der Verstoß gegen die ArbStättVO sei ihr vor 2003 nicht bewusst gewesen, so lag hierin nur eine Unterschätzung der Tragweite der Gebrauchsbeeinträchtigung, die für die Anwendbarkeit von §§ 543 Abs. 4 S. 1, 536 b S. 1 BGB unerheblich ist (vgl. Bub/Treier a. a. O. m. w. N.; Schmidt-Futterer/Eisenschmid a. a. O. Rn. 8). Im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihren Mitarbeitern war die Beklagte ohnehin

gehalten, gesundheitsbeeinträchtigende Verhältnisse am Arbeitsplatz zu vermeiden. Die bloße Konkretisierung dieser Verpflichtung durch die ArbeitsstättenVO schafft keine neue Qualität des der Beklagten bereits vor Vertragsschluss bekannten Sachmangels.

Unerheblich ist auch die Behauptung der Beklagten, die Bundesagentur für Arbeit habe erst ab 2002/2003 bei der Vergabe von Aufträgen verstärkt darauf geachtet, dass der jeweilige Bildungsträger den Anforderungen der Arbeitsstättenverordnung nachkomme. Auch dies betrifft lediglich die Tragweite des Mangels für das allerdings die Beklagte als Mieterin treffende Verwendungsrisiko.

c) Dem Ausschluss des Kündigungsrechts durch §§ 543 Abs. 4 S. 1, 536 b S. 1 BGB stehen hier auch nicht die Grundsätze von Treu und Glauben entgegen:

Der Bundesgerichtshof (Urt. vom 21. März 2001, XII ZR 241/98, juris Nr. KORE563762001) hat allerdings zu § 539 BGB a. F. die Auffassung vertreten, der Mieter verliere trotz Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss seine Rechte aus § 538 BGB a. F. nicht, wenn der Vermieter ihm auf sein Verlangen Abhilfe zugesagt habe. In einem solchen Fall greife die dem Gewährleistungsausschluss zugrundeliegende Erwägung, der Mieter gebe sich mit dem mangelhaften Zustand des Mietobjekts zufrieden, nicht ein. Es widerspreche Treu und Glauben, wenn sich der Vermieter seinem Abhilfeversprechen unter Berufung auf die Kenntnis des Mieters von dem Mangel entziehen könne.

Die Beklagte hat hierzu vorgetragen, der Vermieter habe auf wiederholtes Abhilfeverlangen seit 1996 „immer wieder“ Abhilfe zugesagt und sie vertröstet. Nach Erhalt des TÜV-Berichtes vom 25. Juli 2003 habe sie wiederum um Abhilfe nachgesucht; der Vermieter habe ihr dann zugesagt, technische Vorkehrungen einbauen zu lassen, die zu einer Verbesserung des Lüftungs- und Klimazustandes führen sollten.

Beides reicht nicht aus, der Beklagten trotz § 543 Abs. 4 S. 1 BGB das außerordentliche Kündigungsrecht zu erhalten. Der Vortrag zu Abhilfeverlangen ab 1996 ist völlig unsubstantiiert. Er betrifft zudem das frühere Mietverhältnis. Zu einem etwaigen Abhilfeversprechen oder auch nur Vorbehalt der Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des Mietvertrages vom 22. Oktober 2001 ist dagegen nichts konkret vorgebracht. Ein etwaiges Abhilfeversprechen nach Juli 2003 ist für die Frage der Berechtigung zur außerordentlichen Kündigung ebenso unerheblich. Es mag sein, das sich der Vermieter mit Blick auf ein solches Abhilfeversprechen der Beseitigung eines bei Vertragsschluss bekannten Mietmangels aus Gründen von Treu und Glauben (widersprüchliches Verhalten) nicht entziehen kann. Dieser Gesichtspunkt trägt aber nicht in der Frage des außerordentlichen Kündigungsrechts: Hier setzt sich der Vermieter nicht mit seinem Abhilfeversprechen in Widerspruch, wenn er auf Einhaltung der Vertragslaufzeit besteht. Überdies hat der Kläger bestritten, Abhilfe *auf seine Kosten* versprochen zu haben. Ein Beweisantritt der Beklagten fehlt.

d) Ungeachtet der vorstehend zu a) genannten Gründe ist die Kündigung der Beklagten vom 2. September 2004 auch deswegen unwirksam, weil sie vorzeitig erfolgt ist. Noch mit Schreiben vom 13. August 2004 hatte die Beklagte den Schuldner – erneut – aufgefordert, durch fachgerechte Maßnahmen für die erforderlichen Belüftungs- und Verschattungsmöglichkeiten zu sorgen. Mit Antwortschreiben vom 19. August 2004 hatte der Schuldner zugesagt, umgehend entsprechende Baumaßnahmen in Auftrag geben zu wollen. Zwar hat der Schuldner die ihm im Schreiben vom 13. August 2004 gesetzte Frist von 10 Tagen zur Vornahme der Maßnahmen nicht eingehalten. Diese Frist war allerdings angesichts des absehbaren Umfangs der Bauarbeiten und im Hinblick auf die Ferienzeit – die Schulferien Nordrhein-Westfalens dauerten vom 22. Juli bis zum 4. September 2004 – ganz erheblich zu kurz bemessen. Dementsprechend hat die Aufforderung vom 13. August 2004 (Freitag), deren Zugang nicht vor dem 16. August 2004 (Montag) zu erwarten war, eine den Umständen des Einzelfalls angemessene

Frist in Lauf gesetzt (vgl. Palandt-Weidenkaff, 65. Aufl., § 543 BGB Rn. 47). Die durch die Aufforderung vom 13. August 2004 in Lauf gesetzte angemessene Frist bemisst der Senat mit sechs Wochen; sie lief am 27. September 2004 und mithin mehrere Wochen nach Ausspruch der Kündigung ab.

e) Der Beklagten steht schließlich gegenüber dem mit der Klage verfolgten Mietzinsanspruch auch kein Zurückbehaltungsrecht wegen unterlassener Mängelbeseitigung zu, da sie sich durch die Kündigung vom 2. September 2004 selbst vertragsuntreu gezeigt hat und Ende September 2004 aus den vermieteten Räumlichkeiten ausgezogen ist.

2. [...] Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen, § 543 Abs. 2 ZPO.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung einschließlich der Gründe zu Leits. 2 kann bis zum 15. 8. 2006 zur kostenfreien Zusendung per e-mail (info@prewest.de) angefordert werden.

§§ 536, 581 BGB
Pferdehof; Pacht; Fehlen behördlicher
Nutzungsgenehmigung; Mangelfeststellung durch
vertraglich vorgesehenen Gutachterausschuss;
Pachtzinsminderung; Zahlungsrückstand

1. Das Fehlen einer für die gewerbliche Nutzung an sich erforderlichen Nutzungsgenehmigung führt allerdings nicht automatisch zur Annahme eines Mangels gemäß § 536 BGB und damit zur Nichtgewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Voraussetzung ist vielmehr, dass die fehlende Genehmigung eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat. Eine solche liegt regelmäßig nur vor, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts untersagt oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit ernstlich zu erwarten ist.

2. Die Klausel in einem Pachtvertrag über einen Pferdehof, „Es finden jeweils in den Monaten Oktober und April zwei Betriebsbesichtigungen statt. Ergeben sich hierbei Beanstandungen, zu der auch das Vorliegen von Mängeln gehört, so entscheidet – bei Nichteinigung der Parteien – über deren Berechtigung der noch zu bildende Gutachterausschuss...“, ist gemäß §§ 133, 157 BGB bei verständiger Regelung dahingehend auszulegen, dass im Streitfall ein die Gebrauchstauglichkeit einschränkender Mangel durch den Gutachterausschuss bestätigt sein muss.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. 3. 2006 – I-10 U 166/05)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte verpflichtet ist, den von den Klägern angepachteten Teil des Pferdehofes zu räumen. Das Landgericht Düsseldorf hat die Räumungsklage mit der Begründung abgewiesen, die Kündigungen der Kläger hätten den Pachtvertrag nicht beendet.

Die Kläger halten das klageabweisende Urteil für rechtsfehlerhaft. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die fristlose Kündigung vom 31. 8. 2005 wirksam. Das Landgericht habe insoweit die Darlegungs- und Beweislast sowie die Bedeutung des § 8 PV (letzter Absatz) verkannt. Der Beklagte habe sich am 31. 8. 2005 mit mehr als einer Pacht in Rückstand befunden. Es sei dem Beklagten unbenommen geblieben, vor Gericht Mängel des Pachtobjekts vorzutragen und daraus resultierende angebliche Minderungsrechte einzuwenden. Dies habe das Landgericht verkannt. Die Auffassung des Landgerichts führe dazu, dass sie ihr fristloses Kündigungsrecht gemäß § 12 Abs. 3 PV erst ausüben könnten, wenn sie zuvor den Gutachterausschuss angerufen hätten und dieser die Mangelfreiheit festgestellt hätte. Im Übrigen halten sie auch ihre weiteren Kündigungen entgegen der Auffassung des Landgerichts für wirksam.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und bittet um Zurückweisung der Berufung. Das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass hinsichtlich der Kündigung vom 31. 8. 2005 ein Kündigungsgrund aufgrund des geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts nicht bestehe. Der Zahlungsrückstand basiere nicht auf einem Zahlungsverzug, vielmehr habe er die Pacht wegen zahlreicher Mängel der Pachtanlage gemindert. Ein pflichtwidriger Zahlungsverzug liege erst dann vor, wenn er sich den Feststellungen des – bisher nicht eingeholten – Schiedsgutachtens widersetze. Im übrigen hält er auch die weiteren von den Klägern ausgesprochenen Kündigungen mit dem Landgericht für unwirksam.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat in der Sache im Hauptantrag Erfolg, so dass es einer Entscheidung über die gestellten Hilfsanträge nicht bedarf. Entgegen der Auffassung des angefochtenen Urteils ist das Pachtverhältnis der Parteien jedenfalls durch die fristlose Kündigung der Kläger vom 31. 8. 2005 beendet und der Beklagte gemäß §§ 581 Abs. 2, 546 Abs. 1 BGB zur Räumung und Herausgabe an die Kläger verpflichtet. Das beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

Die auf Zahlungsverzug gestützte fristlose Kündigung der Kläger vom 31. 8. 2005 ist gemäß §§ 581 Abs. 2, 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB begründet, so dass es auf die Frage, ob die in § 12 Abs. 2 PV getroffene Kündigungsregelung auch den Fall erfasst, dass der Pächter über einen längeren Zeitraum jeweils nur mit einem Teil des Pachtzinses in Rückstand gerät, selbst wenn dieser in der Summe mehr als eine Monatspacht erreicht, nicht ankommt. Nach §§ 581 Abs. 2, 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB ist der Verpächter berechtigt, das Pachtverhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen, wenn der Pächter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Pacht oder eines nicht unerheblichen Teils der Pacht in Verzug ist. Diese Voraussetzungen liegen nach den gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legenden Feststellungen vor. Unstreitig hatte der Beklagte bei Ausspruch und Zugang der Kündigung die jeweils zum 3. eines jeden Monats (§ 5 PV) zu entrichtende Pacht (monatlich 5112,92 €) für die Monate April bis August 2005 in einer Gesamthöhe von 9669,10 € nicht gezahlt. Die nicht gezahlte anteilige Pacht betrug nach den vorgelegten Kontoauszügen in den Monaten April bis Juni 2005 je 1533,82 € und in den Monaten Juli und August 2005 je 2533,82 €. Der Gesamtrückstand von 9669,10 € ist i. S. der gesetzlichen Regelung nicht unerheblich (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 903 [= WuM 1987, 317]).

Gründe für den Pachtrückstand, die der Beklagte nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4 BGB), liegen nicht vor. Der Beklagte konnte sich gegenüber dem fälligen Pachtzinsanspruch ohne Fahrlässigkeit weder aufgrund eines Zurückbehaltungsrechts noch wegen etwaiger Mängel des Pachtobjektes für berechtigt halten, die Pachtzahlung in vorbeschriebener Höhe einzustellen. Ein Recht zur Zahlungsverweigerung ergibt sich insbesondere nicht aus den im Schriftsatz vom 2. 11. 2005 behaupteten fehlenden öffentlich-rechtlichen Nutzungsgenehmigungen (für die Nutzung als Wohnung, für die Betonplatte vor den Außenboxen, für die Zufahrt, für die Verlaufsänderung des Baches, für den abgeladenen Bauschutt).

Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch entgegenstehen, dann einen Fehler der Mietsache im Sinne des § 537 BGB a. F. = § 536 BGB n. F. darstellen, wenn sie mit der Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen, nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben und mietvertraglich nichts Abweichendes vereinbart ist (vgl. BGH, Urte. v. 16. 2. 2000, NJW 2000, 1713 m.w.N.). In diesem Sinn kann auch das Fehlen einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung einen Mangel darstellen und dem Mieter insoweit die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) bzw. ein Recht zur Minderung (§ 536 Abs. 1 BGB) geben. Das Fehlen einer – wie hier – für die gewerbliche Nutzung als Lagerfläche an sich erforderlichen Nutzungsgenehmigung führt allerdings nicht au-

tomatisch zur Annahme eines Mangels gemäß § 536 BGB und damit zur Nichtgewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Voraussetzung ist vielmehr, dass die fehlende Genehmigung eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat. Eine solche liegt regelmäßig nur vor, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts untersagt oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit ernstlich zu erwarten ist (vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 9. 1. 2002, XII ZR 182/98; BGH, Urte. v. 20. 1. 1971, ZMR 1971, 220; Senat, Urte. v. 12. 5. 2005, DWW 2005, 235 = ZMR 2005, 707; KG, Urte. v. 7. 3. 2002, GE 2002, 664). Dass diese Voraussetzungen bei Ausspruch der Kündigung vom 31. 8. 2005 erfüllt waren, vermag der Senat den im Berufungsverfahren zu Grunde zu legenden Tatsachen (§§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 529 Abs. 1 ZPO) nicht zu entnehmen. Das Vorbringen des Beklagten ist insoweit auch zweitinstanzlich substanzlos.

Auch die weiteren im Schriftsatz vom 2. 11. 2005 aufgelisteten Mängel berechtigten den Beklagten weder zur Zurückhaltung noch zur Minderung des Pachtzinses. Der Senat lässt dahin stehen, ob die von dem Beklagten behaupteten Mängel des Pachtobjektes vorliegen oder nicht. Ihrer Berücksichtigung im vorliegenden Rechtsstreit steht jedenfalls die in § 8 Abs. 7 PV zwischen den Parteien vereinbarte Schiedsklausel entgegen. Danach finden jeweils in den Monaten Oktober und April zwei Betriebsbesichtigungen statt. Ergeben sich hierbei Beanstandungen, zu der auch das Vorliegen von Mängeln gehört, so entscheidet – bei Nichteinigung der Parteien – über deren Berechtigung der noch zu bildende Gutachterausschuss (vgl. § 16 PV). Die insoweit getroffene Regelung hat ersichtlich den Sinn, im Fall der Nichteinigung weiteren Streit zwischen den Vertragsparteien zu vermeiden und die Berechtigung beiderseits vorgebrachter Beanstandungen dem Votum des Gutachterausschusses zu unterstellen. Sie ist gemäß §§ 133, 157 BGB bei verständiger Regelung dahingehend auszulegen, dass im Streitfall ein die Gebrauchstauglichkeit einschränkender Mangel durch den Gutachterausschuss bestätigt sein muss (in diesem Sinn, BGH, Urte. v. 21. 9. 2005, GuT 2006, 19 = NZM 2006, 54 – XII ZR 66/03 – zu der vergleichbaren Klausel, „Das Recht zur Minderung des Mietzinses gemäß § 537 Abs. 1 BGB ist von einer vorherigen Feststellung durch einen von der IHK zu benennenden öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen abhängig, es sei denn, die Vermieterin stimmt der geltend gemachten Minderung zu.“). Den ihm hiernach obliegenden Nachweis für das Vorhandensein der behaupteten Mängel durch eine Entscheidung des Gutachterausschusses hat der Beklagte nicht erbracht, so dass er mit seiner Mängelinrede nicht gehört werden kann.

Gegenteiliges ist der Berufungserwiderung nicht zu entnehmen. Soweit es um die erstinstanzlich bereits vorgetragenen Mängel geht, haben die Kläger deren Vorhandensein bereits mit der Berufungsbegründung bestritten, so dass es Sache des Beklagten war, die Voraussetzungen für die Beauftragung des Gutachterausschusses zu schaffen. Sofern das Besichtigungsprotokoll weitere bisher nicht vorgebrachte Mängel enthalten sollte, ist der Beklagte hiermit jedenfalls gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert, weil er nicht dargelegt hat, diesen Vortrag erstinstanzlich nicht aus Nachlässigkeit unterlassen zu haben.

Selbst wenn die Kläger – wie der Beklagte meint – dem Inhalt des Mängelprotokolls vom 2. 2. 2006 nicht fristgerecht widersprochen haben sollten, führt dies nicht zum nachträglichen Wegfall der im Zeitpunkt ihres Zugangs berechtigten fristlosen Kündigung vom 31. 8. 2005. Auf die Berechtigung der weiteren von den Klägern ausgesprochenen Kündigungen kommt es bei dieser Sachlage nicht mehr an.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§§ 198, 209, 558 a. F. BGB
Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch aus
c.i.c. wegen Umbaukosten nach gescheiterten
Mietvertragsverhandlungen

a) Auf einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo wegen Um- und Rückbaukosten ist die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 558 a. F. BGB (jetzt § 548 BGB) analog anzuwenden, wenn es nicht wie vorgesehen zum Abschluss des Mietvertrages gekommen ist.

b) Hat in einem solchen Fall der potentielle Vermieter noch den unmittelbaren Besitz an der Sache, beginnt die Verjährungsfrist bereits ab dem Zeitpunkt zu laufen, an dem die Vertragsverhandlungen der Parteien ihr tatsächliches Ende gefunden haben. Das gilt auch dann, wenn zu diesem Zeitpunkt der Schaden noch nicht beziffert werden kann, da die Möglichkeit einer Feststellungsklage ausreicht, um die Verjährung zu unterbrechen.

(BGH, Urteil vom 22. 2. 2006 – XII ZR 48/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten den Ausgleich eines Mietausfallschadens sowie den Ersatz von Um- und Rückbaukosten.

2 Die Klägerin erstellte in den Jahren 1997 bis 2000 in M. das Geschäftshaus „S.“. Die Beklagte betreibt einen Kunsthandel mit Galerie und interessierte sich Anfang Februar 1999 für die Anmietung eines Bauteils (Erdgeschoß bis 2. OG) des klägerischen Bauvorhabens. Ursprünglich hatte die Klägerin, die bei der Vermietung von der H. Bank vertreten wurde, vorgesehen, jedes Stockwerk gesondert zu vermieten. In der Folgezeit fanden zwischen den Parteien detaillierte Verhandlungen über einen Mietvertrag sowie die Anpassung der Räumlichkeiten an die Bedürfnisse der Beklagten statt. Am 30. April 1999 wurde der Beklagten der Entwurf eines Mietvertrages übersandt. Der Mietzins sollte 7% des Umsatzes, mindestens jedoch monatlich 43 277,45 DM zuzüglich MWSt betragen. Die Mietzeit war auf 10 Jahre festgelegt. Die Fertigstellung des Gebäudes und die Übernahme der Mietflächen durch die Beklagte war für das erste Quartal 2000 vorgesehen. Nach einem Besprechungsprotokoll der Parteien vom 28. Juni 1999, das auch vom Geschäftsführer der Beklagten unterschrieben ist, hat die Beklagte bestimmte Umbaukosten übernommen. Außerdem ist in dem Protokoll vermerkt, dass der Bauherr einer Werbeschrift des Mieters an der Außenwand des 2. OG nicht zustimme. In einem Telefonat vom 20. September 1999 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie nicht mehr die Absicht habe, das 2. OG mitzumieten. Im selben Telefonat stellte die Klägerin der Beklagten ein Angebot über den Abschluss eines modifizierten Mietvertrages in Aussicht. Hierzu kam es jedoch nicht. Vielmehr schrieb ihr die Klägerin am 27. September 1999, dass die bauliche Überprüfung leider ergeben habe, dass eine Abtrennung des 2. OG ohne hohen zeitlichen und kostenmäßigen Aufwand nicht mehr möglich sei. Da die Beklagte den Mietvertrag noch nicht unterzeichnet habe und die Übergabe des Ladens im Januar 2000 vorgesehen sei, werde die Klägerin umgehend einen anderen Mieter für die Fläche suchen. Entsprechend sehe sich die Klägerin nicht mehr an ihr Angebot gebunden.

3 Die Beklagte hat im Folgenden vergeblich versucht, weitere Vertragsverhandlungen mit der Klägerin zu führen. Mit der am 10. Mai 2001 eingereichten und am 23. Mai 2001 zugestellten Klage macht die Klägerin gegen die Beklagte Um- und Rückbaukosten in Höhe von 206 048,39 DM sowie einen Mietausfallschaden von 100 000 DM als Teilbetrag geltend. Das Landgericht München I hat mit Grundurteil vom 2. Mai 2002 der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Das Oberlandesgericht München hat auf die Berufung der Beklagten das Grundurteil des Landgerichts dahingehend abgeändert, dass die Klage dem Grunde nach nicht berechtigt sei, soweit die Klägerin den Ersatz eines Mietausfallschadens geltend mache. Die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen. Mit der vom Se-

nat zugelassenen Revision greift die Beklagte das Berufungsurteil an, soweit es zu ihrem Nachteil ergangen ist. Die Klägerin begehrt im Wege der Anschlussrevision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Abweisung der Klage. Die Anschlussrevision der Klägerin hat hingegen keinen Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob zwischen den Parteien ein mündlicher Mietvertrag zustande gekommen ist. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, habe die Klägerin gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Ersatz ihres Mietausfallschadens. Als Anspruchsgrundlage komme mangels einer speziellen mietrechtlichen Vorschrift § 326 BGB a. F. in Betracht. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift seien jedoch nicht erfüllt, weil die Klägerin der Beklagten keine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt habe. Hierfür würden strenge Anforderungen gelten, die nicht erfüllt seien, weil der „Rücktritt“ der Beklagten im Telefonat vom 20. September 1999 kein endgültiges „Nein“ gewesen sei. Dies ergebe sich aus den Angaben des Geschäftsführers der Beklagten sowie aus den Aussagen der Zeuginnen N. und S., die für die Vermietung der Gewerbeflächen zuständig gewesen seien. Die Klägerin könne ihren Anspruch auf Mietausfall auch nicht auf eine positive Vertragsverletzung der Beklagten stützen. Denn auch diese Anspruchsgrundlage setze wie § 326 Abs. 1 BGB a. F. eine endgültige Erfüllungsverweigerung voraus. Eine solche habe jedoch nicht vorgelegen.

6 Allerdings hafte die Beklagte nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo auf Ersatz der Um- und Rückbaukosten. Dies gelte unabhängig davon, ob zwischen den Parteien ein mündlicher Mietvertrag zustande gekommen sei oder nicht. Eine Haftung aus culpa in contrahendo sei deswegen gegeben, weil die Beklagte ohne triftigen Grund ab dem 20. September 1999 das 2. OG nicht mehr habe nutzen und dafür keine Miete habe bezahlen wollen, obwohl sie das 2. OG anfangs habe übernehmen wollen und damit die Klägerin zu erheblichen Vorleistungen veranlasst habe. Die Tatsache, dass der Beklagten nicht gestattet worden sei, eine Werbeaufschrift anzubringen, stelle keinen triftigen Grund dar, die Verhandlungen abzubreaken. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass dem Geschäftsführer der Beklagten spätestens seit dem 28. Juni 1999 bekannt gewesen sei, dass der Bauherr die von der Beklagten gewünschte Beschriftung ablehne. Die Klägerin könne deshalb gemäß §§ 249 ff. BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte; demnach könne sie den Ersatz der Um- und Rückbaukosten verlangen. Dieser Anspruch sei selbst dann nicht verjährt, wenn § 558 BGB anwendbar sei. Dessen sechsmonatige Verjährungsfrist beginne nämlich nicht vor Eintritt der Fälligkeit zu laufen. Die Fälligkeit trete grundsätzlich erst mit der Klagbarkeit der geltend gemachten Forderung ein, bei einer Leistungsklage, die die Zahlung eines bestimmten Betrages zum Gegenstand habe, folglich erst mit der Möglichkeit, den Anspruch genau zu beziffern. Dies aber habe die Klägerin bis kurz vor Klageerhebung nicht gekonnt, weil ihr nicht alle Rechnungen vorgelegen hätten. Daher sei durch die am 23. Mai 2001 zugestellte Klage der Lauf der Verjährungsfrist gemäß § 209 Abs. 1 BGB a. F. wirksam unterbrochen worden.

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

8 1. Zu Recht allerdings hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Mietausfallschaden verneint. Dabei ist im Revisionsverfahren zugunsten der Klägerin davon auszugehen, dass die Parteien tatsächlich einen mündlichen Mietvertrag abgeschlossen haben. Aber auch dann steht der Klägerin, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, ein Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls deswegen nicht zu, weil die Klägerin der Beklagten – insoweit unstreitig – keine Nachfrist gesetzt noch die Beklagte die Vertragserfüllung ernstlich und endgültig abgelehnt hat. Allerdings richtet sich ein etwaiger Anspruch der

Klägerin nicht nach § 326 Abs. 1 BGB a. F. Diese Vorschrift kommt nämlich von vornherein schon deswegen nicht zur Anwendung, weil am 20. September 1999, als die Parteien miteinander telefonierten, die Beklagte mit keiner Hauptpflicht aus dem Mietvertrag in Verzug war. Vielmehr sollte sie zur Mietzahlung erst im Jahr 2000 nach Fertigstellung des Mietobjekts verpflichtet sein. Stattdessen kommen die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung zur Anwendung, wenn der Schuldner vor Fälligkeit die Erfüllung des Vertrages verweigert (vgl. BGH Urteil vom 18. Dezember 1985 – VIII ZR 47/85 – NJW 1986, 842, 843). Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs ist allerdings auch insoweit, dass der Schuldner, sofern, wie hier, keine Nachfristsetzung erfolgt, die Vertragserfüllung ernstlich und endgültig verweigert. Dass die Beklagte bei dem Telefonat vom 20. September 1999 eine solche Erklärung abgegeben habe, hat das Oberlandesgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint. Das Berufungsgericht stützt sich hierbei auf die Aussagen der Zeuginnen N. und S., die für die Vermietung der Flächen zuständig waren, und die Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin. Die Anschlussrevision vermag nicht darzulegen, dass dem Oberlandesgericht bei Würdigung dieser Aussagen ein revisionsrechtlich erheblicher Fehler unterlaufen sei. Im Gegensatz zu den Ausführungen der Anschlussrevision ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht aus dem Schreiben der Klägerin vom 27. September 1999 geschlossen hat, die Klägerin selbst habe den „Rücktritt“ der Beklagten nicht als endgültige Erfüllungsverweigerung des Vertrages aufgefasst. Denn die Zeugin S. hat bei ihrer Einvernahme bekundet, dass das Schreiben vom 27. September 1999 verfasst worden sei, um der Beklagten mitzuteilen, dass das Angebot vom 20. September 1999 über die Vermietung der um das 2. OG verminderten Fläche nicht aufrechterhalten werde. Entgegen den Ausführungen der Anschlussrevision sind die Feststellungen des Oberlandesgerichts nicht deshalb widersprüchlich, weil es einerseits angenommen hat, die Beklagte habe im Telefonat vom 20. September 1999 die Vertragserfüllung nicht ernstlich und endgültig abgelehnt, und weil es andererseits bei der Frage, ob die Beklagte ein Verschulden bei Vertragsschluss treffe, davon ausgegangen sei, die Beklagte habe die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ohne triftigen Grund abgebrochen. Vielmehr widersprechen sich die beiden Auslegungen der Erklärung der Beklagten nicht, sondern sind nebeneinander möglich.

9 2. Was die Haftung der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluss betrifft, ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte danach auf die Um- und Rückbaukosten haftet, wenn der Vertragsschluss zwischen den Parteien als sicher anzunehmen war, die Klägerin die Umbauarbeiten im Vertrauen hierauf vorgenommen hat und die Beklagte die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen hat (vgl. BGH Urteil vom 29. März 1996 – V ZR 332/94 – NJW 1996, 1884, 1885 [= WuM 1996, 324]; Bub/Treier/Reinstorf Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rdn. 196 m. N.). Dieser Ausgangspunkt wird von der Revision auch nicht in Frage gestellt. Die Revision rügt jedoch, dass das Berufungsgericht diese Grundsätze fehlerhaft angewandt und wesentlichen Tatsachenvortrag der Beklagten unberücksichtigt gelassen habe. Insbesondere habe die Beklagte die Verhandlungen nicht abgebrochen. Vielmehr habe die Klägerin im Telefonat vom 20. September 1999 ihr gegenüber den Eindruck erweckt, dass der Abschluss eines Mietvertrages ohne das 2. OG unproblematisch möglich sei. Dann aber habe die Klägerin, wie sich aus dem Schreiben vom 27. September 1999 ergebe, ihrerseits die Verhandlungen mit der Beklagten abgebrochen. Diese Umstände aber habe das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen.

10 Es obliegt dem Tatrichter, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, ob der erforderliche Vertrauenstatbestand erfüllt ist. Im vorliegenden Fall kann jedoch dahingestellt bleiben, ob dem Oberlandesgericht hierbei der von der Revision gerügte Rechtsfehler unterlaufen ist, wo-

nach es erheblichen Vortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen hat. Insbesondere bedarf es auch keiner Entscheidung darüber, ob im Hinblick auf § 550 BGB (§ 566 BGB a. F.) in der Regel nur eine vorsätzliche Pflichtwidrigkeit des die Verhandlungen abbrechenden Vertragspartners den Schadensersatzanspruch auslöst (vgl. dazu BGH, Urteil vom 29. März 1996 a. a. O. im Hinblick auf die Formvorschrift des § 313 BGB a. F., jetzt § 311 b Abs. 1 BGB). Denn es kommt nicht darauf an, ob ein solcher Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Um- und Rückbaukosten entstanden ist. Ein solcher Anspruch wäre nämlich, wie die Beklagte zu Recht geltend macht, verjährt.

11 Die Verjährung richtet sich im vorliegenden Fall, wovon auch das Oberlandesgericht ausgegangen ist, nach § 558 BGB a. F. (= § 548 BGB). Die Vorschrift ist nach ihrem Sinn und Zweck weit auszulegen. § 558 BGB a. F. verfolgt den Zweck, eine rasche Auseinandersetzung zwischen den Mietparteien zu gewährleisten und eine beschleunigte Klarstellung der Ansprüche wegen des Zustandes der überlassenen Sache bei ihrer Rückgabe zu erreichen. Eine möglichst schnelle Abwicklung erscheint deshalb erwünscht, weil Miete und Pacht häufig wechselnde Interessen berühren und der Zustand der überlassenen Sache um so schwerer festzustellen ist, je länger dieser Zeitpunkt zurückliegt (vgl. BGH Urteil vom 21. Mai 1968 – VI ZR 131/67 – NJW 1968, 1472; BGHZ 98, 235, 237 [= WuM 1987, 22]; Bub/Treier/Gramlich a. a. O. Kap. VI Rdn. 2 ff.; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Schreiber Geschäftsraummiets Kap. 17 Rdn. 2). Dieser Zweck rechtfertigt es, § 558 BGB a. F. auch auf Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss anzuwenden, die gerade deswegen entstanden sind, weil es nicht, wie vorgesehen, zum Abschluss eines Mietvertrages gekommen ist, und die eine Veränderung des Zustands der Mietsache betreffen (vgl. BGHZ 98, 235, 238 [= WuM 1987, 22]; Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 8. Aufl. § 548 BGB Rdn. 37). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Veränderungen vom Mieter selbst oder auf dessen Wunsch vom Vermieter vorgenommen worden sind.

12 Die Anwendung des § 558 BGB a. F. scheidet auch nicht daran, dass es nicht zu einer „Rückgabe“ der Mietsache gekommen ist. Denn entscheidend für den Beginn der Verjährung nach § 558 BGB a. F. ist nicht die Rückgabe der Mietsache durch den Mieter, sondern nur, dass der Vermieter in die Lage versetzt wird, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen zu machen, und dass der Mieter mit Kenntnisnahme des Vermieters den Besitz vollständig und unzweideutig aufgibt, weil das Mietverhältnis sonst sein tatsächliches Ende nicht findet (vgl. Senatsurteil vom 28. Juli 2004 – XII ZR 153/03 – NJW-RR 2004, 1566 ff. [= GuT 2004, 152]). Hat aber – wie hier – der potentielle Vermieter den unmittelbaren Besitz und die tatsächliche Sachherrschaft nie aufgegeben, endet das vorvertragliche Verhältnis zwischen den Parteien, wenn die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ihr tatsächliches Ende gefunden haben und es dem potentiellen Vermieter somit bewusst ist, dass es nicht mehr zum Abschluss des Vertrages kommen wird. Diese Voraussetzungen aber lagen am 27. September 1999 oder kurze Zeit danach vor.

13 Entgegen den Ausführungen des Oberlandesgerichts begann damit aber auch, wie die Revision zu Recht rügt, die sechsmonatige Frist des § 558 BGB a. F. zu laufen. Richtig ist zwar, dass §§ 198, 271 BGB a. F. für den Verjährungsbeginn voraussetzen, dass der Anspruch entstanden und fällig ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Berechtigte in der Lage sein muss, den Anspruch zu beziffern. Vielmehr genügt die Möglichkeit, eine Feststellungsklage zu erheben (vgl. BGHZ 73, 363, 365; 79, 176, 178; 96, 290, 294). Hierzu war die Klägerin aber bereits kurz nach dem Schreiben vom 27. September 1999 in der Lage. Somit waren die Ansprüche der Klägerin auf Ersatz der Um- und Rückbaukosten bei Einreichung der Klage am 23. April 2001 seit geraumer Zeit verjährt.

14 3. Da eine weitere Sachaufklärung nicht zu erwarten ist, kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 2 ZPO). Danach ist die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: S. hierzu Beitrag Fischer in WuM 2006, 286.

§§ 548, 200 BGB

Verjährungsbeginn der Vermieter-Ersatzansprüche wegen Veränderungen und Verschlechterungen

Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters beginnt nach § 548 Abs. 1 Satz 2, § 200 Satz 1 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhält (im Anschluss an Senat, BGHZ 162, 30 [= WuM 2005, 126]). Dies gilt auch dann, wenn der Mietvertrag erst später endet.

(BGH, Urteil vom 15. 3. 2006 – VIII ZR 123/05)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2006, 319.

§ 2040 BGB

Pachtvertrag über landwirtschaftliche Flächen im Nachlass; Kündigung des Pachtvertrags; Erbengemeinschaft als Verpächterin; Einstimmigkeitsprinzip

Die Kündigung eines Pachtvertrags über zu einem Nachlass gehörende landwirtschaftliche Flächen ist eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand (Aufgabe von Senat, Beschl. v. 30. Januar 1951, V BLw 36/50, LM BGB § 2038 Nr. 1).

(BGH, Urteil vom 28. 4. 2006 – LwZR 10/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger sind zusammen mit der unter Betreuung stehenden M. W., deren Betreuerin u. a. für den Bereich „Immobilienangelegenheiten“ die Klägerin zu 1 ist, Miterben des im Mai 1994 verstorbenen W. W. (Erblasser). Dieser verpachtete dem Beklagten mit schriftlichem Vertrag vom 24. Januar 1991, geändert am 10. Januar 1993, ab dem 1. Oktober 1991 landwirtschaftlich genutzte Flächen für die Dauer von 12 Jahren. Nach § 2 Abs. 2 verlängert sich das Pachtverhältnis um 12 Jahre, wenn es nicht mit einer Frist von 12 Monaten zum Pachtabschluss gekündigt wird.

2 Am 6. September 2002 erhielt der Beklagte ein von den Klägern unterzeichnetes und mit dem Absender „Erbengemeinschaft W.“ versehenes Schriftstück vom 15. August 2002 zugestellt, in welchem die Kündigung des Pachtvertrags zum 30. September 2003 ausgesprochen wird. Mit Schreiben vom 15. Juli 2003 forderten die Kläger den Beklagten – vergeblich – zur Herausgabe der Pachtflächen zum 30. September 2003 auf.

3 Das Amtsgericht – Landwirtschaftsgericht – Gera hat der auf Herausgabe der Flächen an sämtliche Miterben gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht Jena zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

4 **Aus den Gründen:** I. Zum einen hält das Berufungsgericht die Kündigung des Pachtvertrags durch die Kläger für wirksam, obwohl sie nicht von allen Miterben ausgesprochen worden sei. Zwar sei die Kündigung eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand, die grundsätzlich von allen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden müsse. Aber als Geschäft der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses habe sie wirksam von den Klägern ohne Mitwirkung der weiteren Miterben erklärt werden können. Zum anderen meint das Berufungsgericht, dass die Kündigungserklärung für sämtliche Mitglieder der Erbengemeinschaft abgegeben worden sei. Deshalb habe das Pachtverhältnis am 30. September 2003 geendet; der Beklagte sei zu der Herausgabe sämtlicher Pachtflächen verpflichtet.

5 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

6 II. 1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die Kläger berechtigt seien, mit der Klage von dem Beklagten die Herausgabe der Pachtflächen an sämtliche Miterben zu verlangen. Denn nach § 2039 Satz 1 Alternative 2 BGB kann jeder Miterbe die Leistung an alle Erben fordern. Dagegen erhebt die Revision auch keine Einwände.

7 2. Ebenfalls zu Recht sieht das Berufungsgericht die von den Klägern ausgesprochene Vertragskündigung als Verfügung über einen Nachlassgegenstand im Sinne von § 2040 Abs. 1 BGB an.

8 a) In der Praxis sind Pachtverträge über landwirtschaftliche Flächen – ebenso wie Mietverträge über Grundstücke und Räume – mit Verlängerungsklausel häufig anzutreffen. Diese Verträge verlängern sich automatisch auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, wenn sie nicht zu dem vereinbarten Vertragsende gekündigt werden. Unterbleibt die Kündigung, wird das Vertragsverhältnis mit demselben Inhalt fortgesetzt; lediglich die Laufzeit verändert sich. Die Identität des damit in die Zukunft verlängerten Vertrags bleibt erhalten (BGHZ 150, 373, 375 [= GuT 2002, 110] m.w.N. für einen Mietvertrag). Die von den Klägern in der Revisionsrüge vertretene Auffassung, ihre Kündigungserklärung sei rechtlich als Ablehnung des in dem ursprünglichen Vertrag enthaltenen befristeten Angebots zu werten, den als möglich vorgesehenen neuen Vertrag abzuschließen, ist somit unzutreffend. Daraus folgt, dass die Vertragsbeendigung zum Ende der – noch nicht verlängerten – Laufzeit nur durch eine rechtzeitige Kündigung herbeigeführt werden kann (a.A. RGZ 86, 60, 62).

9 b) Diese Kündigung ist eine Verfügung im Sinne von § 2040 Abs. 1 BGB. Denn der allgemeine Verfügungsbegriff, nach welchem Verfügungen Rechtsgeschäfte sind, durch die bestehende Rechte mit unmittelbarer Wirkung aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert werden (siehe nur BGHZ 101, 24, 26), gilt auch für diese Vorschrift (AnwK-BGB/Ann. § 2040 Rdn. 4; Bamberger/Roth/Lohmann, BGB, § 2040 Rdn. 3; Erman/W. Schlüter, BGB, 11. Aufl., § 2040 Rdn. 1; MünchKommBGB/Heldrich, 4. Aufl., § 2040 Rdn. 4; Soergel/M. Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2040 Rdn. 2; Staudinger/Werner, BGB [2002], § 2040 Rdn. 5). Deshalb ist u. a. die Ausübung von Gestaltungsrechten wie die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses eine Verfügung (AnwK-BGB/Ann. a. a. O., Rdn. 5; Bamberger/Roth/Lohmann, a. a. O.; MünchKomm-BGB/Heldrich, a. a. O., Rdn. 8; Soergel/M. Wolf, a. a. O., Rdn. 3). Das gilt auch für die Kündigung eines Pachtvertrags über ein Nachlassgrundstück durch eine Erbengemeinschaft als Verpächterin (Staudinger/Werner, a. a. O., Rdn. 6 m.w.N.). An seiner in dem Beschluss vom 30. Januar 1951 (V BLw 36/50, LM BGB § 2038 Nr. 1) vertretenen gegenteiligen Auffassung hält der Senat nicht fest. Denn eine solche Kündigung ist zwar keine Verfügung über das verpachtete Grundstück, wie der Senat dort richtig ausgeführt hat, wohl aber eine Verfügung über die Rechte aus dem Pachtvertrag wie die ebenfalls zu dem Nachlass gehörende Pachtzinsforderung (Soergel/M. Wolf, a. a. O., Rdn. 3). Auch sie gehört zu den Rechten, auf die sich eine Verfügung im Sinne von § 2040 Abs. 1 BGB beziehen kann (MünchKommBGB/Heldrich, a. a. O., Rdn. 4). Durch die Kündigung des Vertrags wird das Recht aufgehoben, denn der Anspruch der Erbengemeinschaft auf Zahlung des Pachtzinses erlischt.

10 3. Offen bleiben kann, ob das Berufungsgericht – wie die Revision meint – rechtsfehlerhaft davon ausgeht, dass die Kündigung eines Pachtvertrags als Maßnahme der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung auch ohne Mitwirkung sämtlicher Miterben wirksam sei.

