

Gewerbemiete Und Teileigentum

4/03

3. Jahrgang

Heft 11 · Juli 2003

S. 117–160

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

W. E. Joachim:
(Hotel)Betreiberverträge

Gewerbemiete

Schriftform
(BGH; OLG Rostock – mit Anm. Wiek)

Mietvertrag vom Reißbrett (BGH)

**BGB-Gesellschaft als Kläger
und Vermieter (BGH)**

**Unternehmensbezogener Mietvertrag
(OLG Düsseldorf)**

Mängel; Zurückbehaltungsrecht (BGH)

**Sonderkündigungsrecht des Mieters
(KG)**

Wettbewerb

**Mitwohnzentrale;
Alleinstellungsberühmung
(OLG Hamburg)**

Teileigentum

Wirkung einer Vereinbarung (BGH)

**Zahnklinik im Teileigentum
(OLG Düsseldorf)**

**Bordell in der Wohnung
(OLG Düsseldorf)**

**Hotel in der WE-Anlage
(OLG Düsseldorf)**

Besteuerung

Magazin

Inhalt

Beiträge

W. E. Joachim,
**(Hotel)Betreiberverträge
Aktuelle Regelungsbeispiele und
Entwicklungstendenzen**

119

Gewerbemiete

Schriftform; Anlagen des Mietvertrags (BGH)

131

Lebensmittelsupermarkt; Mietvertrag vom Reißbrett;
Schriftform; Vermieterwechsel; Doppelvermietung;
Vertragsstrafe (BGH)

132

GbR als Klägerin im anhängigen Verfahren;
Rubrumsberichtigung; Mietzinsanspruch;
Schriftform des Mietvertrags; Kündigung (BGH)

136

Mietvertrag; gesetzliche Schriftform; Unterschrift
eines Vertreters der BGB-Gesellschaft
(OLG Rostock – mit Anm. Wiek)

138

Unternehmensbezogener Mietvertrag
(OLG Düsseldorf)

141

Vertragsauslegung; Mietgarantie;
Vermietungsgarantie (BGH)

141

Insolvenz des Vermieters;
Mängelbeseitigungsanspruch des Mieters
(BGH – nur Leitsatz)

144

Mietzins-Zurückbehaltungsrecht bei Mängeln
der Mietsache (BGH)

144

Gewerberaumiete; Wahrung von Konditionen
des vertraglichen Sonderkündigungsrechts; Nachweis
einer Unwirtschaftlichkeit des Geschäfts (KG)

145

Rückgabe gemieteter Reklamefläche an der
Giebelwand (LG Berlin / KG)

146

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc.

147

Wettbewerb

Mitwohnzentrale II; Alleinstellungsberühmung;
Internet-Auftritt (OLG Hamburg)

147

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc.

149

Teileigentum

Wirkung einer Vereinbarung gegen
Sondernachfolger (BGH)

150

Zahnklinik im Teileigentum „Bürogruppe“ mit
„gewerblicher Nutzung“ als Gebrauchsregelung
(OLG Düsseldorf)

150

Nachteil; Bordell in einer Eigentumswohnung
der WE-Anlage (OLG Düsseldorf)

152

Wohnen, Hotel, Ladenlokale, Tiefgarage in der
WE-Anlage; Gemeinschaftskosten;
Fenstererneuerungen; Hausmeisterkosten
(OLG Düsseldorf)

153

Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc.

155

Besteuerung

Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder:
Auflösung einer Ansparrücklage

156

BMF-Schreiben: Umsatzsteuerrechtliche Behandlung
der Nutzungsüberlassung von Sportanlagen und
anderen Anlagen

156

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc.

157

Magazin

Politik und Recht

157

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolken-
burgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 0228 /
47 63 78, Telefax 0228 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de>
e-mail: info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreise nach Vereinbarung.
Herstellung: Media-Print PerCom GmbH & Co. KG, Am Busbahnhof 1,
24784 Westerröndfeld, Telefon 0 43 31 / 8 44-0, Telefax 0 43 31 / 8 44-100.
Herstellung der Online-Produkte: Textverarbeitung Beate Kluth, Am
Quirinushof 20, 41542 Dormagen. Internet: www.kluth-dtp.de

Erscheinungsweise: zweimonatlich. Preise (unverbindlich empfohlen): Ein-
zelheft 8,50 € zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnement-
preis: 39 € jährlich, einschl. MwSt. zzgl. 9,- € Versandpauschale, zahlbar
zu Beginn des Abonnementszeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abon-
nements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementskündi-
gungen müssen mit einer Frist von 10 Wochen zum Ende des Kalender-
jahres erfolgen. Bankverbindung: Sparkasse Bonn (BLZ 380 500 00), Konto
36 207 645.

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

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

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

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

Nachdruck, fotomechanische Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnah-
me in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht
amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Geneh-
migung des Verlages gestattet.

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

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

(Hotel)Betreiberverträge

Aktuelle Regelungsbeispiele und Entwicklungstendenzen

Vorbemerkungen und Schwerpunktsetzung

1. Die **Betreiberverträge** des Pacht- und Managementvertrags sowie deren Mischformen stehen im Vordergrund der Betrachtung, auf welcher Grundlage Hotels bzw. Hotelunternehmen betrieben werden. Franchise- und Kooperationsvertrag sowie deren Mischformen bilden verstärkt die Grundlage für ein ausgefeiltes **Vertriebssystem**, welches auch und gerade in der Hotellerie mehr und mehr um sich greift. Das juristische Augenmerk hinsichtlich der Rechte und Pflichten sowie der Risikoverteilung zwischen den Partnern richtet sich vorliegend auf die reinen Betreiberverträge, mithin Pacht- und Managementvertrag sowie deren Modifikationen (ausführlich Joachim, NZM 2001, 162). Hinzu kommen Erwägungen zu Vor- und Nachteilen aus der Sicht des Eigentümers bzw. Investors einerseits und des Betreibers andererseits. Aktuelle Praxisbeispiele sowie in der Hotellerie sichtbare Tendenzen und deren juristische Implikationen werden in ausgewählter Form dargebracht. Ausführungen zu Franchise- und Kooperationsvertrag nebst Mischformen runden die Abhandlung ab.

2. Zu Zeiten der – aktuellen und vermeintlichen – Krise bzw. Krisenerscheinungen im Tourismus- und Hotelleriensektor kommt der sorgfältigen Verhandlung und Formulierung eines (Hotel)Betreibervertrags besondere Bedeutung zu. Investor, Kreditinstitut, Grundstückseigentümer und Betreiber müssen über Rechte und Pflichten sowie sie treffende Risiken auf der Grundlage eines ausführlich ausgestalteten Vertrags informiert sein. Die „Krise“ bzw. „Krisen-Szenarien“ äußern sich in aktuellen Formen wie Weltwirtschaftskrise, Konjunkturreinbrüche, Kriege, (Natur-, Umwelt-, politische) Krisen und Katastrophen, aktuelle Beispiele wie Irak-Krieg, Bomben-Anschläge, Geiselnahmen, SARS (=Severe Acute Respiratory Syndrome) und sonstige „Menschenmassen bedrohende Infekte“ (zu Ausprägungen verschiedener Krisen bzw. Krisen-Szenarien und deren Ein- bzw. Auswirkungen auf Tourismus und Hotellerie aktuell: Hotel- und Tourismustrends zu Zeiten der Krise, Workshop an der International School of Management, ISM, Dortmund, Sommer 2003, Workshop-Band mit ca. 300 Seiten; dort allgemein zur Krise und ihren Erscheinungsformen: Joachim, Crisis – Chaos oder Chance?, S. 1 bis 37 in dem Workshop-Band; aktuelle einschlägige Veröffentlichungen: „Reisebranche sieht eine Trendwende“, Handelsblatt vom 3. 6. 2003, S.14; „Geschäft mit Urlaubsreisen zieht deutlich an“, Handelsblatt vom 2. 6. 2003, S.14; „Nur wenige Hotelaktien trotzten der Flaute in der Branche“, Handelsblatt vom 21. 5. 2003, S. 31; „Großanleger entdecken ihre Liebe zum Hotel“, Handelsblatt vom 9. 5. 2003, S. 24). Investments im Tourismus und in der Hotellerie werden überdacht bzw. reduziert. Neue Hotelprojekte werden in eingeschränktem Umfang durchgeführt. Dabei achten die Beteiligten auf Standort bzw. Lage (Makro- und Mikrobetrachtung) des Hotels, Gesamt-Investment und renommierter Hotel-Betreiber bzw. -Operator mit (inter-)nationalem Ruf bzw. „standing“.