11 a) Nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB ist jeder Miterbe den anderen gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind. Solche Maßregeln können mit Stimmenmehrheit beschlossen werden (§ 2038 Abs. 2 BGB i.V.m. § 745 Abs. 1 BGB), bedürfen also nicht der Zustimmung sämtlicher

Miterben. Ob daraus folgt, dass eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand, die zugleich eine Maßnahme der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung ist (vgl. dazu BGH, Urt. v. 28. September 2005, IV ZR 82/04, NJW 2006, 439, 440), entgegen dem in § 2040 Abs. 1 BGB enthaltenen Erfordernis der Einstimmigkeit wirksam ist, wenn sie nicht von sämtlichen Mitgliedern der Erbengemeinschaft vorgenommen wird, ist umstritten.

12 aa) Das Schrifttum spricht sich teilweise für einen Vorrang der Regelung des § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB vor der des § 2040 Abs. 1 BGB aus; danach sollen mehrheitlich beschlossene Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses auch Verfügungsgeschäfte darüber ohne Beachtung des Einstimmigkeitsprinzips erlauben (AnwK-BGB/Ann, a. a. O., Rdn. 13; Jauernig/Stürner, BGB, 11. Aufl., § 2040 Rdn. 2; Soergel/M. Wolf, a. a. O., § 2038 Rdn. 5; Frank, Erbrecht, 3. Aufl., § 19 Rdn. 19; Leopold, Erbrecht, 15. Aufl., Rdn. 736; Muscheler, ZEV 1997, 222, 230 f.; Schopp, ZMR 1967, 193).

13 bb) Überwiegend wird jedoch angenommen, dass auch für Verfügungen über einen Nachlassgegenstand, die zugleich Maßnahmen der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung sind, die Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB gilt; danach müssen solche Verfügungen von sämtlichen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden (Bamberger/Roth/Lohmann, a. a. O., Rdn. 2; Erman/Schlüter, a. a. O., Rdn. 3; MünchKomm-BGB/Heldrich, a. a. O., Rdn. 3; Palandt/Edenhofer, BGB, 65. Aufl., § 2040 Rdn. 1; Staudinger/Werner, a. a. O., § 2038 Rdn. 40 und § 2040 Rdn. 1, 18; Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 1972, S. 13, 30 ff.; Brox, Erbrecht, 21. Aufl., Rdn. 507; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 IV 1; Olzen, Erbrecht, 2. Aufl., Rdn. 986; Schlüter, Erbrecht, 15. Aufl., Rdn. 685).

14 cc) Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass Verfügungen über einen Nachlassgegenstand als Maßnahmen ordnungsmäßiger Nachlassverwaltung mit Stimmenmehrheit vorgenommen werden können, wenn dadurch das nach § 2040 Abs. 1 BGB geschützte Recht der anderen Miterben nicht wesentlich beeinträchtigt wird (BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2040 Rdn. 2; Johannsen, WPM 1970, 573, 576).

15 dd) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bezieht sich die Vorschrift des § 2038 BGB insgesamt nicht auf Verfügungen; für die gilt vielmehr die Sonderregelung des § 2040 Abs. 1 BGB (BGHZ 38, 122, 124). Danach müssen Verfügungen über einen Nachlassgegenstand, auch wenn sie zugleich Maßnahmen der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB sind, von sämtlichen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden.

16 b) Gegen die Richtigkeit der zuerst genannten Auffassung, die generell von einem Vorrang der Regelung des § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB vor der des § 2040 Abs. 1 BGB ausgeht, bestehen Bedenken. Gibt man nämlich das Einstimmigkeitsprinzip für jede einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechende Verfügung über einen Nachlassgegenstand auf, beschränkt das den Anwendungsbereich der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB auf die wenigen Fälle einer nicht ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung. Allein die Ordnungsmäßigkeit scheint jedoch kein geeignetes Kriterium für die Entscheidung darüber zu sein, ob eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand – entgegen dem Gesetzeswortlaut – nicht von allen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden muss. Maßgeblich erscheint vielmehr, ob die mit Stimmenmehrheit vorgenommene Verfügung den mit dem Einstimmigkeitsprinzip verfolgten Zweck wahrt.

17 c) Deshalb ist es ebenfalls zweifelhaft, ob die von dem überwiegenden Teil des Schrifttums und von dem Bundesgerichtshof vertretene Ansicht zutrifft, auch Verfügungen im Rahmen ordnungsmäßiger Nachlassverwaltung müssten immer von sämtlichen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden. Auch sie berücksichtigt nicht ausreichend den mit der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB verfolgten Zweck. Im Übrigen hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf Anfrage mitgeteilt,

dass er an seiner in BGHZ 38, 122, 124 veröffentlichten Entscheidung, in der er generell die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 2038 BGB auf Verfügungen über Nachlassgegenstände verneint hat, nicht mehr festhält.

18 d) Viel spricht deshalb für die Auffassung, dass Verfügungen über einen Nachlassgegenstand als Maßnahmen ordnungsmäßiger Nachlassverwaltung wirksam mit Stimmenmehrheit vorgenommen werden können, wenn dadurch die auf den Erhalt des Nachlassbestands gerichteten Interessen der anderen Miterben nicht beeinträchtigt werden (ähnlich BGB-RGRK/Kregel, a. a. O.; Johannsen, a. a. O.). Denn sie steht in Einklang mit dem Zweck der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB.

19 aa) Er besteht darin, jeden Miterben (und die Nachlassgläubiger) vor einer Entwertung des Nachlasses zu schützen (AnwK-BGB/Ann, a. a. O., Rdn. 1; Bamberger/Roth/Lohmann, a. a. O., Rdn. 1; MünchKomm-BGB/Heldrich, a. a. O., Rdn. 1 – jeweils m.w.N. –). Dem widerspricht es zum einen, das Einstimmigkeitsprinzip für Verfügungen aufzugeben, mit denen eine Entwertung des Nachlasses verbunden ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob solche Verfügungen zugleich Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung sind (verneinend Soergel/M. Wolf, a. a. O., § 2040 Rdn. 1), die nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB mit Stimmenmehrheit beschlossen werden können. Entscheidend ist allein, dass diese Verfügungen die Interessen der anderen Miterben an der Sicherung des Nachlassbestands beeinträchtigen. Dem Zweck der Vorschrift widerspricht es aber zum anderen auch, für jede Verfügung das Einstimmigkeitsprinzip zu verlangen, selbst wenn sie nicht zu einer Nachlassentwertung führt. Denn in diesem Fall wird das Sicherungsinteresse der Miterben nicht nachteilig berührt.

20 bb) Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass Praktikabilitätsgründe wie das Interesse an einer zügigen Verwaltungsführung und an einer größeren Beweglichkeit der Erbengemeinschaft im Geschäftsverkehr es generell erforderten, der Regelung in § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB den Vorrang vor der in § 2040 Abs. 1 BGB einzuräumen (anders Soergel/M. Wolf, a. a. O., § 2040 Rdn. 1; Muscheler, ZEV 1997, 220, 330 f.). Diese Auffassung mag im Einzelfall zutreffen, etwa für Verfügungen, die im Rahmen der Nachlassverwaltung als Geschäfte des täglichen Lebens anzusehen sind und sich nicht nachteilig auf die Werthaltigkeit des Nachlasses auswirken. Führen sie jedoch zu einer Verminderung des Nachlassbestands, müssen Praktikabilitätsgründe hinter den Schutzzweck der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB zurücktreten.

21 cc) Auch der Gesichtspunkt, dass die Erbengemeinschaft nicht unnötig in einen Rechtsstreit mit ihren Gläubigern hineingezogen werden sollte, die aus mit Stimmenmehrheit wirksam geschlossenen Verträgen auf Leistung klagen könnten (vgl. dazu BGH, Urt. v. 15. Oktober 1997, IV ZR 327/96, WPM 1998, 659, 660), spricht nicht generell für den Vorrang der Regelung in § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB vor dem Einstimmigkeitsprinzip nach § 2040 Abs. 1 BGB (anders AnwK-BGB/Ann, § 2040 Rdn. 13). Für den vorliegenden Fall erlangt er bereits deshalb keine Bedeutung, weil der Kündigung des Pachtvertrags kein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt, aus dem ein Dritter Erfüllung verlangen kann.

22 dd) Die in der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommende gesamthänderische Bindung der Miterben spricht andererseits nicht zwingend für die Notwendigkeit, Verfügungen über Nachlassgegenstände immer gemeinschaftlich vorzunehmen (anders Staudinger/Werner, a. a. O., § 2040 Rdn. 1). Die Regelungen in § 2038 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 i.V.m. § 745 BGB zeigen, dass der Gesetzgeber das Gesamthandsprinzip nicht strikt durchgehalten, sondern für die Fälle der ordnungsmäßigen und der dringend notwendigen Nachlassverwaltung Ausnahmen davon zugelassen hat. Dass diese nur bei Verpflichtungsgeschäften, nicht aber bei Verfügungen zum Tragen kommen sollen, ist jedenfalls dann nicht einsichtig, wenn sich die Verfügungen nicht nachteilig auf den Nachlassbestand auswirken.

23 e) Für die Entscheidung dieses Rechtsstreits kommt es indes nicht darauf an, welcher der genannten Auffassungen letztlich der Vorzug zu geben ist. Denn nach der Auslegung des Schreibens der Kläger vom 15. August 2002 durch das Berufungsgericht, gegen die die Revision keine erheblichen Rügen erhebt und an die der Senat deshalb gebunden ist, wurde die Kündigungserklärung für sämtliche Mitglieder der Erbengemeinschaft abgegeben; die Kläger hätten durch die Bezeichnung „Erbengemeinschaft W.“ hinreichend deutlich und für den Beklagten erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass die Erklärung für sämtliche hinter der Gemeinschaftsbezeichnung stehende Personen abgegeben werden sollte. Somit haben alle Miterben, wobei M. W. von der Klägerin zu 1 vertreten wurde, gemeinschaftlich über die zu dem Nachlass gehörende Pachtzinsforderung verfügt, indem sie sie zum Erlöschen gebracht haben. Diese Verfügung ist nach § 2040 Abs. 1 BGB wirksam.

24 4. Der Pachtvertrag mit dem Beklagten endete deshalb am 30. September 2003. Der Beklagte ist nach §§ 596 Abs. 1, 985 BGB zur Herausgabe der Pachtflächen an sämtliche Mitglieder der Erbengemeinschaft verpflichtet.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 242, 273 BGB; § 84 HGB
Tankstellenvertrag; Belieferung mit Kraftstoffen;
Vertriebsverbot für Konkurrenzprodukte

Ein Mineralölunternehmen handelt rechtsmissbräuchlich, wenn es die Belieferung einer Tankstelle mit Kraftstoffen unter Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen offener Forderungen gegen den Tankstellenbetreiber einstellt, diesen aber gleichzeitig an dem vertraglichen Verbot, Konkurrenzprodukte zu vertreiben, festhält und ihm dadurch den Betrieb der Tankstelle und damit die Erzielung von Einnahmen unmöglich macht.

(BGH, Urteil vom 11.1.2006 – VIII ZR 396/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten schlossen im November 1996/Januar 1997 mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden nur: Klägerin) einen Tankstellenvertrag, nach dessen Bestimmungen ihnen als Handelsvertretern der Vertrieb der Erzeugnisse der Klägerin in deren Namen und für deren Rechnung oblag. Der Vertrag sieht in Nr. 11 eine Laufzeit von zehn Jahren vor, die von der Klägerin mittels einer Option um zweimal fünf Jahre verlängert werden kann. Die Beklagten vermieteten der Klägerin zugleich das im Eigentum der Beklagten zu 2 stehende Betriebsgrundstück und die darauf errichtete Tankstelle. Der Vertrieb von Konkurrenzprodukten ist den Beklagten nach Nr. 10 des Vertrages verboten.

2 Gegen Ende des Jahres 2000 kam es zu Abrechnungsdifferenzen zwischen den Parteien, die nicht bereinigt wurden. Die Klägerin forderte mit Schreiben vom 30. November 2001 Zahlung eines von ihr errechneten Fehlbetrages von 101 926,44 DM bis zum 5. Dezember 2001 und drohte den Beklagten die fristlose Kündigung des Tankstellenvertrages an. Am 12. Dezember 2001 stellte sie die Kraftstoffbelieferung der von den Beklagten betriebenen Tankstelle ein. Die Beklagten verlangten unter der Androhung, den Vertrag ihrerseits fristlos zu kündigen, die unverzügliche Wiederaufnahme der Belieferung und erklärten, nachdem weitere Lieferungen ausgeblieben waren, am 13. Dezember 2001 die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses. Sie vertreiben seither Kraft- und Schmierstoffe anderer Lieferanten.

3 Die Klägerin hat daraufhin Klage auf Feststellung des Fortbestands des Tankstellenvertrages, auf Unterlassung des Bezugs, der Lagerung und des Vertriebs fremder Kraft- und Schmierstoffe sowie – im Wege der Stufenklage – auf Auskunft über die seit 20. Dezember 2001 auf dem Tankstellengrundstück verkauften Kraft- und Schmierstoffe erhoben.

4 Das Landgericht Freiburg hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Karlsruhe die Auskunftsklage abgewiesen; die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die vollständige Abweisung der Klage. Die Klägerin tritt dem entgegen und wendet sich mit der Anschlussrevision gegen die Abweisung der Auskunftsklage.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Die Anschlussrevision der Klägerin ist dagegen unbegründet.

6 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Der Tankstellenvertrag der Parteien sei wirksam. Er verstoße weder gegen europäisches noch gegen nationales Kartellrecht. Auch die AGBrechtlichen Einwände der Beklagten gegen die Vertragsdauer seien nicht begründet. Die zehnjährige Grundlaufzeit des Vertrages, auf die allein es für das Feststellungsbegehren ankomme, sei unbedenklich. Die vertragliche Regelung stehe in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der bei Bierbezugsverpflichtungen eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Laufzeit von zehn Jahren nicht unangemessen sei. Diese Rechtsprechung sei auf Tankstellenverträge übertragbar. Im vorliegenden Fall müsse dazu noch berücksichtigt werden, dass die Beklagten ein erhebliches Eigeninteresse an einer längerfristigen Vermietung der Tankstelle mit sicheren Mieteinnahmen gehabt hätten.

8 Durch die fristlose Kündigung der Beklagten sei das Vertragsverhältnis nicht beendet worden, da es an einem wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung fehle. Die Einstellung weiterer Lieferungen durch die Klägerin im Dezember 2001 stelle keinen Kündigungsgrund dar, da die Klägerin sich wegen einer Forderung in Höhe von mindestens 55 335,01 DM auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB berufen könne. Auf das von den Beklagten beanstandete Unterbleiben einer geordneten Provisionsabrechnung könne eine außerordentliche Kündigung ebenfalls nicht gestützt werden, weil es dazu einer erfolglosen Abmahnung bedürft hätte, zu der nichts vorgetragen sei. Da der Tankstellenvertrag somit fortbestehe, sei auch der Unterlassungsantrag begründet.

9 Das Auskunftsbegehren sei dagegen abzuweisen, weil schon jetzt feststehe, dass ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz des ihr entgangenen Gewinns oder auf Herausgabe des von den Beklagten erzielten Gewinns, zu dessen Vorbereitung die Auskunft dienen solle, dem Grunde nach nicht bestehe. Für einen Schadensersatzanspruch fehle es wegen des von der Klägerin aus freien Stücken verhängten Lieferstopps an der erforderlichen adäquaten Kausalität der Vertragsverletzung durch die Beklagten für den Gewinnentgang. Ein Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des von den Beklagten aus der Veräußerung fremder Kraft- und Schmierstoffe erzielten Gewinns scheitere daran, dass dieser nicht auf Kosten der Klägerin erzielt worden sei.

10 II. Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat, greift die Revision der Beklagten mit Erfolg an.

11 1. Schon die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Wirksamkeit der zehnjährigen Grundlaufzeit des Tankstellenvertrages sind nicht unbedenklich, soweit das Berufungsgericht sich für seine Auffassung auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats meint berufen zu können. Es trifft zwar zu, dass der Senat in der vom Berufungsgericht angeführten Entscheidung BGHZ 147, 279 ausgesprochen hat, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Laufzeit einer Bierbezugsverpflichtung von zehn Jahren den Gastwirt jedenfalls im Regelfall nicht unangemessen benachteiligt. Daran wird festgehalten. Das Berufungsgericht hat aber übersehen, dass der Regelfall einer langjährigen Bierbezugsbindung dadurch gekennzeichnet ist, dass dem Gastwirt im Zusammenhang mit einem derartigen Bierlieferungsvertrag regelmäßig ein Darlehen

in erheblicher Höhe – in dem dort entschiedenen Fall handelte es sich um 150 000 DM – zur Verfügung gestellt wird, das dem Aufbau oder der Fortführung der Gastwirtschaft dient und das durch den kontinuierlichen Getränkebezug amortisiert wird (BGHZ a. a. O. S. 283). Dass die Klägerin in vergleichbarem Umfang in den Vertrag oder in die der Beklagten zu 2 gehörende Tankstelle investiert hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Davon hängt aber nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats auch die Angemessenheit langfristiger Bezugsbindungen in Tankstellenverträgen ab (BGHZ 143, 103, 116).

12 2. Die Frage, welche Folgerungen sich daraus für den Fall ergeben würden, dass die Laufzeitregelung in Nr. 11 des Tankstellenvertrages als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen sein sollte, was das Berufungsgericht offen gelassen hat, bedarf indessen keiner weiteren Erörterung; denn der Tankstellenvertrag der Parteien ist jedenfalls durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 13. Dezember 2001 beendet worden. Die von der Klägerin am 12. Dezember 2001 verhängte Liefersperre ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 89a Abs. 1 HGB anzusehen.

13 a) Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung im Sinne des § 89a HGB ist nach allgemeiner Auffassung gegeben, wenn dem zur Kündigung berechtigten Teil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zu dessen Ablauf oder auch nur bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem es durch ordentliche Kündigung beendet werden könnte, nicht zumutbar ist (Senatsurteile vom 26. Mai 1999 – VIII ZR 123/98, WPM 1999, 1986 unter II 2, und vom 17. Januar 2001 – VIII ZR 186/99, VersR 2001, 370 unter II 1; allgemein für Dauerschuldverhältnisse jetzt § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ist für die Beklagten dadurch unzumutbar geworden, dass die Klägerin am 12. Dezember 2001 die Belieferung der von ihnen betriebenen Tankstelle eingestellt, die Beklagten aber gleichzeitig an dem vertraglichen Verbot, Konkurrenzprodukte zu vertreiben, festgehalten und ihnen dadurch den Betrieb der Tankstelle und damit die Erzielung von Einnahmen unmöglich gemacht hat. Eine derartige Knebelung des Vertragspartners, die über kurz oder lang zur Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz führen muss, ist auch dann rechtsmissbräuchlich, wenn, wie es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier der Fall ist, gegen ihn eine Forderung besteht, derentwegen grundsätzlich ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann (ebenso OLG Nürnberg NJW 1972, 2270, 2271).

14 b) Dem lässt sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht entgegenhalten, die Klägerin hätte sich nicht darauf verweisen lassen müssen, den Vertrag zu kündigen, anstatt von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen, weil dadurch ihre Ansprüche aus dem Tankstellenvertrag für die Zukunft erloschen wären und die Beklagten sich auf diese Weise durch ihr vertragswidriges Verhalten aus der vertraglichen Bindung hätten lösen können. Denn die Klägerin hätte ihren Zahlungsanspruch einklagen können, ohne auf ihre vertraglichen Rechte für die Zukunft verzichten zu müssen, und sie hätte zudem, wie von den Beklagten angeboten, die weitere Belieferung der von den Beklagten betriebenen Tankstelle von täglicher Barzahlung und von der Erhöhung der von den Beklagten gestellten Bankbürgschaft abhängig machen können. Dass diese Maßnahmen für die Beklagten weit weniger belastend gewesen wären als die Einstellung der Belieferung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots, zieht auch die Revisionserwiderung nicht in Zweifel.

15 c) Die Revisionserwiderung bringt schließlich vor, die Beklagten hätten, um weiter beliefert zu werden, nur ihre Verpflichtung aus dem Vertrag zu erfüllen brauchen; sofern sie dazu wegen Unterschlagung der vereinnahmten Beträge nicht in der Lage gewesen seien, könne dies nicht dazu führen, dass die Klägerin von den ihr für diesen Fall vom Gesetz eingeräumten Rechten keinen Gebrauch machen dürfte, unter denen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB noch ein verhältnismäßig mildes Mittel sei. Mit diesen Erwägungen ist

das Vorgehen der Klägerin nicht zu rechtfertigen. Ob und in welcher Höhe die Klägerin von den Beklagten im Dezember 2001 unter Verrechnung gegenseitiger Forderungen Zahlung beanspruchen konnte, war zu diesem Zeitpunkt und ist darüber hinaus auch weiterhin streitig. Selbst wenn ihr Zahlungsverlangen in der vom Berufungsgericht errechneten Höhe von rund 55 000 DM berechtigt war, durfte die Klägerin zur Durchsetzung dieser Forderung nicht ein Mittel einsetzen, das die Beklagten für den nicht unwahrscheinlichen Fall, dass sie den Betrag binnen der von der Klägerin gewährten kurzen Frist nicht würden aufbringen können, der Gefahr der Vernichtung ihrer wirtschaftlichen Existenz aussetzte.

16 3. Eine Abmahnung, die einer außerordentlichen Kündigung wegen eines – wie hier – dem Leistungsbereich zuzuordnenden wichtigen Grundes regelmäßig vorauszugehen hat (Senatsurteil vom 16. Dezember 1998 – VIII ZR 381/97, NJW-RR 1999, 539 unter III 2), haben die Beklagten der Klägerin gegenüber am 12. Dezember 2001 ausgesprochen. In Anbetracht der völligen Abhängigkeit ihres Tankstellenbetriebs von der weiteren Belieferung durch die Klägerin war den Beklagten ein Zuwarten über den 13. Dezember 2001 hinaus nicht zuzumuten.

17 4. Da nach alledem der Tankstellenvertrag der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 13. Dezember 2001 beendet worden ist, erweisen sich sowohl der Antrag auf Feststellung des Fortbestands des Vertrages als auch der Antrag auf Unterlassung des Bezugs, der Lagerung und des Vertriebs von Kraftstoffen und Mineralölen anderer Lieferanten als unbegründet.

18 III. Dem entsprechend muss auch die Anschlussrevision der Klägerin erfolglos bleiben, ohne dass es eines Eingehens auf die von der Anschlussrevision bekämpfte Auffassung des Berufungsgerichts bedarf, für den Gewinnentgang der Klägerin sei das – vermeintlich – vertragswidrige Verhalten der Beklagten nicht kausal.

19 IV. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben, soweit das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, entscheidet der Senat insoweit abschließend in der Sache (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist auch hinsichtlich des Feststellungs- und des Unterlassungsantrags abzuweisen. Die Anschlussrevision der Klägerin ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 561 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 307, 613a BGB

Tankstellenbetrieb in Pacht und als Handelsvertreter; Familienbetrieb; Arbeitsverhältnisse bei Beendigung des Tankstellenvertrags

a) Die formularmäßige Verpflichtung eines Tankstellenpächters, bei Beendigung des Tankstellenvertrages die mit Familienmitgliedern eingegangenen Arbeitsverhältnisse „auf seine Kosten <zu> beenden“, andernfalls den Verpächter oder den Nachfolgebetreiber „von allen daraus entstehenden Kosten frei<zu>halten bzw. entstandene Kosten <zu> erstatten“, ist unangemessen benachteiligend und daher unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

b) Die vorgenannte Verpflichtung, Arbeitsverhältnisse mit Familienmitgliedern zu beenden, ist – soweit damit die Kündigung der Arbeitsverhältnisse verlangt wird – mit § 613a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 BGB nicht vereinbar.

(BGH, Urteil vom 23. 3. 2006 – III ZR 102/05)

1 Zum Sachverhalt: Mit „Tankstellen-Vertrag“ vom 19. September 2000 übernahm der Kläger – als Pächter und Handelsvertreter – die Tankstelle der Beklagten in G.

In dem Tankstellenvertrag hieß es unter anderem:

„§ 19 Sonstiges

1. Betreiber wird bei Beendigung der zwischen ihm und T. <= Beklagte> bestehenden Verträge über die Tankstelle ... ein gegebenenfalls eingegangenes Arbeitsverhältnis mit seiner Ehefrau und sonstigen Familienmitgliedern auf seine Kosten beenden. Sollte die Ehefrau oder ein sonst von Betreiber beschäftigtes Familienmitglied T. bzw. einen Nachfolgebetreiber gleichwohl aus dem Arbeitsverhältnis in Anspruch nehmen, wird Betreiber T. bzw. den Nachfolgebetreiber von allen daraus entstehenden Kosten freihalten bzw. entstandene Kosten erstatten.“

2 Der Kläger stellte entsprechend § 6 Nr. 1 i.V.m. Nr. 2 Buchst. a des Tankstellenvertrages eine Bankbürgschaft zur Sicherung aller Forderungen der Beklagten „aus der Geschäftsverbindung und der Beistellung des Agenturbestandes“. Er beschäftigte in dem Tankstellenbetrieb seine Ehefrau sowie Sohn und Tochter.

3 Der Kläger kündigte den Tankstellenvertrag zum 30. November 2003. Die Beklagte gewann als Nachfolgebetreiberin die N. GmbH (im Folgenden: N.), die den Betrieb ab 1. Dezember 2003 fortführte. Die Familienangehörigen des Klägers verlangten von der N. als neuem Arbeitgeber die Fortzahlung des Lohns; sie verklagten deswegen die N. vor dem Arbeitsgericht. Der Rechtsstreit endete mit einem Vergleich; N. erreichte gegen Zahlung von Lohn und Abfindungen die Beendigung der Beschäftigungsverhältnisse. Die Beklagte übernahm die Vergleichssumme und die der N. entstandenen Anwaltskosten in Höhe von zusammen 16 295,67 € und forderte von dem Kläger Erstattung. Ferner beanspruchte die Beklagte von dem Kläger für die Pachtzeit angeblich noch geschuldete Prämie für die Tankstellenversicherung sowie Ersatz von Reparaturkosten (insgesamt 2000,84 €).

4 Die Klage ist zunächst auf die Herausgabe der von dem Kläger gestellten Bürgschaftsurkunde gerichtet gewesen. Nach Klagezustellung nahm die Beklagte die bürgende Sparkasse erfolgreich auf Zahlung von 18 296,51 € (= 16 295,67 € + 2000,84 €) in Anspruch. Daraufhin hat der Kläger den Klageantrag geändert und Zahlung von 18 296,51 € gefordert. Nachdem die Beklagte dem Kläger die zu Unrecht berechneten Versicherungskosten (743 €) rückerstattet hatte, hat der Kläger insoweit den Rechtsstreit einseitig für erledigt erklärt; es verblieb eine Forderung auf Zahlung von 17 553,51 € (= 16 295,67 € + 2000,84 € – 743 €). Diesen Betrag hat das Landgericht Hamburg – unter Abweisung der weitergehenden Klage auf Feststellung der Teilerledigung – dem Kläger zugesprochen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren, die Klage abzuweisen, weiter.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision ist zum Teil unzulässig. Soweit sie zulässig ist, ist sie unbegründet.

6 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

7 Die Beklagte habe ihre Pflichten aus der im Rahmen des Tankstellenvertrages mit dem Kläger getroffenen Sicherungsabrede (§ 6 Nr. 1 des Tankstellenvertrages) verletzt, indem sie die bürgende Sparkasse wegen einer nicht bestehenden Hauptforderung in Anspruch genommen habe. Aus § 19 Nr. 1 des Tankstellenvertrages habe der Beklagten kein Anspruch auf Ersatz der Lohn- und Rechtsverfolgungskosten zugestanden, deontwegen sie sich aus der Bürgschaft befriedigt habe. § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages, wonach der Kläger als Betreiber verpflichtet gewesen sei, bei Betriebsübergang bestehende Arbeitsverhältnisse mit seiner Ehefrau und sonstigen Familienmitgliedern zu beenden, verstoße gegen § 613a BGB und sei daher nichtig (§ 134 BGB).

8 Ferner halte § 19 Nr. 1 Satz 2 des Tankstellenvertrages, der den Kläger verpflichte, dem Nachfolgebetreiber im Zusammenhang mit der Beendigung der vorgenannten Arbeitsverhältnisse entstandene Kosten zu ersetzen, der Kontrolle nach § 9 AGBG nicht stand. Es handele sich um eine formularmäßig unzulässige Überbürdung einer verschuldensunabhängigen Haftung.

9 Die Beklagte könne auch nicht Ersatz der Reparaturkosten verlangen. In Betracht komme ein Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung der Rückgabepflicht und wegen Verletzung vertraglich übernommener Wartungspflichten. Der Anspruch scheitere jeweils daran, dass die gesetzlich gebotene Fristsetzung nicht erfolgt sei.

10 II. 1. Die Revision ist unzulässig, soweit sie gegen die Verurteilung der Beklagten zur Rückerstattung der mittels der Bankbürgschaft von dem Kläger eingezogenen Reparaturkosten gerichtet ist. Diesbezüglich ist die Revision mangels Zulassung nicht statthaft (§ 543 Abs.1 ZPO).

11 Zwar hat das Berufungsgericht im Tenor seiner Entscheidung die Revision zugelassen, ohne dort eine Einschränkung der Zulassung auszusprechen. Es ist jedoch anerkannt, dass sich eine wirksame Beschränkung der Zulassung auch aus der Begründung ergeben kann, die das Urteil für die Zulassung enthält (vgl. Senatsurteil vom 9. März 2000 – III ZR 356/98 – NJW 2000, 1794, 1796, insoweit in BGHZ 144, 59 nicht abgedruckt). Hier hat das Berufungsgericht die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zugelassen, da der Entscheidung hinsichtlich der Unvereinbarkeit des § 19 Nr. 1 des Tankstellenvertrages mit dem Schutzgedanken des § 613a BGB grundsätzliche Bedeutung zukomme. Nur bezüglich dieser, allein die Rückerstattung der Lohn-, Abfindungs- und Rechtsverfolgungskosten betreffenden Frage sah das Berufungsgericht Anlass zu einer revisionsgerichtlichen Entscheidung. Daraus wird hinreichend deutlich, dass die Revisionszulassung entsprechend eingeschränkt sein sollte.

12 2. Die im Übrigen zulässige Revision ist unbegründet. Der Kläger kann von der Beklagten Erstattung von 16 295,67 € verlangen, die die Beklagte – als von ihm angeblich geschuldete Lohn-, Abfindungs- und Rechtsverfolgungskosten des Nachpächters – bei der Bürgin angefordert hatte.

13 a) Anspruchsgrundlage ist die von den Parteien in § 6 des Tankstellenvertrages getroffene Sicherungsabrede. Danach hatte die Verpächterin (und Unternehmerin <§ 84 Abs.1 Satz 1 HGB>) – nach Vorliegen der Tankstellenagentur-Endabrechnung und Tilgung aller Verbindlichkeiten, was hier nicht in Frage steht – die Sicherheit an den Betreiber zurückzugeben (§ 6 Nr. 6 des Tankstellenvertrages). Hatte die Verpächterin die ihr als Sicherheit geleistete Bürgschaft zu Unrecht verwertet, hatte sie folglich dem Betreiber, der seinerseits die Bürgin befriedigt hatte, die empfangene Zahlung zu erstatten (vgl. BGHZ 139, 325, 328). So liegt der Streitfall. Die Beklagte war nicht berechtigt, die Bürgschaft in Anspruch zu nehmen. Denn der Kläger schuldete ihr nicht Ersatz der von der Nachfolgebetreiberin N. an seine Familienangehörigen gezahlten und der N. von der Beklagten erstatteten Löhne, Abfindungen und Anwaltskosten.

14 b) Die Beklagte konnte den Erstattungsanspruch auf § 19 Nr. 1 des Tankstellenvertrages stützen. Danach hatte der Betreiber bei Beendigung des Tankstellen-Vertrages mit der Ehefrau oder sonstigen Familienmitgliedern eingegangene Arbeitsverhältnisse auf seine Kosten zu beenden (§ 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages). Für den Fall, dass die Ehefrau oder ein sonstiges Familienmitglied die Verpächterin oder den Nachfolgebetreiber aus dem – entgegen § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages nicht beendeten – Arbeitsverhältnis in Anspruch nehmen sollten, hatte der Betreiber gemäß § 19 Nr. 1 Satz 2 des Tankstellenvertrages der Verpächterin oder dem Nachfolgebetreiber die daraus entstandenen Kosten zu erstatten (oder davon von vornherein freizustellen). Der Tatbestand dieser Klausel war hier erfüllt: Der Kläger hatte entgegen § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages die mit seiner Ehefrau und seinen Kindern eingegangenen Beschäftigungsverhältnisse – die unzweifelhaft als Arbeitsverhältnisse zu qualifizieren sind – nicht zugleich mit dem Tankstellenvertrag zum 30. November 2003 beendet. Seine Ehefrau und seine Kinder machten gegen die Nachpächterin N. Lohnansprüche geltend, weil mit der am 1. Dezember 2003 erfolgten Übernahme der Tankstelle ihre Beschäftigungs-

verhältnisse auf die N. übergegangen seien; Letztere musste für die vergleichsweise Beendigung der Beschäftigungsverhältnisse insgesamt 16 295,67 € aufwenden.

15 c) Die Vertragsbeendigungsverpflichtung nach § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages war aber unwirksam, weil der Tankstellenpächter durch diese Allgemeine Geschäftsbedingung entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wurde (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB); damit entfällt zugleich die Grundlage für die daran gebundene Kostenerstattungspflicht des Betreibers nach § 19 Nr. 1 Satz 2 des Tankstellenvertrages.

16 aa) Die in § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages statuierte Verpflichtung des Pächters, bei Beendigung des Vertrages die mit der Ehefrau und sonstigen Familienmitgliedern eingegangenen Arbeitsverhältnisse „auf seine Kosten <zu> beenden“, ist teilweise bereits wegen Verstoßes gegen § 613a BGB nichtig.

17 Für die geforderte Vertragsbeendigung kommt in erster Linie die Kündigung, ferner der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem betroffenen „Familienarbeitnehmer“ in Betracht. Da § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages die Art der Vertragsbeendigung nicht klarstellt, muss davon ausgegangen werden (vgl. § 305c Abs. 2 BGB), dass der Betreiber auch verpflichtet sein soll, den genannten Arbeitnehmern gegebenenfalls zu kündigen. Das ist aber mit § 613a BGB nicht vereinbar.

18 (1) Geht ein Betrieb durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein; die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber wegen des Übergangs eines Betriebes ist unwirksam (§ 613a Abs. 4 Satz 1 BGB). „Durch Rechtsgeschäft“ (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB) findet ein solcher Betriebsübergang auch dann statt, wenn wie hier ein Pächter im Anschluss an die Pacht eines früheren Pächters vom selben Verpächter einen Betrieb pachtet und ihn mit gleichem Betriebszweck fortführt (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1985 – IX ZR 172/84 – NJW 1985, 2643; BAGE 35, 104, 106 ff.). Zudem handelte es sich bei der durch den Pächterwechsel veranlassten Kündigung der „Familienarbeitsverhältnisse“ um eine Kündigung „wegen des Übergangs eines Betriebes“ im Sinne des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB.

19 (2) Durch § 613a BGB soll erreicht werden, dass das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber fortbesteht. Die Vorschrift enthält zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer zwingendes Recht. Daraus folgt unmittelbar, dass der Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus den betroffenen Arbeitsverhältnissen nicht durch Vertrag zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Betriebserwerber ausgeschlossen werden kann (vgl. BAGE 50, 62, 72; 70, 209, 213). Aus dem zugunsten des Arbeitnehmers zwingenden Schutzzweck des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt sich eine Einschränkung der Regelungsbefugnis des Betriebsveräußerers und der betroffenen Arbeitnehmer (vgl. BAGE 70 a. a. O., 213 f.).

20 Nichtig sind dementsprechend auch Rechtsgeschäfte, die objektiv der Umgehung der zwingenden Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB dienen. Dies kann etwa anzunehmen sein, wenn Arbeitnehmer mit dem Hinweis auf eine geplante Betriebsveräußerung und bestehende Arbeitsplatzangebote des Betriebserwerbers veranlasst werden, ihre Arbeitsverhältnisse mit dem Betriebsveräußerer selbst fristlos zu kündigen oder Auflösungsverträgen zuzustimmen, um dann mit dem Betriebserwerber neue (ungünstigere) Arbeitsverträge abschließen zu können; jedenfalls wären mit einer solchen Vertragsgestaltung verbundene Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen nicht ohne weitere Prüfung ihrer Berechtigung hinzunehmen (vgl. BAGE 70 a. a. O., 214 und BAG NZA 1999, 262, 263). Gegen § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB verstoßen weiter nicht nur die vorgenannten Vereinbarungen zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber oder zwischen Arbeitnehmer und Betriebser-

werber; vielmehr steht das Kontinuitätsgebot des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit dem Kündigungsverbot gemäß § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB auch pachtvertraglichen Regelungen entgegen, die – wie im Streitfall § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages – den weichenden Betriebsinhaber von vornherein verpflichten, durch die Kündigung von Arbeitsverträgen für einen von sogenannten Altlasten freien Betriebsübergang zu sorgen (vgl. BAGE 70 a. a. O.).

21 bb) Die Nichtigkeit der Verpflichtung des Pächters, die mit Familienmitgliedern geschlossenen Arbeitsverhältnisse durch Kündigung zu beenden, führt zur Unwirksamkeit der in § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages bestimmten Vertragsbeendigungsverpflichtung insgesamt. Denn nach dem Grundsatz, dass sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine geltungserhaltende Reduktion verbietet, kann die vorgenannte Klausel nicht dahin aufrechterhalten werden, dass sie dem Betreiber lediglich aufgibt, die Arbeitsverhältnisse durch Aufhebungsvertrag zu beenden. Es kann daher dahinstehen, ob eine derart eingeschränkte Beendigungsverpflichtung mit § 613a BGB vereinbar wäre (vgl. § 613a Abs. 6 BGB n. F.; siehe auch BAG NZA 1996, 207, 208; 1999, 262, 263; BAGE 90, 260, 269 ff und BAG, Urteil vom 18. August 2005 – 8 AZR 523/04 – juris Rn. 26 ff, vorgesehen für BAGE) oder – was die Revision vor allem daraus herleiten will, dass die dem Kläger auferlegte Verpflichtung ausschließlich Arbeitsverhältnisse mit Familienmitgliedern betrifft – einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB stand hielte.

22 cc) Die Unwirksamkeitssanktion wegen Unangemessenheit (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist bezüglich § 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages sowie bezüglich der mit ihr verknüpften Freihaltungs- oder Erstattungspflicht des Betreibers nach § 19 Nr. 1 Satz 2 des Tankstellenvertrages ferner aus einem anderen Grund gerechtfertigt: Die Verpflichtung des Betreibers, die mit Familienangehörigen eingegangenen Arbeitsverhältnisse „auf seine Kosten“ zu beenden (§ 19 Nr. 1 Satz 1 des Tankstellenvertrages), andernfalls den Nachfolgebetreiber oder die Verpächterin „von allen daraus entstehenden Kosten“ freizuhalten „bzw. entstandene Kosten“ zu erstatten, ist betragsmäßig nicht begrenzt. Die Möglichkeit, dass der Betreiber die Beendigungsverpflichtung nur unter unverhältnismäßig hohen Kosten erfüllen kann oder von solchen Kosten freizustellen oder diese zu erstatten hat, lässt sich nicht ausschließen (vgl. § 305c Abs. 2 BGB).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 40, 29a, 281 ZPO
Tankstellen-Betriebspachtvertrag;
Gerichtsstandsvereinbarung**

Bei einem Betriebspachtvertrag über den eingerichteten Gewerbebetrieb einer Tankstelle besteht nach der Übergewichtstheorie nur im Einzelfall der Schwerpunkt des Pachtvertrags auf der Raumüberlassung. Daher ist eine Gerichtsstandsvereinbarung zulässig, wenn die mitverpachteten Räumlichkeiten nicht als überwiegender Verpachtungsgegenstand anzusehen sind.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 31. 5. 2006 – 13 AR 16/06)

Aus den Gründen: Die Voraussetzungen des § 36 Nr. 6 ZPO für die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das Hanseatische Oberlandesgericht liegen vor. Sowohl das zuerst mit der Sache befasste Landgericht Hamburg als auch das Landgericht Stade haben sich rechtskräftig für unzuständig erklärt. Ersteres hat sich durch den gem. § 281 Abs. 2 S. 2 ZPO unanfechtbaren Beschluss vom 21. 2. 2006 für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Stade verwiesen und letzteres hat sich durch Beschluss vom 31. 3. 2006 für örtlich unzuständig erklärt sowie die Sache zur Zuständigkeitsbestimmung dem Hanseatischen Oberlandesgericht vorgelegt.

Als zuständiges Gericht ist das Landgericht Hamburg zu bestimmen. Dies ist nach der in § 14 Abs. 3 des Pachtvertrages getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien örtlich zuständig.

Diese Vereinbarung ist nicht nach § 40 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig. Denn für die Klage ist entgegen der Ansicht des Landgerichts Hamburg ein ausschließlicher Gerichtsstand bei Miet- bzw. Pächträumen i. S. d. § 29 a ZPO nicht begründet. Verpachtet ist nach dem streitgegenständlichen Pachtvertrag der eingerichtete Gewerbebetrieb der Shell-Tankstelle, so dass es sich um einen sog. Betriebspachtvertrag handelt. Zwar enthält der Vertrag durch die Mitverpachtung von Tankstellengebäuden, bestehend aus den Räumen Shop, Shop-Lager, Partner-, Geräte-, Personalraum und WC's, sowie Pflegedienschhallen und Tankbehälter (§ 1 Ziffer. 2, 3 und 4 des Pachtvertrages) auch Elemente der Raumpacht. Bei Mischverträgen kommt es jedoch nach der sog. Übergewichtstheorie darauf an, dass der Schwerpunkt des Pachtvertrages in einer Raumüberlassung besteht (MüKo-Palzina, BGB, 2. Aufl., § 29 a Rn. 2). Davon kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Denn als Pachtgegenstand sind unter § 1 Ziffer 1 des Pachtvertrages vorrangig die Teilgrundstücke in einer Größe von 1125 qm aufgeführt, auf den sich die vorgenannten Tankstellengebäude und Pflegehallen befinden. Da der Beklagten in § 5 des Vertrages zudem das Recht eingeräumt wurde, auf dem Vertragsgelände (weitere) Baulichkeiten, Einrichtungen und Anlagen zu errichten, ist davon auszugehen, dass die Gesamtgrundstücksflächen wesentlich größer als die mitverpachteten Räume sind. Überdies sind für die Existenz und Funktion einer Tankstelle nicht die vorgenannten Räumlichkeiten, sondern an erster Stelle die sonstigen Grundstücksflächen, wie Zu- und Ausfahrten, Abstell- und Parkplatzflächen bei den Zapfsäulen und Servicestationen (Reifendruck, Wasser, Staubsauger etc) von grundlegender Bedeutung. Aufgrund dessen können die mitverpachteten Räumlichkeiten nicht als wesentlicher bzw. überwiegender Verpachtungsgegenstand angesehen werden.

Der Bestimmung des Landgerichts Hamburgs steht die Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht Stade nicht entgegen. Dieser Beschluss ist nicht i. S. d. § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO bindend. Eine Bindungswirkung tritt nämlich nicht ein, wenn der Verweisungsbeschluss unter Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs zustande gekommen ist (BGHZ 71, 69, 72). Das war hier der Fall. Zwar hat das Landgericht Hamburg der Beklagten eine 10-tägige Frist zur Stellungnahme zur beabsichtigten Verweisung gesetzt. Jedoch hat es den Verweisungsbeschluss – versehentlich – bereits am 21. 2. 2006 und damit vor Ablauf der Frist am 27. 2. 2006 und dem fristgerechten Eingang des Schriftsatzes der Beklagten vom 24. 2. 2006 erlassen.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 13. Zivilsenats des OLG Hamburg

**Art. 5, 8 GG; §§ 858, 903, 1004 BGB
Flughafenbetrieb; Grundrechtsbindung;
Beeinträchtigung des Flugbetriebs durch Demonstranten;
Abwehrrechte; Hausrecht**

Auch ein Flughafenbetreiber, der unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, muss es wegen der konkret zu besorgenden Beeinträchtigung des Flugbetriebs nicht dulden, dass Flugblätter an Passagiere eines bestimmten Fluges in der Absicht verteilt werden, eine im Rahmen dieses Fluges stattfindende Abschiebung zu verhindern oder mindestens zu verzögern.

(BGH, Urteil vom 20. 1. 2006 – V ZR 134/05)

1 Zum Sachverhalt: Die Klägerin begab sich am 11. März 2003 zusammen mit fünf weiteren Personen in eine Abflughalle des von der Beklagten – einer Aktiengesellschaft im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand – betriebenen Frankfurter Flughafens. An dem Abfertigungsschalter, der für einen an die-

sem Tag stattfindenden Flug nach Athen zuständig war, fragte die Klägerin nach der im Rahmen des Fluges vorgesehenen Abschiebung eines Ausländers. Hierbei wurden Flugblätter verteilt, welche unter der Überschrift „Flug: LH 3492 nach Athen ...“ den Namen des Ausländers sowie Angaben zu seinem Schicksal und zu seiner Befürchtung enthielten, im Wege einer Kettenabschiebung an die Türkei ausgeliefert zu werden. Der Klägerin ging es dabei insbesondere um die Weitergabe der Information, dass bei dem Flug eine Abschiebung durchgeführt werden sollte, die nach ihrer Behauptung gegen den Willen des Betroffenen erfolgte.

2 Mit Schreiben vom 12. März 2003 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin ein Flughafenverbot aus. Wie die Beklagte später klarstellte, betrifft das Verbot die unberechtigte Nutzung des Flughafens, insbesondere mit ihr nicht abgestimmte Demonstrationen im Terminal. Dagegen ist die Klägerin nicht gehindert, den Flughafen zu Reisezwecken oder als Besucherin der sich in den Terminals befindlichen Geschäfte zu betreten.

3 Im Juni 2004 demonstrierte die Klägerin zusammen mit zehn weiteren Personen an einem Abfertigungsschalter des Flughafens Frankfurt; dabei wurde einer Fluggesellschaft unter Verwendung eines ausgerollten Transparents vorgeworfen, Geschäfte mit Abschiebungen zu machen. Ferner wurden Flugblätter mit der Überschrift „Zeigen Sie Zivilcourage – Was Sie als Fluggast tun können“ an Passagiere verteilt.

4 Die Klägerin meint, die Beklagte habe es im Hinblick auf die Versammlungs- und Meinungsfreiheit hinzunehmen, dass von ihrem Betriebsgelände aus durchgeführte Abschiebungen von Flüchtlingen kritisch hinterfragt würden. Ihre auf Aufhebung des Hausverbots gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der von dem Landgericht Frankfurt am Main zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter; die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

5 Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte könne gemäß § 903 BGB grundsätzlich frei darüber entscheiden, wem sie den Zutritt zu ihrem Betriebsgelände gestatte. Begrenzt werde ihr Hausrecht lediglich durch ihre Verpflichtung, jedermann die Benutzung des Flughafens zu Reisezwecken zu ermöglichen, und durch die allgemeinen Einschränkungen, denen Gewerbetreibende unterworfen seien, wenn sie ihre Geschäftsräume bzw. Verkehrsanlagen der Allgemeinheit zugänglich gemacht hätten. Da die Beklagte wegen der durch das Verhalten der Klägerin verursachten Betriebsstörung ein berechtigtes Interesse an einem Zutrittsverbot habe, sei das Hausverbot nicht zu beanstanden. Die Grundrechte der Klägerin auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit führten zu keiner anderen Beurteilung. Einer unmittelbaren Bindung an die Grundrechte unterliege die Beklagte vorliegend nicht, da sie keine öffentlich-rechtliche Aufgabe erfülle, wenn sie ihre Infrastruktur für Abschiebungen zur Verfügung stelle. Die mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht führe nicht dazu, dass ein Betrieb Demonstrationen auf seinem Gelände hinnehmen müsse; Entsprechendes gelte für die Ausübung des Rechts auf Meinungsfreiheit.

6 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

7 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Befugnis der Beklagten, ein Hausverbot auszusprechen, aus ihrem Hausrecht folgt. Dieses beruht auf dem Grundstückseigentum oder -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB) und ermöglicht seinem Inhaber, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt zu der Örtlichkeit gestattet und wem er ihn verwehrt. Das schließt das Recht ein, den Zutritt nur zu bestimmten Zwecken zu erlauben und die Einhaltung dieser Zwecke mittels eines Hausverbots durchzusetzen (vgl. BGH, Urt. v. 8. November 2005, KZR 37/03, Umdruck S. 11).

8 2. a) Das Berufungsgericht hat ferner nicht verkannt, dass das Hausrecht der Beklagten Einschränkungen unterliegt. Die-

se ergeben sich zunächst aus dem für Verkehrsflughäfen grundsätzlich geltenden Kontrahierungszwang. Der Flughafenbetreiber ist verpflichtet, Luftfahrern, die die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen zur Benutzung des Luftraums erfüllen, die Benutzung der Flughafeneinrichtungen zu gestatten und den ungehinderten Zu- und Abgang der Fluggäste zu ermöglichen (BGH, Urt. v. 10. Juli 1969, KZR 13/68, WPM 1969, 1296, 1297; Giemulla in: Giemulla/Schmid, Luftverkehrsverordnungen, Stand Oktober 2005, § 43 LuftVZO, Rdn. 2 mwN). Einschränkungen des Hausrechts folgen ferner aus der Öffnung des Flughafens für Begleitpersonen von Reisenden, für Besucher und für Kunden der auf dem Flughafengelände angesiedelten Gewerbeeinrichtungen (Restaurants, Geschäfte). Die Beklagte gestattet hierdurch generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall allen Personen den Zutritt zum Flughafen, die sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegen und den Betriebsablauf nicht stören (vgl. BGHZ 124, 39, 43).

9 b) Aus diesen Einschränkungen des Hausrechts folgt indessen kein Anspruch der Klägerin, den Flughafen für ähnliche Aktionen wie am 11. März 2003 zu betreten, und damit kein Anspruch auf Aufhebung des Hausverbots. Mit der Öffnung bestimmter Bereiche des Flughafens für alle Reisende und sonstige Besucher hat die Beklagte diese nicht zur beliebigen Nutzung, sondern nur für bestimmte Nutzungszwecke freigegeben. Zu ihnen gehören neben Reisezwecken die Abholung und Begleitung von Fluggästen, der Besuch der auf dem Gelände befindlichen Restaurants und Geschäfte sowie die Besichtigung des Flughafens. Dagegen hat die Beklagte den Flughafen weder allgemein zur Verteilung von Flugblättern noch zur Durchführung von Protestaktionen oder sonstigen Versammlungen zur Verfügung gestellt. Das ergibt sich bereits daraus, dass eine solche Nutzung durch die Allgemeinheit mit der Funktion eines Flughafens unvereinbar wäre, lässt sich aber auch Nr. 4. 2. der Flughafenbenutzungsordnung entnehmen, wonach bereits Sammlungen, Werbungen sowie das Verteilen von Flugblättern und sonstigen Druckschriften der Einwilligung der Beklagten bedürfen.

10 Entgegen der Auffassung der Revision hat sich die Klägerin nicht innerhalb der von der Beklagten freigegebenen Nutzungszwecke bewegt. Die Klägerin kann sich insbesondere nicht darauf berufen, dass ihr Verhalten am 11. März 2003 mit der Begleitung eines Reisenden zu dessen Abflug vergleichbar gewesen sei und sich auf die Weitergabe von „Informationen zum Flug“ beschränkt habe. Bei dieser Betrachtungsweise wird ausgeblendet, dass die Information der Passagiere über die geplante Abschiebung nach dem Vorbringen der Klägerin in den Vorinstanzen und der von ihr in der Revisionsverhandlung abgegebenen Erklärung darauf abzielte, die Abschiebung von Flüchtlingen kritisch zu hinterfragen. Wollte die Klägerin die Passagiere aber anhand des Schicksals eines Mitreisenden auf einen nach ihrer Auffassung generell bestehenden Missstand aufmerksam machen, so diente die Verteilung der Flugblätter in erster Linie der Verbreitung ihrer Meinung und nicht der Begleitung eines Reisenden.

11 3. Die Beklagte ist auch nicht mit Rücksicht auf die Grundrechte der Klägerin aus Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG gehalten, eine Nutzung des Flughafens in einer der Aktion vom 11. März 2003 vergleichbaren Weise zu dulden (§ 1004 Abs. 2 BGB), und deshalb verpflichtet, das Hausverbot aufzuheben.

12 a) Dabei kann offen bleiben, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Beklagten setze die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben voraus (vgl. BGHZ 155, 166, 173 ff. m.w.N.) oder ob eine solche Bindung unabhängig von der – für den Bereich des Luftverkehrs jedenfalls nicht zweifelhaften – Zuordnung der Tätigkeit der Beklagten zur öffentlichen Verwaltung im funktionalen Sinn (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 10. Juli 1969, KZR 13/68, WPM 1969, 1296; Urt. 24. November 1977, III ZR 27/76, WPM 1978, 1097, 1098; BGHSt 45, 16, 19; Schwenk/Giemulla, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Aufl., S. 570) besteht. Letzteres käme in Betracht, wenn die Auffassung zuträfe, dass der

Staat stets, also auch bei fiskalischem Handeln und erwerbswirtschaftlicher Betätigung, an die Verfassung gebunden ist (so z. B. Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Art. 1 Abs. 3 Rdn. 228 f.; Höfling in Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 1 Rdn. 95 f.; Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 1 Abs. 3 Rdn. 65 ff. jeweils mwN) und mittels seiner Mehrheitsbeteiligung an einer Gesellschaft deren grundrechtskonformes Verhalten gewährleisten muss (so im Ergebnis VGH Kassel NVwZ 2003, 874, 875; Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl., § 1 Rdn. 52; wohl auch Mikesic, NVwZ 2004, 788, 790 f.; vgl. aber auch Starck, a. a. O., Rdn. 231; Höfling, a. a. O., Rdn. 96 u. Dreier, a. a. O., Rdn. 70, wonach der öffentliche Anteilseigner nur gehalten ist, seine Beteiligungsrechte grundrechtskonform auszuüben; siehe ferner BVerfG NVwZ 2002, 847).

13 b) Das Hausverbot verletzt nämlich auch dann nicht die Rechte der Klägerin aus Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG, wenn zu ihren Gunsten eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Beklagten unterstellt wird.

14 aa) (1) Aus Art. 8 Abs. 1 GG, auf den die Revision verweist, lässt sich ein Anspruch der Klägerin, Demonstrationen in den Gebäuden des Frankfurter Flughafens durchzuführen, nicht entnehmen. Das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit gibt grundsätzlich keine Leistungsansprüche gegen den Staat zur Nutzung von Räumlichkeiten, die einem eingeschränkten, die Durchführung von Versammlungen und Demonstrationen nicht umfassenden Zweck zu dienen bestimmt sind. Zwar gewährleistet Art. 8 Abs. 1 GG auch das Recht, über den Ort der Veranstaltung zu bestimmen. Die Entscheidung über den Ort der Versammlung setzt aber die rechtliche Verfügungsbefugnis über den Versammlungsort voraus, begründet also kein Benutzungsrecht, das nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen besteht (vgl. BVerwGE 91, 135, 138).

15 (2) Die Klägerin kann auch nichts daraus herleiten, dass es der Beklagten – sollte sie einer unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliegen – möglicherweise nicht völlig freisteht, über Anträge auf Nutzung des Flughafengeländes jenseits seines Bestimmungszwecks nach Belieben zu entscheiden, sondern dass sie gehalten sein könnte, hierbei auch das Interesse des jeweiligen Antragstellers an der Wahrnehmung seiner Grundrechte auf Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit gebührend zu berücksichtigen (vgl. allgemein: BVerwGE 91, 135, 139 f.; für einen öffentlich zugänglichen Parkplatz auf dem Gelände der Beklagten: VGH Kassel NVwZ 2003, 874; siehe ferner Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl., § 1 Rdn. 52; Mikesic, NVwZ 2004, 788, 791). Eine hieraus folgende Duldungspflicht käme nämlich nur in Betracht, wenn die bestimmungsgemäße Nutzung des Flughafens durch die Demonstration nicht oder allenfalls ganz geringfügig beeinträchtigt würde und die Beklagte gegen ihre Durchführung deshalb keine sachlichen Erwägungen anführen könnte. Versammlungen, die geeignet sind, den Flughafenbetrieb zu stören, muss die Beklagte jedenfalls auch unter Berücksichtigung von Art. 8 GG nicht hinnehmen.

16 Solche, die Abwicklung des Flugverkehrs störende Versammlungen strebt die Klägerin indessen an. Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann sich die Beklagte auf ein berechtigtes Interesse an der Erteilung des Hausverbots berufen, weil der Vorfall vom 11. März 2003 zu einer Betriebsstörung geführt hat. Diese Einschätzung greift die Revision im Ergebnis ohne Erfolg an. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen jedenfalls die Annahme, dass die Aktion – wären Mitarbeiter der Beklagten und Beamte des Bundesgrenzschutzes nicht eingeschritten – zu einer Störung des Flugverkehrs hätte führen können. Zwar beschränkte sich die Klägerin bei dem ersten Vorfall darauf, Flugblätter mit Angaben zu der Person, die mit dem Flug LH 3492 abgeschoben werden sollte, zu verteilen und die Information zu verbreiten, dass die Abschiebung gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt werden sollte. Angesichts der Zielrichtung dieser Handlungen war eine durch sie verursachte Betriebsstörung aber kon-

kret zu besorgen. Das folgt daraus, dass sich die Klägerin zu dem für den Flug LH 3492 zuständigen Abfertigungsschalter begeben hatte, also nicht etwa beliebige Besucher des Flughafens, sondern – wovon auch die Revision ausgeht – gerade die mitreisenden Passagiere über die während ihres Fluges stattfindende Abschiebung informieren wollte. Das rechtfertigt den Schluss, dass es der Klägerin darauf ankam, Solidarisierungseffekte, jedenfalls aber Verunsicherung, unter den Passagieren zu erzielen, welche im Vorfeld des Fluges zu Nachfragen oder Protesten und damit mindestens zu einer Verzögerung des Abflugs führen würde. Hierfür spricht auch die von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat abgegebene Erklärung, nach der eine vergleichbare Aktion zur Folge hatte, dass sich der über die Abschiebung informierte Pilot weigerte, die betroffene Person mitfliegen zu lassen, womit eine nicht unerhebliche Startverzögerung einhergegangen sein dürfte.

17 Gestützt wird die Annahme, die Aktion vom 11. März 2003 sei auf die Herbeiführung einer Betriebsstörung gerichtet gewesen, ferner durch den Vorfall vom 17. Juni 2004, bei dem die Klägerin Flugblätter mit der Überschrift „Zeigen Sie Zivilcourage – Was Sie als Fluggast tun können“ verteilte. Hierin war unter anderem der Hinweis enthalten, Passagiere könnten sich weigern, ihre Handys im Flugzeug auszuschalten, und so den Start der Maschine und damit die Abschiebung verhindern oder verzögern. Der Berücksichtigung dieser zweiten Aktion steht nicht entgegen, dass sie mehr als ein Jahr nach Erteilung des streitgegenständlichen Hausverbots stattgefunden hat. Ein Hausverbot hat keinen Sanktionscharakter, denn es dient nicht dazu, eine gegenwärtige Verletzung des Hausrechts zu beenden – hierzu genügt ein Hausverweis –, sondern hat in erster Linie den Zweck, künftige Verletzungen des Hausrechts zu verhindern (vgl. VG Berlin, NJW 2002, 1063, 1065 für das Hausrecht des Bundestagspräsidenten). Die Beurteilung der Wirksamkeit eines Hausverbots hängt deshalb auch davon ab, inwieweit weitere Verstöße gegen das Hausrecht zu besorgen sind. Das rechtfertigt es, nach Erteilung des Hausverbots bekannt gewordene Umstände zu berücksichtigen, wenn sie – wie hier – deutlich machen, dass ein auf die Herbeiführung von Betriebsstörungen gerichtetes Nutzungsrecht in Anspruch genommen wird.

18 bb) Die Beklagte ist auch nicht im Hinblick auf das Grundrecht der Klägerin aus Art. 5 Abs. 1 GG verpflichtet, das Hausverbot (teilweise) aufzuheben. Das Recht auf freie Meinungsäußerung ist nicht vorbehaltlos, sondern nur in den Schranken der allgemeinen Gesetze gewährleistet. Dabei ist das allgemeine Gesetz seinerseits im Lichte der Bedeutung der Meinungsfreiheit auszulegen und in seiner das Grundrecht einschränkenden Wirkung zu begrenzen (vgl. BVerfGE 7, 198, 208), um sicherzustellen, dass das für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung unverzichtbare Recht der freien Meinungsäußerung nur durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter eingeschränkt wird (vgl. BVerfGE 107, 275, 281).

19 Die Einschränkung, die die Meinungsfreiheit der Klägerin durch das Hausverbot erfährt, beruht auf dem Hausrecht der Beklagten (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB). Dieses dient der Wahrung der äußeren Ordnung in dem Gebäude oder der Örtlichkeit, auf die sich das Hausrecht erstreckt (vgl. BGH, Urt. v. 8. November 2005, KZR 37/03, Umdruck S. 11), und damit zugleich der Sicherstellung des von dem Eigentümer vorgegebenen Benutzungszwecks (vgl. BayObLG NJW 1977, 261). Das Hausrecht eines Flughafenbetreibers schützt mithin die Funktionsfähigkeit des Flughafens und gewährleistet so die Erfüllung des – in der Betriebspflicht des § 45 Abs. 1 Satz 1 LuftVZO zum Ausdruck kommenden – gesetzlichen Auftrags, die dem Flugverkehr dienenden Anlagen gebrauchsfähig zu erhalten und vor Störungen zu schützen (vgl. Schwenk/Giemulla, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Aufl., S. 563 f.). Die Gewährleistung eines reibungslosen Flugverkehrs stellt ebenso wie die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs (vgl. BVerwGE 56, 63, 67) einen gewichtigen Gemeinwohlbelang dar. Dient die Ausübung des Hausrechts des Flughafenbetreibers – wie hier –

der Verhinderung konkret drohender Betriebsstörungen, ist die damit verbundene Einschränkung der Meinungsfreiheit deshalb hinzunehmen.

20 c) Das Hausverbot ist im Lichte von Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 GG schließlich auch seinem Umfang nach nicht unverhältnismäßig.

21 Der Beklagten stand kein milderer Mittel als das Hausverbot zur Verfügung, um die Klägerin zur Beachtung der zulässigen Nutzungszwecke anzuhalten. Insbesondere musste sie sich nicht auf einen Hausverweis beschränken, also darauf, die Klägerin am 11. März 2003 unter Hinweis auf die Flughafenbenutzungsordnung zum Verlassen des Flughafens aufzufordern. Die Beklagte durfte mittels des – nur die unberechtigte Nutzung des Flughafens betreffenden – Hausverbots vielmehr klarstellen, dass sie vergleichbare Aktionen der Klägerin auch künftig nicht dulden und als Verletzung ihres Hausrechts ansehen werde.

22 Die Klägerin ist auch nicht für alle Zukunft und ungeachtet veränderter Umstände gehindert, sich gegenüber der Beklagten auf ihre Grundrechte zu berufen. Ausweislich des Schreibens der Beklagten vom 7. November 2003 beschränkt sich das Hausverbot auf eine der Flughafenbenutzungsordnung zuwiderlaufende Nutzung, insbesondere mit der Beklagten nicht abgestimmte Demonstrationen. Die Beklagte hat damit zu erkennen gegeben, dass sie grundsätzlich bereit ist, im Einzelfall über die Erlaubnis, eine Versammlung auf dem Flughafen durchzuführen, zu entscheiden. Für die Verteilung von Flugblättern ergibt sich dies aus Nr. 4. 2. der Flughafenbenutzungsordnung, wonach das Verteilen von Flugblättern mit Einwilligung der Beklagten möglich ist. Durch die Beschränkung des Hausverbots auf die unberechtigte Nutzung des Flughafens hat die Beklagte zu erkennen gegeben, dass die Klägerin von dieser Nutzung nicht ausgeschlossen ist, dass also eine Entscheidung über einen Antrag der Klägerin, Flugblätter verteilen zu dürfen, nicht unter Hinweis auf das Hausverbot unterbleiben wird.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 276, 675 BGB; §§ 1, 26, 27 WEG
Sorgfaltspflichten eines Wohnungswalters;
Vermietungen; Wahrung mietvertraglichen Konkurrenzschutzes; Voraussetzungen eines grob fahrlässigen Fehlverhaltens; Kündigung als überzogene Reaktion des Mieters

1. Ein Wohnungswalter hat beim Abschluss neuer Mietverträge alles zu unterlassen, was auch nur zu einer Gefährdung bestehender Mietverhältnisse führen kann. Führt eine Pflichtverletzung in diesem Bereich zur Kündigung durch einen Altmieter, kommt es für die Haftung des Wohnungswalters nicht darauf an, ob die Kündigung berechtigt ist.

2. Ob ein Wohnungswalter seine Pflichten auch subjektiv grob fahrlässig verletzt hat, hängt von einer wertenden Gesamtschau seines Verhaltens ab (hier verneint).

(OLG Koblenz, Urteil vom 11. 5. 2006 – 5 U 1805/05)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin ist Eigentümerin eines Geschäftshauses in Bonn. Mit der Verwaltung des Objekts beauftragte sie die Beklagte. Der Hausverwaltervertrag beschränkt die Haftung der Beklagten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Wegen eines derartigen Fehlverhaltens nimmt die Klägerin die Beklagte auf Feststellung der Ersatzpflicht in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Ende Juli 2001 hatte die Klägerin eine Gewerbeeinheit zum Betrieb eines Verlages und Versandhandels an die Firma D. vermietet (künftig: Erstmietlerin). § 20 des Mietvertrages lautet wie folgt:

„Dem Mieter wird folgender Konkurrenzschutz gewährt: Kein weiterer Buchhandel/Verlag.“

Anfang 2003 schloss die Beklagte namens und in Vollmacht der Klägerin einen Mietvertrag mit zwei Journalistinnen, die sich mit Wissenschafts- und Hochschulthemen befassen (künftig: Zweitmieterinnen). Eine der Zweitmieterinnen bat die Beklagte um die Erlaubnis, am Objekt in Bonn einen Hinweis auf den T.-Verlag mit Geschäftssitz in K. anbringen zu dürfen, wo sie Mitgesellschafterin sei.

Die Beklagte gestattete dies, worauf die Zweitmieterinnen ein 5 × 8 cm großes Klingelschild mit dem Firmenlogo und -namen des T.-Verlages und dem weiteren Hinweis „Journalistinnenbüro H / L.“ anbrachten. Vor den Mieträumen im Inneren des Gebäudes ließen die Zweitmieterinnen ein entsprechendes größeres Schild anbringen.

Die Erstmietlerin beanstandete die Schilder, kündigte zum 15. Juni 2003, zog aus den Mieträumen aus und stellte die Mietzahlungen ein.

Die Klägerin hält die Kündigung für unwirksam und obsiegt mit dieser Rechtsansicht in einem Prozess bei dem Landgericht Bonn. Dieses Urteil wurde auf die Berufung der Erstmietlerin geändert. Das Oberlandesgericht Köln hat die Klage abgewiesen; über die hiergegen erhobene Nichtzulassungsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden.

Die Klägerin meint, die Beklagte müsse ihr allen Schaden ersetzen, der durch die Kündigung der Erstmietlerin entstanden sei und noch entstehe. Die Beklagte habe grob fahrlässig den Konkurrenzschutz zu Gunsten der Erstmietlerin nicht beachtet.

Die Beklagte trägt vor, der T.-Verlag habe in Bonn keinerlei Geschäftstätigkeit entfaltet, es habe sich lediglich um eine Postanschrift gehandelt. Jedenfalls habe sie weder vorsätzlich noch grob fahrlässig ihre Verwalterpflichten verletzt.

Dem ist das Landgericht Koblenz nicht gefolgt und hat die Ersatzpflicht der Beklagten festgestellt. Nach dem Berufungsurteil des OLG Köln stehe fest, dass die Beklagte ihre Verwalterpflichten verletzt habe. Das Fehlverhalten sei auch grob fahrlässig. Die Beklagte habe das Problem bereits vor Abschluss des Mietvertrages mit den Zweitmieterinnen erkannt und damit sehenden Auges die Vertragspflichten gegenüber der Erstmietlerin unterlaufen.

Mit der Berufung wiederholt die Beklagte den Klageabweisungsantrag. Es fehle schon objektiv an einer Pflichtwidrigkeit. Die Erstmietlerin habe keinen Kündigungsgrund gehabt. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln sei falsch, jedenfalls nicht bindend. Ungeachtet dessen könne die Gestattung eines bloßen Hinweises auf den andernorts geschäftsansässigen Verlag der Zweitmieterinnen nicht als grob fahrlässige Verletzung der Verwalterpflichten angesehen werden.

Die Klägerin meint, ungeachtet des Ausgangs des beim BGH anhängigen Verfahrens sei die Beklagte schadensersatzpflichtig. Sie habe nicht nur den Verstoß gegen die Konkurrenzschutzklausel, sondern darüber hinaus auch zu verantworten, dass auf eine entsprechende Beanstandung der Erstmietlerin erst mit erheblicher Verspätung und unzureichend reagiert worden sei.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat Erfolg. Die angefochtene Entscheidung musste geändert werden; die Klage ist unbegründet. Es fehlt an den vertraglichen Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten.

Diese Haftung ist beschränkt auf die Folgen eines vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Fehlverhaltens. Ein vorsätzliches Handeln der Beklagten steht nicht zur Debatte. Nach Auffassung des Senats handelte sie aber auch nicht grob fahrlässig.

Die Rechtsprechung versteht unter grober Fahrlässigkeit ein Handeln, bei dem die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde, wenn ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem aufgedrängt hätte.

Insoweit hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung des Berufungsverfahrens zu Recht darauf hingewiesen, dass es nicht darauf ankommt, ob die Kündigung der Erstmietlerin berechtigt war oder ob die Klägerin mit ihrem gegenteiligen Rechtsstandpunkt in der Revision beim Bundesgerichtshof obsiegt. Die Beklagte war als Verwalterin verpflichtet, beim Abschluss neuer Mietverträge alles zu unterlassen, was auch nur zu einer Gefährdung bestehender Mietverhältnisse führen konnte. Dabei musste sich im vorliegenden Fall aufdrängen, dass der Konkurrenzschutz der Erstmietlerin zumindest berührt würde, wenn die Beklagte beabsichtigte, den Zweitmieterinnen den erbetenen Hinweis auf deren andernorts betriebenen Verlag zu gestatten. In dieser Situation mussten der Beklagten Bedenken kommen. Diese Bedenken verpflichteten sie, bei der Klägerin oder der Erstmietlerin nachzufragen, ob Einwände gegen die Gestattung bestünden. Diese nahe liegende Überlegung nicht angestellt und weder bei der Klägerin noch bei der Erstmietlerin nachgefragt zu haben, kann objektiv als grob fahrlässig gewertet werden.

Diese Pflichtverletzung war auch schadensursächlich, weil für den Senat außer Zweifel steht, dass die Klägerin und erst recht die Erstmietlerin der Gestattung widersprochen hätten. Gegebenenfalls wäre es nicht zu der Kündigung der Erstmietlerin gekommen.

Die Pflichtverletzung der Beklagten war jedoch subjektiv nicht schlechthin unentschuldbar (vgl. zur subjektiven Seite BGHZ 10, 12, 16; 89, 153, 161). Die Annahme grober Fahrlässigkeit setzt auf der subjektiven Seite voraus, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt durch ein auch subjektiv unentschuldbares Verhalten in hohem Maße außer Acht gelassen worden ist, weshalb ein in subjektiver Hinsicht gesteigertes Fehlverhalten aufgrund der Würdigung aller Tatumstände festgestellt werden muss.

Subjektiv unentschuldbar war das Fehlverhalten der Beklagten jedoch nicht. Insoweit ist zu beachten, dass nach den seinerzeit bestehenden Erkenntnismöglichkeiten der Beklagten, die allein maßgeblich sind, nicht beabsichtigt war, dass die Zweitmieterinnen in den Mieträumen tatsächlich einen Verlag betrieben. Die tatsächliche Ausübung eines Konkurrenzunternehmens im selben Gebäude und der bloße postalische Hinweis auf einen andernorts betriebenen Verlag sind – zumindest für einen juristischen Laien – etwas essentiell Unterschiedliches. Der Senat hält es daher nicht für unvertretbar, jedenfalls aber nicht für unentschuldbar, dass die Beklagte die vertraglichen Rechte der Erstmietlerin durch den bloßen Hinweis auf den andernorts betriebenen Verlag der Zweitmieterinnen für unschädlich hielt.

Die Auffassung der Klägerin, wonach zumindest die verspätete und unzureichende Reaktion der Beklagten auf die Rüge der Erstmietlerin den Vorwurf grob fahrlässigen Fehlverhaltens stützt, teilt der Senat nicht. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte durch die objektiv pflichtwidrige Gestattung gleichwohl den Zweitmieterinnen gegenüber im Wort war. Die Beklagte hatte sich demnach durch ihr pflichtwidriges Verhalten in eine Lage gebracht, in der sie reiflich überlegen musste und durfte, ob sie von der Zusage, die sie den Zweitmieterinnen gegeben hatte, ohne weiteres wieder abrücken konnte. Vor diesem Hintergrund ist der Vorwurf nicht begründet, die Beklagte habe verspätet reagiert. Die Reaktion mag objektiv unzureichend gewesen sein, indem zunächst nur Teile der beanstandeten Hinweise überklebt wurden. Worauf dies im Einzelnen zurückgeht, ist unklar und auch nicht mehr aufzuklären. Jedenfalls zeigte die Reaktion der Beklagten, dass sie die Beanstandung der Erstmietlerin ernst nahm und im Grundsatz gewillt war, deren vertragliche Rechte nunmehr zu beachten.

Ein grob fahrlässiges Verhalten der Beklagten sieht der Senat letztlich auch nicht in der von der Klägerin geforderten Gesamtschau der Pflichtverstöße. Richtig ist allerdings, dass einzelne Verstöße, die für sich betrachtet unterhalb der Grenze zur groben Fahrlässigkeit liegen, in ihrer Gesamtwürdigung ein ob-

ktiv wie subjektiv unentschuldbares Fehlverhalten des Vertragspartners ergeben können. Die hartnäckige Fortsetzung eines bestimmten Fehlverhaltens des Schuldners kann hinreichendes Indiz für grobe Fahrlässigkeit sein. Davon kann indes hier keine Rede sein. Dabei bliebe nämlich unberücksichtigt, dass für den Senat nach dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung feststeht, dass die Erstmieterin nur auf einen Grund gewartet hatte, sich von dem Mietvertrag zu lösen, der ihr seit geraumer Zeit lästig war. Wenn in einem derartigen Fall der vertragsreue Mieter den ersten sich bietenden Kündigungsgrund aufgreift, obwohl eine maßvollere Reaktion, etwa eine Unterlassungsklage, näher liegt, kann das Ausmaß der Pflichtwidrigkeit des Verantwortlichen nicht deshalb strenger beurteilt werden, weil die Reaktion des Betroffenen überzogen erscheint, mag sie auch rechtlich nicht zu beanstanden sein. Sähe man das anders, würde die Grenzziehung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit maßgeblich von den Empfindlichkeiten und der Reaktion des jeweils Betroffenen abhängen. Das ist dogmatisch nicht zu begründen.

Nach alledem musste die Klage mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO abgewiesen werden. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 64 000 €.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

§§ 635, 249 a. F. BGB
Einnahmen aus Vermietung als Nutzungsvorteil des Erwerbers eines Bauwerks bei Vertragsrückabwicklung; großer Schadensersatz

Macht der Erwerber eines Bauwerks Rückabwicklung des Vertrags im Wege des großen Schadensersatzes geltend, sind die durch die Vermietung erzielten Einnahmen als Nutzungsvorteil anzurechnen.

(BGH, Urteil vom 9. 2. 2006 – VII ZR 228/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus einer Bürgschaft nach § 7 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) auf Rückgewähr einer Vorauszahlung in Anspruch. In der Revision ist die Höhe dieses Anspruches im Streit.

2 Der Kläger schloss mit L. im November 1996 einen notariellen Vertrag, in dem sich L. verpflichtete, ihm vier näher bezeichnete Grundstücke zu übereignen und auf ihnen vier Reihenhäuser zum Gesamtpreis von 1,05 Mio. DM zu errichten. Der Kläger zahlte den Erwerbspreis im Voraus. Als Sicherheit erhielt er von der Rechtsvorgängerin der Beklagten (künftig: Beklagte) eine selbstschuldnerische Bürgschaft „für die Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer auf Rückgewähr der vorgenannten Vermögenswerte“ bis zu einem Höchstbetrag von 1,05 Mio. €.

3 Da die errichteten Häuser unstreitig zahlreiche Mängel aufwiesen, forderte der Kläger L. unter Fristsetzung auf, im Einzelnen aufgeführte Mängel zu beseitigen. Er erklärte, bei Nichteinhaltung der Frist weitere Nachbesserungsmaßnahmen ausdrücklich abzulehnen und die Rückzahlung des Kaufpreises und darüber hinaus großen Schadensersatz zu verlangen. L. beseitigte die Mängel nicht.

4 Der Kläger hat die Beklagte aus der Bürgschaft auf Zahlung von 536 856,48 € (= 1,05 Mio. DM) Zug um Zug gegen Aushändigung einer Löschungsbewilligung für die eingetragenen Auflassungsvormerkungen und Rückgabe der Bürgschaftsurkunde in Anspruch genommen. Die Beklagte hat verschiedene Gegenrechte geltend gemacht und u. a. gefordert, dass sich der Kläger die seit 1997 unstreitig erzielten Mieteinnahmen anrechnen lassen müsse.

5 Das Landgericht Frankfurt/Main hat die Beklagte zur Zahlung von 365 810,31 € Zug um Zug gegen näher bezeichnete Leistungen verurteilt. Dabei hat es die vom Kläger bis Januar

2003 erzielten Mieteinnahmen abzüglich eines geringfügigen Reparaturaufwandes vom Erwerbspreis abgezogen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht [OLG Frankfurt/Main] hat beide Berufungen teilweise für begründet erachtet. Die Berufung der Beklagten hat insoweit Erfolg gehabt, als auch die weiteren Mieteinnahmen des Klägers bis einschließlich August 2004 vom Erwerbspreis abgezogen wurden. Die Berufung des Klägers hat lediglich in einem im Revisionsverfahren nicht mehr erheblichen Punkt Erfolg gehabt. Der Senat hat die Revision des Klägers insoweit zugelassen, als die Klage in Höhe der Summe der Mieteinnahmen abzüglich der Reparaturkosten (227 142,51 €) abgewiesen worden ist. In diesem Umfang verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

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

7 Auf das Schuldverhältnis sind die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

8 I. Das Berufungsgericht führt aus, dem Kläger stehe der verbürgte Anspruch auf Rückzahlung seiner Vorauszahlung zwar dem Grunde nach, nicht aber in voller Höhe zu. Er müsse sich nach § 635 BGB im Rahmen des Vorteilsausgleichs die von ihm vereinnahmten Mieten bis August 2004 von insgesamt 227 142,51 € unter Berücksichtigung von 2607,96 € für Reparaturkosten entgegenhalten lassen. Es bestehe ein innerer Zusammenhang zwischen dem letztlich gescheiterten und rückabzuwickelnden Grundstückserwerb und den Mieteinnahmen. Weitere Schadensersatzpositionen wie insbesondere Zinsbelastungen könne der Kläger von der Beklagten als Bürgin nicht verlangen; sie seien von Sinn und Zweck einer Rückgewährbürgschaft nach § 7 MaBV nicht umfasst.

9 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

10 1. Das Berufungsgericht stellt rechtsfehlerfrei fest, dass dem Kläger gegen L. ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB wegen vor Abnahme gerügter Mängel auf Rückzahlung des gezahlten Erwerbspreises zusteht, für den die Beklagte als Bürgin haftet. Die Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert die Geldansprüche eines Erwerbers, die sich aus mangelhafter oder unterlassener Erfüllung des Vertrages ergeben können (st. Rechtsprechung; vgl. BGH, Urteile vom 18. Juni 2002 – XI ZR 359/01, BGHZ 151, 147, 151 und vom 22. Oktober 2002 – XI ZR 393/01, BauR 2003, 243 = ZfBR 2003, 141 sowie Beschluss vom 2. Mai 2002 – VII ZR 178/01, BauR 2002, 1390 = ZfBR 2002, 671 = NZBau 2002, 499). Dazu gehört auch der Anspruch auf großen Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB.

11 2. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass dem Kläger nicht der volle Erwerbspreis zusteht. Er muss sich im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen, dass er die Reihenhäuser einige Jahre vermietet hat. Der Wert der Nutzung ist bei der Bemessung des großen Schadensersatzes, wie er hier vom Kläger geltend gemacht wird, anzurechnen (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 – VII ZR 325/03, BauR 2006, 103 [= WuM 2005, 797 KL]; vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Februar 1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279).

12 Die gegen diese Berechnung gerichteten Bedenken der Revision greifen nicht durch. Ihre Ausführungen, der Kläger als Auftraggeber müsse so gestellt werden, wie wenn L. als Auftragnehmer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt und der Kläger damit Anspruch darauf hätte, die erhaltenen Mieteinnahmen in jedem Fall zu behalten, treffen im Rahmen des großen Schadensersatzanspruches nicht zu. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aufgrund der Überlegungen der Revision zum Ersatz entgangenen Gewinns im Rahmen des großen Schadensersatzes.

13 3. Das Berufungsgericht hat zu Recht den Nutzungsvorteil nach der Höhe der vom Kläger erzielten Mieteinnahmen berechnet. Anders als bei der Eigennutzung einer Immobilie, deren Nutzungsvorteil bei einer Rückabwicklung des Vertrages in

ein Verhältnis zum Wert der mit dem Erwerb getätigten Investition gesetzt und zeitanteilig linear ermittelt werden muss (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 – VII ZR 325/03, a. a. O.), sind für die Schadensbemessung bei einer vermieteten Immobilie die tatsächlichen Mieteinnahmen abzüglich des Erhaltungsaufwandes maßgeblich. Der Kläger hat seine Investition ausschließlich als Kapitalanlage getätigt, so dass die daraus erzielten Vorteile anzurechnen sind (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 1982 – VIII ZR 27/81, a. a. O.; Vogel, ZfR 2006, 12). Die festgestellten Mängel haben rechnerisch auf die Höhe des dem Kläger anzurechnenden Nutzungsvorteils keinen Einfluss. Das Berufungsgericht hat nur die vom Kläger erzielten Mieteinnahmen und damit auch nur den von einzelnen Mietern wegen der Mängel gekürzten Mietzins berücksichtigt.