3. Die Stichwörter benennen die Themen-Schwerpunkte, zumeist juristische, des öfteren (betriebs)wirtschaftliche und hotelspezifische Erwägungen. Aktuelle Problemfelder werden ausführlicher erörtert.

A. Pachtvertrag

I. Kern-Inhalt, vgl. §§ 581 i.V. m. 535 ff. BGB

1. Die Führung des Hotels erfolgt durch den Pächter idR
 - a) im eigenen Namen,
 - b) auf eigene Rechnung,
 - c) auf eigenes Risiko.
2. Sachnutzung und Fruchtgenuß,
3. Pachtzahlung.

II. Mietvertrag, vgl. §§ 535 ff. BGB

1. Die Führung des Hotels ergeht durch den Mieter idR
 - a) im eigenen Namen,
 - b) auf eigene Rechnung,
 - c) auf eigenes Risiko.
2. Sachnutzung,
3. Mietzahlung.

III. Abgrenzung zwischen Pacht und Managementvertrag

1. In der Praxis findet sich häufig keine genaue Unterscheidung zwischen den Vertragstypen. Anzutreffen sind in der Praxis verschiedene Typen und Mischverträge (so Palandt-Weidenkaff, BGB 62. Aufl. (2003), Einf. v. § 581 Rdnr. 3 ff. u. 20; Joachim, NZM 2001, 162). Oftmals unterscheiden sie sich nach dem

- Vertragsgegenstand und
- Vertragszweck (vgl. dazu Reinstorf, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. (1999), I., Rdnr. 6 ff. m.w.N.; Palandt-Weidenkaff, Einf. v. § 581 Rdnr. 20; Joachim, NZM 2001, 162; Flehinghaus, Gewerbe- und Wohnungsmiete, Dauernutzungsrecht, in: Usinger, Immobilien – Recht und Steuern, 2. Aufl. (1999), 811, Rdnr. 1; aus Sicht der Immobilienwirtschaft: Falk, Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 2. Aufl. (2000), 605, Stichwort „Pacht“). Vertragsgegenstand einer Miete sind nur Sachen, mithin körperliche Gegenstände gemäß § 90 BGB, Vertragsgegenstand einer Pacht sind auch Rechte.

2. Im Vordergrund steht das gesetzliche Tatbestandsmerkmal „Fruchtgenuß“, vgl. § 581 BGB. Abgestellt wird hier auf den Vertragszweck. Früchte sind bei der Verpachtung einer Sache deren Erzeugnisse und die sonstige bestimmungsgemäß erzielte Ausbeute, § 99 Abs. 1 BGB. Früchte eines Rechts sind die bestimmungsgemäß aus diesem Recht gewährten und gewonnenen Erträge, § 99 Abs. 2 BGB, z. B. für die Unternehmenspacht der Unternehmensertrag. Nach der Rechtsprechung ist regelmäßig von Pacht auszugehen, wenn die überlassenen Räumlichkeiten dahingehend ausgerüstet sind, daß sie unmittelbar die Aufnahme des vorgesehenen Unternehmens bzw. Gewerbes ermöglichen, welches Erträge abwer-

fen kann (so BGH ZMR 1969, 206; NJW 1981, 103; Reinstorf, in: Bub/Treier, I., Rdnr. 17; Flehinghaus a. a. O.). Ist mithin das Hotel vollständig eingerichtet, um den Hotelbetrieb zu ermöglichen, stellt die maßgebende Rechtsgrundlage nach herrschender Auffassung ein Pachtvertrag dar. Die Überlassung des „veredelten Rohbaus“ ist regelmäßig als Mietvertrag anzusehen. Auch dann, wenn die Räume vielfältig verwendbares Inventar aufweisen, ist zumeist – wenn dieses nicht im Zusammenhang mit der Verpachtung eines Unternehmens überlassen wird – Miete zugrunde zu legen (vgl. nur etwa Reinstorf, in: Bub/Treier I., Rdnr. 17; Joachim, NZM 2000, 785 zum Shopping-Center; ders., NZM 2001, 162 zur Abgrenzung zwischen Pacht- und Managementvertrag). Werden Räume allerdings ohne jedwede Einrichtung überlassen, liegt Miete vor, und zwar selbst dann, wenn die Raumnutzung vertrags- bzw. bestimmungsgemäß zum Betrieb eines Gewerbes dienen soll (so Reinstorf, in: Bub/Treier, I., Rdnr. 18). Dazu sei aus der Praxis angemerkt: Ein Trend geht dahin, daß der Mieter selbst die Sache (end)herstellen bzw. fertigstellen muß, z. B. usus beim Shopping-Center. Dies ist mitunter auch in der Hotellerie zu beobachten, nämlich dann, wenn der Hotelier den Rohbaukörper mit hoteltypischen Einbauten versieht und selbst fertigstellt. Vorliegend richtet sich die Betrachtung nicht auf die Erbringung der hoteltypischen Leistungen gegenüber dem Hotelgast, welche regelmäßig in Form eines Hotelaufnahmevertrags erfolgen. Dabei handelt es sich hinsichtlich der Überlassung von Hotelzimmern gegen Entgelt regelmäßig um Gattungsmiete, d. h. dann, wenn der Hotelkunde beim Hotel z. B. ein Zimmer bucht (Bub, in: Bub/Treier II., Rdnr. 350; dazu und zum Hotelaufnahmevertrag und den typischen Vertragsleistungen des Hoteliers bezüglich Logis sowie „food & beverage“ Joachim, Abschluß, Ausgestaltung und Stornierung des Hotelaufnahmevertrages, in: DB 1990, 1601, 1602 ff.; ders., Aktuelle Rechtsfragen gewerblicher Nutzungsüberlassungen, in: ZIP 1991, 966, 971 f.; ders., Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Hotellerie, in: NWB 1994, 2841, 2842 ff. m. w. N.; ders., Allgemeine Geschäftsbedingungen (= AGB) für den Hotelaufnahmevertrag, in: ZGS 2003, 177).

IV. Wesentliche Vertragsbestandteile

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit werden nachfolgend die „essentialia negotii“ und zugleich Kern-Bestandteile eines (Hotel)Betreiber- bzw. Pachtvertrags aufgelistet (zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen: Joachim, NZM 2001, 162, 163).

1. Vertragsgegenstand bilden im wesentlichen:

- a) Hotel-Grundstück,
- b) Hotel-Immobilie / wesentliche Bestandteile,
- c) Hotel-Anlagen und -Einrichtungen,
- d) Hotel-Klassifizierung,
- e) Bezugnahme auf ein konkretes Referenzobjekt, z. B. das Maritim-Hotel in Köln für ein „International First-Class-Business-Hotel“ sowie z. B. das Kempinski Grand Hotel in Heiligendamm für ein „Luxury Resort-Hotel“.

2. Fixpacht stellt einen vertragstypischen Kernpunkt dar.

- a) Laufende Verzinsung der Gesamtinvestition,
- b) Bezugsgröße: Feste monatliche Pacht pro Zimmer, verhandelbar ist z. B. pro Monat 1000 Euro pro Zimmer im internationalen first-class-Hotel.
- c) Anpassung im Fall der Budgetüberschreitung oder -unterschreitung?
- d) Staffelung während der Anlaufphase?
- e) Unterproportionale Indexierung bei Entwicklung des Pachtzinses bzw. der Pacht, z. B. 60–80%, ist in der Branche üblich.
- f) Indexbeginn, z. B. die ersten 1 bis 3 Jahre sind indexfrei.

3. **Variable Pacht** findet sich häufiger in der Vertragspraxis. Fraglich ist der Anknüpfungspunkt, d. h.:

a) Umsatz oder GOP (Gross Operating Profit, Bruttobetriebsergebnis).

So können beispielhafte Verhandlungsgrundlagen sein: 8–10% vom Gesamtumsatz für Logis-Bereich, 2–5% vom Gesamtumsatz für food & beverage-Bereich.

b) Wenn die variable Zusatzpacht an den GOP anknüpft:

Anlehnung an das Uniform System of Accounts for Hotels (USAH), bzw. seit 1996 einheitlich: Uniform System of Accounts for the Lodging Industry (USALI); seit 2000 erste einheitliche deutsche Ausgabe = Einheitliche Betriebsabrechnung.