14 4. Mithin kann der Kläger nicht verlangen, bei seiner Schadensberechnung die trotz der mangelhaften Leistung des L. erzielten Mieteinnahmen endgültig behalten zu dürfen. Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz für den Fall eines Abzugs der Mieteinnahmen andere Schadenspositionen, insbesondere Finanzierungskosten, geltend gemacht hat, ist deren Abweisung durch das Berufungsgericht nicht zum Gegenstand der Nichtzulassungsbeschwerde und folglich der Revision geworden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 677, 812 BGB
Erbenermittler;
Vergütungsansprüche nach deutschem Recht;
Berufsbild; Geschäftsrisiko**

Der gewerbliche Erbensucher hat gegen die von ihm ermittelten Erben keine gesetzlichen Vergütungsansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung (Bestätigung des Senatsurteils vom 23. September 1999 – III ZR 322/98 – NJW 2000, 72).

(BGH, Beschluss vom 23. 2. 2006 – III ZR 209/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist gewerblich als Erbenermittler tätig. In dieser Funktion ermittelte er im Auftrag eines belgischen Erbensuchers den in Bremen lebenden Beklagten und dessen Verwandte als Erben des am 6. Oktober 2001 in Belgien verstorbenen J. G. Gegen ein Honorar von einem Drittel des zu erwartenden Erbeils bot der Kläger dem Beklagten die Mitteilung weiterer Einzelheiten an. Der Beklagte lehnte ab und machte selbst den Nachlassverwalter ausfindig.

2 Der Kläger verlangt auf der Grundlage eines Honorarsatzes von 30% jetzt noch Zahlung von 29 375,47 €. Die Vorinstanzen [LG/OLG Bremen] haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Beschwerde erstrebt der Kläger die Zulassung der Revision.

3 **Aus den Gründen:** II. Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO).

4 1. Vertragliche Ansprüche macht der Kläger nicht mehr geltend. Sie sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht ersichtlich.

5 2. Die Frage, ob sich ein gewerblicher Erbensucher nach dem im Streitfall anwendbaren deutschen Recht (Art. 39 Abs. 1 EGBGB) gegenüber dem von ihm ermittelten Erben auf gesetzliche Vergütungsansprüche berufen kann, falls es nicht zu einer Honorarvereinbarung kommt, ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt. Der Senat hat sie in seinem Urteil vom 23. September 1999 im Hinblick auf die im Gefüge des Privatrechts angelegte Risikoverteilung beim Scheitern von Vertragsverhandlungen sowie auf sonst mögliche nicht sach- und interessengerechte Ergebnisse verneint (III ZR 322/98 – NJW 2000, 72 = LM Nr. 40 zu § 677 BGB mit im Ergebnis zustimmender

Anmerkung Ehmann = JZ 2000, 521 mit ebenfalls im Ergebnis zustimmender Anmerkung Schultze = JuS 2000, 603 <LS> mit Besprechung Emmerich; ebenso BGH, Urteil vom 13. März 2003 – I ZR 143/00 – NJW 2003, 3046, 3048; OLG Frankfurt OLG-Report 1998, 375; Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, § 677 Rn. 12; Erman/Ehmann, BGB, 11. Aufl., § 677 Rn. 4; Jauernig/Mansel, BGB 11. Aufl., Rn. 7 vor § 677; MünchKomm/Seiler, BGB, 4. Aufl., § 677 Rn. 12; Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl., § 677 Rn. 7a; s. auch Falk, JuS 2003, 833, 838; Hau, NJW 2001, 2863, 2864; abweichend noch OLG Celle ZEV 1999, 449). Diese Erwägungen sind nach wie vor gültig. Der Senat hält deswegen trotz der – im Wesentlichen nur hinsichtlich des Begründungsansatzes – im Schrifttum teilweise daran geäußerten Kritik und auch ungeachtet dessen, dass der österreichische Oberste Gerichtshof sowie französische Gerichte für ihre jeweilige nationale Rechtslage entgegengesetzt entschieden haben, an seiner Beurteilung fest. Ein Verstoß gegen europäisches Recht liegt entgegen der Rechtsansicht der Nichtzulassungsbeschwerde fern. Eine Rechtsangleichung innerhalb der Europäischen Union ist in diesem Bereich nicht erreicht. Die Dienstleistungsfreiheit der Art. 49 ff. EG-Vertrag wird ersichtlich nicht schon deshalb verletzt, weil die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen die Verjährungsfrage unterschiedlich beantworten.

6 3. Auch verfassungsrechtliche Gründe stehen der Auffassung des Senats nicht entgegen. Die Tätigkeit des Klägers als gewerblicher Erbenermittler fällt zwar unter den Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. auch BVerfG NJW 2002, 3531). Das bedeutet aber nicht, dass ihm schon deswegen im Erfolgsfall immer ein Vergütungsanspruch zustehen müsste. Das Risiko, nur bei einer vertraglichen Übereinkunft eine Honorierung zu erlangen, mag zwar die Berufsausübung des Erbensuchers erschweren. Dieses Geschäftsrisiko folgt letztlich aber aus den für alle geltenden Grundsätzen der Privatautonomie (vgl. Senatsurteil vom 23. September 1999 a. a. O.) und ist damit, ähnlich wie etwa beim Maklergeschäft, Teil des von Art. 12 GG geschützten Berufsbildes selbst.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 41 GKG; § 3 ZPO
Shopping- und Bürocenter;
Streitwert des Anspruchs auf Betriebspflicht**

Der Streitwert eines Anspruches auf Betriebspflicht ist in der Regel auf den einer Jahresmiete entsprechenden Betrag festzusetzen.

(KG, Beschluss vom 7. 3. 2006 – 8 W 2/06)

Aus den Gründen: Die nach § 68 Abs. 1 GKG zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das Landgericht hat den Gebührenstreitwert für das Verfahren vor dem Prozessgericht zutreffend auf insgesamt 1 272 680,08 € festgesetzt.

Der Streitwert für die Klage richtet sich gemäß § 41 Abs. 1 GKG nach der Jahresmiete, die 565 635,58 € beträgt. Der Streitwert für den bezifferten Widerklageantrag zu 1) beträgt 141 408,90 €.

Den Streitwert für den mit Widerklageantrag zu 2) geltend gemachten Anspruch auf Betriebspflicht hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht gemäß § 3 ZPO auf 565 636,60 €, also auf den einer Jahresmiete entsprechenden Betrag festgesetzt. Entscheidend für die Höhe des insoweit festzusetzenden Streitwertes ist das Interesse, das die Beklagten an der Einhaltung der Betriebspflicht haben. Das Interesse an der Einhaltung der Betriebspflicht geht einher mit dem Interesse an der Aufrechterhaltung der Vermietbarkeit der übrigen Gewerberäume in dem streitgegenständlichen Shopping- und Bürocenter, denn jeder Leerstand ist geeignet, den Kundenstrom zu mindern und eventuelle Mietinteressenten abzuschrecken. Dieses Interesse ist im vorliegenden Fall bei der hier angezeigten pauschalierenden Betrachtungsweise mit einer Jahresmiete zu bemessen, denn es ori-

entiert sich maßgeblich an der Größe der vermieteten Räume, die sich wiederum in der Höhe des vereinbarten Mietzinses niederschlägt.

Mitgeteilt von Frau RiKG Chr. Spiegel, Berlin, sowie von RA Dr. Leo, Köln

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§ 1 AGBG – Verwender des Formularvertrags trotz Einführung der AGB durch den Vertragspartner

Schließt eine Vertragspartei in der Regel Verträge unter Einbeziehung von bestimmten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab, ist sie auch dann Verwenderin, wenn ihr Vertragspartner diese Vertragsbedingungen im Hinblick darauf bereits in sein Angebot aufgenommen und damit formal in den Vertragsabschluss eingeführt hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 4. März 1997 – X ZR 141/95, NJW 1997, 2043).

(BGH, Urteil vom 9. 3. 2006 – VII ZR 268/04)

§§ 535, 741 BGB – einheitliches Pachtverhältnis nach Realteilung des verpachteten Grundstücks; Pachtzinsforderung bei Mehrheit von Verpächtern

1. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung bleibt es bei Realteilung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks auch nach Veräußerung eines Grundstücksteils – wie hier – bei einem einheitlichen Miet-/Pachtverhältnis.

2. Mehrere Vermieter/Verpächter bilden hinsichtlich der gemeinsamen Miet-/Pachtzinsforderung eine Bruchteilsgemeinschaft, §§ 741 ff BGB (vgl. BGH NJW 1969, 829; BGH WPM 1983, 604).

3. Die Pachtzinsforderung mehrerer Vermieter/Verpächter ist auf eine im Rechtssinne unteilbare Leistung gerichtet (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 432 Rn. 2 m.w.N.). Ein einzelner Vermieter ist in derartigen Fällen nicht berechtigt, ohne Ermächtigung des anderen Teilhabers die Mietzinsforderung auch nur anteilig zu fordern.

(OLG Brandenburg, Urteil vom 9. 2. 2005 – 3 U 69/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 30, 31, 32a, 32b GmbHG; §§ 571 a. F., 566 BGB; §§ 130, 131, 135, 140 InsO – Vermietung und Eigenkapitalersatz; Rückabwicklung

1) Tritt ein außenstehender Dritter infolge des Erwerbs eines Grundstücks von einem Gesellschafter als Vermieter in dessen Mietverhältnis mit seiner Gesellschaft ein, ist er nicht verpflichtet, der Gesellschaft das Grundstück nach den Eigenkapitalersatzregeln unentgeltlich zur Nutzung zu überlassen, auch wenn der Verkäufer hierzu verpflichtet wäre.

2) a) Treten die rechtlichen Wirkungen einer Rechtshandlung, mit der für eine Forderung auf Rückgewähr einer eigenkapitalersetzenden Leistung Befriedigung gewährt wird, mit der Eintragung im Grundbuch ein, läuft die Anfechtungsfrist bezüglich dieser Rechtshandlung jedenfalls ab dem Zeitpunkt, in dem der Empfänger durch Eintragung einer Vormerkung eine geschützte Rechtsposition erlangt hat.

b) Vereinbaren die Parteien nachträglich eine im Vertrag nicht vorgesehene, unübliche Zahlungsmodalität, sind die entsprechenden Erfüllungshandlungen kongruent, sofern die Vereinbarung wirksam und anfechtungsfest ist.

c) Die Bezahlung einer Schuld durch eigenen Scheck ist eine kongruente Deckung, auch wenn eine andere übliche Zahlungsart vereinbart war.

(BGH, Urteil vom 2. 2. 2006 – IX ZR 67/02)

§§ 535, 536, 556 BGB – Gaststätte mit Wirtewohnung; Mischmietverhältnis; Übergewichtstheorie; Tilgungsbestimmung

1. Hat der Mieter durch einheitlichen Vertrag eine Gaststätte mit zugehöriger Wirtewohnung gemietet, handelt es sich um ein Mischmietverhältnis, dessen rechtliche Einordnung anhand der sog. Übergewichtstheorie vorzunehmen ist. Ist Vertragschwerpunkt die Nutzung als Gaststätte, unterliegt das einheitliche Vertragsverhältnis insgesamt dem für die Geschäftsraum-miete geltenden Mietrecht.

2. Anteilige Mietzahlungen sind bei – wie hier – fehlender bindender Tilgungsbestimmung zunächst auf die Nebenkostenvorauszahlungen und erst dann auf die restliche Miete zu verrechnen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. 3. 2006 – I-10 U 120/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 249 BGB; Art. 1 § 1 RBERG – Unfallersatztarif; Kfz-Miete; unerlaubte Rechtsberatung

Geht es dem Mietwagenunternehmen im Wesentlichen darum, die ihm durch die Abtretung eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen, so besorgt es keine Rechtsangelegenheit des geschädigten Kunden, sondern eine eigene Angelegenheit (Anschluss an Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 – VI ZR 300/03 – VersR 2005, 241 [= GuT 2005, 26 KL], vom 5. Juli 2005 – VI ZR 173/04 – VersR 2005, 1256 [= GuT 2005, 229 KL] und vom 20. September 2005 – VI ZR 251/04 – VersR 2004, 1700).

Zur Frage, ob und inwieweit ein Unfallersatztarif erforderlich ist im Sinne des § 249 BGB.

(BGH, Urteil vom 4. 4. 2006 – VI ZR 338/04)

Anm. d. Red.: Vgl. noch BGH GuT 2006, 87 zu Leits. 1 und BGH GuT 2006, 87 KL zu Leits. 2 sowie nachfolgende Entscheidungen.

Zur „Mietwagenrechtsprechung des BGH“ siehe auch den Beitrag von Oswald/Tietz in NJW 2006, 1483 f.

§ 249 BGB; § 287 ZPO – Unfallersatztarif; Mietwagen; Schadensminderungspflicht

Zu den Voraussetzungen, unter denen die Frage, ob und inwieweit ein Unfallersatztarif im Sinne des § 249 BGB erforderlich ist, keiner gerichtlichen Prüfung bedarf.

(BGH, Urteil vom 14. 2. 2006 – VI ZR 32/05)

§ 249 BGB; § 287 ZPO – Unfallersatztarif; Mietwagen; Kalkulationsgrundlagen

Bei der Frage nach der Erforderlichkeit eines „Unfallersatztarifs“ ist der Tatrichter im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO nicht genötigt, die Kalkulationsgrundlagen des konkreten Anbieters im Einzelnen betriebswirtschaftlich nachzuvollziehen. Vielmehr kommt es darauf an, ob etwaige Mehrleistungen und Risiken bei der Vermietung an Unfallgeschädigte generell einen erhöhten Tarif – u. U. auch durch einen pauschalen Aufschlag auf den „Normaltarif“ (vgl. Senatsurteil vom 25. Oktober 2005 – VI ZR 9/05 – VersR 2006, 133 m.w.N.) – rechtfertigen.

(BGH, Urteil vom 14. 2. 2006 – VI ZR 126/05)

§ 812 BGB – Einzugsermächtigungsverfahren; Bereicherungsanspruch der Schuldnerbank

Im Einzugsermächtigungsverfahren kann der Schuldnerbank, die den Lastschriftbetrag zunächst dem Girokonto des Schuldners belastet, auf dessen Widerspruch aber wieder gutgeschrieben hat, ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger zustehen.

(BGH, Urteil vom 11. 4. 2006 – XI ZR 220/05)

Art. 14 GG – Katastrophenregen; Überlauf des Rückhaltebeckens; Haftung der Gemeinde

Beim Überlauf eines offenen Regenrückhaltebeckens infolge eines Katastrophenregens kann sich die Gemeinde gegenüber der Haftung aus enteignendem Eingriff grundsätzlich auf höhere Gewalt berufen. Das setzt allerdings voraus, dass sie alle technisch möglichen und mit wirtschaftlich zumutbarem Aufwand realisierbaren Sicherungsmaßnahmen ergriffen hatte, um eine Überschwemmung der Nachbargrundstücke zu verhindern, oder dass sich der Schaden auch bei solchen Maßnahmen ereignet hätte (Fortführung von BGHZ 158, 263 [= WuM 2004, 300 = GuT 2004, 103 KL] und 159, 19 [= WuM 2004, 410 = GuT 2004, 188 KL]).

(BGH, Urteil vom 19.1.2006 – III ZR 121/05)

§ 823 BGB; § 84 Nds. WasserG – Verkehrssicherungspflicht des Stauwehrrinhabers; Überschwemmung

Zu den Sorgfaltspflichten des Betreibers einer Stauanlage bei Hochwasser.

(BGH, Urteil vom 16.2.2006 – III ZR 68/05)

§§ 133, 154, 157, 433 BGB – Kauf (Übertragung) der Stromversorgungsanlagen in der Gemeinde; Kaufpreisvereinbarung unter Rückforderungsvorbehalt

a) Wird bei den Verhandlungen über den Abschluss eines Kaufvertrages keine Einigung über die Höhe des Kaufpreises erzielt, so kommt – vorbehaltlich eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts – ein Kaufvertrag wegen dieses Einigungsmangels nicht wirksam zustande. Für eine Bestimmung des Kaufpreises durch ergänzende Vertragsauslegung ist dann kein Raum.

b) Beugt sich der Käufer, obwohl er den geforderten Kaufpreis für überhöht hält, den Preisvorstellungen des Verkäufers, um das Zustandekommen des Kaufs nicht zu gefährden, und behält er sich vertraglich vor, die Angemessenheit des Kaufpreises gerichtlich überprüfen zu lassen und das zuviel Gezahlte zurückzufordern, so kommt der Kauf – wenn auch unter Vorbehalt – zu dem vom Verkäufer geforderten Kaufpreis zustande.

(BGH, Urteil vom 7.2.2006 – KZR 24/04)

§ 315 BGB; § 6 EnWG 2003 – Stromnetznutzungsentgelt II

Haben sich die Vertragsparteien eines vor Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 geschlossenen Stromnetznutzungsvertrages nicht über das vertragliche Durchleitungsentgelt geeinigt, steht dem Netzbetreiber das Recht zu, das Entgelt nach dem durch das Günstigkeitsprinzip und die Bedingungen guter fachlicher Praxis im Sinne des § 6 Abs. 1 EnWG 2003 konkretisierten Maßstab billigen Ermessens zu bestimmen.

(BGH, Urteil vom 7.2.2006 – KZR 8/05)

Hinw. d. Red.: Vgl. auch Urteil vom 7.2.2006 – KZR 9/05. – Die Entscheidung „Stromnetznutzungsentgelt I“ ist BGH, Urteil vom 18.10.2005 – KZR 36/04 – BGHZ 164, 336.

§ 635 BGB a. F. – Erfüllung des Architektenvertrags; bestandsfähige Baugenehmigung; erforderliche Rechtskenntnisse des Architekten

Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Zur Erfüllung dieser Pflicht reicht es nicht aus, dass eine Baugenehmigung tatsächlich erteilt wird; erforderlich ist vielmehr, dass sie rechtmäßig und nicht rücknehmbar ist.

Ein Architekt muss die zur Lösung der ihm übertragenen Planungsaufgaben notwendigen Kenntnisse auf dem Gebiet des Bauplanungs- und des Bauordnungsrechts besitzen. Soweit die-

se von ihm zu erwartenden Kenntnisse betroffen sind, entbindet ein – rechtswidriges – Verwaltungshandeln, etwa ein positiver Vorbescheid oder eine Baugenehmigung, den Architekten nicht von der eigenen Prüfpflicht. Die Klärung schwieriger Rechtsfragen aus dem Bereich des Baunebenrechts kann vom Architekten nicht verlangt werden, da er einem Rechtsberater des Bauherrn nicht gleichgestellt werden darf. Dies betrifft sowohl die Frage des Verschuldens als auch die Frage der (objektiven) Pflichtverletzung und ist daher auch beachtlich, wenn bei einem Werkvertrag über Architektenleistungen der Auftraggeber die Rückzahlung bereits geleisteter Voraus- und Abschlagszahlungen mit der Begründung verlangt, diese überstiegen die dem Architekten zustehende Gesamtvergütung.

(KG, Urteil vom 20.3.2006 – 24 U 48/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15.8.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 9 VOB/A; § 2 VOB/B; § 242 BGB – abschließende Risikozuweisung im VOB-Bauvertrag

Bei einer – durch Auslegung zu ermittelnden – abschließenden Risikozuweisung an den Unternehmer in einem VOB-Bauvertrag mit der Vereinbarung eines „garantierten Festpreises“ kann dieser Mehrkosten für die Entfernung kontaminierten Materials weder nach den §§ 2 Nr. 5 bis 7 VOB/B noch nach § 9 Nr. 2 VOB/A noch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) geltend machen.

(KG, Urteil vom 14.2.2006 – 21 U 5/03)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15.8.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 157 BGB – Vertragsauslegung

Zur Auslegung eines Vertrags als Dienstvertrag oder Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.

(BGH, Urteil vom 2.2.2006 – III ZR 61/05)

§ 51 GmbHG; § 241 AktG – Einladungsmangel zur Gesellschafterversammlung

Weist die Ladung zu einer Gesellschafterversammlung derart schwerwiegende Form- und Fristmängel auf, dass dem Gesellschafter eine Teilnahme faktisch unmöglich gemacht wird (hier: Ladung per E-Mail in den Abendstunden des Vortages auf den frühen Vormittag des nächsten Tages), steht dies einer Nichtladung des Gesellschafters gleich und führt zur Nichtigkeit der auf der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse.

(BGH, Urteil vom 13.2.2006 – II ZR 200/04)

§ 7 StPO; §§ 9, 266 StGB; § 230 HGB – Kein Treueverhältnis zwischen GmbH-Geschäftsführer und Gesellschaftern

Am Wohnsitz der Gesellschafter einer GmbH ist für eine Untreue des Geschäftsführers kein Gerichtsstand begründet, weil zwischen ihm und den Gesellschaftern kein Treueverhältnis besteht. Dies gilt auch für stille Gesellschafter, die sich mit einer Vermögensanlage an der GmbH beteiligt haben.

(BGH, Urteil vom 25.4.2006 – 1 StR 519/05)

§ 280 BGB; § 1 AVB Rechtsschutzversicherung (hier ARB 94) – Schaden durch vertragswidrige Verweigerung der Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung

Der Rechtsschutzversicherer kann aus positiver Vertragsverletzung grundsätzlich auch für den Schaden haften, den der Versicherungsnehmer dadurch erleidet, dass er infolge einer vertragswidrigen Verweigerung der Deckungszusage einen beabsichtigten Rechtsstreit nicht führen kann (Fortführung von BGH, Beschluss vom 26. Januar 2000 – IV ZR 281/98 – r+s 2000, 244).

(BGH, Urteil vom 15.3.2006 – IV ZR 4/05)

§ 286 ZPO – Restaurantbetrieb; Zahn im Cevapcici; Beweislast des Geschädigten

Das Abbrechen eines Zahns beim Verzehr eines aus verschiedenen Fleischstücken und Hackfleischröllchen bestehenden Gerichts ist nicht nach der Lebenserfahrung typischerweise auf das Vorhandensein eines in der Hackfleischmasse verborgenen festen (Fremd-)Körpers zurückzuführen. Dem Geschädigten kommt dafür folglich nicht der Beweis des ersten Anscheins zugute.

(BGH, Urteil vom 5. 4. 2006 – VIII ZR 283/05)

§§ 1059, 1065 BGB; § 857 ZPO; §§ 146, 149, 150, 152 ZVG – Pfändung des Nießbrauchs am Grundstück

a) Die Pfändung des Nießbrauchs an einem Grundstück gibt dem Pfändungsgläubiger gegen den Nießbraucher keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks.

b) Ist mit der Pfändung des Nießbrauchs an einem Grundstück die Anordnung der Verwaltung verbunden worden, richtet sich das Verwaltungsverfahren grundsätzlich nach den Vorschriften der §§ 146 ff. ZVG.

c) Der Schuldner, der nicht Eigentümer ist, kann sich dem Verwalter gegenüber nicht auf ein Wohnrecht berufen (Ergänzung von BGHZ 130, 314, 318 f.).

(BGH, Urteil vom 12.1. 2006 – IX ZR 131/04)

§ 55 InsO – Räumungsurteil gegen den Insolvenzverwalter; Freigabe des Grundstücks; Unterscheidung von der mietvertraglichen Räumungspflicht

Wenn der Insolvenzverwalter zur Räumung eines Grundstücks rechtskräftig verurteilt worden ist, kann er durch die Freigabe des Grundstücks nicht mehr bewirken, dass diese Masseverbindlichkeit erlischt.

(BGH, Urteil vom 2. 2. 2006 – IX ZR 46/05)

Hinw. d. Red.: Berufungsgericht OLG Stuttgart in ZInsO 2005, 498.

§§ 45, 348, 348a ZPO – Entscheidung über die Befangenheitsablehnung des Einzelrichters

Über ein Ablehnungsgesuch gegen den nach § 348 oder § 348a ZPO zuständigen Einzelrichter hat nach § 45 Abs. 1 ZPO die Zivilkammer ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters zu entscheiden.

(BGH, Beschluss vom 6. 4. 2006 – V ZB 194/05)

§ 93 ZPO – Sofortiges Anerkenntnis nach Verteidigungsanzeige

Auch ein nach Anzeige der Verteidigungsabsicht erklärtes Anerkenntnis ist noch als „sofortiges“ im Sinne von § 93 ZPO zu werten, wenn die Anerkenntniserklärung innerhalb der Klagerwiderrungsfrist erfolgt.

(KG, Beschluss vom 16. 2. 2006 – 20 W 52/05)

Hinw. d. Red.: Vgl. aber KG – 8. ZS – in WuM 2006, 163. – Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 709, 714 BGB; § 170 ZPO – Zustellung des Vollstreckungstitels an die GbR

Der Vollstreckungstitel, aufgrund dessen die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfolgen soll, muss an ihren Geschäftsführer oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, an einen ihrer Gesellschafter zugestellt werden.

(BGH, Beschluss vom 6. 4. 2006 – V ZB 158/05)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH – IX ZR 151/04 – GuT 2006, 159

§§ 342, 516 ZPO – Berufungsrücknahme nach Versäumnisurteil

Der Berufungskläger kann seine Berufung auch noch nach der Verkündung eines Versäumnisurteils zurücknehmen, wenn gegen dieses Urteil zulässig Einspruch eingelegt worden ist.

(BGH, Beschluss vom 30. 3. 2006 – III ZB 123/05)

§ 519 ZPO – Zulässigkeit der Berufung bei fehlerhaft angegebenem Aktenzeichen

Zur Zulässigkeit einer Berufung, wenn in der Berufungsschrift, der entgegen der Sollvorschrift des § 519 Abs. 3 ZPO keine Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt wurde, bei im übrigen richtiger und vollständiger Bezeichnung dieses Urteils ein falsches erstinstanzliches Aktenzeichen angegeben ist.

(BGH, Beschluss vom 11.1. 2006 – XII ZB 27/04)

§§ 542, 543, 544 ZPO – Entscheidung über die Revisionszulassung

Geht das Berufungsgericht irrtümlich von einer zulassungsfreien Revision aus, entscheidet der Bundesgerichtshof im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde über die Zulassung der Revision.

(BGH, Beschluss vom 9. 3. 2006 – IX ZR 37/05)

§§ 41, 45 GKG; § 8 ZPO – Gebührenstreitwert; Bestand des Mietvertrags und Mietzinsforderung

a) Bei einem Streit über das Bestehen oder die Dauer eines Mietverhältnisses richtet sich der Gebührenstreitwert nach § 41 Abs. 1 GKG, nicht nach § 8 ZPO. Die Wertberechnung nach § 8 ZPO ist nur für den Zuständigkeits- und Rechtsmittelwert (Beschwer) maßgeblich.

b) Zur Identität des Streitgegenstandes bei einer Klage auf Zahlung von Mietzins und Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses im Umfang der zeitlichen Kongruenz (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 17. März 2004 – XII ZR 162/00 – NZM 2004, 423 [= GuT 2004, 133 = WuM 2004, 368]).

(BGH, Beschluss vom 22. 2. 2006 – XII ZR 134/03)

§ 16 ZSEG; § 25 JVEG – Sachverständigenentschädigung

Die weitere Beschwerde des Sachverständigen Dr. B. gegen den Beschluss des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 11. August 2005 wird auf seine Kosten als unzulässig verworfen.

Gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte über die Entschädigung des gerichtlichen Sachverständigen ist keine Beschwerde zulässig (§ 16 Abs. 2 Satz 4 ZSEG, § 25 JVEG).

(BGH, Beschluss vom 7. 2. 2006 – X ZB 34/05)

§ 197 BGB – Verjährung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs

Die Verjährungsfrist des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs aufgrund einer rechtskräftigen Kostengrundscheidungs betragt 30 Jahre (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

(BGH, Beschluss vom 23. 3. 2006 – V ZB 189/05)

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Beckmann, Brandenburg; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; RiAG Einsiedler, Berlin; die Mitglieder des 20. Zivilsenats des KG.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

Teileigentum

§§ 10, 15 WEG; § 1004 BGB Teileigentum; „Laden“ als Schnellimbiss

1. Die im Aufteilungsplan enthaltene Bezeichnung von Teileigentum als „Ladenfläche“ kann sich im Einzelfall als Konkretisierung der Teilungserklärung im Sinne einer die Nutzung einschränkenden Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter darstellen.

2. Wegen Geräusch- und Geruchsbelästigung überschreitet ein Döner-Schnellimbiss die für einen Laden übliche Nutzung.

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 6.12.2005 – 3 W 150/05)

Aus den Gründen: Die in dem der Teilungserklärung beigelegten Aufteilungsplan getroffene Zweckbestimmung der im Teileigentum der Antragsgegner stehenden Räume als „Laden“ steht deren Nutzung als Schnellimbiss entgegen.

In dem Aufteilungsplan, der als Anlage zur Teilungserklärung (§ 8 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG) Inhalt der Grundbucheintragung ist, sind die im Teileigentum der Antragsgegner stehenden Räume als „Ladenfläche“ bezeichnet. Die Vorinstanzen haben diesen Begriff als eine die Nutzung einschränkende Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter im Sinne der §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 2 WEG aufgefasst. Diese Ansicht teilt der Senat.

Den Inhalt des Grundbuches hat der Senat als Rechtsbeschwerdegericht selbständig auszulegen, wobei – wie das Landgericht [Frankenthal/Pfalz] bereits ausgeführt hat – auf den Wortlaut und den Sinn der Eintragung sowie der darin zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nebst Anlagen abzustellen ist, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergeben (vgl. BGHZ 113, 374, 378 [= WuM 1991, 361] und 37, 147, 149; Senat, etwa Beschluss vom 11. August 2005 – 3W 21/05 [= GuT 2005, 262]). Bei der nach diesen Grundsätzen vorzunehmenden Auslegung kommt der Senat, ebenso wie das Landgericht, zu dem Ergebnis, dass der Aufteilungsplan die Teilungserklärung im Sinne einer Nutzungsbeschränkung dahingehend konkretisiert, dass keine gewerbliche Nutzung zugelassen wird, die mehr stört oder beeinträchtigt als ein „Laden“. Auf die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdegerichts wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

Die Teilungserklärung verweist in § 2 (Teilung des Eigentums an dem streitgegenständlichen Grundstück) auf den Aufteilungsplan. Dieser ist überschrieben mit „Aufteilung des Wohn- und Geschäftshauses – Anwesen in W., W.-Straße 30 – in Eigentumswohnungen sowie Ladenfläche“. Bereits hieraus ergibt sich für einen unbefangenen Betrachter, dass eine Nutzung der in der Teilungserklärung als „nicht zu Wohnzwecken dienende Raumeinheiten“ bezeichneten Räume als „Laden“ vorgesehen ist. Dem steht nicht entgegen, dass in den beigelegten Grundrissplänen des Erdgeschosses einer der Räume als Küche bezeichnet ist. Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, dass dieser Bezeichnung keine Bedeutung im Sinne einer Nutzungsvereinbarung zukommt. Dies schon deshalb nicht, weil Grundrisszeichnungen grundsätzlich nicht den Zweck haben, Vereinbarungen über Nutzungsbeschränkungen zum Ausdruck zu bringen (HansOLG Hamburg ZMR 2003, 770 [= GuT 2004, 30]). Im Übrigen zwingt die Möglichkeit der Einrichtung einer Küche nicht zu dem Schluss, dass in den „Ladenräumen“ eine Speisewirtschaft betrieben werden soll. Das Landgericht hat bereits darauf hingewiesen, dass eine Nutzung des Raumes als Küche/Sozialraum für Mitarbeiter in Betracht kommt.

Die Einrichtung und der Betrieb des von den Antragsgegnern geplanten Schnellimbisses sind mit der Zweckbestimmung der

Räume als Laden nicht zu vereinbaren. Der Betrieb eines Döner-Imbisses wäre mit Störungen und Beeinträchtigungen verbunden, die gravierender sind als diejenigen, die bei einer typisierenden und verallgemeinernden Betrachtungsweise von einem Laden ausgehen. Eine solche Störung kann in der Überschreitung der gesetzlichen Ladenöffnungszeiten liegen. Zu Recht hat das Landgericht ausgeführt, dass es sich bei dem beabsichtigten Schnellimbiss um eine Speisewirtschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GastG handelt, für die nicht die gesetzlichen Ladenschlusszeiten, sondern die allgemeine Sperrzeit nach § 17 GastVO Rheinland-Pfalz (5.00 bis 6.00 Uhr) gilt. Ob im Streitfall eine Überschreitung der gesetzlichen Ladenöffnungszeiten (6.00 bis 20.00 Uhr) zu befürchten steht – nach dem Vortrag der Antragsgegner soll der Schnellimbiss *neben* dem Verkauf von Waren (türkischen Spezialitäten) zu den gewöhnlichen Ladenöffnungszeiten betrieben werden – kann indes offen bleiben. Denn mit Recht haben die Vorinstanzen ausgeführt, dass erfahrungsgemäß von einem Döner-Imbiss intensivere Lärm- und Geruchsbelästigungen ausgehen als dies bei einem Ladengeschäft, bei dem die Veräußerung von Fertigwaren im Vordergrund steht, zu erwarten ist.

Dabei hat das Landgericht nicht seine Verpflichtung zur Aufklärung des Sachverhaltes (§ 12 FGG) verletzt. Insbesondere musste es sich nicht gedrängt sehen, weitere Nachforschungen zu dem Umfang möglicher Geruchsbelästigungen anzustellen und etwa ein entsprechendes Sachverständigengutachten einzuholen. Denn es kommt nicht darauf an, ob im einzelnen Fall Immissionen dieser Art tatsächlich auftreten oder nicht. Maßgebend ist vielmehr, dass sich die Unterschiede im Charakter und Ausmaß der Emissionen, mit denen erfahrungsgemäß gerechnet werden muss, begriffsprägend auf die in der Teilungserklärung verwendete Bezeichnung als Laden auswirken (OLG Düsseldorf ZMR 1993, 122). Die vom Landgericht vorgenommene Beurteilung, dass sowohl die durch die Art des Publikumsverkehrs bedingte vermehrte Geräuschbelastung als auch die bei einer Nutzung als Döner-Imbiss entstehende Geruchsbelastung über die mit einem normalen Warenverkauf verbundenen Geräusch- und Geruchsemissionen hinausgeht, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG Zweibrücken

§ 16 WEG; § 242 BGB Teileigentum; Garagenstellplätze; Änderung des Kostenverteilungsschlüssels der Betriebskosten; Gleichbehandlungsgrundsatz; unmittelbare Anrufung des WE-Gerichts

1. Aus dem unter den Wohnungseigentümern bestehenden Treueverhältnis kann sich die Pflicht ergeben, einer Änderung der Gemeinschaftsordnung (hier: Verteilungsschlüssel) zuzustimmen.

2. Dies kommt in Betracht, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an der getroffenen Regelung als grob unbillig und damit gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßend erscheinen lassen.

3. Die Pflicht besteht auch dann, wenn die Teilungserklärung eine Öffnungsklausel enthält.

4. Jedenfalls dann, wenn ein Wohnungseigentümer mehrmals vergeblich versucht hat, die Wohnungseigentümerversammlung zur Änderung des Verteilungsschlüssels zu bewegen, kann ihm nicht entgegengehalten werden, er müsse vor Anrufung des Wohnungseigentumsgerichts die Wohnungseigentümerversammlung erneut damit befassen.

(OLG Schleswig, Beschluss vom 26. 4. 2006 – 2 W 234/05)

Zum Sachverhalt: Die aus 4 Häusern bestehende Anlage enthält einen SB-Markt (Teileigentum Nr. 42), Praxen und Büros (Teileigentum Nr. 40 und 41), 39 Wohnungen und eine Tiefgarage, zu welcher der hauseigene Fahrstuhl herabgeführt ist. Die Beteiligte zu 1. ist Teileigentümerin der Tiefgaragenstellplätze Nr. 43 bis 85. Sie erwarb die Stellplätze, um die ihr von der Bauaufsichtsbehörde auferlegten Stellplatzvorhaltungen für ihr unmittelbar angrenzendes Mietshaus mit Büros, Praxen und Läden zu erfüllen. Der Fahrstuhl ist für ihre Stellplatzbenutzer ohne Bedeutung, weil diese die Tiefgarage anderweit verlassen müssen, um in das Nachbarhaus zu gelangen. § 14 der Teilungserklärung vom 3. 5. 1993 (TE) regelt die „Ermittlung und Verteilung der laufenden Kosten und Lasten gemeinschaftlicher Verwaltung (Hausgeld/Wohngeld)“. Nach § 14 Nr. 2 TE setzt sich das Wohngeld/Hausgeld zur Zeit u. a. aus folgenden Beträgen/Betragsgruppen zusammen:

„a) der Vergütung für den WE-Verwalter...,

b) den allgemeinen Bewirtschaftungs- bzw. Betriebskosten, insbesondere den Grundstücksgebühren, den Kosten für ... Versicherungen, den Kosten für Straßenreinigung, Schnee- und Eisbeseitigung, Müllabfuhr, ... und den sonstigen Betriebskosten, soweit sie mit der Bewirtschaftung der Anlage unmittelbar zusammenhängen und für die Werterhaltung der Anlage notwendig sind ... Diese Kosten sind von allen Sonder-/Teileigentümern im Verhältnis der qm-/Wohn-/Nutz-Fläche ... zu tragen (§ 16 Abs. 2 WEG):“

...

Weiter ist bestimmt:

„Der Eigentümer des Teileigentums Nr. 42 wird nicht beteiligt an folgenden Kosten der Sonder- und Teileigentumseinheiten 1–41:

- Müllbeseitigung (bezüglich der Einheiten 1–41),
- Reinigung der Treppenhäuser, mit Ausnahme Kellergeschoss,
- Aufzugskosten

Die Eigentümer des Teileigentums Nr. 43 bis 85 werden nicht beteiligt an den Kosten:

- Treppenhausreinigung,
- Be- und Entwässerung (soweit es die Eigentümer der Einheiten Nr. 1–42 betrifft)
- Schornsteinreinigung (Heizung)
- Heiz- und Warmwasserkosten.

...

5. Der Kostenverteilerschlüssel (§ 14 Abs. II) kann mit 3/4 Mehrheit aller Miteigentumsanteile durch Beschluß der Eigentümerversammlung geändert werden.

...“

Die Beteiligte zu 1. ist der Auffassung, ihre Beteiligung an den Kosten des Aufzugs und der Müllbeseitigung sei ungerechtfertigt, weil ihre Tiefgaragenbenutzer den Aufzug und die Müllentsorgungsvorrichtungen nicht benutzten und mangels Zugangs auch gar nicht benutzen könnten. Sie hatte mehrfach in Wohnungseigentümersammlungen versucht, den Kostenverteilungsschlüssel zu ändern (vgl. TOP 4 des Protokolls über die Versammlung vom 21. 7. 1994, TOP 5 des Protokolls über die Versammlung vom 6. 10. 1995 und TOP 14 der Versammlung vom 17. 5. 2001). Die hierfür erforderliche 3/4 Mehrheit konnte sie nicht erreichen. Gleichfalls hatte sie mehrfach Wohngeldbeschlüsse angefochten.

In der Versammlung der Wohnungseigentümer am 4. 5. 2004 beschlossen diese mehrheitlich die Wohngeldabrechnung für das Wirtschaftsjahr 2003 (TOP 2) und genehmigten den Wirtschaftsplan für das Jahr 2004 (TOP 5). Die Beteiligte zu 1. hat beantragt, diese Beschlüsse für ungültig zu erklären und festzustellen, dass sie an den Kosten der Müllabfuhr und der Fahrstuhlanlage in den Jahresabrechnungen der Verwaltung über das Gemeinschaftseigentum nicht zu beteiligen ist. Das Amtsgericht Ahrensburg hat die angefochtenen Beschlüsse für ungültig

erklärt (weil die Eigentümerin des Teileigentums Nr. 42 nicht hinreichend an den Kosten beteiligt worden war) und den Feststellungsantrag zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beteiligte zu 1. sofortige Beschwerde eingelegt. Sie hat den Feststellungsantrag weiterverfolgt und hilfsweise beantragt, die Beteiligten zu 2. zu verpflichten, einer Änderung der Teilungserklärung dahin zuzustimmen, dass sie – die Beteiligte zu 1. – nicht an den Kosten der Müllabfuhr und der Aufzugsanlage zu beteiligen ist. Das Landgericht Lübeck hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Gegen den Beschluss des Landgerichts richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1., der die Beteiligten zu 2. und 3. entgegengetreten sind.

Aus den Gründen: II. Die nach §§ 45 Abs. 1 WEG; 27, 29 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde ist im Ergebnis unbegründet.

Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Beteiligte zu 1. habe sich entgegen ihrem Feststellungsbegehren an den Kosten für die Müllbeseitigung und den Fahrstuhl zu beteiligen. Die Müllbeseitigungskosten gehörten zu den Kosten des gemeinschaftlichen Verbrauchs gemäß § 16 Abs. 2 WEG. Es handele sich um das Entgelt für die von der Gemeinde hinsichtlich der Anlagen der Gemeinschaft erbrachten Leistungen. Dass die Beteiligte zu 1. zur Zeit keinen Schlüssel für einen Zugang zum Müllentsorgungsbereich habe, stehe dem nicht entgegen. Sie habe einen durchsetzbaren Anspruch auf den Zugang und damit auch einen Schlüssel. Im Hinblick auf den Fahrstuhl sei es ohne Belang, ob die Nutzer der Stellplätze diesen benutzen. Das Kostenkonzept der Gesamtanlage sei darauf ausgelegt, dass die Kosten auch des Fahrstuhls von allen Stellplatzteileigentümern getragen würden. Infolge individueller Nutzungsbeschränkungen könne keiner der Teileigentümer aus der solidarischen Belastung ausscheren. Der Hilfsantrag habe keinen Erfolg, weil das Gericht nicht unter Verletzung der Privatautonomie an der Eigentümergemeinschaft vorbei Änderungen an der Teilungserklärung vornehmen könne. Die Gemeinschaft habe einen Entscheidungsvorrang. Ihre Entscheidung sei dann gegebenenfalls auf Antrag eines Eigentümers oder des Verwalters einer gerichtlichen Überprüfung im Anfechtungswege zu unterziehen. Eine solche Anfechtung habe die Beteiligte zu 1. bisher versäumt und müsse deshalb den Antrag zunächst erneut der Wohnungseigentümersammlung unterbreiten.

1. Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens lassen die Ausführungen des Landgerichts keinen Rechtsfehler im Sinne der §§ 27 FGG; 546 ZPO erkennen. Die Kosten der gesamten – also auf die Bereiche sowohl des Gemeinschafts- als auch des Sondereigentums bezogenen – Müllbeseitigung und des Aufzugs sind grundsätzlich von allen Sonder-/Teileigentümern im Verhältnis der Wohn-/Nutzfläche zu tragen. Das ergibt sich aus § 14 Nr. 2 Buchst. b) der TE. Diese Vorschrift ist anzuwenden, weil sie als spezielle Vereinbarung der Wohnungseigentümer dem abdingbaren § 16 Abs. 2 WEG vorgeht (Weitnauer/Gottschalg, WEG, 9. Aufl., § 16 Rn. 16). Das Rechtsbeschwerdegericht kann die als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragene Teilungserklärung selbständig auslegen. Maßgebend ist hierbei der Wortlaut der Eintragung und ihr Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt.

Die „Müllabfuhr“ wird bereits im ersten Absatz unter Buchst. b) erwähnt. Im 3. und 4. Absatz, welche die Nichtbeteiligung an Kosten regelt, wird ausnahmsweise der Eigentümer des Teileigentums Nr. 42 von der Beteiligung an den Kosten der Müllbeseitigung ausgenommen, während dies für die Beteiligte zu 1. nicht der Fall ist. Daraus folgt, dass diese daran zu beteiligen ist. Entgegen ihrer Auffassung umfasst § 14 Nr. 2 Buchst. b) der TE die Kosten der gesamten Müllbeseitigung. Dem steht nicht entgegen, dass Nr. 2 Buchst. b) sich auf die „allgemeinen Bewirtschafts- und Betriebskosten“ bezieht. Ersichtlich sollte in § 14 Nr. 2 der Teilungserklärung das Wohngeld/Hausgeld um-

fassend geregelt werden, wie sich aus Buchst. e) (u. a. Kosten der Beheizung sowie der Warm- und Kaltwasserversorgung auch des Sonder-/Teileigentums) und Buchst. f) (Abfallentsorgung für das Teileigentum Nr. 42 in eigener Zuständigkeit) ergibt. Wäre von Buchst. b) nur die Entsorgung des Mülls gemeinschaftlicher Räume und Flächen erfasst worden, so hätte an anderer Stelle auch die Entsorgung des Mülls aus dem – außer dem erwähnten Teileigentum Nr. 42 – übrigen Sonder- und Teileigentum geregelt sein müssen, was indessen nicht der Fall ist.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1. spricht überdies manches dafür, dass die Kosten der gesamten Müllabfuhr auch nach § 16 Abs. 2 WEG zu den Kosten des gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums gerechnet werden (vgl. BayObLGZ 1972, 150; Weitnauer/Gottschalg a. a. O.). Wegen der speziellen Regelung in der Teilungserklärung kommt es indessen vorliegend nicht auf diese Frage an. Deshalb liegen auch die Ausführungen der Beteiligten zu 1. über die Anwendbarkeit der Grundsätze der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25. 9. 2003 – V ZB 21/03 – (NJW 2003, 3476 [= WuM 2003, 712]) neben der Sache. Diese Entscheidung ist von vornherein nicht einschlägig, wenn die Verteilung der Kosten – wie hier – durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer geregelt ist (a. a. O. S. 3477, 3478).

Die Aufzugskosten gehören zu den „sonstigen Betriebskosten, soweit sie mit der Bewirtschaftung der Anlage unmittelbar zusammenhängen und für die Werterhaltung der Anlage notwendig sind“ im Sinne des § 14 Nr. 2 Buchst. b). Die Beteiligte zu 1. ist gemäß § 14 Nr. 2. Buchst. b) im 4. Absatz – anders als das Teileigentum Nr. 42 im vorangegangenen Absatz – nicht hiervon befreit.

2. Hinsichtlich des Hilfsantrags verletzen die Ausführungen des Landgerichts das Recht (§§ 27 FGG, 546 ZPO). Seine Entscheidung stellt sich indessen aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar.

a) Es ist allgemein anerkannt, dass sich aus dem unter den Teilhabern der Gemeinschaft bestehenden Treueverhältnis die Pflicht ergeben kann, einer Änderung der Gemeinschaftsordnung zuzustimmen, wenn eine solche Änderung dringend geboten ist und die Versagung der Zustimmung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dies kommt in Betracht, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an der getroffenen Regelung als grob unbillig und damit gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßend erscheinen lassen (BGH NJW 2003, 3476, 3477 [= WuM 2003, 712]; BayObLG NZM 2002, 389 [= WuM 2002, 101]; Senat, Beschluss vom 17. 7. 1996, NJWMietR 1997, 32, 33 [= WuM 1996, 785]; Weitnauer/Lüke a. a. O. § 10 Rn. 52 m. w. Nw.). Das gilt auch dann, wenn die Teilungserklärung – wie vorliegend mit § 14 Nr. 5 – eine sogenannte Öffnungsklausel enthält (OLG Frankfurt NZM 2001, 140). Die Anspruchsvoraussetzungen sind allerdings eng auszulegen, weil die Kostenregelungen von besonderer Bedeutung für die Wirtschaftlichkeit des einzelnen Wohnungseigentums sind und jeder Wohnungseigentümer, der in eine Gemeinschaft eintritt, sich auf ihren Fortbestand verlassen darf (KG NZM 1999, 257 [= WuM 1999, 54]).

Zwar geht das Landgericht von dieser Änderungsmöglichkeit aus, es nimmt jedoch zu Unrecht an, die Beteiligte zu 1. müsse im vorliegenden Fall vor Anrufung des Gerichts zunächst die Wohnungseigentümersammlung mit einem Antrag auf Änderung der Teilungserklärung befassen. Ob eine vorherige Befassung der Wohnungseigentümer grundsätzlich geboten ist, kann hier offen bleiben. Jedenfalls wenn ein Antragsteller – wie vorliegend die Beteiligte zu 1. – dreimal vergeblich versucht hat, die Wohnungseigentümersammlung zur Änderung des Verteilungsschlüssels zu bewegen, läuft das Verlangen nach einer erneuten Vorbefassung der Versammlung auf eine überflüssige Förmel hinaus, weil eine abweichende Beschlussfassung nicht zu erwarten ist. Das Landgericht hätte nach allem in der Sache selbst entscheiden müssen.

b) Da der Sachverhalt hinreichend geklärt ist, kann der Senat – ohne Zurückverweisung der Sache – als Rechtsbeschwerdegericht über die Begründetheit des hilfsweise geltend gemachten Verpflichtungsantrags selbst entscheiden. Dieser Antrag hat sachlich keinen Erfolg.

aa) Es ist nach Treu und Glauben nicht geboten, die Beteiligte zu 1. nach den unter Nr. 2 Buchst. a) dargestellten Grundsätzen von den Kosten der Müllbeseitigung auszunehmen. Es lässt sich nicht von vornherein ausschließen, dass auch im Bereich ihres Teileigentums in der Tiefgarage Müll anfällt, der zu entsorgen ist. Zutreffend hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass sie gegen die Beteiligten zu 2. einen Anspruch darauf hat, Zugang zu der Müllbeseitigungsanlage zu erhalten. Sie hat die Teileigentumsrechte in Kenntnis des Kostenverteilungsschlüssels und der Besonderheiten ihres Teileigentums erworben und diese Umstände akzeptiert. Das Vertrauen der anderen Teil- und Wohnungseigentümer in den Fortbestand der getroffenen Regelung in den Grenzen der Öffnungsklausel ist schutzbedürftig. In Bezug auf das Teileigentum Nr. 42 liegt kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, weil diesem auf Grund seiner Sonderstellung als SB-Markt die Abfallentsorgung in eigener Zuständigkeit auferlegt worden ist (§ 14 Nr. 2 f TE).

bb) Hinsichtlich der Aufzugskosten entspricht es höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass jeder Wohnungs- und Teileigentümer für Betriebskosten und Instandhaltungskosten in gleicher Weise auch dann aufkommen muss, wenn er bestimmte Einrichtungen wie z. B. Treppenhaus, Aufzug, Kinderspielplatz, Fahrradkeller, Waschmaschinen und Tischtennisraum nicht benutzt oder nicht benutzen kann. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach ein Wohnungs-/Teileigentümer Kosten für solche Einrichtungen nicht zu tragen hat, die ihm persönlich keinen Nutzen bringen, besteht nicht (BGHZ 92, 18, 23 [= WuM 1985, 33] – Fahrstuhl in Mehrhausanlage; vgl. auch OLG Düsseldorf DWE 1986, 28 – Fahrstuhl und Erdgeschossbewohner; Weitnauer/Gottschalg a. a. O. § 16 Rn. 19; Palandt/Bassenge, WEG, 65. Aufl., § 16 Rn. 2). In der Freistellung des Teileigentums Nr. 42 von den Aufzugskosten ist kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu sehen. Die Tiefgaragenstellplätze Nr. 43 bis 85 waren ursprünglich einer Frau N. zugeordnet (§ 3 Nr. 1 TE). Danach war offen, wer Inhaber dieser Teileigentumsrechte wird. Sie hätten auch von den Eigentümern der Wohnungen Nr. 1 bis 39, den Eigentümern der Teileigentumsrechte Nr. 40 und 41 oder sonstigen Dritten erworben werden können, für die der Fahrstuhl Nutzen gebracht hätte. Die Beteiligte zu 1. hat die Verhältnisse bei Erwerb des Teileigentums gekannt. Der Erwerb stand ihr frei. Sie hätte auch auf andere Art der behördlichen Auflage, Parkplätze bereit zu stellen, nachkommen können. Auch insoweit geht der Schutz des Vertrauens der übrigen Berechtigten vor.

Mitgeteilt von RiOLG Schupp, Schleswig

§§ 10, 152, 155 ZVG; § 122 AO
Zwangsverwaltung; GbR als Wohnungseigentümerin;
Adressat des Beitragsbescheids zur Herstellung der
Entwässerungsanlage

Der Bescheid über einen Herstellungsbeitrag zur anteilmäßigen Finanzierung der Investitionskosten der öffentlichen Entwässerungsanlagen ist nicht dem Zwangsverwalter, sondern dem Grundstückseigentümer bekannt zu geben.

(BGH, Urteil vom 9. 2. 2006 – IX ZR 151/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin war Inhaberin eines Grundpfandrechts an dem im Wohnungseigentumsgrundbuch von N. eingetragenen Wohnungseigentum einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Gesellschafter waren B. aus W. und J. K. aus H. Auf Antrag der Klägerin wurde am 14. April 2000 die Zwangsverwaltung angeordnet und auf ihren Vorschlag ein Institutsverwalter bestellt. Die beklagte Stadt erhob mit Bescheid vom

20. September 2000 einen Herstellungsbeitrag zur anteilmäßigen Finanzierung der Investitionskosten der öffentlichen Entwässerungsanlagen (Kanalnetz und Kläranlage) in Höhe von 324,49 €. Der Bescheid wurde dem Gesellschafter K. unter seiner Wohnanschrift zugestellt; im Adressfeld war auch der Name der dort nicht wohnhaften Mitgesellschafterin B. aufgeführt.

2 Später wurde das Wohnungseigentum auf Betreiben der Klägerin zwangsversteigert. Die Beklagte meldete ihre Beitragsforderung im Zwangsversteigerungsverfahren an. Im Teilungsplan vom 17. April 2003 wurde dieser Betrag der Beklagten aus dem Versteigerungserlös zugeteilt, während die Ansprüche der Klägerin aus dem Grundpfandrecht erst im Rang danach berücksichtigt wurden. Auf den Widerspruch der Klägerin gegen die vorrangige Berücksichtigung der Beitragsforderung wurde der Teilungsplan in diesem Punkt nicht ausgeführt.

3 Die Vorinstanzen [AG Nordhausen; LG Mühlhausen] haben der fristgerecht erhobenen Widerspruchsklage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage.

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Beitragsbescheid habe nicht an den Zwangsverwalter zugestellt werden müssen, weil die Begleichung des Beitrags nicht zu seinen abgabenrechtlichen Pflichten gezählt habe. An die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei der Bescheid nicht wirksam zugestellt worden; er sei lediglich an die Gesellschafter gerichtet gewesen. Mangels wirksamer Zustellung hätte der Betrag in Höhe von 324,49 € nicht in dem Teilungsplan berücksichtigt werden dürfen.

6 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Vollstreckungsgericht hat die Beitragsforderung der beklagten Stadt zu Recht mit Vorrang gegenüber dem in die Rangklasse 4 fallenden dinglichen Recht der Klägerin (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG) in den Teilungsplan aufgenommen. Denn die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG sind erfüllt. Danach begründet die öffentliche Last für eine Beitragspflicht, die vor Erteilung des Zuschlags fällig geworden ist, für die bis zu vier Jahre rückständigen Beträge Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück in der Rangklasse 3 (Stöber, ZVG 18. Aufl. § 10 Anm. 6.4 Buchst. b, Anm. 6.17 Buchst. a und b). Nach der Beitrags- und Gebührensatzung zur Entwässerungssatzung der Beklagten wurde der Beitrag einen Monat nach der (wirksamen) Bekanntgabe des Beitragsbescheids und damit innerhalb von vier Jahren vor dem am 17. Dezember 2002 verkündeten Zuschlag fällig.

7 Der Beitragsbescheid ist der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (i. F.: GbR), in deren Eigentum das zwangsversteigerte Wohnungseigentum stand, wirksam zugestellt worden.

8 1. Die Anforderungen, die das Thüringer Kommunalabgabengesetz (i. F.: ThürKAG) an die Bekanntgabe des Beitragsbescheids der beklagten Stadt stellt, sind erfüllt.

9 a) § 15 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b ThürKAG verweist hierzu auf die entsprechenden Vorschriften der Abgabenordnung. Nach § 122 Abs. 1 Satz 1 AO ist ein Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. Das ist hier die GbR als damalige Inhaberin des Wohnungseigentums; an diese war der Beitragsbescheid zu richten (vgl. BFH/NV 2001, 178 f; 2001, 1220; 2002, 370, 371). Der Beitragsbescheid ist – auch hinsichtlich des in ihm angegebenen Inhaltsadressaten – entsprechend dem objektiven Verständnishorizont des Empfängers auszulegen (§ 124 Abs. 1 Satz 2 AO, §§ 133, 157 BGB; vgl. BFH/NV 1989, 749, 750; BFH BStBl. II 1995, 241, 242; 1996, 256, 257; Klein/Brockmeyer, AO 8. Aufl. § 122 Rn. 4, § 119 Rn. 5). Es genügt, wenn sich der Adressat bei nicht richtiger Eintragung im Anschriftenfeld aus dem Bescheidinhalt insgesamt mit Sicherheit entnehmen lässt (BFH BStBl. II 1977, 221, 223; Klein/Brock-

meyer, a. a. O. § 122 Rn. 14). Die Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann (BGH, Urt. v. 19. März 1998 – IX ZR 120/97, NJW 1998, 2138, 2139 f), ergibt, dass die GbR selbst Inhaltsadressat ist: Der Bescheid ist hier zwar nur an die Wohnanschrift eines der Gesellschafter gerichtet und enthält auch keinen auf die GbR hinweisenden Zusatz. Jedoch sind im Adressfeld die Namen beider Gesellschafter angegeben. Daraus folgt zunächst, dass der Bescheid an eine Personenmehrheit gerichtet ist. Im Eingang des Textes des Bescheides führt die beklagte Stadt aus, dass die Adressaten als Grundstückseigentümer nach ihrer Beitrags- und Gebührensatzung zur Entwässerungssatzung beitragspflichtig seien. Der Beitrag werde für das – bestimmt bezeichnete – Grundstück erhoben. Danach kann nicht zweifelhaft sein, dass der Bescheid sich an die aus den im Anschriftenfeld angegebenen Personen bestehende GbR richtete. Denn nur diese kam als Grundstückseigentümerin in Betracht. Damit ist der Zweck des § 122 Abs. 1 Satz 1 AO, Verwechslungen auszuschließen und zu vermeiden, dass Bescheide wegen inhaltlicher Unbestimmtheit nicht befolgt werden können, erfüllt; entscheidend ist allein, ob der Schuldner der Abgabenforderung sich sicher identifizieren lässt (BFH/NV 1993, 702, 704; BFH BStBl. II 1996, 256, 258). Dies kann hier nach dem Inhalt des Beitragsbescheids nicht zweifelhaft sein.

10 b) Die Bekanntgabe des Beitragsbescheids an einen der Gesellschafter der GbR reichte für eine wirksame Bekanntmachung aus. Zwar richtete sich der Verwaltungsakt gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b ThürKAG, § 122 Abs. 1 Satz 1 AO an die GbR. Hierbei ist aber gemäß § 122 Abs. 1 Satz 2 AO die Vorschrift des § 34 Abs. 2 AO entsprechend anzuwenden. Nach dieser Bestimmung haben die Mitglieder oder Gesellschafter einer nicht rechtsfähigen Personenvereinigung die steuerlichen Pflichten der Vereinigung zu erfüllen, soweit die Vereinigung ohne Geschäftsführer ist. Die Behörde kann sich an jedes Mitglied oder jeden Gesellschafter halten. Da die Entgegennahme von Abgabenbescheiden zu den abgabenrechtlichen Pflichten gehört, reicht es nach den vorgenannten Vorschriften zur wirksamen Bekanntgabe aus, dass ein Abgabenbescheid gegenüber einer GbR, die keinen Geschäftsführer hat, einem der Gesellschafter bekannt gegeben wird. Eine GbR hat keinen Geschäftsführer im Sinne des § 34 Abs. 2 AO, wenn die Gesellschaft keine besondere Regelung über die Geschäftsführung getroffen haben. Dann steht die Geschäftsführung gemäß § 709 Abs. 1 BGB allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (BFH BStBl. II 1996, 256, 258). Die zuständige Behörde kann sich daher gemäß § 122 Abs. 1 Satz 2, § 34 Abs. 2 Satz 2 AO stets dann an einen der vertretungsberechtigten Gesellschafter (§ 714 BGB) halten, wenn kein Geschäftsführer nach § 710 BGB besonders bestellt ist (BFH BStBl. II 1986, 539, 540; 2003, 890, 891; NJW 1987, 1720; BFH/NV 1988, 622, 623; 1998, 1451, 1452). Es ist nicht vorgetragen, dass die GbR einen Geschäftsführer besonders bestellt hatte. Folglich genügt die Bekanntgabe an einen von ihnen.

11 c) Der Beitragsbescheid war nicht stattdessen dem Zwangsverwalter bekannt zu machen (so auch Thiem, Allgemeines kommunales Abgabenrecht S. 203). Dies wäre nur dann anders, wenn der Zwangsverwalter anstelle der Mitglieder der GbR die in § 34 Abs. 2 AO in Bezug genommenen abgabenrechtlichen Pflichten zu erfüllen gehabt hätte. In diesem Fall wäre ebenso zu verfahren wie im Insolvenzverfahren: Steuerbescheide sind dann an den Insolvenzverwalter zu richten, wenn die Steuerforderung zu den Masseverbindlichkeiten gehört (BFH BStBl. II 1994, 600, 602 zum Konkursverwalter; OLG Zweibrücken KTS 1967, 175, 177 zum Zwangsverwalter). So liegt es hier aber nicht: Die Befugnisse des Zwangsverwalters sind auf den von der Beschlagnahme erfassten Teil des schuldennerischen Vermögens beschränkt (BGH, Beschl. v. 14. April 2005 – V ZB 16/05, WPM 2005, 1418 [= GuT 2005, 224], z. Vb. in BGHZ 163, 9). Die Zwangsverwaltung ist darauf gerichtet, die laufenden, aus der ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks stammenden Erträge zur Befriedigung des Gläubigers einzusetzen, während dem Schuldner die Substanz des Vermögensgegenstandes ungeschmälert erhalten bleibt (BGH, Beschl.

v. 10. Dezember 2004 – IXa ZB 231/03, ZInsO 2005, 86, 87 [= GuT 2005, 24]). Der Zwangsverwalter hat daher 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). Dem entspricht es, dass Ansprüche, die das von ihm verwaltete Vermögen des Schuldners betreffen, gegen ihn zu richten und gegebenenfalls im Klagewege durchzusetzen sind (BGH, Urt. v. 25. Mai 2005 – VIII ZR 301/03, BGH-Report 2005, 1275, 1276 [= WuM 2005, 463]). Gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a ThürKAG, § 34 Abs. 3 AO hat der Zwangsverwalter daher Beitragspflichten zu erfüllen, soweit seine Verwaltung reicht (Klein/Rüsken, a. a. O. § 34 Rn. 25). Er haftet folglich nur für diejenigen Abgaben, die aus der Zwangsverwaltungsmasse zu entrichten sind. Eine weiter gehende Verantwortlichkeit für öffentlich-rechtliche Abgaben trifft ihn nicht (OLG Zweibrücken a. a. O.; Stöber, a. a. O. § 152 Anm. 15. 2).

12 Auf den von der Beklagten erhobenen Herstellungsbeitrag erstreckte sich die Verwaltung des Zwangsverwalters nicht. Dieser Beitrag war bei der dem Verwalter obliegenden Verteilung der Überschüsse gemäß § 155 Abs. 2 ZVG nicht zu berücksichtigen. In die dritte Rangklasse des § 10 Abs. 1 ZVG fallende Ansprüche werden nur insoweit berücksichtigt, als sie auf laufende wiederkehrende Leistungen sowie auf ähnliche, im Gesetz näher bezeichnete Zahlungen gerichtet sind; darum geht es hier nicht. Daher greift auch § 156 Abs. 1 ZVG nicht ein (vgl. RGZ 142, 85, 94). Hauptsacheansprüche fallen in Klasse 5 (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung 3. Aufl. § 155 ZVG Rn. 19; Stöber, a. a. O. § 155 Anm. 6. 5. Buchst. e; Depré/Mayer, Die Praxis der Zwangsverwaltung 2. Aufl. Rn. 238, 239, 242). Insoweit nimmt die Beklagte aber an der Erlösverteilung gemäß § 155 Abs. 2 Satz 1 ZVG nicht teil, weil sie nicht betreibende Gläubigerin ist (vgl. RG a. a. O. S. 93 f; Stöber, a. a. O. Anm. 7.1; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, a. a. O.). Aus § 152 ZVG können in dem hier gegebenen Zusammenhang keine weiter gehenden Befugnisse des Verwalters abgeleitet werden, weil das Gesetz diese insoweit abschließend bestimmt.

13 Da somit die Zahlung des Herstellungsbeitrages nicht dem Zwangsverwalter oblag, war der darauf gerichtete Bescheid der beklagten Stadt auch nicht diesem, sondern der GbR als Inhaberin des Wohnungseigentums bekannt zu machen.

14 2. Die Zustellung war wirksam. Sie war – wie hier geschehen – an den zur Vertretung der GbR berechtigten Bekanntgabeadressaten zu richten (§ 15 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b ThürKAG, § 122 Abs. 5 AO, § 7 Abs. 2 und 3 Thüringer Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz <ThürVwZVG>; vgl. BFH NJW 1987, 1720; BStBl. II 1990, 272, 273) und jedenfalls nach § 3 Abs. 1, § 9 ThürVwZVG wirksam. Dies ziehen mit Recht weder das Berufungsgericht noch die Parteien im Revisionsverfahren in Zweifel.

15 3. Der Herstellungsbeitrag gehört nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG zu den Ansprüchen auf Entrichtung der öffentlichen Lasten des Grundstücks wegen der aus den letzten vier Jahren rückständigen Beträge. Eine Abgabenverpflichtung hat dann die Eigenschaft einer öffentlichen Grundstückslast, wenn sie auf öffentlichem Recht beruht, durch wiederkehrende oder einmalige Geldleistungen zu erfüllen ist und nicht nur die persönliche Haftung des Schuldners, sondern auch die dingliche Haftung des Grundstücks voraussetzt. Hierüber entscheidet das für die konkret in Rede stehende Abgabe maßgebende öffentliche Bundes- oder Landesrecht (BGH, Urt. v. 30. Juni 1988 – IX ZR 141/87, NJW 1989, 107, 108). Gemäß § 7 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 1 ThürKAG ruht der mit Bescheid vom 20. September 2000 geltend gemachte Herstellungsbeitrag als öffentliche Last auf dem Grundstück; gegen die Berücksichtigung der mit der Anmeldung geltend gemachten Nebenleistungen hat die Klägerin keine Einwendungen erhoben (vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 ZVG und hierzu Stöber, a. a. O. § 10 Anm. 6. 14).

16 III. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind,

hat der Senat selbst eine Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Vollstreckungsgericht hat der fälligen Beitragsforderung der Beklagten mit Recht Vorrang gegenüber dem dinglichen Recht der Klägerin zugemessen. Die Klage ist daher abzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Teileigentum etc.

§ 633 BGB a. F. – Bauwerksmangel; Gewährleistungsansprüche des einzelnen Wohnungseigentümers

Ist der Veräußerer/Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, kann der Wohnungseigentümer nach § 633 Abs. 3 BGB (a. F.) selbst nachbessern und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Ansprüche auf Nachbesserung bzw. Zahlung eines dafür erforderlichen Vorschusses oder der Anspruch auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten können ohne zuvor ergangenen Mehrheitsbeschluss von den einzelnen Wohnungseigentümern eingeklagt werden.

(KG, Beschluss vom 24. 2. 2006 – 7 W 19/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 906, 1004 BGB – Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch; Haftung des Wohnungseigentümers für störende Handlungen des Mieters

a) Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB setzt – wie § 1004 Abs. 1 BGB – voraus, dass der Anspruchsgegner als Störer zu qualifizieren ist.

b) Als mittelbarer Handlungsstörer kann der Eigentümer für Störungshandlungen seines Mieters nur verantwortlich gemacht werden, wenn er dem Mieter den Gebrauch seiner Sache mit der Erlaubnis zu den störenden Handlungen überlassen hat oder wenn er es unterlässt, den Mieter von dem nach dem Mietvertrag unerlaubten, fremdes Eigentum beeinträchtigenden Gebrauch der Mietsache abzuhalten.

(BGH, Urteil vom 27.1. 2006 – V ZR 26/05)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2006, 216.

§ 1004 BGB – Mieter als Zustandsstörer in einer Wohnungseigentumsanlage

Mieter einer Eigentumswohnung sind dann Zustandsstörer im Sinne des § 1004 BGB, wenn sie durch ihre Weigerung, den Rückbau der entgegen den Regeln der Wohnungseigentümergeinschaft vom Vermieter durchgeführten Baumaßnahmen zu dulden, den eigentumsbeeinträchtigenden rechtswidrigen Zustand aufrechterhalten. Der hieraus folgende Beseitigungsanspruch ist darauf gerichtet, dass die Mieter die von einem anderen Wohnungseigentümer im Wege der Ersatzvornahme beabsichtigten Rückbaumaßnahmen zu dulden verpflichtet sind (entgegen OLG München, Urteil vom 10. Dezember 2002 – 5 U 4733/02 – in NZM 2003, 445 f).

(KG, Urteil vom 21. 3. 2006 – 4 U 97/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 10, 13, 14, 15, 16 WEG; § 1004 BGB; § 572 ZPO; § 18 FGG – Werbeschriften und Werbeflächen an Fassade und Fenstern der Wohnungseigentumsanlage

1. Das Landgericht handelt verfahrensfehlerhaft, wenn es in einem WEG-Verfahren nach Einlegung der sofortigen weiteren

Beschwerde das Amtsgericht veranlasst, zunächst ein Abhilfeverfahren durchzuführen.

2. Wird ein Breitbandkabelanschluss auf Veranlassung und auf Kosten eines einzelnen Wohnungseigentümers installiert, so sind die übrigen Wohnungseigentümer verpflichtet, von ihren Mietern am Verteilerkasten eigenmächtig angebrachte Kabel zur Nutzung des Anschlusses zu trennen, und zwar unabhängig davon, ob der Anschluss zum Sondereigentum des installierenden Wohnungseigentümers oder aber zum Gemeinschaftseigentum gehört.

3. Ist in der Teilungserklärung bestimmt, dass Werbeschriften an der gesamten Fassade angebracht werden können, aber nicht die freie Sicht aus den Fenstern nach vorn behindern dürfen, so kann jeder Wohnungseigentümer verlangen, dass an Fenstern der Eigentumsanlage angebrachte störende Werbefolien entfernt werden, auch wenn die Sicht aus den Fenstern seiner Wohnung durch die Werbung nicht beeinträchtigt wird; der vermietende Eigentümer ist beseitigungspflichtig, wenn dessen Mieter die Werbeschriften angebracht hat.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.2.2006 – I-3 Wx 181/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15.8.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 23 WEG – Protokollierungsregelungen zu Wohnungseigentümerbeschlüssen gemäß Teilungserklärung als Formvorschriften

1. Ist in der Teilungserklärung bestimmt, dass zur Gültigkeit eines Beschlusses der Wohnungseigentümerversammlung die Protokollierung des Beschlusses erforderlich und das Protokoll vom Verwalter und von zwei der Eigentümerversammlung bestimmten Wohnungseigentümern zu unterzeichnen ist, so hat die Bestimmung der zwei Wohnungseigentümer zu Beginn der Versammlung durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer zu erfolgen.

2. Auch dieser „Bestimmungsbeschluss“ bedarf seiner Gültigkeit der Protokollierung in der vorgeschriebenen Form. Fehlt diese Protokollierung, so sind die in der Versammlung gefassten Beschlüsse in der Regel ungültig. Die Protokollierung des „Bestimmungsbeschlusses“ ist nicht nachholbar.

(OLG Schleswig, Beschluss vom 24.3.2006 – 2 W 230/03)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15.8.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 1 WEG; §§ 133, 157, 427 BGB; § 7 StrReinG Bln; § 8 Krw/Abf Bln – Wohnungseigentümer; Schuldner der Abfall- und Straßenreinigungsgebühren

Schuldner der Abfall- und Straßenreinigungsgebühren sind nach Berliner Landesrecht die Wohnungseigentümer als Miteigentümer und nicht die Wohnungseigentümergeinschaft. Deren Teilrechtsfähigkeit nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2. Juni 2005 (BGHZ 163, 154 [= GuT 2005, 229 KL]) hat für die Haftung, die an die Eigentümerstellung anknüpft, keine Bedeutung. Mangels einer § 134 Abs.1 S.4 BBauGB vergleichbaren gesetzlichen Regelung haften die Wohnungseigentümer als Gesamtschuldner, nicht anteilig. Diese Haftungsregelung verstößt nicht gegen Bundesrecht.

(KG, Urteil vom 6.4.2006 – 1 U 96/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15.8.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: Die Mitglieder des 7. Zivilsenats des KG; RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiKG B.-D. Kuhnke, Berlin; RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf; RiOLG Schupp, Schleswig; RiKG Dr. Müther, Berlin.

Wettbewerb

§ 20 GWB

Kommunale Kfz-Zulassungsstelle; kommunal vermietete Gewerbefläche an einen Schilderpräger; Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger

Eine Kommune, die eine Kfz-Zulassungsstelle betreibt und damit eine in der Nähe der Zulassungsstelle zu befriedigende Nachfrage nach Kfz-Schildern eröffnet, muss – wenn sie einem Schilderpräger Gewerbeflächen in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle überlässt und diesem damit gegenüber Wettbewerbern einen deutlichen Standortvorteil verschafft – anderen Schilderträgern Gelegenheit geben, an geeigneter Stelle auf ihr Angebot hinzuweisen.

(BGH, Urteil vom 8.11.2005 – KZR 21/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen der Schilderprägerbranche. Sie betreibt zahlreiche, meist in der Nähe der örtlichen Zulassungsstelle liegende Ladenlokale, in denen sie Kfz-Schilder prägt und verkauft.

2 Die beklagte Stadt betreibt ihre Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge in einem größeren Gebäudekomplex, dem Stadthaus. Die Zulassungsstelle betritt man über eine Treppe von einer Halle aus. Auf der anderen Seite der Halle befindet sich ein La-

dengeschäft, das die Beklagte an ein Schilderprägeunternehmen vermietet hat. Bei der vorausgegangenen Ausschreibung war die Klägerin nicht zum Zuge gekommen. Sie unterhält ihren Schilderprägeladen außerhalb des Stadthauses in einer Entfernung von etwa 200 m.

3 Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten, sie möge es ihr gestatten, in der Zulassungsstelle ein Hinweisschild in einer Größe von mindestens 0,5 m² mit dem Text

„Sparen Sie beim Schilderkauf! Autoschilder schnell + preiswert.

K., F.platz 8,

Außerhalb des Stadthauses“

und konkreten Preisangaben für einen Satz Kfz-Schilder anzubringen.

4 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

5 Das Landgericht Dortmund hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

6 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus §§ 33, 20 Abs.1 GWB wegen unbilliger Behinderung bejaht. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Auf dem Markt, auf dem in D. für Schilderpräger geeignete Gewerbeflächen angeboten würden, habe die Beklagte eine überragende Stellung. Daran ändere der Umstand nichts, dass sich das von der Beklagten vermietete Geschäftslokal nicht im selben Teil des Gebäudes wie die Zulassungsstelle befinde. Denn die unmittelbare Nähe zur Zulassungsstelle mache einen besonderen Vorteil aus. Für die Kunden, die die Zulassungsstelle verließen, sei das Geschäft auf der anderen Seite der Halle gut zu erkennen. Unter diesen Umständen reiche die günstigere Raummiete, die die Klägerin zu zahlen habe, nicht aus, um den Wettbewerbsnachteil des schlechteren Standorts auszugleichen. Mit dem Hinweisschild werde der Klägerin nur das gewährt, was zur Herstellung eines funktionierenden Wettbewerbs erforderlich sei. Über den Wortlaut des auf dem Werbeschild angebrachten Hinweises sei nicht zu entscheiden, weil insoweit keine Berufungsangriffe der Beklagten vorlägen.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10 1. Für die Beurteilung des in die Zukunft gerichteten Behrens der Klägerin ist auf das zum Zeitpunkt der Entscheidung geltende Recht abzustellen. Soweit sich durch die am 1. Juli 2005 in Kraft getretene 7. GWB-Novelle Änderungen ergeben haben, ist daher das neue Recht anzuwenden (BGH, Urt. v. 14. 3. 2000 – KZR 15/98, WuW/E DE-R 487, 489 – Zahnersatz aus Manila; Urt. v. 13. 7. 2004 – KZR 10/03, WuW/E DE-R 1335, 1338 – CITROËN). Im Streitfall bedeutet dies, dass für die Begründung des geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruchs § 33 GWB n. F. heranzuziehen ist. Freilich ergeben sich durch die Neufassung der Bestimmung im Streitfall keine sachlichen Änderungen.

11 2. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht darin, dass die Beklagte Geschäftsräume im Stadthaus in bevorzugter Lage an Schilderpräger vermietet, ohne gleichzeitig der Klägerin die Möglichkeit einzuräumen, an geeigneter Stelle auf ihr Angebot hinzuweisen, eine unbillige Behinderung nach § 20 Abs.1 GWB gesehen.

12 a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die beklagte Stadt als Eigentümerin der Ladengeschäfte innerhalb des Stadthauses über eine überragende Stellung auf dem Markt für Gewerbeflächen verfügt, die sich wegen der Nähe zur Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge besonders als Standort für Schilderprägebetriebe eignen. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats (BGH, Urt. v. 14. 7. 1998 – KZR 1/97, WuW/E DE-R 201, 202 – Schilderpräger im Landratsamt; Urt. v. 24. 9. 2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003, 1004 – Kommunalen Schilderprägebetrieb). Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

13 b) Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend deutlich gemacht, weshalb ein Normadressat, der wie die Beklagte Räumlichkeiten vermietet oder verpachtet, die sich besonders für einen Schilderprägebetrieb eignen, gehalten sein kann, einem Wettbewerber seines Mieters oder Pächters Gelegenheit zu geben, auf sein Angebot hinzuweisen. Das Berufungsgericht hat sich in diesem Zusammenhang auf die Senatsentscheidung „Schilderpräger im Landratsamt“ vom 14. Juli 1998 gestützt (BGH WuW/E DE-R 201). Dort hatte sich ein Schilderprägeunternehmen generell dagegen gewandt, dass eine Kommune an Schilderpräger Gewerbeflächen vermietet oder verpachtet, die sich in demselben Gebäudekomplex wie die Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge befinden. Eine Pflicht der Kommunen, sich als Betreiber von Zulassungsstellen der Vermietung oder Verpachtung geeigneter Flächen an Schilderpräger zu enthalten, hat der Senat verneint. Vielmehr hat er es für unbedenklich angesehen, dass die Kommune geeignete Flächen an Schilder-

präger vermietet oder verpachtet, solange der Wettbewerb dadurch nicht auf Dauer ausgeschlossen wird. Da in dem dort zu entscheidenden Fall – ebenso wie im Streitfall – eine Ausschreibung stattgefunden hatte, bestanden keine Bedenken gegenüber dem Verhalten der Kommune. Im Zweifel werde der Schilderpräger, der seinen Betrieb in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle unterhalte, hierfür einen höheren Miet- oder Pachtzins bezahlen als der Wettbewerber mit einem etwas ungünstigeren Standort. Dies könne sich in günstigeren Preisen niederschlagen, so dass die Vermietung oder Verpachtung des günstig gelegenen Geschäftslokals den Wettbewerb nicht ausschließe. Allerdings – so der Senat in der Entscheidung „Schilderpräger im Landratsamt“ – könnten Preisvorteile nur dann zum Zuge kommen, wenn für den Wettbewerber, der seine Schilder von dem ungünstigeren Standort aus anbietet, Möglichkeiten bestünden, auf sein Angebot, insbesondere auf die von ihm verlangten Preise, an geeigneter Stelle hinzuweisen. Dass es an einer solchen Möglichkeit in dem dort zu entscheidenden Fall fehlte, war jedoch nicht ersichtlich.

14 In der Entscheidung „Kommunalen Schilderprägebetrieb“ vom 24. September 2002 (BGH WuW/E DE-R 1003, 1004 f.) hat der Senat klargestellt, dass Grundlage einer solchen Verpflichtung nicht allein die marktbeherrschende Stellung als Anbieter geeigneter Ladenlokale ist. Entscheidend ist vielmehr, dass öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften wie die Beklagte besonderen Pflichten unterworfen sind. Diese ergeben sich nicht allein aus ihrer Stellung als marktbeherrschende Anbieterin von Gewerbeflächen für Schilderpräger, sondern auch aus ihrer Eigenschaft als Einrichtung der öffentlichen Hand, die durch ihre Verwaltungstätigkeit die Nachfrage nach den Produkten der Schilderpräger erst erzeugt. Von einem privaten Anbieter als Normadressaten des Behinderungsverbots des § 20 Abs.1 GWB könnte nicht verlangt werden, dass er dem Konkurrenten seines Mieters oder Pächters Gelegenheit gibt, auf sein Angebot hinzuweisen, und damit tendenziell das Geschäft seines Mieters oder Pächters beeinträchtigt. Dagegen darf die öffentliche Hand den ihr durch den Betrieb der Zulassungsstelle zufließenden Vorteil, Schilderprägern geeignete Gewerbeflächen zu überlassen, nicht ausnutzen, ohne gleichzeitig dort nicht zum Zuge gekommenen Anbietern die Chance einzuräumen, auf ihr Angebot hinzuweisen und damit ebenfalls am Wettbewerb teilzunehmen.