Einen allgemeinen Verhandlungsrahmen stellt grundsätzlich dar: 10–15% vom GOP.

c) Wie so oft in der Hotel-Betreibervertragspraxis gilt auch hier: Konfliktpotential erkennen und regeln.

d) Budget- und Berichtspflichten werden in diesem Zusammenhang festgeschrieben, insbesondere: Aufstellung, Präsentation, Zustimmung und Anpassung des bzw. zu dem Budget(s).

4. Laufzeit

Einschlägige Regelungen erfassen hier:

a) Festlaufzeit: Früher: 15 bis 25 Jahre; Grenze: § 544 BGB, falls Vertragslaufzeit länger als 30 Jahre währt, kann nach deren Ablauf jeder Vertragsteil die Kündigung gemäß gesetzlicher Frist aussprechen. Heutzutage wählt die Praxis Vertragslaufzeiten: 10 bis 20 Jahre, eventuell 5 bis 10 Jahre (Tendenz geht zu kürzeren Laufzeiten, vgl. Joachim, NZM 2001, 162).

b) Oftmals gewährt die Praxis Optionen. Danach könnte ein Vertragsverhältnis auf bis zu 30 Jahre ausgerichtet sein. Die konkrete Ausgestaltung variiert im Einzelfall, sie kann 2 bzw. 3 Optionen um jeweils 5 Jahre vorsehen.

c) Bei Dauerschuldverhältnissen wie dem vorliegenden Betreibervertrag ist die – regelmäßig: fristlose – Kündigung aus wichtigem Grund, §§ 314, 543, 569 BGB, möglich. Die Tatbestände des wichtigen Grunds sollten beispielhaft festgelegt werden, z. B. wesentliche Vertragspflichtverletzungen, Pacht-rückstände, Insolvenz des Partners.

d) „Breakage-Clause“ (Auflösungsklauseln bei Nichterreichen bestimmter Betriebsziele)? Vorrangig erscheint eine Nach- bzw. Neuverhandlungspflicht; sie folgt aus einer Vertragsauslegung und dem Rechtsgedanken von § 242 BGB (grundlegend Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), 255 ff. ders., Vertragsbindung unter veränderten Umständen, NJW 1985, 1118 ff.; Palandt-Heinrichs, § 313 Rdnr. 7; Joachim, Aktuelle Rechtsfragen gewerblicher Nutzungsüberlassungen, ZIP 1991, 966, 967 ff.). Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) sieht entsprechende Regelungen nunmehr in § 313 BGB über die Störung der Geschäftsgrundlage vor. Die Anpassung des Vertrags an die schwerwiegend veränderten Umstände kann vorrangig verlangt werden, § 313 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, kann der benachbarte Teil vom Vertrag zurücktreten bzw. bei einem Dauerschuldverhältnis – wie dem hier vorliegenden Hotelbetreibervertrag – das Recht zur Kündigung ausüben, § 313 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB.

5. Betriebskonzept

Festlegungen zum Betriebskonzept erlangen steigende Bedeutung (dazu Joachim, NZM 2001, 162, 163). Sie erstrecken sich u. a. auf:

- a) Name, Marke. Liegt dem Hotelbetrieb eine nach dem MarkenG geschützte Marke zugrunde?
- b) „Corporate identity“,
- c) Konzept und Standard,
- d) Mitspracherechte des Eigentümers bei zentralen Fragen, z. B. Auswahl des Hoteldirektors,

- e) Änderungen im Betriebskonzept,
- f) Vermarktung,
- g) GDS (Global Distribution System), zentrales Reservierungs- bzw. Buchungssystem,
- h) Hotelabrechnungssystem und Computerisierung, z. B. Fidelio-System,
- i) Reiseveranstalter/Tour-Operatoren-Geschäft.

6. Verantwortungsbereich des Eigentümers

Unter Zugrundelegung von Einfluß- und Verantwortungssphären ist der Eigentümer grundsätzlich zuständig und verantwortlich für das Grundstück und den Baukörper als solchen. Daraus läßt sich der Verantwortungsbereich beispielhaft wie folgt näher skizzieren und gegebenenfalls vertraglich festlegen:

a) Dach und Fach: Hier finden sich regelmäßig umfangreiche Vertragsregelungen. Grundsätzlich sind individualvertragliche Regelungen dahin möglich, die gesetzlichen Regelungen von § 581 i.V.m. § 535 BGB bis zu den Grenzen von § 307 BGB zu Lasten des Pächters auszudehnen. Im Kern muß der Verpächter bzw. Eigentümer allerdings für die tragenden bzw. konstruktiven Teile einstehen. Innerhalb der Einfluß- bzw. Risikosphäre des Hotelbaukörpers können weitgehende Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten der Pachtsache dem Pächter auferlegt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Pachtgestaltung entsprechend der verstärkten Risikobelastung des Pächters Rechnung trägt. Dies wird im Schrifttum bei Gewerbemietverträgen aktuell diskutiert (Moeser, Tripple-Net-Mietverträge, in: NZM 2003, 425, 427 f.). Diese in Rechtsprechung und Literatur vorherrschende Meinung hat unlängst Bestätigung durch ein Urteil des OLG Naumburg gefunden (Az.: 2 U (Hs) 34/98, in: WM 2000, 241; ausführlich Bub, in: Bub/Treier, II., Rdnr. 459 ff. m.w.N.; ferner Flehinghaus, a. a. O., Rdnr. 63). Der BGH hat diese Risikotragung höchstrichterlich im Mietrecht im Zusammenhang mit der Haftungsbegrenzung des Vermieters für seine Hauptpflichten bestätigt (BGH, Rechtsentscheid vom 24.10.2001, NJW 2002, 673 = NZM 2002, 116 = WM 2002, 141 = GuT 2002, 45; BGH, Entscheidung vom 3. 7. 2002, NZM 2002, 784 = GuT 2003, 8; dazu Börstinghaus, ZGS 2002, 102, 108 f.; Palandt-Heinrichs, § 307, Rdnr. 128; Fritz, NZM 2002, 713, 717; Schmitz/Reischauer, NZM 2002, 1019; Lützenkirchen, BGH-Report 2002, 145; ders., Wohnraummiete, 2002, S. 152 f.; Joachim, WM 2003, 183; ders., Anwalinfo Mietrecht (AIM) 2003, 66; ders., NZM 2003, 387).

b) Baubezogene Anordnungen, z. B. Brandbegehung.

In diesem Zusammenhang wird des öfteren danach differenziert, ob das bebaute Grundstück oder der Hotelbetrieb betroffen sind. Ratsam ist es, daß der Hotelbetreiber bei jedweder Brandbegehung durch einen sachverständigen Vertreter zugegen ist.

c) Erneuerung der zentralen Betriebstechnik; z. B. Heizung/Klimatechnik; Kälteeinrichtungen; neue Aufzüge; Sprinkler-Anlage. Auch hier sollte der Betreiber stets auf Präsenz Wert legen. Vertraglich mag – je nach Einzelfall – eine andere Verantwortung gegeben sein.

7. Verantwortungsbereich des Hoteliers

a) Die Instandhaltung und -setzung im übrigen erfolgt öfter zu Lasten des Nutzers bzw. Hotelbetreibers. Denn das Hotel befindet sich in seiner Einfluß- und Verantwortungssphäre. So muß er sich um die Instandhaltung/-setzung kümmern

und die verbundenen Kosten im Grundsatz tragen, sofern nicht der vorerwähnte Kernbereich von „Dach und Fach“ betroffen ist. Hier manifestieren sich moderne Überlegungen zur Risikobeschreibung und -verteilung, welche Judikatur und Jurisprudenz verstärkt erstellen (BGH NJW 2002, 673 = NZM 2002, 116 = WM 2002, 141 = GuT 2002, 45; BGH NZM 2002, 784 = GuT 2003, 8; WM 2000, 593 und NZM 2000, 1005; WM 2001, 440; Bub/Treier/Bub, II., Rz. 633 ff.; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. 2000, Rz. 235 ff.; Joachim, WM 2003, 183; ders., NZM 2003, 387; ders., AIM 2003, 66; ausführlich zur Risikoverteilung zwischen den Parteien von Gewerbemietverträgen in Einkaufszentren: Ostermann: GuT 2003, 39; Joachim, GuT Heft September 2003).

b) Vor dem Hintergrund der regelmäßig weitgehenden Einfluß- und Verantwortungssphäre des Hotelbetreibers stellt sich für den Eigentümer/Investor häufig das Problem, wie die Durchführung und Finanzierung der anfallenden Arbeiten bewältigt werden kann. Wie stellt man als Eigentümer sicher, daß ausreichend Liquidität im Hotel verbleibt? Hierzu bedarf es einer engen Kommunikation und regelmäßigen Kontrolle des Eigentümers bzw. seiner Vertreter im Hotelbetrieb.

8. Pachtsicherheit

a) 1 bis 2 Jahrespachten dienen regelmäßig als Bankbürgschaft/Kaution bzw. Sicherheitsleistung; diese Form der Sicherheitsleistung wird häufig verlangt, im Verhandlungswege nicht bzw. nicht voll umfänglich gewährt.

b) Patronatserklärung (harte, weiche) des Hotelbetreibers bzw. der Konzern-Muttergesellschaft fungieren ebenso – als relativ kostengünstiges – Sicherheitsmittel; solche Erklärungen werden branchenüblich gestellt, insbesondere in Verhandlungen mit internationalen Hotelketten, z. B. USA-Hotelgesellschaften (vgl. zum Vorstehenden: Joachim, NZM 2001, 162, 163).

9. Zusammenarbeit in der Projektentwicklung

a) Dieser Bereich erfährt zunehmend Beachtung. Die Projektentwicklung stellt mitunter ein eigenständiges Rechtsgebiet dar (vgl. dazu näher: Falk, Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 2. Aufl. 2000, 605, Stichwort: Projektentwicklung, Developer; Minuth, in: Usinger, Immobilien-Recht und Steuern, 2. Aufl. 1999, S. 565, 562; Joachim, Projektentwicklung und Projektmanagement in der Immobilienwirtschaft und Hotellerie, 1998, m.w.N.). Besteht ein „Technischer Beratervertrag“ für den Hotelier? Internationaler Terminologie zufolge ist von sogenannter „technical assistance“ die Rede, z. B. für 1 bis 2 Jahre während der Hotel-Planung und während des Hotelbaus.

b) Der Verpächter gewährt bisweilen einen „Pre-Opening“-Zuschuß, z. B. für ein halbes bis ein Jahr vor der Hoteleröffnung.

c) Die Hotelinbetriebnahme erfolgt mitunter als „Soft-Opening“, d. h. vollständige Fertigstellung als gleitender Prozeß, z. B. innerhalb eines Quartals bzw. innerhalb eines halben Jahres ab dem Zeitpunkt der Hoteleröffnung erfolgt die gesamte und endgültige Fertigstellung des Hotels. Genaue Zeitpunkte für die Abnahme bzw. – reformgemäß – Gesamtherstellung von Werkleistungen im Sinn von § 640 BGB sollten ausbedungen und protokollarisch festgehalten werden.

10. Betriebsübergang

In der Praxis finden immer wieder Übernahmen von bestehenden bzw. laufenden Hotelbetrieben auf der Basis eines Pachtvertrags statt. Zahlreiche Fragen stellen sich und verlangen nach vertraglicher Regelung, z. B.

- a) Vorratsbewertung,
- b) Übernahme der Forderungen und Betriebsverträge,
- c) Angebote/Reservierungsstände/Gästedatei,
- d) Arbeitnehmer (§ 613 a BGB = ausgeprägter Arbeitnehmerschutz) und Sonderregelungen für das Führungspersonal,

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

e) Presseerklärung; sie ist besonders wichtig im Hinblick auf: Abstimmung, Form und Inhalt sowie „timing“; „marktmächtige Marketing-Maßnahmen“ beziehen sich vornehmlich auf die Medien-Darstellung.

11. Sonstiges

Hier können und sollen hoteltypische Regelungen erfaßt werden, beispielhaft sei auf folgende Regelungsmaterien hingewiesen (vgl. dazu auch: Joachim, NZM 2001, 162, 163):

a) Einbauten und Umbauten:

Die Anforderungen an die Hotelimmobilie und deren Einrichtungen unterliegen einem ständigen Wandel (dazu allgemein: Trends der internationalen Tourismus- und Hotelindustrie, Workshop der International School of Management, ISM, Dortmund 2002, und näher: Joachim, Allgemeine Anmerkungen zu den Trends, S. 3 ff.). Der Tendenz nach sind in kürzeren Zyklen, beispielsweise 3 bis 5, maximal 8 bis 10 Jahren, Ein- und Umbauten in der Hotelimmobilie vorzunehmen. Das gilt beispielsweise im Zimmerbereich. Die Tagungsräumlichkeiten unterliegen ebenfalls ständigem Fortschritt, etwa im Hinblick auf neue und zeitgemäße Kommunikationsformen sowie Informationstechnologien. Hier muß vertraglich geregelt werden, welche Maßnahmen in welchem Zeitraum, von welchem Vertragspartner und auf der Grundlage genauer Kostenregelungen getroffen werden.

b) Inventarerneuerung:

Ähnliche Überlegungen greifen für die ständige Nachrüstung und Erneuerung des Inventars, so im Hinblick auf das hoteltypische Kleininventar. Modischen Zeitströmungen im Hinblick auf beispielsweise Geschirr und Besteck muß in immer kürzeren Zeitabschnitten Rechnung getragen werden. Die zunehmend „eventorientierte“ Erwartungshaltung der Klientel (dazu: „Die Urlaubsfabrik“, in: Die Zeit vom 18. 6. 2003, S. 19; „Entspannung und noch Meer“, in: Stern Nr. 25, Juni 2003, S. 106 ff. zum neuen Kempinski-Luxus-Hotel in Heiligendamm; „Heiligendamm strahlt in Weiß“, in: Handelsblatt vom 6./7. 6. 2003, S. 38; Heyer, „Added Value“, NGZ – Der Hotelier, 10/2000, 3) erfordert gerade in den Gästebereichen der Restauration und der Zimmereinrichtungen ständige Neuerungen und Nachrüstungen. Vertragliche Abmachungen unter Hinweis auf das Betriebsbudget tragen dem Regelungsbereich Rechnung.

c) Versicherungskonzept:

Art und Umfang des Versicherungskonzepts nehmen größere Bedeutung im Pachtvertrag ein. Der Eigentümer erwartet eine vollständige Absicherung der Hotelimmobilie gegen typische Gefahren, die der Hotelimmobilie drohen und die aus dem Hotelbetrieb resultieren können. Regelmäßig können diese Gefahren durch eine Sammelpolice der Hotelkette abgedeckt werden. Dabei erfolgt häufig die Einbeziehung von sogenannten „extended coverage“ (wörtl. ausgedehnte Deckung, z. B. bei Betriebsunterbrechung). Die Verhandlung und Durchsetzung von Sonderkonditionen nehmen entsprechend geschulte und personalmäßig ausgerüstete Versicherungsabteilungen der Hotelketten vor. Die Hotelketten verfügen häufig aufgrund langjähriger Arbeitsbeziehungen über ausgezeichnete Kontakte zu großen Versicherungsunternehmen bzw. -maklern (siehe Joachim, NZM 2001, 162, 163).

d) Gebietsschutz:

Der Gebietsschutz für einen Hotelbetrieb ist in räumlicher und zeitlicher Hinsicht grundsätzlich zu begrenzen. Regelmäßig wird einem Hotel innerhalb einer Stadt bzw. Metropole in einem engen Radius von z. B. 10 bis 50 km für die Dauer des Betreibervertrags Gebietsschutz gewährt. Wettbewerbsrecht und sonstiges Recht sind zu beachten. Das gilt insbesondere für den sogenannten nachvertraglichen Gebietsschutz. Das wirtschaftliche Fortkommen des Vertragspartners darf nicht unangemessen beeinträchtigt werden. In analoger Anwendung von § 90 a HGB wird entsprechend der Wettbewerbsabrede eines Handelsvertreters die Beschränkung der

gewerblichen Tätigkeit grundsätzlich restriktiv auszulegen sein (allg. zur Handelsvertreter-Wettbewerbsabrede Leinemann in: Ensthaler, GK zum HGB, 6. Aufl. (1999), § 90 a Rdnr. 4.; Joachim, NZM 2001, 162, 163). Demgemäß darf sie längstens für 2 Jahre, gerechnet von der Beendigung des Vertragsverhältnisses an, getroffen werden.