15 3. Mit Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin bejaht hat, der auf die Vornahme einer Handlung – das Aufstellen eines näher bestimmten Hinweisschildes – hinausläuft. Das Gesetz billigt einem Unternehmen, das durch einen Normadressaten des Behinderungsverbots des § 20 Abs.1 GWB unbillig behindert oder diskriminiert worden ist, einen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch, nicht dagegen einen Anspruch auf Vornahme bestimmter Handlungen zu. Zwar kann es sich ausnahmsweise so verhalten, dass das Unterlassungs- oder Beseitigungsbegehren vom Schuldner nur durch ein positives Tun erfüllt werden kann. Eine entsprechende Verurteilung, die nicht auf ein Unterlassen, sondern auf ein positives Tun gerichtet ist, setzt indessen voraus, dass das kartellrechtswidrige Verhalten auf andere Weise nicht vermieden werden kann (Bechtold, Kartellgesetz, 3. Aufl., § 33 Rdn. 9; Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 33 GWB Rdn. 43 m.w.N.). Dass diese Voraussetzungen im Streitfall gegeben wären, ist nicht ersichtlich. Denn die Beklagte kann lediglich dazu verpflichtet sein, es zu unterlassen, Geschäftsräume im Stadthaus an Schilderpräger zu vermieten, ohne gleichzeitig anderen Schilderprägern, die sich ebenfalls um die Kunden der Zulassungsstelle bemühen, deren Geschäftsräume aber außerhalb des Stadthauses liegen, Gelegenheit zu geben, auf ihr Angebot hinzuweisen.

16 Einer solchen Verpflichtung kann die Beklagte auf unterschiedliche Weise nachkommen. Sie kann der Klägerin gestatten, ein entsprechendes Werbeschild anzubringen. Es ist ihr aber auch unbenommen, der Verpflichtung dadurch nachzukommen, dass sie selbst in geeigneter Form auf die Angebote der ver-

schiedenen Anbieter hinweist und damit die Besucher der Zulassungsstelle darüber informiert, dass es in unmittelbarer Nähe noch andere Anbieter als die im Stadthaus angesiedelten gibt.

17 III. Das angefochtene Urteil kann unter diesen Umständen keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung durch den Senat kommt nicht in Betracht. Nachdem Bedenken gegenüber der Antragsfassung weder vor dem Landgericht noch vor dem Berufungsgericht erörtert worden sind, gebietet es die prozessuale Fairness, der Klägerin Gelegenheit zu geben, ihre Antragstellung anzupassen. Dies kann nur im wiedereröffneten Berufungsverfahren geschehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.

Art. 3 GG; § 134 BGB; § 519 ZPO – Kündigung des Girokontovertrags durch die Postbank

1. Zur Frage der Erheblichkeit einer Falschbezeichnung des Rechtsmittelgegners in der Berufungsschrift.

2. Zur Nichtigkeit der Kündigung eines Girokonto-Vertrages durch die Postbank.

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

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 3, 8 UWG – Wettbewerb; Abschleppkosten-Inkasso des Abschleppunternehmers

Ein Abschleppunternehmer, der auf Weisung der Polizeibehörde Kostenansprüche wegen des Abschleppens eines verbotswidrig abgestellten Kraftfahrzeugs geltend macht, handelt nicht im geschäftlichen Verkehr, sondern als verlängerter Arm der Behörde. Gegen seine Mitwirkung bei der Einziehung der Kostenforderung sind deshalb wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche ausgeschlossen.

(BGH, Urteil vom 26. 1. 2006 – I ZR 83/03)

§ 3 UWG – Wettbewerb; Direktansprache am Arbeitsplatz II

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Anrufen bei Mitarbeitern anderer Unternehmen zu Abwerbungszwecken, bei denen dienstliche Telefoneinrichtungen benutzt werden, ist nicht danach zu unterscheiden, ob Festnetz- oder Mobiltelefone benutzt werden (Fortführung von BGHZ 158, 174 [= GuT 2004, 193 KL] – Direktansprache am Arbeitsplatz I).

(BGH, Urteil vom 9. 2. 2006 – I ZR 73/02)

§§ 3, 4 UWG – Wettbewerb; Preisunterbietung „10% billiger“

Eine Preisgestaltung, durch die lediglich die abstrakte Gefahr begründet wird, dass in einzelnen Fällen Waren unter Einstandspreis abgegeben werden, ist keine unter dem Gesichtspunkt der gezielten Behinderung von Mitbewerbern unlautere Wettbewerbshandlung. Sie ist objektiv nicht geeignet, einen oder mehrere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen oder den Bestand des Wettbewerbs ernstlich zu gefährden.

(BGH, Urteil vom 30. 3. 2006 – I ZR 144/03)

§ 1004 BGB – Internet; Störerhaftung; Seiteneinbindung

Zur Störerhaftung im Internet bei der Einbindung von Seiten durch einen Partner-Webmaster.

(KG, Urteil vom 10. 2. 2006 – 9 U 105/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 1004 BGB – Internet; Störerhaftung; Meta-Suchmaschine

Zur Störerhaftung des Betreibers einer Meta-Suchmaschine.

(KG, Urteil vom 10. 2. 2006 – 9 U 55/05)

Hinw. d. Red.: Vgl. vorstehend KG. – Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 4, 6 UWG – Wettbewerb; Warnung im Internet vor betrügerischem Leistungsangebot eines Mitbewerbers

Wird vom Mitbewerber wahrheitsgemäß im Internet verbreitet, der Gläubiger biete gefälschte Auflastungs-Gutachten (zur Erhöhung des zulässigen Kfz-Gesamtgewichts) an, so handelt der Mitbewerber wegen des aktuellen Anlasses und seiner abzuwendenden eigenen konkreten wirtschaftlichen Beeinträchtigung nicht unlauter, auch wenn er bei der Äußerung zugleich dazu auffordert, gegen den Gläubiger Strafanzeige zu erstatten. Der gegen die Verbreitung der Äußerung gerichtete Unterlassungsanspruch ist unbegründet:

1. § 4 Nr. 8 UWG ist nicht gegeben, weil die behauptete Tatsache zutrifft. § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG kommt nicht in Betracht, wenn die herabsetzende Äußerung nicht mit einem Vergleich verbunden gewesen ist.

2. § 4 Nr. 7 UWG findet in Abgrenzung von § 4 Nr. 8 UWG und § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG nur bei herabsetzenden oder verunglimpfenden wahren Äußerungen Anwendung, die außerhalb eines Vergleichs gemacht werden und deren Verbreitung unter Gesamtwürdigung aller Umstände unlauter ist.

(OLG Hamburg, Urteil vom 28. 4. 2005 – 3 U 153/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 3, 5 UWG – Wettbewerb; Einzelhandel mit Elektroartikeln; Anzeigentext; verständiger Verbraucher

Bei der Frage, ob eine blickfangmäßige Angabe in irrtauschließender Weise durch einen klaren und unmißverständlichen Hinweis erläutert wird, ist zum einen die konkrete Gestaltung der Anzeige, zum anderen der Bedeutungsgehalt der blickfangmäßigen Angabe zu berücksichtigen.

(OLG Hamburg, Urteil vom 30. 6. 2005 – 3 U 147/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 5 UWG – Wettbewerb; Telefondiensteanbieter; TV-Werbespot; aufgeklärter Verbraucher

Treffen die im TV-Werbespot verglichenen Minutenpreise der konkurrierenden Telefondiensteanbieter als solche zu und erkennt man klar und deutlich, dass die Tarife für ein Zeitfenster und eine bestimmte Destination (ein Ferngespräch zwischen Köln und München) verglichen werden, so ist die Werbung nicht irreführend. Der Durchschnittsverbraucher nimmt ohne Anhalt nicht an, dass Zeitfenster und Destination nur „zufällig“ erwähnt worden wären und sich auf andere Tarifbereiche übertragen ließen. Die Annahme, der Verbraucher verstünde trotz der speziell genannten Fakten den Vergleich „immer“ generalisierend, widerspricht der Lebenserfahrung.

(OLG Hamburg, Urteil vom 17. 11. 2005 – 3 U 88/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15. 8. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiler: Die Mitglieder des 3. Zivilsenats des OLG Hamburg; RiBGH Wellner, Karlsruhe; die Mitglieder des 9. Zivilsenats des KG.

Besteuerung

Umschau Juni 2006

RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erfstadt-Liblar

Werbungskosten-Zuordnung bei fremd- und eigengenutzter Gebäudenutzung

Nicht selten kann es zu Auseinandersetzungen mit dem FA über die Zuordnung von laufenden Werbungskosten wie Grundsteuer, AfA, Erhaltungsaufwand etc. kommen, wenn dieser nicht eindeutig entweder dem eigengenutzten und fremdgenutzten Gebäudeteil zugeordnet werden kann.

Im Streitfall erwarb der Kläger 1990 für DM 316 200,- ein Grundstück, das mit einem im 16. Jahrhundert errichteten und unter Denkmalschutz stehenden Wohn- und Geschäftshaus bebaut war. Er hatte dem Verkäufer außerdem zugesagt, monatlich ab Januar 2003 bis zum Lebensende DM 1600,- zu zahlen und ihm unentgeltlich bis zum Lebensende an der Wohnung im ersten und zweiten Obergeschoss (zus. 52 m²) ein Wohnrecht einzuräumen. Die vereinbarte Gegenleistung wurde im Vertrag nicht auf die Wohnung einerseits und das im Erdgeschoss gelegene Ladenlokal von 23 m² (der Keller von 25 m² wurde ausschließlich vom Mieter des Ladenlokals genutzt) andererseits aufgeteilt. Bis zum Jahre 1992 akzeptierte das FA eine Aufteilung nach den am Ertragswert ermittelten Verkehrswerten (Wohnung = 25,62%; Ladenlokal = 74,38%). Da die unentgeltliche Wohnungsüberlassung einer Eigennutzung gleichkommt, wurden somit ca. 75% der Werbungskosten (1998 = 6080,-; 1999 = 5117,-; 2000 = 4393,-) bei den Mieteinnahmen aus dem Ladenlokal anerkannt. Nach einer Außenprüfung wollte das FA Werbungskosten nur nach dem Verhältnis der Wohn- zur Ladenlokalfläche (Wohnung = 52 m² = 69,33%; Laden = 23 m² = 30,67%) anerkennen. Dem folgte das FG im wesentlichen (Urteil FG Münster vom 17.9.2004 in EFG 2005, 279), nicht jedoch der BFH mit seinem Urteil vom 25.5.2005 (IX R 46/04 in BFH/NV 2006, 261). Da der Aufwand nicht eindeutig einer Teilfläche zuzuordnen war, die im Wege des Ertragswertverfahrens ermittelten Verkehrswerte der Teilflächen erheblich voneinander abwichen, kam nur diese in Betracht und nicht die sonst übliche Aufteilung nach dem Verhältnis der Nutzflächen.

Hier hatte sich die Hartnäckigkeit des Klägers, bis zum BFH mit seiner Sache zu gehen, bezahlt gemacht, was allerdings so nicht vorauszusehen war.

Nachträglich eingebaute Rigips-Zwischenwände Erhaltungsaufwand?

Eine Antragstellerin hatte Aufwendungen für den Einbau von Rigips-Zwischenwänden in ein Großraumbüro getätigt. Diesen Aufwand wollte das FA nicht als Erhaltungsaufwand bei ihren Einkünften aus V+V anerkennen, sondern nur als Herstellungsaufwand und damit nur über die Gebäude-AfA. Im (vorläufigen) Verfahren der Vollziehungsaussetzung folgte das FG der Auffassung des FA, jedoch nicht der über die Nichtzulassungsbeschwerde angerufene BFH mit Beschluss vom 21.10.2005 (IX S 16/05 in BFH/NV 2006,291). Es bestünden ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Steuerbescheids, die das FA und die Vorinstanz verneint hatte.

Nachträglicher Herstellungsaufwand komme bei einem nachträglichen Einbau nur dann in Betracht, wenn damit eine wesentliche Verbesserung einhergehe. Von daher werde Erhaltungsaufwand und nicht Herstellungsaufwand angenommen, wenn Vorhandenes lediglich in zeitgemäßer Form erweitert werde. So erhöhe das Entfernen und Versetzen von Zwischenwänden unter dem Gesichtspunkt der wesentlichen Verbesserung den objektiven Gebrauchswert des Hauses nicht notwendigerweise, solange nicht durch die Baumaßnahme ein größerer Raum geschaffen und damit zugleich die Wohnfläche vergrößert werde.

Aufwendungen für eine reine Umgestaltung von vermieteten Räumen durch Verlegung und Entfernung von Zwischenwänden sind danach keine nachträglichen Herstellungskosten, wenn diese neu eingefügten Gebäudeteile dem Gesamtgebäude nicht das bautechnische Gepräge geben, d.h. verbrauchte Teile ersetzen, die für die Nutzungsdauer bestimmend sind. Auch der Umstand allein, dass diese Maßnahme der Vermietbarkeit förderlich sei, führe entgegen der Vorinstanz noch nicht zu Herstellungskosten. Dies sei anders, wenn die Baumaßnahme zu einer Funktions- und Wesensänderung des Objekts – Umbau von Mietwohnungen in Arztpraxen – führe.

Dieser sicherlich sehr vermietetfreundliche Beschluss des BFH dürfte auch noch Bestand im Hauptsacheverfahren haben, sofern es dazu kommt, weil das FA diese Auffassung immer noch nicht akzeptiert.

Umbaukosten eine Großraumbüros in Einzelbüros Herstellungskosten

Die Klägerin baute ein Großraumbüro unter Verwendung von Rigips-Ständerwerk für DM 30 000,- im Streitjahr 1997 um in vier Einzelbüros zwecks besserer Vermietung.

Die Klägerin wollte diesen Aufwand als sofort abzugsfähige WK geltend machen, das FA ließ ihn nur im Wege der AfA zu als nachträgliche Herstellungskosten. Dies billigte das FG Düsseldorf mit Urteil des Einzelrichters vom 17.6.2005 (EFG 2006, 571; Revision zum BFH unter IX R 39/05). Wegen Erweiterung der Nutzungsmöglichkeit lägen nachträgliche HK vor. Es dürfte aber fraglich sein, ob die aufgestellten, möglicherweise leicht verstellbaren Rigips-Ständerwerke zu Herstellungsaufwand führen. Man wird sehen, wie der BFH entscheiden wird.

Schutzmaßnahmen gegen Mobilfunkwellen keine außergewöhnliche Belastung

Eine wohl selbstnutzende „Eigenheimerin“ beehrte die Anerkennung von Aufwendungen für Schutzmaßnahmen gegen Mobilfunkwellen von DM 15 773,- als außergewöhnliche Belastungen (Krankheitskosten) im Wege der Vollziehungsaussetzung bei ihrer Einkommensteuererklärung 2001. Dies lehnte nicht nur das FA, sondern auch das FG Baden-Württemberg mit rkr. gewordenem Beschluss vom 14.4.2005 (EFG 2006, 406) ab. Es gebe keine wissenschaftlichen Angaben über konkrete Gesundheitsgefährdung durch elektromagnetische Felder einer Mobilfunkbasisstation. Die Antragstellerin habe auch kein vorheriges amtsärztliches Gutachten beigebracht, das die Kausalität der Einflüsse der Mobilfunkanlage für ihre gesundheitliche Beeinträchtigung darlege. Die Empfehlungen des von ihr beigebrachten baubiologischen Gutachtens reichten hierfür nicht aus.

Verletzung rechtlichen Gehörs bei unzulässiger Verwertung der Prüfer-Handakte

Jeder erfahrene Richter beim FG weiß, dass sich nach einer durchgeführten Außenprüfung wertvolle Hinweise aus der sog. Außenprüfer-Handakte ergeben. Diese kann der Berichterstatler mit schriftlicher Verfügung, davon Abschrift an den Kläger, anfordern und bei deren Eingang bei Gericht davon ebenfalls dem Kläger Mitteilung machen. Damit wissen Kläger und ggf. sein Prozessbevollmächtigter, dass diese bei den Gerichtsakten ist, und er hat dann die Möglichkeit der Akteneinsicht.

Nach dem Sachverhalt des Urteils des FG Rheinland-Pfalz vom 12.5.2003 wurde die Prüfer-Handakte erst kurz vor der mündlichen Verhandlung vom FA dem FG übersandt und der Klägerin davon keine Mitteilung gemacht. In seinem Urteil führte das FG aus, das FA habe zu Unrecht nur die positiven Einkünfte aus dem Verkauf eines Fabrikgrundstücks als gewerbliche Einkünfte qualifiziert und nicht auch die negativen Einkünfte aus der Vermietung übriger Grundstücke von DM

207 083,-. Gleichwohl sei die Herabsetzung der gewerblichen Einkünfte nicht möglich, weil das FA es zu Unrecht unterlassen habe, den Veräußerungsgewinn für ein weiteres Objekt, der nach den Feststellungen des Prüfers laut Handakte DM 420 000,- betragen habe, zu berücksichtigen.

Der BFH hob mit Beschluss vom 25. 10. 2005 (VIII B 174/03 in BFH/NV 2006,749) das Urteil der Vorinstanz wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf und verwies zur weiteren Aufklärung zurück. Die Klägerin hatte nämlich auch geltend gemacht, dass, wenn sie Einsicht in die Prüfer-Handakte genommen hätte, der Veräußerungsgewinn aus dem weiteren Objekt nur DM 132 400,- betragen hätte.

Dieser Fall zeigt einmal mehr, wie wichtig es ist, dass man nur kompetente Steuerberater mit der Wahrnehmung seiner Interessen vor Gericht beauftragen sollte, die das gerichtliche Verfahrensrecht beherrschen. Dessen Unkenntnis beim Steuerberater, die regelmäßig wenige Prozesse bei Gericht führen, führt sehr oft schon allein zum Misserfolg der Klage.

Fristversäumnisse sind bei Steuerberatern so gut wie nie entschuldbar

Es ist leider schon eine feststehende Erfahrung, dass Steuerberater gute Kenntnisse im materiellen Steuerrecht haben, aber sehr oft so gut wie keine Kenntnisse im Verfahrensrecht, und dass dies bei Rechtsanwälten regelmäßig umgekehrt der Fall ist. Das liegt sicherlich daran, dass Steuerberater meist wenig mit dem FG zu tun haben und dies auch scheuen.

Ein Steuerberater (wohl Einzelkämpfer) beantragte 11 Monate (!) nach Ablauf der Klagefrist, ihm Wiedereinsetzung in die versäumte Klagefrist zu gewähren. Er trug vor, bei der Eintragung in seinem Postausgangsbuch, wonach er an jenem Tag an den Kläger persönlich ein Schreiben zur ESt 1997 bis 1999 abgesandt habe, handele es sich in Wahrheit um die an das FG abgesandte Klageschrift (die beim FG nicht angekommen war!). Die – irrümliche – Eintragung beruhe auf einem Versehen seines Angestellten. Er hatte insoweit auch eine eigene eidesstattliche Versicherung abgegeben, dass er selbst die Klageschrift rechtzeitig zur Post gegeben habe. Er habe auch mangelnde Erfahrungen mit der Abwicklung von Klage- und Wiedereinsetzungsanträgen.

Der BFH gewährte, ebenso wie das FG Köln in seinem Urteil vom 16. 12. 2004, mit seinem Beschluss vom 3. 8. 2005 (IX B 26/05 in BFH/NV 2006,307) keine Wiedereinsetzung. Der Steuerberater habe insoweit schuldhaft gehandelt. Begründe er die Wiedereinsetzung mit der fristgerechten Absendung eines beim Empfänger nicht eingegangenen Schriftstücks, muss er im einzelnen darlegen und glaubhaft machen, wann, von wem und wo es zur Post gegeben wurde. Bei Angehörigen der steuerberatenden Berufe ist dies durch Vorlage des Postausgangsbuchs glaubhaft zu machen. Dies könne nicht durch eidesstattliche Versicherung des Vertreters ersetzt werden. Bei Angehörigen der steuerberatenden Berufe muss erwartet werden, dass sie die Voraussetzungen und Anforderungen für die jeweils einzulegenden Rechtsmittel kennen oder sich zumindest davon Kenntnis verschaffen.

Dies sind zwar strenge Anforderungen an Steuerberater. Andererseits stehen ihnen aber auch gesetzlich entsprechende Honorare zu, und sie müssen auch eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen.

Fehlerhafte, anwaltliche eidesstattliche Versicherung für Wiedereinsetzung

Wie streng die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Wiedereinsetzungsantrags wegen Versäumung einer gesetzlich vorgeschriebenen Begründungsfrist sind, musste ein Rechtsanwalt beim BFH erfahren.

Seinem Mandanten wurde das Urteil des FG Hamburg vom 27. 12. 2004 (bestandskräftig gewordener Schätzungsbescheid) laut Postzustellungsurkunde durch Einlegung in seinen Wohnungs-Briefkasten am 31. 12. 2004 bekannt gegeben. Die Nichtzulassungsbeschwerde des anwaltlich vertretenen Klägers ging

zwar rechtzeitig am 28. 1. 2005 beim BFH ein, jedoch nicht die Begründung, die zwei Monate nach Urteilszustellung einzulegen hat und hier mit Schriftsatz vom 4. 3. 2005 erst am 7. 3. 2005 einging. Er beantragte zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, die sonst zuverlässig und fehlerlos arbeitende Angestellte X habe es versäumt, die Frist für die Begründung im Fristenkalender einzutragen, und versicherte dies anwaltlich.

Diese anwaltliche Versicherung akzeptierte der BFH in seinem Beschluss vom 13. 10. 2005 (IV B 21/05 in BFH/NV 2006,328) hier nicht zur Glaubhaftmachung. Er hätte das Fristenkontrollbuch vorlegen müssen, aus dem sich dann jedenfalls die Eintragung der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde ergeben hätte, und außerdem eine entsprechende eidesstattliche Versicherung der Angestellten. Dieses Verschulden seines Prozessbevollmächtigten musste sich der Kläger zurechnen lassen.

**§ 11 BJagdG; § 2 UStG
Jagdpacht; Mehrwertsteuer auf Pachtzins und
Wildschadensverhütungspauschale;
Änderung der Rechtslage**

Zur Verpflichtung des Jagdpächters, bei einem mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geschlossenen Jagdpachtvertrag anfallende Mehrwertsteuer auf den Pachtzins und eine Wildschadensverhütungspauschale zu zahlen.

(BGH, Urteil vom 2. 3. 2006 – III ZR 383/02)

1 **Zum Sachverhalt:** Mit Jagdpachtvertrag vom 24. März 1998 verpachtete das beklagte Land dem Kläger die Jagdnutzung auf den zu einem staatlichen Eigenjagdbezirk gehörenden Grundstücken gegen Zahlung einer jährlichen Pacht einschließlich Wildschadensverhütungspauschale von 6300 DM. Der Abschluss von Jagdpachtverträgen für das Bundesland erfolgt durch das jeweils zuständige Forstamt. Der Beklagte erzielte im Haushaltsjahr 2000 aus der Verpachtung von Jagdrechten einen Nettoumsatz von 2 146 731,94 DM. Über die Zahlung des Pachtzinses enthält § 7 Abs. 1 des Jagdpachtvertrags folgende zuzätzliche Regelung:

„Zur Zeit ist weder auf die Flächenpacht noch auf die Wildschadensverhütungspauschale eine Mehrwertsteuer zu erheben. Sollte sich die Rechtslage ändern, wird rückwirkend (frühestens ab Pachtbeginn) die Mehrwertsteuer in der gesetzlichen Höhe erhoben.“

2 Im Anschluss an eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 11. Februar 1999 (BFHE 187, 359 = BStBl. II 1999, 378) forderte der Beklagte mit Schreiben vom 10. Januar 2001 von dem Kläger rückwirkend ab dem Jagdjahr 2000/2001 die Zahlung von 16% Mehrwertsteuer (1008 DM) auf den Pachtbetrag und die Wildschadensverhütungspauschale. Der Kläger leistete die Zahlungen unter Vorbehalt. Mit der vorliegenden Feststellungsklage hat er geltend gemacht, eine Änderung der Rechtslage sei insoweit nicht eingetreten. Umsatzsteuer werde für die Verpachtung von Jagden nicht geschuldet.

3 Die Vorinstanzen [AG Betzdorf; LG Koblenz] haben entschieden, dass der Kläger nicht verpflichtet sei, auf den Pachtzins nebst Wildschadensverhütungspauschale für die Pachtjahre 2000/2001 und 2001/2002 Umsatzsteuer zu zahlen. Mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision verfolgt das beklagte Land seinen Klageabweisungsantrag weiter. Der erkennende Senat hat den Rechtsstreit mit Rücksicht auf ein vor dem Bundesfinanzhof geführtes Parallelverfahren (V R 28/03) ausgesetzt. Dieses Verfahren ist, nachdem der Bundesfinanzhof seinerseits eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften eingeholt hatte (Entscheidung vom 26. Mai 2005 – C-43/04, ABl. EU Nr. C 182, 14 <Tenor> = DS-

RE 2005, 841), durch Urteil vom 22. September 2005 (DB 2005, 2673 = DStR 2005, 2123 [= BStBl. II 2006, 280 = GuT 2006, 170 KL]) abgeschlossen.

4 Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg. Die negative Feststellungsklage des Klägers ist unbegründet.

5 I. Das Amtsgericht, auf dessen Ausführungen das Landgericht in vollem Umfang Bezug nimmt, hat als „Änderung der Rechtslage“ im Sinne der zwischen den Parteien streitigen Vertragsklausel nicht ausreichen lassen, dass die Forstverwaltung des beklagten Landes nunmehr von der Finanzverwaltung zur Umsatzsteuer veranlagt wird. Der Pachtvertrag sei vielmehr so auszulegen, dass die Parteien die tatsächliche Rechtslage als Grundlage ihrer Vertragsbeziehungen gelten lassen wollten. In Wirklichkeit handele es sich jedoch nicht um einen steuerbaren bzw. steuerpflichtigen Umsatz nach den Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes. Denn der Beklagte sei, soweit es um die Verpachtung der Jagdnutzung einschließlich Wildschadensverhütungspauschale gehe, nicht Unternehmer im Sinne des § 2 UStG. Insoweit werde er weder im Rahmen eines Betriebs gewerblicher Art noch innerhalb seiner land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe gewerblich oder beruflich tätig. Es liege vielmehr eine reine Vermögensverwaltung vor.

6 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

7 1. Durch das erwähnte Urteil des Bundesfinanzhofs vom 22. September 2005 (a. a. O.) ist inzwischen geklärt, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts mit der Verpachtung ihrer Eigenjagd im Rahmen ihres land- und forstwirtschaftlichen Betriebs gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 UStG gewerblich oder beruflich tätig wird und dass sie insoweit nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes – und nicht entsprechend den Durchschnittssätzen des § 24 UStG – zu besteuern ist, wenn, wie hier, der Grund und Boden, der den Eigenjagdbezirk bildet, zum land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehört. Mit europäischem Recht steht dies nach der vom Bundesfinanzhof eingeholten Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 26. Mai 2005 (a. a. O.) in Einklang. Der erkennende Senat schließt sich dieser Beurteilung des Bundesfinanzhofs an und verweist ergänzend hierauf. Die Steuerpflicht erstreckt sich entgegen der von dem Kläger in der mündlichen Revisionsverhandlung vertretenen Ansicht als Teil des Leistungsaustauschs auch auf die Wildschadensverhütungspauschale; sie dient zur Abdeckung von Aufwendungen des Landes und ist – im Gegensatz möglicherweise zur Wildschadenspauschale (Vfg. der OFD Koblenz vom 25. Mai 1995, UR 1996, 27) – keine Schadensersatzleistung (so auch Schreiben des Ministeriums für Umwelt und Forsten des Landes Rheinland-Pfalz an die Forstverwaltung vom 30. Juni 2000).

8 2. Die Revision ist der Ansicht, die Vertragsbestimmung über eine Belastung des Klägers als Jagdpächter mit der Mehrwertsteuer bei Änderungen der Rechtslage sei, abweichend vom Wortlaut des § 545 Abs. 1 ZPO, als innerhalb mehrerer Landgerichtsbezirke verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung vom Revisionsgericht frei auszulegen (in diesem Sinne jetzt auch BGHZ 163, 321, 324 [= WuM 2005, 589]). Die Klausel sei so zu verstehen, dass schon eine von der Finanzverwaltung zur Frage der Umsatzsteuerpflicht gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses geänderte Rechtsauffassung eine Pflicht des Klägers zur Erstattung der Umsatzsteuer auslöse.

9 Inwieweit dem zu folgen ist, kann offen bleiben. Die Klageabweisung wird auf der Grundlage der erörterten Auslegung des Umsatzsteuergesetzes bereits von der tatrichterlichen Erwägung getragen, die Parteien hätten die Erstattung von Mehrwertsteuer von der tatsächlich bestehenden Umsatzsteuerpflicht abhängig gemacht und dabei – so ist dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Amtsgerichts zu entnehmen – auch eine geänderte, jedoch objektiv zutreffende Rechtsansicht als „Änderung der Rechtslage“ ausreichen lassen. Das ist nicht zu

beanstanden und entspricht dem Zweck der Klausel, eine etwa später vom Verpächter zu zahlende Mehrwertsteuer in jedem Fall an den Jagdpächter weiterzugeben. Der Pächter wird dadurch nicht unzumutbar belastet, da er mit einer solchen Verpflichtung nach dem Vertragstext – unabhängig von den Bedingungen der Ausschreibung – von vornherein rechnen musste. Die auch noch in der Revisionserwiderung vom Kläger aufgeworfene Frage nach einer verfassungsrechtlich zulässigen Rückwirkung von Steuergesetzen stellt sich hier nicht; das beklagte Land und somit vertraglich auch der Kläger schuldeten bei richtigem Verständnis des Umsatzsteuergesetzes von Beginn des Pachtverhältnisses an die Mehrwertsteuer. Eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes im Hinblick auf eine unterschiedliche Umsatzsteuerbelastung bei der Verpachtung von Jagden, je nachdem, ob der Verpächter im Sinne des § 2 UStG als Unternehmer gilt, ist ebenso wenig ersichtlich.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 675 BGB; §§ 347, 363 AO; § 74 FGO
Steuerpflicht des Freiberuflers; vorsorgliche
Rückstellungen wegen Gewerbesteuer;
Hinweispflichten des Steuerberaters**

a) Der Steuerpflichtige kann auch dann, wenn er gegen einen Gewerbesteuermessbescheid mit der Begründung vorgeht, er sei Freiberufler, die gegen ihn festgesetzte Einkommensteuer anfechten, um Rückstellungen wegen der Gewerbesteuer steuermindernd geltend zu machen.

b) Der mit der Prüfung des Einkommensteuerbescheids beauftragte Steuerberater ist verpflichtet, seinen Mandanten auf diese Möglichkeit hinzuweisen.

(BGH, Urteil vom 23. 3. 2006 – IX ZR 140/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Diplom-Kaufmann und seit 1989 selbstständig tätig. Unter anderem wirkt er im Auftrag von Gesellschaften an der Auswahl von Führungskräften mit. Die Beklagte hatte ihn in der Zeit von 1990 bis 1997 steuerlich beraten.

2 Der Kläger erreichte für den Veranlagungszeitraum 1989 im Einspruchsverfahren, dass das Finanzamt auch die Einkünfte aus seiner Führungskräfte vermittelnden Tätigkeit nach § 18 EStG (Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit) behandelte. Nach einer Betriebsprüfung im Jahre 1995 kam das Finanzamt jedoch zu dem Ergebnis, dass seine Einkünfte in den Jahren von 1990 bis 1993 als solche aus Gewerbebetrieb einzuordnen seien. Daraufhin setzte das Finanzamt Gewerbesteuermessbeträge fest. Die hiergegen vom Kläger eingelegten Rechtsbehelfe blieben hinsichtlich der Einnahmen aus der Personalvermittlung in allen Instanzen erfolglos. Der Bundesfinanzhof führte aus, der Kläger sei in den Streitjahren durch die von Anfang an von ihm selbst betriebene Auswahl und Präsentation von geeigneten Kandidaten für unternehmerische Führungsaufgaben gewerblich tätig geworden und unterliege daher der Gewerbesteuer (BFH DStR 2002, 2121, 2122).

3 Der Kläger wirft der Beklagten – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – vor, die aufgrund der Betriebsprüfung geänderten Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1990 bis 1993 nicht angefochten zu haben, um im Wege hilfsweise zu bildender Gewerbesteuerrückstellungen wenigstens die Herabsetzung der Einkommensteuerlast zu erreichen. Die Vorinstanzen [LG Krefeld; OLG Düsseldorf] haben seine Feststellungsklage auch insoweit abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag in dem vorbezeichneten Umfang weiter.

4 Aus den Gründen: Die Revision ist begründet, die Klage hat in diesem Umfang Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht hat gemeint, die Beklagte habe sich nicht dadurch schadensersatzpflichtig gemacht, dass sie die nach

der Betriebsprüfung 1995 geänderten Einkommensteuerbescheide nicht angefochten habe. Durch die Anfechtung hätte sie zwar eine Reduzierung der Einkommensteuer erreichen können; im Rahmen der erforderlichen Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 EStG hätte der Kläger Gewerbesteuerrückstellungen bilden können und müssen. Der Kläger habe sich aber entschlossen, gegen die Gewerbesteuermessbescheide mit der Begründung vorzugehen, er sei nicht Gewerbetreibender, sondern Freiberufler. Dann aber sei es nicht möglich beziehungsweise nicht Erfolg versprechend gewesen, gleichzeitig mit dem Einspruch gegen die Einkommensteuerbescheide geltend zu machen, er mache als Gewerbetreibender Gewerbesteuerrückstellungen geltend. Der Kläger habe sich daher für einen der beiden Wege entscheiden müssen.

6 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

7 1. Der Steuerberater ist im Rahmen des ihm erteilten Auftrags verpflichtet, den Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Er hat seinen Mandanten möglichst vor Schaden zu schützen. Hierzu hat er den relativ sichersten Weg zu dem angestrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und die für den Erfolg notwendigen Schritte vorzuschlagen. Im Prozess hat er die zugunsten seines Mandanten sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte vorzutragen. Die mandatsbezogenen erheblichen Gesetzes- und Rechtskenntnisse muss der Steuerberater besitzen oder sich ungesäumt verschaffen (vgl. BGHZ 129, 386, 396; BGH, Urt. v. 15. Juli 2004 – IX ZR 472/00, ZIP 2004, 2058, 2059 [= GuT 2004, 245]).

8 2. Danach musste die Beklagte den Kläger dahin beraten, dass er gegen die Einkommensteuerbescheide für die Jahre von 1990 bis 1993 Einspruch einlegt. Dann hätte – wie das Berufungsgericht nicht verkennt – die Berücksichtigung von Gewerbesteuerrückstellungen in der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 EStG durch Betriebsvermögensvergleich zu einer Verringerung des zu versteuernden Einkommens des Klägers und damit auch zu einer Verringerung seiner Einkommensteuerlast geführt. Dies ist, wie das Berufungsgericht feststellt, im Grundsatz zwischen den Parteien unstrittig.

9 a) Der Verpflichtung, zur Einlegung von Einsprüchen gegen die geänderten Einkommensteuerbescheide zu raten, steht nicht entgegen, dass die Beklagte im Auftrag des Klägers gegen die Gewerbesteuermessbescheide vorging und hierbei den vom Kläger verfochtenen Standpunkt vertrat, er sei nicht Gewerbetreibender, sondern Freiberufler. Denn der Steuerberater muss – nicht anders als der Rechtsanwalt – bei seiner Beratung auch in Rechnung stellen, dass Behörden oder Gerichte den von ihm eingenommenen Rechtsstandpunkt nicht teilen. Er muss auch für diesen Fall Vorsorge zu Gunsten seines Mandanten treffen (vgl. BGH, Urt. v. 5. November 1987 – IX ZR 86/86, NJW 1988, 486, 487; v. 17. Dezember 1987 – IX ZR 41/86, NJW 1988, 1079, 1080; v. 28. Juni 1990 – IX ZR 209/89, WPM 1990, 1917, 1919).

10 b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe nicht einerseits gegen die Gewerbesteuermessbescheide mit der Begründung vorgehen können, er sei Freiberufler, und zugleich mit dem Einspruch gegen die Einkommensteuerbescheide geltend machen können, als Gewerbetreibender könne er Gewerbesteuerrückstellungen bilden, trifft nicht zu.

11 aa) Gemäß § 347 Abs. 1 Nr. 1 AO war der Einspruch sowohl gegen die geänderten Einkommensteuerbescheide als auch gegen die Gewerbesteuermessbescheide statthaft. Wenn auch nach § 2 Abs. 1 GewStG der Begriff des Gewerbebetriebes für die Einkommensteuer und die Gewerbesteuer der Gleiche ist, so handelt es sich doch bei der Veranlagung zur Einkommensteuer und bei der Festsetzung des einheitlichen Gewerbesteuermessbetrages um zwei getrennte, selbständige Verfahren. Das Finanzamt ist in seiner Beurteilung in dem einen Verfahren nicht an diejenige in dem anderen Verfahren gebunden (BFHE 73, 34, 38 f; 81, 635, 638; BFH HFR 1965, 467; BFH/NV 1994, 303, 304; Tipke/Kruse, AO/FGO § 40 FGO Rn 36, 42). Ebenso liegt

es im finanzgerichtlichen Verfahren. Die Aussetzung eines solchen Verfahrens wäre in beiden Streitfällen nicht möglich gewesen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen des § 74 FGO nicht erfüllt sind. Eine rechtliche Abhängigkeit zwischen zwei gerichtlichen Verfahren ist nicht gegeben, wenn die verschiedenen Verfahren nur insofern Bezug zueinander haben, als in ihnen ganz oder teilweise über gleichartige Sach- oder Rechtsfragen zu befinden ist, die Entscheidungen aber rechtlich nicht wechselseitig bindend sind. Die in § 74 FGO vorausgesetzte Abhängigkeit besteht daher nicht zwischen mehreren Klageverfahren, die einerseits einen Einkommensteuerbescheid und andererseits einen Gewerbesteuermessbescheid zum Gegenstand haben. Der Gewinnermittlung für die Zwecke der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages und der einkommensteuerrechtlichen Gewinnermittlung liegen zwar im Wesentlichen dieselben Rechtsnormen zugrunde; die Einkommensteuerveranlagung ist aber nicht bindend für die Gewerbesteuermessbetragsfestsetzung und umgekehrt (BFH, Urt. v. 20. Januar 1983 – IV R 182/81, zitiert nach juris). Das Gleiche gilt im Rahmen des § 363 Abs. 1 AO für das Finanzamt im Einspruchsverfahren (vgl. Klein/Brockmeyer, AO 8. Aufl. § 363 Rn. 4 bis 6; Tipke/Kruse, a. a. O. § 363 AO Rn. 6). Dieses hätte lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägungen ein Ruhen des Verfahrens nach § 363 Abs. 2 Satz 1 AO in Erwägung ziehen können (Tipke/Kruse, a. a. O. § 363 AO Rn. 9); dann hätte es dem Kläger freigestanden, dem zuzustimmen. Auch im gerichtlichen Verfahren tritt eine wechselseitige Bindung nicht ein (BFH, a. a. O.).

12 Wenn somit im Falle eines Rechtsbehelfs gegen die Einkommensteuerbescheide weder Finanzamt noch Finanzgericht an die rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Klägers im Verfahren gegen die Gewerbesteuermessbescheide gebunden gewesen wären, kann eine solche Bindung für den rechtsuchenden Bürger erst recht nicht angenommen werden. Die Rechtmäßigkeit ist für jeden Bescheid gesondert zu beurteilen. Dem Kläger war es in der schwierigen Abgrenzungsfrage, ob seine Führungskräfte vermittelnde Tätigkeit unter § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG fällt, unbenommen, in jedem Rechtsbehelfsverfahren den für ihn jeweils günstigsten Rechtsstandpunkt einzunehmen.

13 bb) Die Auffassung des Berufungsgerichts beeinträchtigt die verfahrensrechtliche Position des Klägers in unangemessener Weise. Der Kläger ist nicht nur durch die Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages, sondern auch durch die Einkommensteuerbescheide beschwert. Folglich kann er sich auch gegen letztere mit den in der Abgabenordnung und der Finanzgerichtsordnung vorgesehenen Rechtsbehelfen zur Wehr setzen. Hierbei muss er, soweit es um die Anfechtung der Einkommensteuerbescheide geht, auch den Fall berücksichtigen, dass sich seine im Verfahren gegen die Gewerbesteuermessbescheide vorgetragene Auffassung, er sei Freiberufler, nicht durchsetzt. Andernfalls entstünde eine Einkommensteuerlast, die er nach dem Gesetz nicht tragen muss. Das aber läuft der in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs anerkannten Selbständigkeit der beiden Verfahren zuwider.

14 III. Das Berufungsurteil ist daher im Umfang der Anfechtung aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind, hat der Senat selbst eine Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die vom Kläger begehrte Feststellung auszusprechen.

15 1. Die Feststellungsklage ist zulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO); zwar muss in Fällen allgemeiner Vermögensschäden die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts dargetan werden (BGH, Urt. v. 15. Oktober 1992 – IX ZR 43/92, WPM 1993, 251, 260; Zöller/Greger, ZPO 25. Aufl. § 256 Rn. 8a). Im vorliegenden Fall ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ein Schaden in Form der Einkommensteuerfestsetzungen durch die Bescheide vom November 1995 (zunächst) eingetreten. Damit ist die dreijährige Verjährungsfrist des damals noch geltenden § 68 StBerG für den gesamten Schaden einschließlich aller weiteren voraussehbaren Nachteile in Gang gesetzt worden (vgl. BGHZ 119, 69, 73). Das begründet das rechtliche Interesse an

alsbaldiger Feststellung (vgl. BGH, Urt. v. 22. Februar 2001 – IX ZR 293/99, WPM 2001, 741, 742). Auf die Frage, ob der Schaden während des Prozesses bezifferbar geworden ist, kommt es nicht an; denn dies hätte nicht zur Folge, dass das Feststellungsinteresse nachträglich entfiele (vgl. BGH, Urt. v. 30. März 1983 – VIII ZR 3/82, NJW 1984, 1552, 1554; v. 7. Juni 1988 – IX ZR 278/87, NJW 1988, 3268).