e) Konkurrenzschutz:

Im gewerblichen Miet- bzw. Pachtrecht ist Konkurrenzschutz üblich; er wird zumeist vertraglich begründet. Dies gilt grundsätzlich ebenso bei Hotel-Betreiberverträgen. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung gehört zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Miet- bzw. Pachtsache, daß der Vermieter bzw. Verpächter im selben Haus bzw. innerhalb seiner Immobilie oder auf seinem angrenzenden Grundstück keinen Konkurrenzbetrieb (auch nicht eines anderen Mieters bzw. Pächters) zuläßt oder gar selbst eröffnet bzw. betreibt. Der von Rechtsprechung und Lehre grundsätzlich gewährte vertragsimmanente Konkurrenzschutz bezieht sich auf den Kern der Angebotspalette, mithin die Gegenstände, welche den Stil des Geschäfts bestimmen und ihm das Gepräge verleihen (vgl. zum Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht: Jendrek, NZM 2000, 1116; Jendrek/Richter, NZM 2000, 229; Palandt-Weidenkaff, § 535, Rdnr. 27; Flehinghaus, a. a. O., Rdnr. 64; ausführlich: Joachim, Beilage 6 zu BB 1986, 9 ff.; ders., Wirklichkeit und Recht des Shopping-Centers bzw. Einkaufszentrums, NZM 2000, 785, 797 f.; ders., Zum eingeschränkten Konkurrenzschutz in der Hotellerie, in: NZM 2001, 162, 163. Aus der Rspr.: BGH NJW-RR 1989, 1422; OLG Hamm NZM 1998, 511; NJW-RR 1997, 459; OLG Düsseldorf NZM 1998, 307 = WM 1997, 642 KL; OLG Köln ZMR 1998, 347 = WM 1998, 342). In der Hotellerie gilt der Konkurrenzschutz für gleiche Produkttypen, d. h. beispielsweise das Budget- oder Business-Segment, daneben im so genannten International-First-Class-Bereich oder auch in der Luxus-Hotellerie. Demgegenüber wird man vertragsimmanent keinen Konkurrenzschutz gewähren können, wenn ein 1-Sterne-Hotel, beispielsweise ein Formule 1- oder ein Etap-Hotel der Accor-Gruppe mit einem 5-Sterne- bzw. Luxus-Hotel, z. B. von Ritz Carlton bzw. „Four Season’s“, konkurrieren sollte. An ausgewählten Standorten finden sich eher Synergie-Effekte, z. B. im Zentrum der Hauptstadt Berlin.

Sogenannte Cluster-Concepts bzw. Hotel-Park-Concepts stellen ab auf die Ansiedlung mehrerer Hoteltypen an einem Standort, z. B. Hotels im 2-Sterne- und 4-Sterne-Segment wie Ibis- und Mercure- oder Marriott-Courtyard und Marriott-Hotels. Selbstverständlich kann einzelvertraglich eine anderweitige Regelung getroffen werden, etwa dahingehend, dem vorhandenen Hotel-Betreiber jeglichen Konkurrenzschutz zu gewähren oder aber diesen – in gegenteiliger Ausprägung – vollständig auszuschließen (dazu näher: Joachim, NZM 2001, 162, 163). In diesem Bereich erhärtet sich die Erkenntnis: Sorgfältige Vertragsverhandlung und -gestaltung sind beim Betreibervertrag vonnöten. Standardformulierungen können nur einen ersten „Fingerzeig“ geben, allerdings selten eine einzelfallgerechte Lösung vorhalten. Hier bedarf es zunehmend des Einsatzes von Hotelprofis, auch und gerade auf dem weiten Feld der Betreibervertragsverhandlung.

V. Wesentliches für den Investor

Für den Investor sind u. a. folgende Gesichtspunkte beim Treffen seiner Investitionsentscheidung auf der Basis eines Pachtvertrags von Bedeutung:

1. Der Investor erzielt eine gesicherte und konstante Rendite mit gutem „standing“ von Hotelimmobilie und -betreiber.
2. Das Betriebsrisiko liegt grundsätzlich beim Betreiber.
3. Die Mitarbeiter zählen zum Betreiber.
4. Grundsätzlich stellt die Hotelimmobilie eine attraktive Immobilie für institutionelle Investoren und konservative private Anleger dar.

5. Die Wertsteigerung erfolgt regelmäßig ausschließlich in der gewerblichen Groß-Immobilie.

6. Die Bonität des Betreibers dient der Wertsteigerung der Immobilie.

7. Fungibilität bzw. Übertragbarkeit der Immobilie mit grundsätzlich langer Laufzeit des Betreibervertrags bedeutet eine tragfähige Basis für die positive Investitionsentscheidung.

VI. Modifizierter Pachtvertrag

1. Mischform: Tendenz zum Pachtvertrag mit Risikobeteiligung

In den letzten Jahren zeichnet sich eine Tendenz beim Pachtvertrag zum „risk-sharing“ der Vertragsbeteiligten ab (dazu näher: Joachim, NZM 2001, 162, 163 f.). Dies soll nachfolgend anhand einiger Entwicklungstendenzen veranschaulicht werden.

2. Teilung des Betriebsrisikos

a) Grundsätzlich erfolgt die Aufteilung der Gesamtpacht in einen fixen und einen variablen Anteil.

b) Die Basispacht dient zur Deckung der Finanzierungskosten plus Umsatz- oder Gewinnbeteiligung.

c) Die Umsatzpacht sieht häufig wie folgt aus: z. B. 8 – 10 – 18 – 25% vom Umsatz; in der Regel knüpft eine höhere Prozentzahl an den Logis- als an den Gastronomie-Umsatz; bei letzterem ist ein Rahmen von 2–5% denkbar. Stets kommt es auf die jeweiligen Einzelfallumstände an.

d) Haftungsbegrenzung: Das Betriebsrisiko des Hotelbetreibers kann summenmäßig begrenzt werden. Für einen bestimmt auszuhandelnden Fehlbetrag hat der Hotelbetreiber einzustehen. Einen darüber hinausgehenden Betrag haben gegebenenfalls die Vertragspartner hälftig zu tragen, wobei mitunter die Muttergesellschaft des Hotelbetreibers – zumindest anteilig – eintreten kann.

3. Reduzierte Investitionskosten des Hoteliers

a) Der Trend zur Risikoteilung offenbart sich namentlich bei der schwierigen und oft von nicht beeinflussbaren Einwirkungen geprägten Voreröffnungsphase des Hotels. Manchmal beteiligt sich der Verpächter an den „Pre-Opening“-Kosten. Diese werden spezifiziert und budgetmäßig ausgewiesen für ein halbes bis ein Jahr und – beispielsweise hälftig – von den Vertragsparteien getragen.

b) Einen weiteren Regelungsbaustein stellt die reduzierte Fixpacht während der Anlaufphase dar. In einem Zeitraum von beispielsweise 1 bis 3 Jahren wird – mitunter gestaffelt – eine verringerte Festpacht ausbedungen.

4. Sonstiges / Tendenzen

a) Kürzere Laufzeitbindung des Eigentümers?

Der Trend geht des öfteren dahin, eine kürzere Vertragslaufzeit zu vereinbaren, beispielsweise für 3 bzw. 5 Jahre. Gegebenenfalls werden Verlängerungsmöglichkeiten festgeschrieben, etwa in Form von Optionen. Die Parteien können so auf die sich ändernden Marktgegebenheiten durch entsprechende Vertragsanpassungen reagieren.

b) Berichtspflichten und Mitwirkungsrechte?

In Anbetracht der vorstehenden Überlegungen ist eine Tendenz auch dahin zu beobachten, die Berichtspflichten des Hoteliers und die Mitwirkungsrechte des Eigentümers auszuweiten. Entsprechende Vertragspflichten als konkretisierte Informationspflichten werden konstituiert. Das Vertragsverhältnis gründet sich auf eine konfliktmeidende, konsensorientierte, kooperative Kommunikation. Durch den häufigen Austausch von Informationen können Meinungsverschiedenheiten und größere Konflikte des öfteren bereits im Ansatz eingedämmt werden. Zunehmend geschultes Personal des Investors vermag negative Trends bei der Hotelbetreuung zu erkennen und durch frühzeitiges, kommunikatives Einwirken auf den Vertragspartner wirksam gegenzusteuern.

c) Schriftformerfordernis/Einheitlichkeit der Vertragsurkunde?

In Ermangelung einer Formvorschrift können Miet- bzw. Pachtverträge grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden. Nach § 550 BGB bedarf der Mietvertrag, der für längere Zeit als 1 Jahr eingegangen wird, der Schriftform. Wird die Form nicht beobachtet, gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen. Die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig (§§ 550, 578 BGB). Daraus folgt für Hotelbetreiber-Miet- bzw. Pachtverträge grundsätzlich, daß ein z. B. für die Laufzeit von früher 10 bis 15 Jahre, heute zunehmend 3 bis 5 Jahre, ausgefertigter Betreibervertrag über eine Hotelimmobilie unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden kann, wenn die Schriftform nicht ausreichend gewahrt ist. Daran knüpfen „Ausstiegs-Szenarios“ von Hotelbetreibern bzw. von Hotelketten. Man versucht sich mitunter darauf dann zu berufen, wenn man sich als Betreiber von einem unliebsam gewordenen Vertrag lösen möchte, namentlich dann, wenn das Hotel nicht – wie erwartet – „läuft“. Grundsätzlich erfordert die Wahrung der Schriftform gemäß § 126 BGB die „Einheit der Urkunde“. Die Vertragsunterschrift muß den gesamten Vertragstext abdecken. Daraus folgt, daß alle wesentlichen Vertragsbestandteile – nebst der oft so wichtigen Anlagen, wie Lagepläne, Inventar- bzw. Einrichtungslisten usw. – in einer Urkunde regelmäßig zusammengefaßt sein müssen. Des öfteren begegnet der in der Hotellerie tätige Wirtschaftsjurist Vertragswerken, welche diesen Anforderungen grundsätzlich nicht entsprechen. Wiederholt ist der Eigentümer bzw. Vermieter/Verpächter einer Hotelimmobilie sodann mit einer „Ausstiegsüberraschung“ in Form einer Kündigung gestützt auf die mangelhafte Schriftform konfrontiert worden.

d) „Auflockerungsrechtsprechung“ des BGH

Die ursprüngliche strenge Rechtsprechung im Hinblick auf eine körperlich feste Verbindung der einzelnen Bestandteile der Urkunde hat der BGH in den letzten Jahren gelockert, und zwar zunächst für Nachträge zu den Mietverträgen und sodann für den Ursprungsvertrag selbst (so BGH NZM 2000, 548; 2000, 381; 2000, 36, 39; ferner Palandt/Weidenkaff, § 550 Rdnr. 17 ff.; Heile, in: Bub/Treier, II., Rdnr. 723 ff.; Flehinghaus, a. a. O., Rdnr. 13 ff.; Lindner-Figura, NJW 1998, 731 ff. (zust.); Sternel, MDR 1998, 33 (krit.); Heiderhoff, NZM 1998, 896; Joachim, NZM 2001, 162, 164).

Immer noch aktuell hat der BGH (in: NZM 2000, 36, 39; dazu Joachim, NZM 2001, 162, 164) zu dem Hotelpachtvertrag des damaligen Maritim-Hotels „Goldene Pforte“ in Pforzheim die Wirksamkeit des Betreibervertrags bejaht, obwohl – unstrittig – eine bestimmte Inventarliste trotz schriftlicher Ankündigung nicht Bestandteil des Vertrags gewesen ist. Wie so oft bei anstehenden Hotelübernahmen erfolgt diese regelmäßig unter einem enormen zeitlichen „Druck“. Die eine oder andere Anlage wird „im Eifer des Gefechts“ der Übernahmeverhandlungen vergessen bzw. nicht in der vorgeschriebenen Form angefertigt und nachgereicht. Das gilt auch für Zusatzvereinbarungen. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung muß eine solche Zusatzvereinbarung von beiden Vertragsparteien unterzeichnet sein. In Umsetzung dieser „Auflockerungsrechtsprechung“ reicht es aus, wenn die zahlreichen Seiten eines Vertragswerks fortlaufend durchnumeriert sind, die Paragraphen durchgehend beziffert sind und im übrigen das fortlaufende Vertragswerk nebst Anlagen, Planskizzen und Inventarlisten einen eindeutigen Sinnzusammenhang aufweist (so ausdrücklich: BGH a. a. O. in dem Fall „Goldene Pforte“; ferner: Flehinghaus, a. a. O. Rdnr. 14; Lindner-Figura, NJW 1998, a. a. O.; Joachim, NZM 2000, 785, 793 zum umfangreichen Vertragskonvolut eines Shopping-Center-Betreibervertrags; ders., NZM 2001, 162, 164 zum Hotel-Betreibervertrag). Eine „einheitliche“ Urkunde eines Hotel-Betreibervertrags liegt auch dann nach der „Auflockerungs“-Judikatur vor, wenn nicht jede Inventarliste, nicht jeder Lageplan er-

stellt, geschweige denn dem Vertrag beigelegt ist. Zu Recht legen die Richter eine praktische, am wirtschaftlichen Ergebnis orientierte Betrachtungsweise zugrunde (vgl. BGH NZM 2002, 20; GE 2001, 485; NZM 2001, 43; NZM 2000, 907; Joachim, NZM 2001, 162, 164).

B. Managementvertrag

I. Leistungen des Hoteliere, Geschäftsbesorgungsvertrag vgl. §§ 675, 670 i.V.m. §§ 663 ff., 611 BGB

1. Vertragstechnische Einordnung

Der Managementvertrag ist vertragstypisch als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragselementen zu qualifizieren (vgl. dazu im Überblick Palandt/Sprau, § 675 Rdnr. 6 zum Management- und Promotions-Vertrag mit einem Künstler; ferner Joachim, NZM 2001, 162, 164 f.). Da er neben dienstvertraglichen bei Erfolgsgarantien des Managementnehmers auch werkvertragliche Elemente aufweist, könnte er als typengemischter Vertrag zu werten sein.

Der so charakterisierte Geschäftsbesorgungsvertrag setzt voraus, daß Gegenstand des Vertrags eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne einer Dienstleistung ist, durch welche der Managementnehmer Vermögensinteressen seines Vertragspartners wahrnimmt (Palandt/Putzo, Einf. v § 611 Rdnr. 24). Als Dienstleister führt der Hoteliere bzw. die Hotelkette den Hotelbetrieb für den Eigentümer der Hotelimmobilie und nimmt dessen Vermögensinteressen wahr.

Der Managementvertrag enthält mehrere Leistungsbündel typischer schuldrechtlicher Verträge mit dem Schwerpunkt der entgeltlichen Geschäftsbesorgung. Er ist zu kennzeichnen als ein moderner Betriebsführungsvertrag, sozusagen als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit gemischten Elementen aus Dienst- und Werkverträgen.

Mit Anwendungsbeispielen aus der Hotellerie und Gastronomie wird dies an anderer Stelle näher behandelt (vgl. Joachim, Der Managementvertrag, DWiR 1992, 397 ff. und 455 ff.; ders., NZM 2001, 162, 164 f.). Vorliegend seien die charakterisierenden Vertragselemente herausgestellt.

2. Führung durch den Managementnehmer

Der Managementnehmer bzw. -betreiber handelt als Vertreter des Eigentümers und auf dessen Rechnung, d. h.

- a) im fremden Namen
- b) auf fremde Rechnung,
- c) auf fremdes Risiko.

Der Managementgeber trägt das wirtschaftliche bzw. unternehmerische Risiko.

3. Asset-Management

Im Rahmen des sogenannten Asset-Managements führt der Hotelbetreiber als Managementnehmer zahlreiche Aufgaben durch, die dem Hotel das „hoteltypische“ bzw. hotelkettencharakteristische „Gepräge“ verleihen. Dazu gehören – in nicht abschließender Aufzählung (vgl. Joachim, NZM 2001, 162, 165):

- a) Auswahl und Schulung („coaching“) der Mitarbeiter (zu diesem Spezialsegment näher Olbert, Trainingsverträge – Beraterverträge, 2002),
- b) Verantwortung für das Betriebskonzept und -budget,
- c) Qualitätskontrollen und Controlling,
- d) Erbringung von hotelspezifischem Know-how.