16 2. Die Klage ist auch begründet. Die Beklagte bestreitet nicht, dass sich ihr steuerberatendes Mandat auch auf die Prüfung der Einkommensteuerbescheide für die hier streitgegenständlichen Veranlagungszeiträume erstreckt hat. Die aus dem Mandatsverhältnis mit dem Kläger folgende Pflicht, gegen die geänderten Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1990, 1991, 1992 und 1993 Einspruch einzulegen, hat sie verletzt; denn sie hätte damit auf der Grundlage der seit der Betriebsprüfung 1995 von den Finanzbehörden und -gerichten einschließlich des Bundesfinanzhofs übereinstimmend vertretenen Auffassung, die auch für den Regressprozess maßgebend ist (BGHZ 145, 256, 262), Rückstellungen für Gewerbesteuer gewinnmindernd geltend machen können (§ 266 Abs. 3 Buchst. B Nr. 2 HGB; vgl. auch BGH, Urt. v. 9. Januar 1996 – IX ZR 103/95, WPM 1996, 551, 552 f); das ist zwischen den Parteien unstrittig. Das Berufungsgericht hat daher zutreffend festgestellt, dass dies zu einer Verringerung der Einkommensteuerlast des Klägers in den Veranlagungszeiträumen 1990 bis 1993 geführt hätte. Dass der Kläger einem entsprechenden Rat gefolgt wäre, ergibt sich aus der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens, welche die Beklagte nicht widerlegt hat. Nichts spricht dafür, dass der Kläger wegen seines vorrangigen Anliegens, als Freiberufler anerkannt zu werden, einen Schaden in Kauf genommen hätte, der für den Fall einer ihm ungünstigen Entscheidung in der Auseinandersetzung um die Gewerbesteuerpflicht ohne weiteres durch Einspruch hätte vermieden werden können.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

§§ 3, 5, 56 StBerG; § 134 BGB; Art. 49, 50 EGV – Befugnis einer Sozietät zu steuerberatenden Leistungen

a) Verpflichtet sich eine Sozietät zur Erbringung steuerberatender Leistungen, ist der Vertrag jedenfalls dann nichtig, wenn nicht sämtliche Sozien zur geschäftsmäßigen Hilfe in Steuersachen befugt sind.

b) Ein EU-Bürger, der in Deutschland keine Zulassung als Steuerberater hat, ist nicht deswegen zur geschäftsmäßigen Hilfe in Steuersachen befugt, weil er mit einem deutschen Steuerberater im Inland eine Sozietät gegründet hat.

(BGH, Versäumnisurteil vom 26. 1. 2006 – IX ZR 225/04)

§ 68 StBerG a. F. – Steuerberaterhaftung; Kapitalanlage und Treuhänderfunktion

Gegen einen Steuerberater als Treuhandkommanditisten einer Publikums-KG gerichtete Schadensersatzansprüche von Kapitalanlegern aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen unterliegen nicht der kurzen Verjährungsfrist gemäß § 68 a. F.



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

StBerG, sondern verjährten in 30 Jahren (Abgrenzung zum Senatsurteil BGHZ 120, 157).

(BGH, Urteil vom 20. 3. 2006 – II ZR 326/04)

§ 290 InsO – Insolvenz; „unrichtige“ Steuererklärung

a) Eine teilweise auf Schätzungen des Schuldners beruhende Einkommensteuererklärung ist nur dann „unrichtig“ im Sinne von § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO, wenn die Unrichtigkeit von ihr enthaltenen Angaben feststeht.

b) Ein bestandskräftiger, teilweise auf Schätzungen des Finanzamts beruhender Steuerbescheid beweist für sich genommen nicht die Unrichtigkeit der Steuererklärung des Steuerpflichtigen.

(BGH, Beschluss vom 12. 1. 2006 – IX ZB 29/04)

§§ 108, 122, 355 AO – Einspruchsfrist gegen Steuerbescheid; Fristbeginn bei Einwurf in den Hausbriefkasten

Wird ein Steuerbescheid mit der Post übermittelt und wird die betreffende Postsendung später als drei Tage nach Absendung in den Hausbriefkasten des Empfängers eingeworfen, so beginnt die Einspruchsfrist am Tag des Einwurfs. Das gilt auch dann, wenn der Empfänger des Steuerbescheids ein Unternehmen ist, der Einwurf an einem Sonnabend erfolgt und in dem betreffenden Unternehmen sonnabends nicht gearbeitet wird (Abgrenzung zum BFH-Urteil vom 14. Oktober 2003 IX R 68/98, BFHE 203, 26, BStBl II 2003, 898).

(BFH, Urteil vom 9. 11. 2005 – I R 111/04)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2006, 219 –

§ 7 EStG – Garagen-Mietobjekte; Abschreibung

Anders als Garagen von Ein- oder Zweifamilienhäusern sind Garagen, die auf dem Gelände eines großen Mietwohnungs-komplexes nachträglich errichtet werden, jedenfalls dann als selbstständige Wirtschaftsgüter gesondert abzuschreiben, wenn ihre Errichtung nicht Bestandteil der Baugenehmigung für das Mietwohngebäude war und kein enger Zusammenhang zwischen der Nutzung der Wohnungen und der Garagen besteht, weil die Zahl der Garagen hinter der Zahl der Wohnungen deutlich zurückbleibt und die Garagen zum Teil an Dritte vermietet sind.

(BFH, Urteil vom 22. 9. 2005 – IX R 26/04)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG (EFG 2005, 271)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2006, 169 –

§ 15 EStG – gewerblicher Grundstückshandel; Errichtung, Vermietung und Veräußerung der Einkaufspassage

1. Eine GbR, die ein zuvor erworbenes Grundstück mit einer noch von ihr zu errichtenden Einkaufspassage veräußert, verlässt nicht nur den Bereich der privaten Vermögensverwaltung, sondern kann unter weiteren Umständen auch das in § 15 Abs. 2 EStG geforderte Merkmal der Nachhaltigkeit erfüllen.

2. Sie ist jedenfalls dann nachhaltig tätig, wenn sie (kumulativ) in unbedingter Veräußerungsabsicht eine Bauplanung für das Grundstück hat erstellen lassen, im Interesse der potentiellen Erwerber Mietverträge abgeschlossen, bei Gesamtbaukosten von rd. 12 Mio. DM und einem Gewinn von fast 4 Mio. DM mehrere Bauunternehmer beauftragt und sich zur Gewährleistung für Baumängel sowie zur Zahlung von Schadensersatz für Mietausfälle bei nicht rechtzeitiger Fertigstellung verpflichtet hat.

3. Unter diesen Umständen ist auch das Merkmal der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gegeben.

(BFH, Urteil vom 1. 12. 2005 – IV R 65/04)

Vorinstanz: FG Düsseldorf (EFG 2005, 600)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2006, 259 –

§§ 2, 24 UStG; Art. 4, 25 Richtlinie 77/388/EWG – Umsatzsteuerpflicht der jPöR als Verpächterin der Eigenjagd

1. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts wird mit der Verpachtung ihrer Eigenjagd im Rahmen ihres land- und forstwirtschaftlichen Betriebes gemäß § 2 Abs. 3 UStG gewerblich oder beruflich tätig.

2. § 24 UStG ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass er nur die Lieferung landwirtschaftlicher Erzeugnisse und landwirtschaftliche Dienstleistungen i. S. des Art. 25 der Richtlinie 77/388/EWG erfasst.

(BFH, Urteil vom 22. 9. 2005 – V R 28/03)

(Nachfolgeentscheidung zum EuGH-Urteil vom 26. Mai 2005 Rs. C-43/04, Stadt Sundern)

Vorinstanz: FG Münster (EFG 2003, 1127)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2006, 280 –

Hinw. d. Red.: S. dazu BGH GuT 2006, 166 (in diesem Heft) zur jagdpachtvertraglichen Mehrwertsteuer.

§§ 4, 6 UStG 1999; Art. 15 Richtlinie 77/388/EWG – Umsatzsteuerpflicht im „Duty-Free“-Bereich von Flughäfen

1. Die im Transitbereich deutscher Flughäfen ausgeführten Umsätze werden im Inland ausgeführt.

2. Der Verkauf von „Duty-Free“-Waren im Transitbereich ist nicht nach § 4 Nr. 1 Buchst. a, § 6 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1999 befreit, weil der Unternehmer den Gegenstand der Lieferung nicht befördert oder versendet.

3. Die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 1 Buchst. a, § 6 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 a Nr. 1 UStG 1999 setzt einen Abnehmernachweis voraus.

(BFH, Urteil vom 3. 11. 2005 – V R 63/02)

Vorinstanz: FG Hamburg (EFG 2003, 646)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2006, 337 –

Magazin

Politik und Recht

**CDU/CSU Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 6. 4. 2006**

**Wohnen ist keine EU-Angelegenheit
Fehlentwicklungen und unnötige Bürokratien in
Brüssel von vornherein unterbinden**

Zu dem „Vorschlag für eine Europäische Charta für Wohnen“ der so genannten „Intergroup housing and urban issues“ erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Die Förderbedingungen sowohl für den Neubau als auch die Modernisierung der Wohnungen sind alleinige Angelegenheiten der europäischen Mitgliedstaaten und müssen es auch bleiben. Die Konkretisierung der sozialen Wohnungsbauförderung ist am effizientesten auf den marktnächsten Ebenen, also der Ebene der Regionen und der Kommunen angesiedelt.

Wohnen gehört nicht in den Zuständigkeitsbereich der EU. Trotzdem plant die im letzten Jahr gegründete „Intergroup housing and urban issues“ im Europäischen Parlament, im Rahmen eines Initiativantrages eine „Charta für Wohnen“ einzubringen und zu verabschieden. Diese Entwicklung muss im Keim erstickt werden.

Es gilt, frühzeitig Fehlentwicklungen und unnötige Bürokratien in Brüssel von vornherein zu unterbinden. Die Städte, Gemeinden und Landkreise beklagen sich zu Recht seit vielen Jahren über kontraproduktive Vorgaben aus Brüssel. Die Europapolitiker sind daher aufgefordert, zu verhindern, dass die EU für sich erneut Zuständigkeiten sucht, die gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoßen.

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 25. 4. 2006**

**Startschuss für mutigen Bürokratieabbau
Mehr Freiräume und mehr Eigenverantwortung**

Zum heutigen Beschluss des Bundeskabinetts zum Bürokratieabbau erklärt der mittelstandspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Michael Fuchs MdB:

Mit dem heutigen Kabinettsbeschluss macht die Bundesregierung Ernst mit ihrem Kampf gegen Bürokratie, Paragraphenschungel und unnötige Regelungswut.

Zum ersten Mal wird in Deutschland mit dem Normenkontrollrat auf Bundesebene ein unabhängiges Gremium eingesetzt, dass nach objektiven Kriterien und umfassend Bürokratiekosten eines jeden neuen Gesetzes und sukzessive auch des bestehenden Normenbestandes messen wird. Regierung und Parlament werden damit künftig vor Inkrafttreten neuer Regeln öffentlich der Spiegel vorgehalten, wie teuer gesetzliche Informations- und Auskunftspflichten für Bürger und Betriebe tatsächlich sein werden. Der Normenkontrollrat schafft so erstmals den nötigen öffentlichen Druck, unnütze und teure Gesetze abzuschaffen bzw. gar nicht erst entstehen zu lassen.

Bürokratie ist eine der größten Wachstumsbremsen der deutschen Wirtschaft. Nach Berechnungen unabhängiger Institute belasten übertriebene Regulierungen deutsche Unternehmen durchschnittlich mit jährlich etwa 46 Mrd. Euro. Reduziert man bürokratische Belastungen, ist dies ein kostenloses Konjunkturprogramm, das gerade dem Mittelstand zugute kommt.

Mit dem Mittelstandsentlastungsgesetz der Bundesregierung werden zugleich erste konkrete Erleichterungen bei Statistik- und Buchführungspflichten auf den Weg gebracht. Zahlreiche weitere Maßnahmen zum Abbau bestehender Wachstumshemmnisse müssen nun rasch folgen.

Bundeskanzlerin Merkel hat den Bürokratieabbau zur Chefsache erklärt. Daran seien alle erinnert, die glauben, man könne sich wie in der Vergangenheit um mutige Schritte herumogeln. CDU/CSU werden dafür Sorge tragen, dass diese Herkulesaufgabe in den nächsten Monaten und Jahren an prominenter Stelle auf der Tagesordnung bleibt und Bürger und Unternehmer bürokratische Entlastung verspüren werden.

Weniger Bürokratie bedeutet aber nicht nur mehr Freiräume, sondern auch mehr Eigenverantwortung. Hier ist mehr Mut nicht

nur von der Politik, sondern auch von jedem Einzelnen gefordert. Bürokratieabbau ist und bleibt eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 5. 2006

Union bringt Bürgeranliegen im Petitionsausschuss voran Petitionen zu Fahrradbeleuchtung und Rügen-Anbindung

Anlässlich der gestrigen Sitzung des Petitionsausschusses erklärt der Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion im Petitionsausschuss, Günter Baumann MdB:

Im Petitionsausschuss hat die Union das Anliegen eines Bürgers vorangebracht, der sich für eine alternative Beleuchtungsmöglichkeit zur gesetzlich vorgeschriebenen Dynamobleuchtung aussprach. Vorteile seien die leichte Bedienbarkeit sowie das Funktionieren auch im Stand und bei Nässe. Die Unionsvertreter im Ausschuss haben sich dieses Anliegens angenommen, weil damit auch ein Beitrag zur Entbürokratisierung und Deregulierung geleistet werden kann. Eine funktionierende Beleuchtungsmöglichkeit am Fahrrad wird zwar als notwendig erachtet, die konkrete Ausgestaltung sollte aber dem einzelnen Fahrradfahrer überlassen bleiben.

In einer weiteren Petition ging es darum, die im Bundesverkehrswegeplan vorgesehene verkehrliche Anbindung der Insel Rügen an die A 20 zu verhindern. Die Petenten zweifelten die Notwendigkeit der neuen Brücke über den Strelasund und den Ausbau der B96 auf Rügen an. Dieses Anliegen konnten die Vertreter der Union im Ausschuss nicht unterstützen. Gerade mit der Fertigstellung der A 20 wird die Voraussetzung für eine bessere touristische Erreichbarkeit der Ostseeküste geschaffen. Die Tourismuswirtschaft ist in Mecklenburg-Vorpommern die größte Erwerbsquelle, auf der Insel Rügen ist sie nahezu die einzige. Eine bessere Anbindung der Insel Rügen an die Verkehrsinfrastruktur auf dem Festland ist deshalb von großer Bedeutung für die Sicherung der vorhandenen und die Entstehung neuer Arbeitsplätze und damit auch im Interesse der Bürger von Rügen. Besonders für Familien mit kleinen Kindern ist es bisher wenig attraktiv, stundenlang vor dem alten Rügendamms im Stau zu stehen, bis sie ins Urlaubsgebiet auf der Insel Rügen kommen. Mit der baldigen Fertigstellung der neuen Brücke wird das bestehende Nadelöhr beseitigt. Für den Fährhafen Saßnitz-Mukran bedeutet der „Rügenzubringer“ eine deutliche Verbesserung der Erreichbarkeit und damit bessere wirtschaftliche Rahmenbedingungen.

Das Anliegen der Petenten wurde deshalb vom Petitionsausschuss nicht aufgegriffen, das Petitionsverfahren wurde abgeschlossen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 5. 4. 2006

Verbraucherinformationsgesetz zukunftsweisend für Verbraucher und Unternehmer Schwarze Schafe werden durch öffentliche Benennung ausgegrenzt

Zur heutigen Bestätigung der Vorlage des Verbraucherinformationsgesetzes durch das Bundeskabinett erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Peter Bleser MdB, die stellvertretende Vorsitzende der Arbeitsgruppe, Ursula Heinen MdB, und die Verbraucherschutzbeauftragte, Julia Klöckner MdB, der CDU/CSU-Bundestagsfraktion:

Mit dem Verbraucherinformationsgesetz eröffnet die Koalition der Verbraucherpolitik neue Perspektiven und setzt damit eine zentrale Forderung des Koalitionsvertrages um. Die Verbraucherinnen und Verbraucher erhalten mehr Möglichkeiten, sich bei Behörden die Informationen einzuholen, die sie für eine ausgewogene Kaufentscheidung benötigen. Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion unterstreicht damit ihr Leitbild eines informierten und mündigen Verbrauchers.

Das Verbraucherinformationsgesetz wirkt in zwei Richtungen: Zum einen wirkt es in die Branche hinein, indem sich or-

dentlich wirtschaftende Betriebe im Wettbewerb behaupten können. Schwarze Schafe werden durch öffentliche Benennung ausgegrenzt und erhalten so keine Möglichkeit mehr, weiterhin mit den betroffenen Produkten am Markt teilzunehmen. Dies gilt auch für importierte Lebensmittel, die bereits wiederholt durch Grenzwertüberschreitungen bei Pestiziden aufgefallen sind.

Zum anderen erhalten Verbraucher die Möglichkeit, sich bei den zuständigen Behörden über die Qualität von Produkten zu informieren. Dabei ist die Behörde verpflichtet, die bei ihr vorliegenden Informationen in einer für den Verbraucher verständlichen Form bereit zu stellen. Dieser Anspruch ist neu und geht weit über das hinaus, was unter Rot/Grün geplant war. Dies ist ein Quantensprung in der Verbraucherpolitik und ein weiterer Beleg für die verantwortliche Verbraucherschutzpolitik der neuen Bundesregierung.

Der geschaffene Auskunftsanspruch der Verbraucherinnen und Verbraucher ist ein klarer Wettbewerbsvorteil für alle qualitätsbewussten Unternehmen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 0474 vom 6. 4. 2006

Kabinett erteilt wirksamer Verbraucherinformation eine Absage

Anlässlich der Behandlung des Verbraucherinformationsgesetz im Bundeskabinett erklärt Ulrike Höfken, verbraucherpolitische Sprecherin:

Nach langem Hin und Her hat sich das Kabinett heute gegen ein wirksames Verbraucherinformationsgesetz entschieden. Nicht Minister Seehofer wird das vollmundig für Januar angekündigte Gesetz einbringen, sondern die Abgeordneten von SPD und CDU mussten selbst tätig werden, damit überhaupt etwas passiert.

Das Kabinett hat dem bürokratischen Missgriff nun seinen Segen erteilt, weil auch der Bundesregierung nichts Besseres einfällt. Der Druck der Ernährungsindustrie ist wohl zu groß, um Verbrauchern echte Informationsrechte zu geben. Ob es damit zu einer Verabschiedung noch vor der Sommerpause kommen wird, darf bezweifelt werden.

Inhaltlich hat sich in allen Entwürfen nichts Wesentliches geändert. Unsere Kritikpunkte bleiben damit bestehen:

- kein Informationsanspruch gegenüber Unternehmen
- kein Informationsanspruch bei Dienstleistungen und Nichtlebensmitteln (Anwendungsbereich ist das LFGB)
- keine verpflichtende Informationen durch die Behörden bei Täuschung und Irreführung des Verbrauchers
- lange Antwortfristen von bis zu 3 Monaten und umfangreiche Ausschlussmöglichkeiten reduzieren die Verbraucherinformationsrechte erheblich

Dabei hätten die Koalitionsfraktion besser den grünen Gesetzentwurf vom Dezember 2005 (Bundestags-Drucksache 16/199) zur Vorlage genommen, um ein wirklich effektives und verbraucherfreundliches Gesetz einzubringen.

Schon damals haben wir die Bundesregierung eindringlich gewarnt, dass nur ein wirksames Verbraucherinformationsgesetz den vermehrten Lebensmittelskandalen entgegenzutreten kann.

Der Gammel- und der Wildfleischskandal der letzten Monate sind warnende Beispiele: Umbenennung von billigen Importen in deutsches Edelfleisch, Umetikettierung von abgelauenen Gammelfleisch in frische Supermarktware.

Alles scheint möglich und der Verbraucher kann sich auf nichts mehr verlassen. In der Lebensmittelindustrie herrschen zum Teil mafiöse Strukturen vor, die jede Aufklärung verhindern wollen. Erst wenn Ross und Reiter durch die Behörden regelmäßig öffentlich genannt werden, wird sich etwas daran ändern. Fleischpanschereien dürfen nicht länger gedeckt werden,

sondern schwarze Schafe müssen öffentlich gemacht werden, um die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber den seriösen Betrieben endlich zu beenden.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 17. 3. 2006**

**Mitnahmeeffekte, Steuerausfaelle – EU-Kommission:
Ermaessigte Mehrwertsteuer bringt keine Vorteile**

Zur Diskussion ueber ermaessigte Mehrwertsteuersaetze fuer handwerkliche Dienstleistungen erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Peer Steinbrueck spricht sich voellig zu Recht gegen die Einfuehrung einer weiteren Steuerverguenstigung bei handwerklichen Dienstleistungen aus. Mit einer solchen Massnahme sind nur Nachteile aber keinerlei Nutzen verbunden. Das zeigen die Erfahrungen in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europaeischen Union, die in einem Bericht der EU-Kommission aus dem Jahre 2003 zusammengestellt wurden.

So waere eine Weitergabe der Mehrwertsteuerbeguenstigung ueber die Preise an die Verbraucher eine unverzichtbare Voraussetzung fuer einen Erfolg des Experiments. Die Erfahrungen zeigen aber das Gegenteil. Bei Preiserhebungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten wurde festgestellt, dass die Mehrwertsteuerermassung nie in vollem Umfang auf die Verbraucherpreise uebertragen wurden. Ein Teil der Ermaessigung wurde zur Erhoehung der Gewinnspanne der Dienstleister genutzt.

Auch konnte in den Mitgliedstaaten nicht nachgewiesen werden, dass das Ausmass der Schattenwirtschaft durch die Ermaessigung reduziert wurde. Ebenso wurde festgestellt, dass die Mehrwertsteuer kein geeignetes Instrument zur Beeinflussung der Nachfrage ueber den Preis sei.

Sicher ist allerdings, dass ein ermaessigter Mehrwertsteuersatz zu hohen Steuerausfaellen fuehren wuerde, die an anderer Stelle wieder ausgeglichen werden muessten. Mitnahmeeffekte und Steuerausfaelle: Das waeren die Ergebnisse, wenn man eine weitere Steuerausnahme schaffen wuerde.

**BMJ-Newsletter vom 6. 4. 2006
Schneller Geld für Handwerker (Auszug)**

Der Bundestag hat sich heute in erster Lesung mit dem Forderungssicherungsgesetz beschäftigt. Mit Hilfe dieses Gesetzes sollen Handwerker und andere Gläubiger – beispielsweise von Schmerzensgeld- oder Schadensersatzansprüchen – schneller an ihr Geld kommen. „Gerade kleine und mittelständische Betriebe geraten häufig in finanzielle Schwierigkeiten, wenn ihre Schuldner nicht pünktlich zahlen. In solchen Fällen braucht der Mittelstand unsere Unterstützung. Mit Hilfe einer vorläufigen Zahlungsanordnung soll es künftig möglich sein, berechnete Forderungen schneller einzutreiben – ohne auf das Ende eines langwierigen Prozesses warten zu müssen. Die Voraussetzungen für eine solche Anordnung haben wir allerdings so gestaltet, dass auch die berechtigten Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher gewahrt bleiben“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Der Gesetzentwurf ist vom Bundesrat beschlossen und nun in den Bundestag eingebracht worden. Dieser Entwurf greift Vorschläge der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ auf, die beim Bundesjustizministerium angesiedelt war. Kernstück der Änderungen ist die vorläufige Zahlungsanordnung, die es den Gerichten ermöglicht, frühzeitig einen vollstreckungsfähigen Titel zu erlassen. Die Regelung schließt eine Rechtsschutzlücke in Prozessen, die typischerweise eine umfangreiche sachverständige Begutachtung mehrerer Beweisfragen erfordern. Diese Prozesse dauern häufig sehr lang, so dass die Kläger lange auf ihr Geld warten müssen. Voraussetzung einer vorläufigen Zahlungsanordnung ist, dass die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat. Darüber hinaus muss das Gericht abwägen zwischen dem Interesse des Klägers, schnell an sein Geld zu kommen, und dem Interesse des Beklagten, erst zu zahlen, wenn al-

le offenen Rechtsfragen abschließend geklärt sind. Die neue Vorschrift wird nicht nur für Vergütungsklagen von Werkunternehmern, sondern auch für alle Geldforderungen, insbesondere Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen von Unfallopfern relevant sein.

Zudem sind materiell-rechtliche Änderungen im Werkvertragsrecht vorgesehen.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 6. 6. 2006**

**Nutzungsentgelte für Wassersportvereine werden neu geregelt
Neuregelung durch den Haushaltsausschuss**

Der sportpolitische Sprecher der CDU/CSU Bundestagsfraktion, Klaus Riegert MdB, erklärt zur Neuregelung der Nutzungsentgelte für Wassersportvereine:

Die von der früheren rot-grünen Bundesregierung vorgesehenen drastischen Erhöhungen der Entgeltzahlungen der Wassersportvereine für die Nutzung bundeseigener Land- und Wasserflächen sind vom Tisch. Sie hätten die gemeinnützigen Wassersportvereine in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten gebracht, in einigen Fällen bis zur existentiellen Gefährdung.

Für die gemeinnützigen Vereine bleibt nach der Neuregelung durch den Haushaltsausschuss die 1/3-Ermäßigung erhalten, darüber hinaus können die auch von den Wassersportvereinen akzeptierten Gebührenerhöhungen – die moderater ausfallen als vorgesehen – bis auf 5 Jahre gestreckt werden.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktionen sieht ihre wesentlichen Forderungen erfüllt. Die Wassersportvereine können ihre gemeinnützigen Aufgaben wahrnehmen und ihre erfolgreiche Arbeit im Kinder- und Jugendbereich und für den deutschen Spitzensport fortsetzen.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 17. 5. 2006**

Erfreuliches Ergebnis ueber die Nutzungsentgelte fuer bundeseigene Land- und Wasserflaechen

Zum heutigen Beschluss des Ausschusses fuer Verkehr, Bau und Stadtentwicklung ueber die Nutzungsentgelte fuer bundeseigene Land- und Wasserflaechen fuer die Vereine der Sport- und Freizeitschiffahrt erklaren die tourismuspolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion, Annette Fasse und der SPD-Bundestagsabgeordnete, Hans-Joachim Hacker:

Wir begruessen ausdruecklich, dass im Rahmen der Haushaltsberatungen im Verkehrsausschuss eine vertraegliche Loesung bei den Einnahmen aus Vermietung von Land- und Wasserflaechen an Bundeswasserstrassen gefunden wurde.

Von der 30-prozentigen generellen Erhoehung werden gemeinnuetzige Vereine um ein Drittel entlastet. Damit wird die ehrenamtliche Leistung vieler engagierter Menschen gewuerdigt. Ziel ist die Angleichung an die ortsuebliche Pacht.

Sofortige Entgelterhoehungen von mehr als ein Drittel waeren fuer viele Vereine unzumutbar gewesen, darum ist eine stufenweise Angleichung bei einer anstehenden Erhoehung von mehr als einem Drittel vorgesehen. Das volle Entgelt muss erst zum 1. Januar 2011 gezahlt werden.

Das ist eine gute Regelung insbesondere fuer die Vereine der Sport- und Freizeitschiffahrt in Ostdeutschland, die bislang von extrem niedrigen Ausgangsentgelten ausgingen. 16 Jahre nach dem Beitritt der Nutzer in Westberlin und den neuen Bundeslaendern erfolgt nun ein weiterer Anpassungszeitraum von fuehnf Jahren.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 9. 5. 2006**

Neue Investitionsfoerderung bringt Schwung in den Tourismus in den neuen Bundeslaendern

Zur geplanten Nachfolgeregelung fuer das Investitionszulagengesetz 2005 erklaren die tourismuspolitische Sprecherin

der SPD-Bundestagsfraktion, Annette Fasse und der Berichterstatter fuer Neue Laender in der AG Tourismus der SPD-Bundestagsfraktion, Engelbert Wistuba:

Wir begruessen, dass der neue Gesetzentwurf nun auch erstmals Betriebe des Beherbergungsgewerbes als beguenstigten Wirtschaftszweig in die Foerderung aufgenommen hat. Dadurch werden dem Tourismus in Ostdeutschland neue Moeglichkeiten eroeffnet, die bislang nicht vorhanden waren. Mit der Investitionszulage sollen Unternehmen in die Lage versetzt werden, ihre Wirtschaftskraft weiter zu staerken und Arbeitsplaetze zu sichern beziehungsweise zu schaffen.

Die Nachfolgeregelung sieht eine neue Foerderung von Erstinvestitionen im Beherbergungsgewerbe vor. Dazu zaehlen insbesondere die Betriebe der Hotellerie, die Jugendherbergen und Huetten, die Campingplaetze sowie die Erholungs- und Ferienheime. Dieser Anreiz im Tourismusbereich kann einen Beitrag zum wirtschaftlichen Aufbau Ostdeutschlands leisten.

So wird der Tourismus in den Laendern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thueringen noch besser in Schwung kommen und sowohl die Gaeste als auch die Tourismusbranche werden gleichermaßen davon profitieren koennen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 22. 5. 2006

Neue Investitionsfoerderung fuer das Beherbergungsgewerbe in den neuen Bundeslaendern Tourismus oftmals der Motor der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung

Zum Entwurf des Investitionszulagengesetzes 2007 der Koalitionsfraktionen erklart der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Tourismus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Klaus Brahmig MdB:

Mit der geplanten Neuregelung des Investitionszulagengesetzes fuer den Investitionszeitraum 2007 bis 2009 wird erstmalig auch das Beherbergungsgewerbe in die Foerderung einbezogen. Bisher galt sie allein fuer das verarbeitende Gewerbe und produktionsnahe Dienstleistungen. Damit soll gezielt die touristische Entwicklung in den neuen Bundeslaendern unterstuetzt werden. Denn in vielen strukturschwachen Regionen ist der Tourismus oftmals der Motor der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung mit unverzichtbaren Impulsen fuer den lokalen Arbeitsmarkt, von dem auch nachgelagerte Bereiche wie der Einzelhandel, die Nahrungs- und Genussmittelindustrie, das Transportgewerbe und der Kulturbereich profitieren.

Mit dieser neuen Investitionsfoerderung wird ein wichtiger Beitrag zur Schaffung und Sicherung von Arbeitsplaetzen sowie zur Verbesserung der Wettbewerbsfaehigkeit ostdeutscher Beherbergungsbetriebe geleistet. Beguenstigte Investitionen sind die Anschaffung und die Herstellung von Wirtschaftsgueteren sowie die Anschaffung neuer Gebaude und Gebaudeeile. Dies gilt fuer Erstinvestitionen, die mindestens 5 Jahre zum Anlagevermoegen eines Betriebes gehoeren. Dieser Bindungszeitraum verringert sich bei beweglichen Wirtschaftsgueteren fuer kleine und mittlere Betriebe auf 3 Jahre. Der Foerdersatz betraegt 12,5 % der Bemessungsgrundlage, in Randgebieten 15% und bei kleineren und mittleren Unternehmen 25% bzw. 27,5% in Randgebieten.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16. 3. 2006

Entscheidung zu Schoenefeld staerkt Luftverkehrsstandort Deutschland Flughafen ein wichtiger Jobmotor fuer die ohnehin stark gebeutelte Region Berlin/Brandenburg

Anlaesslich der heutigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Flughafen Schoenefeld erklart der verkehrspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dirk Fischer MdB:

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, dass der Flughafen Schoenefeld endlich gebaut werden kann, ist zu begruessen. Die Hauptstadt Deutschlands braucht einen wettbewerbsfaehigen internationalen Airport, der den Anforderungen der Zukunft gerecht wird. Nach einer mehr als zehnjuehrigen Planungszeit wird es Zeit, dass endlich der Startschuss gegeben werden kann, um international konkurrenzfaehig zu sein.

Die getroffenen Auflagen bringen hierbei den Ausgleich zwischen unternehmerischen Interessen und den Belangen der Anwohner. Allerdings muessen die Auflagen noch im Einzelnen geprueft und bewertet werden.

Auch ist der Flughafen ein wichtiger Jobmotor fuer die ohnehin stark gebeutelte Region Berlin/Brandenburg, denn es werden direkt und indirekt mehrere Tausend Arbeitsplaetze geschaffen. Dies haben bereits alle groessen Flughaeften, wie beispielsweise Frankfurt und Muenchen, bewiesen.

Bundestagsfraktion Bueundnis 90/DIE GRUEEN Pressemitteilung Nr. 0485 vom 10. 4. 2006

Umweltschaedliche Subventionen sozialvertraeglich abbauen

Anlaesslich der aktuellen Diskussion um die Zukunft der Entfernungspauschale erklaren Kerstin Andreae, Obfrau im Finanzausschuss und Winfried Hermann, verkehrspolitischer Sprecher:

Bis vor wenigen Tagen schien der Abbau der Entfernungspauschale beschlossene Sache zu sein. Jetzt haben die Koalitionäre offenbar Angst vor der eigenen Courage bekommen und pruefen Alternativen. Richtig ist, die oekologisch absurde Absprache der Koalition erst gar nicht umzusetzen. Sie haette lange Anfahrtswege ueber 20 km steuerlich beguenstigt und kuereze Anfahrtswege fiskalisch benachteiligt.

Der Abbau der Entfernungspauschale ist ueberfaellig. Zusammen mit der mittlerweile abgeschafften Eigenheimzulage handelt es sich dabei um eine kostspielige Zersiedlungspraemie, die wir uns aus finanziellen und oekologischen Gruenden nicht laenger leisten koennen. Wir fordern Union und SPD auf, hier endlich klare Entscheidungen zu treffen und sich zu einem konsequenten Abbau dieser umweltschaedlichen Subventionen zu entschliessen.

Wir schlagen vor, die Entfernungspauschale sozialvertraeglich abzubauen und in einem ersten Schritt auf einen einheitlichen Satz von 15 Cent pro km zu senken. Eine Bemessung der Entfernungspauschale nach Entfernungen lehnen wir ab. Eine solche Regelung beguenstigt Zersiedelung statt diese einzudaemen.

BMJ-Newsletter vom 15. 3. 2006

Bundesamt fuer Justiz modernisiert die Verwaltung (Auszug)

Die Bundesregierung hat heute den Entwurf eines Gesetzes fuer ein Bundesamt fuer Justiz beschlossen. Die Bundesoberbehoerde nimmt zum 1. Januar 2007 in Bonn ihre Arbeit auf. „Das Bundesamt fuer Justiz (BfJ) stellt die Bundesjustiz neu auf, es macht sie fit im europaeischen und internationalen Justizverkehr. Das BfJ wird zentrale Anlaufstelle und Ansprechpartner fuer den internationalen Rechtsverkehr. Die Gruendung des BfJ fuehrt zu gebueundelter Kompetenz, mehr Transparenz und Bueurgernaeh“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Das Bundesamt fuer Justiz wird die bereits heute in Bonn wahrgenommenen Aufgaben des Bundeszentralregisters uebernehmen. Aufgaben aus dem Ministerium, die nicht ministerielle Kernaufgaben sind, und Personal der Dienststelle Bonn sollen auf die Bundesoberbehoerde uebergehen. Die Dienststelle Bonn des Bundesministeriums der Justiz bleibt mit geaendelter Struktur erhalten.

Die Errichtung des Bundesamts fuer Justiz hat folgende Ziele:

- Sowohl das Bundesministerium der Justiz als auch der Generalbundesanwalt konzentrieren sich auf ihre Kernaufgaben –

ganz im Sinne des Programms „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“. Diese Umstrukturierung soll weitgehend kostenneutral im Bundeshaushalt vollzogen werden.

- Aufgaben im europäischen und internationalen Rechtsverkehr werden gebündelt, der europäische und internationale Justizverkehr gestärkt.
- Das BfJ sichert in Bonn dauerhaft Arbeitsplätze und wertet den Justizstandort Bonn auf.

BMJ Newsletter vom 24. 4. 2006

Stabwechsel im Bundespatentgericht (Auszug)

Raimund Lutz wird Nachfolger des scheidenden Präsidenten des Bundespatentgerichts Dr. Georg Landfermann.

Mit einem Festakt im Nymphenburger Schloss hat Bundesjustizministerin Brigitte Zypries den mit Ablauf des Monats April in den Ruhestand eintretenden Dr. Landfermann geehrt und den neuen Präsidenten Lutz in sein Amt eingeführt.

Zypries würdigte den scheidenden Präsidenten Dr. Landfermann als ausgewiesenen Fachmann und geachteten Repräsentanten des deutschen und europäischen Patentrechts. „Sie haben stets die Interessen der Erfinder im Blick gehabt und sich für einen effizienten und unbürokratischen Patentrechtsschutz eingesetzt – auch und gerade, wenn aus Brüssel Vorschläge kamen, die diesem Ziel abträglich schienen. Das Gericht haben sie ebenso wie das deutsche Patentrechtssystem national und international hervorragend repräsentiert. Dank Ihrer langjährigen Erfahrung und Ihrer hohen Sachkompetenz sind Sie als Experte international geschätzt. So hat unter Ihrer Leitung die Arbeitsgruppe Streitbeilegung der Europäischen Patentorganisation einen Vorschlag für ein europäisches Streitregelungssystem für die europäischen Bündelpatente erarbeitet, der sowohl bei den Regierungen der Mitgliedstaaten als auch bei Wirtschaft und Anwälten viel Zustimmung gefunden hat“, lobte Zypries.

Landfermann begann seine juristische Karriere zunächst als Richter in Nordrhein-Westfalen und wechselte 1973 in das Bundesministerium der Justiz. Zuletzt leitete er dort die für den Schutz des geistigen Eigentums zuständige Unterabteilung der Wirtschaftrechtsabteilung, bevor er zu Beginn des Jahres 2000 Präsident des Deutschen Patent- und Markenamtes in München wurde. Mitte 2001 übernahm er dann die Leitung des Bundespatentgerichts.

Hinw. d. Red.: Zum Abschlussband XIII der von Herrn Dr. Landfermann zusammen mit Heinrich Heerde herausgegebene Sammlung der Rechtsentscheide in Wohnraummietsachen (RES.) vgl. GuT 2003, 35.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 28/2006 vom 6. 4. 2006

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs in einem vor dem Amtsgericht geführten Zivilprozess

Der Beschwerdeführer machte vor dem Amtsgericht eine Honorarforderung in Höhe von 85,80 Euro geltend. Nach Eingang der Klageerwidlung des Beklagten ordnete der Richter deren Zustellung an den Bevollmächtigten des Beschwerdeführers an. Obwohl kein Empfangsbekanntnis als Nachweis der bewirkten Zustellung im Rücklauf zur Gerichtsakte gelangt war, wies der Richter die Klage unter Berufung auf den Inhalt der Klageerwidlung ab. Die daraufhin vom Bevollmächtigten des Beschwerdeführers erhobene Gehörsrüge, in der er darauf hinwies, dass er die Klageerwidlung nicht erhalten habe und daher zu dem Vorbringen des Beklagten nicht habe Stellung nehmen können, wies das Amtsgericht mit der – nicht verständlichen – Begründung ab, dass die Klageerwidlung dem Klägervorteil überandt worden, das Schreiben aber nicht an das Gericht zurückgesandt worden sei. Die hiergegen erhobene Gegenvorstellung wurde vom Richter zur Akte genommen, ohne dass er Weiteres veranlasste.

Die gegen die Entscheidungen des Amtsgerichts erhobene Verfassungsbeschwerde war erfolgreich. Die 1. Kammer des Zweiten Senats hob die angegriffenen Entscheidungen wegen

der Verletzung rechtlichen Gehörs auf und verwies die Sache an das Amtsgericht zurück (Beschluss vom 21. 3. 2006 – 2 BvR 1104/05). Zur Begründung führte die Kammer aus, dass die Entscheidungen in krasser Form rechtsstaatliche Grundsätze verletzen. Sie beruhen auf einer groben Verkennung des durch die Verfassung gewährten Schutzes und auf einem leichtfertigen Umgang mit den grundrechtlich geschützten Positionen. Dem zuständigen Richter möge zunächst bei Erlass des Urteils noch eine als einfaches Versehen zu qualifizierende Nachlässigkeit unterlaufen sein, als er die Klage unter Berufung auf den Inhalt der Klageerwidlung abwies, ohne deren Zugang an den Beschwerdeführer anhand eines rückläufigen Empfangsbekanntnisses überprüft zu haben. Spätestens aber auf die ausführlich begründete Gehörsrüge hin hätte sich ihm – nicht zuletzt aufgrund der einfach zu durchdringenden Sachlage und der ohne Aufwand möglichen Nachprüfung anhand des Akteninhalts – das Vorliegen eines Gehörsverstößes aufdrängen müssen. Dass er gleichwohl dem Beschwerdeführer nicht nur die grundgesetzlich gebotene Korrektur seiner Fehlleistung, sondern auch eine dem Grundrechtsverstoß angemessene Begründung des erhobenen Rechtsmittels versagte, lasse den Rückschluss auf eine besonders leichtfertige und schwerwiegende Vernachlässigung verfassungsrechtlich geschützter Grundwerte zu.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 27/2006 vom 5. 4. 2006

Verfassungsrechtlicher Schutz von Betriebsgeheimnissen im gerichtlichen Verfahren

Die Verfassungsbeschwerde betrifft das Spannungsfeld von umfassender gerichtlicher Aufklärung einerseits und der Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegenüber den am Verfahren Beteiligten andererseits. Es verstößt gegen die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit, wenn die Gerichte in einem gesetzlich dafür vorgesehenen gesonderten verwaltungsgerichtlichen Verfahren (Zwischenverfahren) zur Überprüfung der Geheimhaltungswürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ein entsprechendes Schutzinteresse nur anerkennen, soweit existenzbedrohende oder nachhaltige Nachteile aus einer Offenbarung der Informationen an Wettbewerber zu befürchten sind. Dies entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 14. 3. 2006 – 1 BvR 2087/03; 1 BvR 2111/03).

Die Entscheidung ist mit 6:2 Stimmen ergangen. Der Richter Gaier hat der Entscheidung eine abweichende Meinung angefügt.

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin – die Deutsche Telekom AG – ist ein Telekommunikationsunternehmen, das ein bundesweites Telekommunikationsnetz in einer marktbeherrschenden Stellung betreibt. Nach dem Telekommunikationsgesetz ist sie verpflichtet, anderen Nutzern Zugang zu ihrem Telekommunikationsnetz gegen ein Entgelt zu ermöglichen. Die Festsetzung des Entgelts bedarf der Genehmigung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (jetzt Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Eisenbahnen). In dem Genehmigungsverfahren muss die Beschwerdeführerin betriebswirtschaftliche Unterlagen vorlegen, insbesondere detaillierte und umfassende Nachweise ihrer Kosten.

Vorliegend haben mehrere Nutzer des Telekommunikationsnetzes, die zugleich Wettbewerber der Beschwerdeführerin sind, den Bescheid der Behörde, mit dem diese das Entgelt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung genehmigt hatte, vor dem Verwaltungsgericht angegriffen. Im Rahmen dieses gerichtlichen Verfahrens begehren sie Einsicht in die Genehmigungsunterlagen. Nachdem das Verwaltungsgericht bei der Genehmigungsbehörde die Unterlagen angefordert hatte, entschied diese, dass zahlreiche Seiten aus den Verwaltungsvorgängen nicht und weitere Seiten nur in teilweise geschwärtzter Fassung offen gelegt werden dürften.

Gegen die Verweigerung der vollständigen Vorlage der Akten stellten die Wettbewerber beim Oberverwaltungsgericht einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit. Gegenstand

dieses Zwischenverfahrens gem. § 99 Abs. 2 VwGO ist allein die Überprüfung der Entscheidung der Genehmigungsbehörde, die Akten oder Urkunden aus Gründen überwiegenden Geheimnisschutzes nicht herauszugeben oder Auskünfte nicht zu erteilen. Diese Konzeption des „in camera“-Verfahrens hat bei Feststellung der Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Aktenvorlage zur Folge, dass der Inhalt der betreffenden Unterlagen im Hauptsacheverfahren nicht verwertet werden darf. Das Oberverwaltungsgericht gab den Anträgen der Wettbewerber nur teilweise statt. Das Bundesverwaltungsgericht hingegen stellte fest, dass die Verweigerung der vollständigen Vorlage der Verwaltungsakten rechtswidrig sei. Die gegen die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts gerichteten Verfassungsbeschwerden der Telekom AG hatten Erfolg.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Die angegriffenen Entscheidungen greifen in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin ein. Durch die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, dem Gericht sämtliche Akten umfassend und ohne Schwärzungen offen zu legen, erhalten die an den Ausgangsverfahren beteiligten Wettbewerber der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts Kenntnis von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdeführerin zu erlangen. Dieser Grundrechtseingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

1. Im Zuge der Entgeltgenehmigung ist eine Konfliktlage in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis zu bewältigen, an dem der Staat in Gestalt der Genehmigungsbehörde, die Wettbewerber als potentiell zur Entgeltzahlung Verpflichtete mit ihrem Interesse an effektivem Rechtsschutz bei der Überprüfung der Entgelthöhe und die Beschwerdeführerin als Trägerin der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beteiligt sind.

Die Ermächtigung in § 99 Abs. 2 VwGO zu Zwischenentscheidungen über die Aktenvorlage dient der Verwirklichung des Ziels, effektiven Rechtsschutz durch Aufklärung des Sachverhalts und Gewährung rechtlichen Gehörs in dem gerichtlichen Hauptsacheverfahren zu ermöglichen, aber zugleich dem grundrechtlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Die Regelung lässt zu, dass die Zwischenentscheidung zu dem Ergebnis führt, die Berufsfreiheit des Geheimnisträgers vollständig zurücktreten zu lassen, aber eventuell auch zu dem gegenläufigen Ergebnis gelangt, dass die Geheimnisse geschützt werden und damit die entsprechenden Grundlagen für die Berechnung des Entgelts bei der gerichtlichen Überprüfung der Richtigkeit der Entgeltfestsetzung nicht herangezogen werden können. Je nach der Beweislastverteilung hinsichtlich der Entgeltkontrolle kann dies die Markbeherrscherin oder ihre Wettbewerber benachteiligen. Der Gesetzgeber hat keinen Lösungsweg bereitgestellt, der stets eine Verwirklichung der gegenläufigen Interessen in dem mehrpoligen Rechtsverhältnis sichert. Die Entscheidung ergeht immer nur entweder zu Lasten des effektiven Rechtsschutzes oder zu Lasten des Geheimhaltungsinteresses. Dies genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nur, wenn die mit der Rechtsanwendung betrauten Organe auf der Grundlage des geltenden Rechts die Möglichkeit haben, zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zu kommen.

2. Für die zu treffende Abwägungsentscheidung gibt das Gesetz keinen Maßstab vor. Das Bundesverwaltungsgericht hat als Maßstab den der existenzbedrohenden oder nachhaltigen Nachteile zugrunde gelegt. Dieser Maßstab genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen jedoch nicht. Soweit es an bestimmten Abwägungskriterien fehlt, leistet die Darstellung der die Abwägung leitenden Gesichtspunkte in der gerichtlichen Entscheidung einen wesentlichen Beitrag zur Konkretisierung des Abwägungsprogramms, zur Rationalisierung des Abwägungsvorgangs und zur Sicherung der Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses. Dem werden die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht gerecht.

a) Nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts ist bei der Abwägung im Rahmen der Zwischenentscheidung (§ 99 Abs. 2 VwGO) zu berücksichtigen, dass die behördliche Festsetzung der Entgelte sowohl im Interesse aller Beteiligten als auch im öffentlichen Interesse gerichtlich zu überprüfen ist, so dass dem Gericht (der Hauptsache) die dafür erforderlichen Unterlagen grundsätzlich verfügbar sein müssen. Nach diesen Erwägungen ist die Vorlage sämtlicher Unterlagen die gesetzlich gewollte Regel, die Verweigerung wegen des Geheimnisschutzes eine begründungsbedürftige Ausnahme. Das Bundesverwaltungsgericht geht dementsprechend davon aus, dass der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Markbeherrscherin grundsätzlich zurückzutreten habe. Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Offenlegungspflicht soll nur dann gelten, wenn nachhaltige oder gar existenzbedrohende Nachteile für das marktmächtige Unternehmen zu besorgen sind.

b) Der Gesetzgeber hat den Gerichten nicht die Möglichkeit eröffnet, Geheimnisschutz und effektiven Rechtsschutz auf andere Weise als durch eine Abwägungsentscheidung einander zuzuordnen, die dazu führt, dass nur einem der betroffenen Rechtsgüter Schutz gewährt werden kann. Zwar könnte das von der Beschwerdeführerin angeregte „in camera“-Verfahren in der Hauptsache, bei dem die Kenntnisnahme des geheimhaltungsbedürftigen Teils der Unterlagen auf das Gericht beschränkt bliebe, den Schutz der Berufsgeheimnisse vollständig sichern und würde ebenfalls eine gerichtliche Überprüfung der Entgeltfestsetzung anhand aller Unterlagen ermöglichen. Ob ein „in camera“-Verfahren in der Hauptsache in dem hier betroffenen multipolaren Rechtsgüterkonflikt eine angemessene Kollisionsbewältigung bewirken könnte, braucht vorliegend jedoch nicht entschieden zu werden; denn der Gesetzgeber hat dafür keine Ermächtigung geschaffen, sondern das „in camera“-Verfahren auf das Zwischenverfahren begrenzt.

c) Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass auf der Grundlage der bestehenden verwaltungsgerichtlichen Vorschriften praktische Konkordanz zwischen den kollidierenden Rechtsgütern durch Abwägung hergestellt werden kann. Ist beispielsweise das Geheimhaltungsinteresse ohne erhebliches Gewicht, wird es gerechtfertigt sein, es hinter das Interesse an effektivem Rechtsschutz zurücktreten zu lassen. Daher bedarf es stets zunächst einer Abwägung, ob Geheimnisschutz auch angesichts des Interesses an effektivem Rechtsschutz, insbesondere an rechtlichem Gehör, zu gewähren ist. Ob vorliegend eine Bewältigung des Interessenkonflikts durch Abwägung erreicht werden kann, lässt sich auf der Grundlage der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aber nicht beurteilen. Denn das Bundesverwaltungsgericht hat die Abwägung nicht in einer verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Weise vorgenommen:

Eine Abwägungsregel hat zu berücksichtigen, dass die Entgeltgenehmigung sich an den Kosten der effizienten Bereitstellung des Netzzugangs orientieren muss. Die Genehmigung soll sichern, dass die Beschwerdeführerin keine höheren Entgelte erhebt, als durch diese Kosten gerechtfertigt ist. Die Entgeltkontrolle ist kein Mittel, um Wettbewerbern auf dem Telekommunikationsmarkt Vorteile im Kampf gegen den bisherigen Markbeherrscher durch Zugang zu geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen einzuräumen. Der grundsätzliche Erhalt von Geheimnisschutz entspricht auch den in der Verwaltungsgerichtsordnung (§ 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO) niedergelegten Vorkehrungen über die Verweigerung der Einsicht in Vorgänge, die „ihrem Wesen nach geheimgehalten werden müssen“.

Auf die Außerachtlassung dieses Grundsatzes aber läuft die vom Bundesverwaltungsgericht zugrunde gelegte Abwägungsregel hinaus, wonach eine Ausnahme von der grundsätzlichen Offenlegungspflicht nur dann gelten soll, wenn nachhaltige oder gar existenzbedrohende Nachteile für das marktmächtige Unternehmen zu besorgen sind. Das hierdurch bewirkte grundsätzliche Zurücktreten des Geheimnisschutzes ist nicht Ergebnis einer angemessenen Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zueinander. Es ist schwer vorstellbar, dass die Offenle-

gung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses aus Anlass der Genehmigung eines Entgelts für den Netzzugang ein marktstarkes oder gar marktbeherrschendes Unternehmen in existentielle Gefahr bringen kann. Zum Begriff der Nachhaltigkeit führt das Bundesverwaltungsgericht nicht näher aus, wie es diesen Begriff versteht. Im Übrigen leidet sowohl der Maßstab der nachhaltigen als auch der der existenzbedrohenden Benachteiligung daran, dass er eine differenzierende Abwägung unter Berücksichtigung der möglichen, eventuell nur geringfügigen, Nachteile an effektivem Rechtsschutz für die Wettbewerber nicht vorsieht.

Die angegriffenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts enthalten auch keine nachvollziehbaren Ausführungen zur Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter. Das Gericht hat lediglich ausgeführt, es habe sich durch Akteneinsicht „in camera“ davon überzeugt, dass ein nachhaltiger Nachteil für die Beschwerdeführerin nicht zu erwarten sei. Das „in camera“-Verfahren entbindet das Gericht jedoch nicht von der Pflicht, die maßgebenden Erwägungen nachvollziehbar darzulegen. In der Regel dürfte es möglich sein, die Entscheidung des Gerichts mit Gründen zu versehen, ohne die konkreten Geheimnisse wiederzugeben, sie aber nach Typ und Art der betroffenen Daten insoweit zu behandeln, dass jedenfalls das Abwägungsprogramm und die Plausibilität des Abwägungsergebnisses erkennbar werden.

d) Da das Bundesverwaltungsgericht die seine Abwägung bestimmenden Gesichtspunkte nicht erläutert, kann nicht festgestellt werden, dass sie zu einer angemessenen Zuordnung der Interessen am Rechtsschutz einerseits und am Geheimnisschutz andererseits führt. Ist aber schon der Maßstab der Angemessenheit nicht beachtet worden, kann die Beschränkung der Berufsfreiheit nicht verhältnismäßig sein. Der Eingriff ist daher nicht gerechtfertigt.

Sondervotum des Richters Gaier:

Die Mehrheitsmeinung gehe nicht konsequent den Ursachen für das Abwägungsdefizit in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nach. Offen bleibe die Frage, ob es auf der Grundlage des geltenden Rechts überhaupt möglich sei, den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen. Die im Gesetz angelegte Alternativität zwischen dem Ausschluss von Tatsachenstoff bei Geheimhaltung und dessen Berücksichtigung nur bei fehlendem Geheimhaltungsbedarf hindere zumindest in multipolaren Konstellationen die notwendige Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den kollidierenden Grundrechtspositionen. Die Hinweise der Mehrheitsmeinung ermöglichten vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung keine Zuordnung, die beiden betroffenen Rechtsgütern Wirksamkeit verleihe. Es werde lediglich (auf Kosten des effektiven Rechtsschutzes) die Gewichtung zugunsten des Geheimnisschutzes verschoben. Dies lasse namentlich für die Verbraucher spürbare Nachteile bei der Wettbewerbsregulierung im Bereich der Telekommunikations- und Energiewirtschaft oder aber wirtschaftlichen Schaden für das der Regulierung unterworfenen Unternehmen befürchten. Die Alternativität könne erst dann aufgelöst und eine wirkungsoptimierte Zuordnung geschaffen werden, wenn das „in camera“-Verfahren nicht auf den Zwischenstreit über die Aktenvorlage beschränkt bliebe, sondern auf den Rechtsstreit in der Hauptsache selbst erstreckt würde.

Bei dieser Lösung wären zwar aus Gründen des Geheimnisschutzes Einschränkungen des Rechts auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht zu vermeiden. Dies wäre aber durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt. Denn der begrenzte Verzicht auf Gehörsvergewährung würde zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes des betroffenen Rechtsuchenden führen, da das Rechtsschutzbegehren nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht umfassend geprüft werden könnte.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 19/2006 vom 16. 3. 2006

Kein Halbteilungsgrundsatz als Belastungsobergrenze bei der Einkommen- und Gewerbesteuer

Der Beschwerdeführer ist Inhaber eines Gewerbebetriebs. Er wurde im Jahr 1994 zusammen mit seiner Ehefrau zur Einkommensteuer veranlagt. Auf der Grundlage eines zu versteuernden Einkommens von 622 878 DM setzte das Finanzamt die Einkommensteuer auf 260 262 DM fest. Die von der Gemeinde festgesetzte Gewerbesteuerschuld des Beschwerdeführers belief sich auf 112 836 DM. Gegen den Einkommensteuerbescheid 1994 legten die Eheleute erfolglos Einspruch ein, mit dem sie rügten, die Einkommen- und Gewerbesteuer verstoße gegen den vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 22. Juni 1995 (BVerfGE 93, 121) ausgesprochenen „Halbteilungsgrundsatz“, da die Gesamtbelastung des Einkommens mit Steuern über 50 v. H. liege. Die Klage, mit der sie sinngemäß beantragten, die Einkommensteuer auf 187 731 DM herabzusetzen, blieb vor dem Finanzgericht und dem Bundesfinanzhof ohne Erfolg. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts zurückgewiesen (Beschluss vom 18. 1. 2006 – 2 BvR 2194/99).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

1. Der Bundesfinanzhof hat zutreffend angenommen, dass sich dem Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Juni 1995 keine verbindliche verfassungsrechtliche Obergrenze für die Gesamtbelastung mit der Einkommen- und Gewerbesteuer entnehmen lässt. Der Beschluss hat keine verfassungsrechtliche Obergrenze für die Gesamtbelastung mit der Einkommen- und Gewerbesteuer zum Gegenstand. Vielmehr ging es allein um die Grenze der Gesamtbelastung des Vermögens durch eine Vermögensteuer, die neben der Einkommensteuer erhoben wird. Die daraus entstehende Belastungswirkung ist nicht ohne weiteres mit der Belastungswirkung vergleichbar, die durch die Einkommen- und Gewerbesteuer entsteht.

2. Die Gesamtbelastung durch Einkommen- und Gewerbesteuer verletzt den Beschwerdeführer nicht in seinem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG.

Zwar fällt die Steuerbelastung in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Der innerhalb einer Besteuerungsperiode erfolgte Hinzuerwerb von Eigentum im Sinne des Art. 14 GG ist tatbestandliche Voraussetzung für die belastende Rechtsfolgenanordnung sowohl des Einkommen- als auch des Gewerbesteuergesetzes. Der Steuerpflichtige muss zahlen, weil und soweit seine Leistungsfähigkeit durch den Erwerb von Eigentum erhöht ist.

Der Zugriff auf das Eigentum ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Aus dem Eigentumsgrundrecht lässt sich keine allgemein verbindliche, absolute Belastungsobergrenze in der Nähe einer hälftigen Teilung („Halbteilungsgrundsatz“) ableiten. Der Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG („Der Gebrauch des Eigentums soll /zugleich/ dem Wohle der Allgemeinheit dienen“) kann nicht als ein striktes, grundsätzlich unabhängig von Zeit und Situation geltendes Gebot hälftiger Teilung zwischen Eigentümer und Staat gedeutet werden. Vielmehr wird die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch bei der Schrankenbestimmung durch Auferlegung von Steuerlasten durch die allgemeinen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Dabei ist wesentlich zu

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

berücksichtigen, dass die zu bewertende Intensität der Steuerbelastung insbesondere bei der Einkommensteuer nicht allein durch die Höhe des Steuersatzes bestimmt wird, sondern erst durch die Relation zwischen Steuersatz und Bemessungsgrundlage. Je breiter die Bemessungsgrundlage ausgestaltet ist, etwa durch Abschaffung steuerlicher Verschonungssubventionen oder Kürzung von Abzügen, desto belastender wirkt sich derselbe Steuersatz für die Steuerpflichtigen aus. Ferner ist zu bedenken, dass die Besteuerung höherer Einkommen im Vergleich zur Versteuerung niedrigerer Einkommen angemessen auszugestalten ist. Wählt der Gesetzgeber einen progressiven Tarifverlauf, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, hohe Einkommen auch hoch zu belasten, soweit beim betroffenen Steuerpflichtigen nach Abzug der Steuerbelastung ein hohes, frei verfügbares Einkommen bleibt, das die Privatnützigkeit des Einkommens sichtbar macht. Auch wenn dem Übermaßverbot keine zahlenmäßig zu konkretisierende allgemeine Obergrenze der Besteuerung entnommen werden kann, darf allerdings die steuerliche Belastung auch höherer Einkommen für den Regelfall nicht so weit gehen, dass der wirtschaftliche Erfolg grundlegend beeinträchtigt wird und damit nicht mehr angemessen zum Ausdruck kommt.

Für den Streitfall ist nicht erkennbar, dass eine verfassungsrechtliche Obergrenze zumutbarer Belastung durch Einkommen- und Gewerbesteuer erreicht wäre. Das Einkommen- und Gewerbesteuerrecht ist auch für hohe Einkommen gegenwärtig nicht so ausgestaltet, dass eine übermäßige Steuerbelastung und damit eine Verletzung der Eigentumsgarantie festgestellt werden könnte.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16. 3. 2006

Bundesverfassungsgericht kassiert Kirchhof – ein Halbteilungsgebot gibt es nicht

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Belastungsobergrenzen bei der Einkommen- und Gewerbesteuer erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist deutlich und klar: Es gibt keinen Halbteilungsgrundsatz im Steuerrecht, wie Professor Kirchhof ihn propagiert. Das Gericht hat jetzt in einem konkreten Fall festgestellt, dass sich aus dem Eigentumsrecht des Grundgesetzes keine allgemein verbindliche absolute Belastungsobergrenze in der Nahe einer hälftigen Teilung herleiten lasse. Vielmehr sei der Steuerzugriff des Staates nur durch die allgemeinen Grundsätze der Verhältnismässigkeit begrenzt.

Das Gericht stellt in diesem Zusammenhang auch fest, dass insbesondere bei der Einkommensteuer nicht allein der Steuersatz massgeblich sei, sondern die Relation zwischen Steuersatz und Bemessungsgrundlage beachtet werden muesse.

Professor Kirchhof als Erfinder des Halbteilungsgrundsatzes wird aber nicht nur in dieser Frage korrigiert. Das Bundesverfassungsgericht stellt auch fest, dass die Besteuerung hoeherer Einkommen im Vergleich zu niedrigeren Einkommen angemessen auszugestalten ist. Damit wird die flat-tax von Kirchhof verfassungsrechtlich in Zweifel gezogen, weil sie mit einer Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht in Einklang steht.

Keiner will einer hohen Besteuerung das Wort reden und die Steuerentlastungen der vergangenen sieben Jahre haben die Steuerlast in Deutschland auf einen historischen Tiefstand sinken lassen. Das Gerede vom Halbteilungsgrundsatz, der dem Staat verbiete, hoehere Einkommen staerker zu belasten, erweist sich nach dieser Entscheidung aber als haltlos. Nicht ohne Grund hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung auf den Wortlaut des Paragraphen 14 Absatz 2 des Grundgesetzes hingewiesen, nach dem der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20. 3. 2006

Bundesverfassungsgericht schwimmt sich frei – keine Halbteilung im Steuer- und Finanzverfassungsrecht

Zu den Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum sogenannten Halbteilungsgrundsatz erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Das viel beachtete Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das letzte Woche bekannt wurde, ist ueber die konkrete Entscheidung hinaus von weitreichender Bedeutung. Es gibt im Nachhinein auch dem ehemaligen Verfassungsrichter Professor Boeckenfoerde Recht, der im Jahr 1995 zur Entscheidung des Gerichts ueber die Verfassungsmaessigkeit der damals noch erhobenen Vermoegensteuer eine abweichende Meinung abgegeben hatte.

1. In seiner abweichenden Meinung hatte Professor Boeckenfoerde scharf kritisiert, dass der Senat seine Kompetenzen ueberschreite, weil er Rechtsfragen beantworte, die ihm gar nicht unterbreitet wurden und fuer deren Eroerterung auch sonst kein Anlass bestanden habe.

Denn im Verfahren ging es allein um die Frage, ob es vor der Verfassung gerechtfertigt gewesen ist, bei der Vermoegensbesteuerung einheitswertgebundes Vermoegen und nicht einheitswertgebundes Vermoegen unterschiedlich hoch zu belasten.

Professor Kirchhof hatte die Vorlage allerdings dazu genutzt, ein steuerliches Halbteilungsgebot zu erfinden:

„Die Vermoegensteuer darf zu den uebrigen Steuern auf den Ertrag nur hinzutreten, soweit die Gesamtbelastung des Sollertrags bei typisierender Betrachtung von Einnahmen, abziehbaren Aufwendungen und sonstigen Entlastungen in der Nahe einer haeltigen Teilung zwischen privater und oeffentlicher Hand verbleibt.“

Das war kein tragender Bestandteil der Entscheidung, sondern nur eine Eigenkreation von Professor Kirchhof. Obwohl das deutlich zu erkennen war, wurde die Entscheidung in der Folgezeit von Akteuren in Wirtschaft, Medien und Politik und von Professor Kirchhof selbst zu einem angeblichen Verfassungsgrundsatz verkuerzt, verfremdet, ueberhoehet und umfunktioniert.

Eine grosse Zeitung hat in einem Kommentar das neue Urteil des Bundesverfassungsgerichts denn auch mit den Hinweis bedauert, dass der Buerger nun wieder auf das schwammige Uebermassverbot der Verfassung angewiesen sei, das ihm keine verlaessliche Hilfe vor Zudringlichkeiten des Fiskus gebe.

2. Professor Boeckenfoerde hatte seinerzeit aber auch inhaltlich kritisiert, dass es in Artikel 14 des Grundgesetzes oder in anderen Vorschriften der Verfassung keinen Anhaltspunkt fuer die von Professor Kirchhof aufgestellte Massgabe gebe, nach der Vermoegensinhabern rund die Haelfte der Ertraege zu belassen sind. Auch habe der Senat die geltenden Massstaebe verlassen, nach denen erst eine erdrosselnde Wirkung die Grenze von Geldleistungspflichten bilde.

Neu:

Stellenanzeigen

Wortanzeigen

Werbeanzeigen

Unsere Anzeigenpreisliste 2/2005

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

Professor Boeckenfoerde hat in diesem Zusammenhang kritisiert, dass das Gericht mit seiner Entscheidung praktisch die geltenden Hoehchsaetze der Einkommensteuer als aeuusserste Grenze der Gesamtbelastung bestimme und damit den Gesetzgeber unter Verkenntung der vielfaeltigen politischen Determinanten fuer die Festsetzung von Steuersaetzen auf rein nachrechenbare Massgaben binde. Diese Entscheidung habe die Verfassung jedoch der politisch verantworteten Steuerpolitik vorbehalten.

3. Auch ausserhalb des Steuerrechts hat die juengste Entscheidung des Gerichts grosse Bedeutung. Denn insbesondere die sueddeutschen Klagelaender haben bei den Auseinandersetzungen um den Laenderfinanzausgleich vor dem Bundesverfassungsgericht auch einen Halbteilungsgrundsatz bemueht. So wird behauptet, dass ein steuerverfassungsrechtlicher Grundsatz „der haeltigen Teilung“ auch im Laenderfinanzausgleich zwingend zu beruecksichtigen sei.

Den Befuerwortern eines solchen Grundsatzes ist nun der Wind aus den Segeln genommen worden und das koennte bereits Auswirkungen auf die muendlichen Verhandlungen vor dem Bundesverfassungsgericht zu Fragen des bundesstaatlichen Finanzausgleichs haben.

Auch Politiker der FDP muessen jetzt umdenken, denn sie haette einen solchen Massstab gerne bei der von ihnen geforderten Foederalismusreform II in die Finanzverfassung installiert.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner neuen Entscheidung seine eigenen Entscheidungsmaassstaebe wieder zurecht gerueckt und die Legislative vor der Judikative oder selbst ernannten Obergesetzgebern in Richterrobe in Schutz genommen. Man kann auch sagen, es schwimmt sich von Kirchhof frei, der offenbar zu seiner Zeit als Richter in der Lage war, seine Kollegen zu ueberreden, dem Grundgesetz Massstaebe zu entlocken, die selbst der Verfassungsgesetzgeber so nie treffen wuerde.

Dass das Gericht mit so klaren Worten den Halbteilungsgrundsatz von Professor Kirchhof kassiert hat, verdeutlicht diese Rueckkehr von der Fabel zur Norm. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist deshalb ueber den konkreten Fall hinaus von grosser finanzpolitischer Bedeutung.

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 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 021 33 / 22 04 29, ISDN 021 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de, Internet: www.kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster StraÙe 153, 41462 Neuss, Telefon 021 31 / 1 24 74-0, Telefax 021 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 Abonnementszeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 380 500 00), Konto 36 207 645. Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder.

BGH-Pressemitteilung Nr. 75/2006 vom 11. 5. 2006

Werbeschilder auf Kraftfahrzeuganhängern

Der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte auf die Klage der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. darüber zu entscheiden, ob das Abstellen von Kraftfahrzeuganhängern mit Werbeschildern im öffentlichen Straßenraum wettbewerbswidrig ist, wenn eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis nicht vorliegt.

Das Landgericht hatte in dem Abstellen von Kraftfahrzeuganhängern mit Werbeschildern im öffentlichen Straßenraum eine erlaubnispflichtige Sondernutzung gesehen, die ohne straßenrechtliche Erlaubnis gegen das Landesstraßengesetz verstoße. Dieser Verstoß führe zur Wettbewerbswidrigkeit.

Ebenso wie das Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof einen Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verneint (Urteil vom 11. 5. 2006 – I ZR 250/03). Es könne offen bleiben, ob die Beklagte durch das Abstellen von Kraftfahrzeuganhängern mit Werbeschildern im öffentlichen Straßenraum gegen das Landesstraßengesetz verstoßen habe, weil sie keine Sondernutzungserlaubnis eingeholt habe. Denn wettbewerbsrechtlich unlauter handle nur, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handle, die auch dazu bestimmt sei, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Dieser erforderliche Marktbezug fehle der Vorschrift über die Erlaubnispflicht der Sondernutzung. Sie diene ausschließlich dem Schutz der gemeingebräuchlichen Nutzungsmöglichkeit der öffentlichen Straße und nicht dazu, das Verhalten im Wettbewerb zu regeln. Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Werbetreibenden seien ein bloßer Reflex dieser öffentlich-rechtlichen Regelungen und könnten nicht mit einer Wettbewerbsklage unterbunden werden.

KfW-Newsletter vom 16. 3. 2006

Berater erfüllen zunehmend Vermittlerrolle zwischen Bank und Mittelständler – KfW-Forum „Strukturwandel im Bankensektor“

Berater werden künftig immer stärker in eine Vermittlerrolle zwischen Bank und Mittelständler hineinwachsen. Gleichzeitig wachsen die Anforderungen an Qualität und Intensität der Beratung. Dies ist das Ergebnis einer Befragung, die die KfW Mittelstandsbank bei rund 1200 Unternehmensberatern durchgeführt hat. Angesichts der Umbruchprozesse im Mittelstandsgeschäft der Banken sehen sich die Berater mit wachsenden Herausforderungen konfrontiert. Spezialisiertes Branchenwissen,

Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung zu gewerblichen Zwecken.

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

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

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

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt werden, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressummeldung oder Nachsendeantrag bei der Post sind seit 1. 7. 2005 nicht ausreichend. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

ganzheitliches Coaching und Beratung über alternative Finanzierungsformen wie Beteiligungs- und Mezzaninekapital werden in den kommenden fünf Jahren nach Meinung der Befragten die wichtigsten Kompetenzfelder in der Mittelstandsberatung.

Die Ergebnisse der Befragung wurden auf dem KfW Forum „Strukturwandel im Bankensektor“ am 15. März 2006 in Berlin vorgestellt. Vor 150 Vertretern von Beratungsgesellschaften und Kammern diskutierten Vertreter aus Politik und Wirtschaft die Konsequenzen des Strukturwandels im Bankensektor auf die Finanzierung des Mittelstandes und die zukünftige Rolle der Beratung. Der Parlamentarische Staatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Hartmut Schauerte, erklärte, dass die heutige Finanzierungsberatung noch stärker als bisher in größeren Zusammenhängen erfolgen müsse. Die Unternehmen müssten sich intensiver mit ihrem Rating, ihrer Bonität befassen. Schauerte: „Die Berater müssen alle Unternehmensprozesse kennen, die Einfluss auf das Rating haben und den Unternehmen entsprechende Handlungsempfehlungen geben können.“

Angesichts der höheren Anforderungen, die Banken an die Transparenz von Unternehmen stellen, wird die Rolle der Berater immer wichtiger. „Beratung – zum richtigen Zeitpunkt und richtig dosiert – kann Unternehmen helfen, ihre Performance zu steigern und ihre Bonität zu verbessern“, sagte KfW-Vorstandsmitglied Dr. Peter Fleischer.

Bei der Befragung der KfW Mittelstandsbank gaben 90% der Berater an, die Kreditaufnahmebedingungen hätten sich in den letzten fünf Jahren für ihre Mandanten verschlechtert. Dies trifft vor allem auf Existenzgründer zu, die sich immer stärker mit der Einforderung von Sicherheiten konfrontiert sehen. Die Berater beklagen neben einer mangelnden Risikobereitschaft besonders die zuletzt fehlende personelle Kontinuität in den Kreditinstituten und – damit verbunden – ein unzureichendes fachliches Know-How der Kreditkundenbetreuer. Ein Viertel der Befragten sieht darin ein Hauptproblem. Die Ratinganforderungen und den gestiegenen Transparenzdruck empfinden viele Berater aber durchaus auch als positive Einflüsse, die die Kreditvergabepraxis erleichtern können.

Ein weiteres Ergebnis: Mittelständler und Existenzgründer setzen sich noch immer viel zu wenig mit dem Thema Rating auseinander. Nur jeder achte Mandant hatte sich vor einer Beratung mit dem Thema intensiver befasst. Dabei kann das Einfordern von Ratingkriterien und Ratingnote nach Einschätzung der Berater die Entwicklungschancen der mittelständischen Unternehmen und damit auch die Chancen auf einen Kredit erheblich verbessern.

Hinw. d. Red.: Die Ergebnisse der Studie (Kurzfassung) können als PDF-Datei bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) bis zum 15. 8. 2006 zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

Französisches Tochterunternehmen der Aareon AG firmiert künftig als Aareon France

Aareon Gruppe verfolgt einheitlichen Marktauftritt

Die Aareon AG, Mainz, Beratungs- und Systemhaus für die Immobilienwirtschaft, nennt ihre französische Tochtergesellschaft Prem'SAS, Orléans, mit sofortiger Wirkung in Aareon France um. Die Umfirmierung, die nun durch die Eintragung in das Handelsregister amtlich ist, unterstreicht die Zugehörigkeit des Unternehmens zur Aareon-Gruppe und hebt die Bedeutung des französischen Marktes für die internationale Konzernstrategie hervor. Neben Deutschland und Frankreich ist die Unternehmensgruppe auch in Großbritannien, Italien und der Schweiz vertreten.

Die heutige Aareon France wurde 1986 gegründet und gehört seit dem Jahr 2000 zur Aareon-Gruppe. Das Unternehmen beschäftigt an seinem Hauptsitz in Orléans sowie an weiteren

Standorten in Paris, Nantes und Lyon zurzeit rund 60 Mitarbeiter. In Frankreich managen 115 Unternehmen der Immobilienwirtschaft über 750 000 Mietobjekte mit Aareon-Systemen.

Branchenlösungen Prem' und Blue Eagle

Die französische Immobiliensoftware Prem' stellt alle für ein Immobilienunternehmen notwendigen Funktionen zur Verfügung: von operativen Prozessen wie etwa der Mieterverwaltung bis hin zu Managementaufgaben wie Vermögensverwaltung und Finanzmanagement. Prem' steht für Wohnungsunternehmen, für Fremdverwaltungen sowie die Wohnungseigentumsverwaltung zur Verfügung.

Die neue Softwarelösung Blue Eagle basiert auf der jeweils neuesten mySAP ERP-Plattform und ermöglicht die Abwicklung sämtlicher Prozesse in der Immobilienwirtschaft. In Frankreich richtet sich die Software vorrangig an Betreiber von Gewerbeimmobilien sowie Konzernunternehmen, dabei insbesondere an solche, die bereits SAP-Lösungen einsetzen oder den Einsatz von SAP planen.

Kurzporträt Aareon AG:

Die Aareon AG, eine hundertprozentige Tochter der Aareal Bank AG, ist Europas führendes Beratungs- und Systemhaus für die Immobilienwirtschaft. Das Leistungsangebot umfasst alle wesentlichen Anforderungen für das Management von Wohn- und Gewerbeimmobilien: Consulting, Software, Services und Support.

Rund 50 000 Aareon-Anwender in ganz Europa verwalten rund 8 Millionen Wohnungen und Gewerbeeinheiten. Aareon ist an 20 Standorten (davon 12 in Deutschland) vertreten. Die Aareon AG ist neben Deutschland und Frankreich auch in Großbritannien, Italien und der Schweiz tätig. Das Beratungs- und Systemhaus beschäftigt nahezu 1 100 Mitarbeiter, davon 20 Prozent außerhalb Deutschlands. Der Unternehmenssitz ist Mainz. Der Umsatz im Geschäftsjahr 2004 betrug rund € 159,7 Mio.

Quelle: Aareon-Pressemitteilung vom 28. 3. 2006

Der Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU) ruft zum Kulturdenkmal des Jahres 2006 die HISTORISCHEN BAHNHÖFE aus

Der Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU) hat als Kulturdenkmal des Jahres 2006 „Historische Bahnhöfe“ ausgewählt. Der BHU ist der Bundesverband der Bürger- und Heimatvereine und vertritt über seine Landesverbände die Interes-



Sparen auch Sie bis zu 50.000,- € durch Eigenleistung!

YTONG Bausatzhaus

Rhein-Sieg-Oberberg GmbH

Dipl.-Ing. Johannes Hermann

Tel. 02205/88321

YTONG@YTONG-Rhein-Sieg.de

www.ytong-bausatzhaus.de/Rhein-Sieg



GuT

G 58438

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

sen von rund 500 000 Mitgliedern vor Ort. Er möchte mit dieser bundesweiten Jahresaktion auf erhaltenswerte Kulturlandschaftselemente hinweisen. Nur was man kennt und schätzt, kann man auch schützen. Kriterien für die Wahl des Kulturdenkmals des Jahres können die Gefährdung des Kulturlandschaftselements oder auch die Bedeutung bzw. der Symbolcharakter für unsere Kulturlandschaft und Umwelt sein.

Der Bahnhof war lange Zeit und ist noch heute ein Symbol für die Erschließung einer Region. Waren erst einmal eine Bahnlinie gebaut und dann auch ein Bahnhof errichtet, so war dies auch ein Symbol für die Entwicklung einer Region. Bahnhöfe sind auch ein Zeichen für den Wandel in der Gesellschaft. Kraftfahrzeuge übernahmen den Transport von Menschen und Gütern. Bahnhöfe haben einen regionalen Charakter, sie sind auch Zeichen der Größe und des Wohlstands einer Stadt oder Gemeinde. Deshalb war oft neben einem Personenbahnhof auch gleich ein Güterbahnhof errichtet worden. Bahnhöfe wurden oft an zentralen Plätzen angesiedelt. Fürsten machten sie zum Mittelpunkt an ihrer Residenz. Sie ließen sie auch als Sackbahnhöfe bauen, und sie galten als Zeichen der Macht.

Bahnhöfe sind daher oft aufwendig gearbeitete Gebäude mit eigener Charakteristik. Auch heute noch sind sie Orientierungspunkte und Wahrzeichen eines Ortes oder einer Stadt.

Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU)
Bundesverband für Natur- und Denkmalschutz. Landschafts- und Brauchtumpflege e.V., Adenauerallee 68, 53113 Bonn, Tel.: (02 28) 22 40 91/92, Fax; (02 28) 21 55 03, E-Mail: bh@bhu.de, Internet www.bhu.de

Menschen sicheren Wohnraum und eine Existenz zu verschaffen und damit das Leben menschenwürdig zu gestalten, ist Auftrag der DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. Für die betroffenen Familien wie für ihre Spender und Förderer ist sie ein zuverlässiger und kompetenter Partner. Die DESWOS realisiert seit 35 Jahren Projekte der Entwicklungszusammenarbeit in Ländern Afrikas, Asiens und Lateinamerikas, um Menschen gezielt zu helfen.



DESWOS

Es schafft Geborgenheit und Sicherheit. Es fördert Selbstbewusstsein und soziale Stärke. Bitte unterstützen Sie die Projektarbeit der DESWOS.

DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V., Gustav-Heinemann-Ufer 84-88, 50968 Köln, www.deswos.de
Stadtsparkasse Köln, Kontonummer 660 22 21, BLZ 370 501 98 (Spenden absetzbar)

Im Vordergrund steht der Bau einfacher und sicherer Häuser in Selbsthilfe. Die Menschen selbst planen die Bauprojekte mit fachlicher Unterstützung durch erfahrene Partnerorganisationen der DESWOS aus den jeweiligen Ländern. Die Betroffenen schließen sich in Gruppen zusammen und errichten gemeinsam die Häuser.

Mit der DESWOS gibt die deutsche Wohnungswirtschaft notleidenden Menschen ein menschenwürdiges Zuhause und eine realistische Perspektive für die Zukunft. Das bedeutet mehr als nur eine kurzfristige Hilfsaktion.

Zahlen und Statistik

Statistisches Bundesamt

Die Baufertigstellungen für Nichtwohngebäude im Jahr 2005

Bei fertig gestellten neuen Nichtwohngebäuden ging der umbaute Raum gegenüber dem Vorjahreszeitraum von 175,2 Mio. m³ auf 156,1 Mio m³ zurück (-10,9%). Dieser Rückgang spiegelt sich besonders bei den nichtöffentlichen Bauherren (-11,6%) wider. Bei den öffentlichen Bauherren sank der umbaute Raum um 5,1%.

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

Gebäudeart	Baufertigstellungen			
	Januar bis Dezember		Veränderung gegenüber Vorjahreszeitraum	
	2005	2004	absolut	in %
Nichtwohngebäude	156 149	175 193	-19 044	-10,9
davon:				
Anstaltsgebäude	6 219	6 642	- 423	- 6,4
Büro- und Verwaltungsgebäude	16 145	18 444	- 2 299	-12,5
Landwirtschaftliche Betriebsgebäude	22 194	25 940	- 3 746	-14,4
Nichtlandwirtschaftliche Betriebsgebäude	99 295	111 466	-12 171	-10,9
darunter:				
Fabrik- und Werkstattgebäude	29 347	36 421	- 7 074	-19,4
Handels- und Lagergebäude	60 734	62 232	- 1 498	- 2,4
Hotels und Gaststätten	2 133	2 518	- 385	-15,3
Sonstige Nichtwohngebäude	12 297	12 702	- 405	- 3,2
davon:				
Öffentliche Bauherren	18 286	19 277	- 991	- 5,1
Nichtöffentliche Bauherren	137 864	155 916	-18 052	-11,6

Quelle: BAnz. v. 13. 4. 2006

Hinw. d. Red.: Die Angaben für 2004 und Hinweise auf die früheren Jahre sind in GuT 2005, 132 abgedruckt.



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