4. Markenlizenz

Die „Macht der Marke“ nimmt unaufhörlich zu. Demgemäß legt der Hotelbetreiber größtes Gewicht auf Schaffung, Stärkung und Schutz der Marke, zielgerichtet im Hinblick auf die Eröffnung eines einheitlichen und umfassenden Marktauftritts sowie die Ausformung einer durchgängigen „corporate identity“ (so Joachim, NZM 2001, 162, 165). Erfasst werden in diesem Zusammenhang u. a. folgende Regelungsbereiche:

- a) Markenname, ggf. geschützt gem. MarkenG.

- b) Marke macht Märkte „bzw. Märkte mittels Marke“.

c) Anschluß an eine Hotelkette mit ihren Leistungen, Image (und Kosten).

d) Hotelspezifische Werbung, u. a. in abgestimmter Form für Hotelkette und einzelnes, gemanagtes Hotel, z. B. Werbeformen im Internet (wie Banner-Werbung, PopUp, Textlink, Link, Frames).

e) Bisweilen wird ein gesonderter (Hotel-) Markenlizenzvertrag verhandelt und als Anlage zum Betreibervertrag abgeschlossen. Auf Art und Umfang der Marke sowie deren rechtlich zulässige Nutzung im Rahmen vertraglich ausgefeilter Lizenzierung achtet die Hotellerie verstärkt. Hierbei handelt es sich um einen wichtigen Zweig des Vertragsmanagements.

II. Vergütung und Laufzeit

1. Beispielhaftes Vergütungsmodell

Die wesentlichen Vertragsbedingungen bei der Vergütung des Managementnehmers lauten wie folgt (dazu Joachim, NZM 2001, 162, 165):

- a) Die Basisgebühr beträgt regelmäßig: 2–4% vom Umsatz.

b) Die Erfolgsgebühr ist zumeist gestaffelt, und zwar 10–15% vom Bruttobetriebsergebnis (Gross Operating Profit = GOP gemäß USALI, siehe oben zum Pachtvertrag) oberhalb eines vereinbarten Schwellenwerts.

c) In der Regel gewährt der Hotelbetreiber keine „Performance“-Garantien. Im Einzelfall kann je nach Verhandlungsführung und -ergebnis etwas anderes vereinbart werden. Mitunter drängen die kreditgebenden Banken darauf, insbesondere vor der Hintergrund der strengeren Anforderungen von Basel II, daß der Hotelbetreiber bestimmte Betriebsergebnisse nach bestimmten Zeitabschnitten garantiert und für das Nicht-Erreichen dieser Vorgaben vertraglich einzustehen hat.

2. Beispielhafte Laufzeitregelung

Die Laufzeit wird in den Verträgen regelmäßig genau erfaßt und enthält u. a. folgende Grundaussagen:

a) Früher stieß der Hotel-Praktiker auf Laufzeiten zwischen 20 und 30 Jahren. Diese Regelung orientierte sich an der von § 544 BGB ausgewählten Vertragslaufzeit von 30 Jahren und korrespondierendem Kündigungsrecht.

b) Heute zeichnet sich die Tendenz zu kürzeren Laufzeiten ab, beispielsweise 5 bis 10 Jahre ab Hotelöffnung.

c) Verlängerungsmöglichkeiten werden jeweils vertraglich ausbedungen um jeweils 5 Jahre. Oftmals erfolgt die Vertragskonstruktion in der Form eines Gestaltungsrechts. Gegebenenfalls wird – zumeist der Hotelgesellschaft – eine Option (oder mehrere) eingeräumt.

d) Neuerdings begegnet man dem „benchmarking“, d. h. Betriebsvergleich mit vergleichbaren Hotels.

e) Bei Nicht-Standhalten des Hotels mit Vergleichsobjekten besteht ein Sonderkündigungsrecht des Eigentümers bei enttäuschendem Geschäftsverlauf. Dieses Sonderkündigungsrecht findet seine grundsätzliche Regelung nach der Schuldrechtsreform in § 314 BGB, wonach ein Dauerschuldverhältnis – wie der vorliegende Management-Vertrag – aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, und zwar ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB. Bei dem auf Langfristigkeit angelegten Hotelbetreiber-Geschäft sollten die Vertragsparteien bei der Vereinbarung eines solchen Sonderkündigungsrechts darauf achten, daß eine angemessene Kündigungs- bzw. Auslaufrist stets einzuhalten ist.

f) Anknüpfend an das Gesetz enthalten Pachtverträge ein Sonderkündigungsrecht des Eigentümers bei Verkauf (vgl. § 566 BGB = „Kauf bricht nicht Miete“, § 578 BGB).

g) Im Fall der Insolvenz des Eigentümers bzw. Managementgebers bzw. Hotelbetreibers erlischt der Management- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 116 Satz 1 i.V.m. § 115 Abs. 1 InsO.

h) Bei Insolvenz des Managementnehmers hat der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht gem. § 103 Abs. 1 InsO sowie ein Sonderkündigungsrecht gem. § 109 Abs. 1 InsO.

III. Bewertung aus Sicht des Eigentümers

1. Nachteile

Stichwortartig sind folgende Nachteile für den Eigentümer einer Hotelimmobilie, welche auf der Basis eines Managementvertrags betrieben wird, zu erfassen:

- a) Grundsätzlich besteht höherer Investitionsbedarf.
- b) Das Betriebsrisiko liegt (fast) vollständig beim Eigentümer.
- c) Der Eigentümer trägt das wirtschaftliche Risiko. Der Eigentümer hat bildlich gesprochen ein „Hotel am Hals“.
- d) Die Mitarbeiter des Hotels sind solche des Eigentümers.
- e) Für den Eigentümer stellt sich erschwerte Fremdfinanzierung dar, welche u. a. folgende weitere Konsequenzen nach sich zieht:
 - aa) Dem Eigentümer kommt der Arbeitgeberstatus bei den Arbeitsverhältnissen mit den Hotelmitarbeitern zu.
 - bb) Im Rahmen seines Jahresabschlusses hat der Eigentümer innerhalb seiner Bilanz die Hotelimmobilie im Anlagevermögen aufzuführen. Hotelimmobilie und -betrieb erscheinen auch in den anderen Bilanzpositionen des Eigentümers. Für ihn ergibt sich ein relativ komplexes Bilanzbild.
 - cc) Der Eigentümer wird grundsätzlich mit Gewerbesteuer aus dem Hotelbetrieb belastet.

2. Vorteile

Dem stehen im wesentlichen folgende Vorteile gegenüber:

- a) Grundsätzlich gebühren dem Eigentümer bzw. Managementgeber alle Chancen auf eine höhere Rendite wegen Übernahme des Betriebsrisikos im Vergleich zum Pachtvertrag.
- b) Betriebschancen. Spiegelbildlich zu dem vom Eigentümer zu tragenden Betriebsrisiko eröffnen sich ihm – fast – sämtliche Chancen auf Erzielung von Gewinn aus dem Hotelbetrieb und Steigerung der Werthaltigkeit der Hotel-Immobilie.
- c) Regelmäßig: Netto Cash Flow nach Instandhaltungsrücklage geht an den Eigentümer.
- d) Kürzere Bindungszeit für Hotelbetreiber ist akzeptabel.
- e) Möglichkeit des Verkaufs alternativ mit oder ohne Betreiber.
- f) Mitwirkungsrechte. Regelmäßig bedingt sich der Eigentümer umfangreiche Mitwirkungsrechte aus. Er kann so den Hotelbetriebsablauf im wesentlichen und vor allem Marktauftritt und Vermarktung des Hotels (mit)gestalten.
- g) Flexible Reaktionsmöglichkeiten auf (Hotel-)Marktveränderungen. Vornehmlich in Zeiten wirtschaftlicher, politischer und sonstiger Krisen ist eine rasche Reaktion zwischen Eigentümer und Betreiber auf veränderte Marktgegebenheiten für die erfolgreiche Plazierung und Vermarktung der Hotelimmobilie von ausschlaggebender Bedeutung. Die Vertragsparteien vereinbaren im Managementvertrag die Etablierung und Handhabung eines „KIT“, d. h. eines Krisen-Interventions-Teams und entsprechender Erörterungs- bzw. Verhandlungs-Termine mit abgestimmten Verhaltensweisen.
- h) Der Eigentümer und Managementgeber vermag staatliche Fördermittel bei Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen zu realisieren, da er das unternehmerische Risiko des Hotelbetriebs trägt.

IV. Bewertung aus der Sicht des Hoteliers

1. Vorteile

Dem Hotelbetreiber eröffnen sich u. a. folgende Vorteile:

- a) Er muß keine umfangreiche Kapitalbindung auf sich nehmen.

b) Für den Hotelier eröffnet sich u. U. ein erleichterter Aufbau einer Hotelkette, und zwar ohne vergleichbare Kapitalintensität wie bei Eigentumsbetrieben, mehr „Marktdurchdringung bzw. -präsenz“.

c) Die Hotelkette trägt grundsätzlich kein Betriebsrisiko. Gleichwohl muß der Gesichtspunkt eines eventuellen „Image-Schadens“ bei „schlecht laufendem“ Hotel(-Betrieb) berücksichtigt werden. So diskutiert die Fachpresse spektakuläre Rückzüge von Hotelketten aus Hotelstandorten und lastet dem Hotelbetreiber – relativ schnell – einen „Image-Schaden“ an; beispielhaft sei genannt der Rückzug der Kempinski-Hotelgruppe aus dem Resort-Hotel Bad Saarow.

d) Für den Hotelbetreiber besteht grundsätzlich keine Verpflichtung zum Ausweis der Hotelaktivitäten als „sonstige finanzielle Verpflichtung“ im Anhang des Jahresabschlusses, vgl. §§ 284 ff. HGB.

2. Nachteile

Er hat sich u. a. mit folgenden Nachteilen auseinanderzusetzen:

- a) Spiegelbildlich gesprochen: So wie sich dem Eigentümer grundsätzlich alle Chancen auf eine höhere Rendite eröffnen, verbleibt es bei dem Managementnehmer regelmäßig bei seinen begrenzten Gewinnchancen, welche sich innerhalb der Struktur der Managementgebühren dokumentieren.
- b) Grundsätzlich trifft den Managementnehmer eine umfangreiche Berichts- und Abstimmungspflicht.
- c) Er muß sich zudem mit der Gefahr des „Dreinedens“ in das Tagesgeschäft durch den Eigentümer bzw. Managementgeber auseinandersetzen.
- d) Dem Managementnehmer kommt in der Regel keine starke Stellung bei Insolvenz des Eigentümers zu. Er muß mit dem Erlöschen des Management- bzw. Geschäftsbesorungsvertrags rechnen, und zwar gem. §§ 115, 116 InsO.

V. Modifizierter Managementvertrag

1. Managementvertrag mit Minimum-Garantie

Neuzeitliche Vertragsformen laufen darauf hinaus, daß der versierte Hotelbetreiber dem Managementgeber eine Mindestgarantie gewährt. Diese gründet sich im wesentlichen auf die Erfassung und Zuweisung des – nachfolgend darzustellenden – Betriebsrisikos (siehe Joachim, NZM 2001, 162, 165).

2. Teilung des Betriebsrisikos

Das Risiko des Hotelbetriebs wird zunehmend genau erfaßt und zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt. Hier manifestieren sich moderne Gedanken der Risikobereichseinteilung und -zuweisung, welche in verstärkter Tendenz im gewerblichen Miet- und Pachtrecht anzutreffen sind (vgl. Ostermann, Risikoverteilung zwischen den Parteien von Gewerbemietverträgen in Einkaufszentren, GuT 2003, 39; Joachim, Zu Risikoverteilungen in der Hotellerie, namentlich beim Hotelaufnahmevertrag, GuT Heft September 2003). Beispielsweise erfolgt die Risikoverteilung folgendermaßen:

- a) Die zu beobachtende Grund-Tendenz lautet: Garantien des Managementnehmers bzw. Hotelbetreibers erstrecken sich auf die ersten 3 bis 5 Betriebsjahre.
- b) Eine verstärkte Tendenz zeichnet sich ab: Garantien des Hotelbetreibers werden für die gesamte Laufzeit des Vertrags ausbedungen; sogenannte „owner's priority return“.
- c) Die Bildung eines Reservefonds erfolgt zum Ausgleich von (Betriebs-)Defiziten.
- d) Vereinzelt ist zu vermerken, insbesondere im Ausland: Kapitalbeteiligung des Hotelbetreibers bzw. der Hotelkette/Muttergesellschaft an der Immobilie, in der Regel durch die Betriebsgesellschaft; grundsätzlich sogenannte „Minimum equity share“, z. B. 10 – 20 – 25% am Kapital der Besitzgesellschaft.

(Hotel)Betreiberverträge

e) Ein Rangrücktritt ergeht für Vergütungsansprüche bzw. Honorare bei Nichterreichen eines bestimmten Betriebsergebnisses:

aa) Grundsätzlich besteht die Möglichkeit einer Stundung.

bb) Darüber hinaus wird wiederholt im Vertrag ein gültiger Verzicht auf die Vergütungsansprüche verankert.

f) Zunehmend sind im Ansatz (bescheidene) GOP-Garantien des Managementnehmers gegenüber dem -geber zu konstatieren. Sie bewegen sich regelmäßig in den Größenordnungen zwischen 25–35% vom Umsatz bzw. turnover.

3. Hotelier bzw. Managementnehmer investiert eigenes Geld in den Betrieb

Mitunter wird von der Hotelkette erwartet, daß diese zu dem Projekt „steht“ und dieses Bekenntnis auch in geeigneter Form finanziell zum Ausdruck bringt. Demgemäß sind folgende Grundregelungen denkbar (vgl. Joachim, NZM 2001, 162, 165):

a) Hotelier beteiligt sich an den Pre-Opening-Kosten.

b) Hotelier stellt einen Teil des Betriebsmittelkredites.

4. Sonstiges/Tendenzen

a) Art und Umfang der Mitspracherechte des Eigentümers werden diskutiert. Vor dem Hintergrund der Professionalität und Bonität des Hotelbetreibers erfolgt eventuell bei entsprechender Professionalität des Eigentümers auch eine gemeinsame Festlegung von Leistungskriterien beim Hotelbetrieb und deren Abgleich.

b) Es besteht eine Tendenz zu kürzeren Vertragslaufzeiten.

c) Eine Tendenz zu einem Sonderkündigungsrecht bei Nichterreichen eines bestimmten Betriebsergebnisses zeichnet sich ab.

d) Eine stärkere Bindung des Management-Honorars an Erreichung bestimmter Betriebsziele wird vertraglich fixiert.

e) Die Grundgebühren können – je nach Betriebsverlauf – auf bis zu 1% vom Umsatz sinken bzw. gestundet werden bzw. ganz entfallen.

f) Weitreichende Kontrollmöglichkeiten durch den Investor und dessen professionalisiertes Team bzw. Hotelberater werden vertraglich eröffnet, und zwar im Hinblick auf z. B.

aa) Das Betriebsbudget ist grundsätzlich mit dem Eigentümer abzustimmen.

bb) Die Marketingstrategie bedarf nicht nur der Abstimmung, sondern auch der Fortschreibung bzw. Anpassung an geänderte Marktgegebenheiten zwischen den Vertragspartnern.

cc) Grundsätzlich (wichtige) Personalentscheidungen werden gemeinsam getroffen, beispielsweise die Einstellung des Hoteldirektors und der Abteilungsleiter.

g) Die Bildung einer Instandhaltungsrücklage bzw. -reserve, sog. „fixtures, furniture & equipment“ = „ff & e“, wird ausbedungen. In der Regel beträgt sie 1–4% vom Hotel-Gesamtumsatz, z. B. im 1. Jahr: 1%, im 2. Jahr: 2%, 3. Jahr: 3%, 4. Jahr: 4% als Grenze bzw. „cap“.

h) Gegebenenfalls hat der Eigentümer Einfluß auf Art und Umfang der Bildung sowie der Verwendung der Instandhaltungsrücklage.

i) Vertraglich besteht die grundsätzliche Möglichkeit der Einstellung eines sogenannten Asset-Managers im Hinblick auf Bestandsoptimierung der Immobilie.

j) Eventuell erfolgt die Bildung eines Beirats, welcher sich auch aus professionellen Vertretern des Investors rekrutiert.

VI. Auswahl und Ausgestaltung des Vertragsmodells Grundsätzliche Gedanken

1. Institutionelle deutsche Anleger agieren weiterhin konservativ und langfristig ausgerichtet. Sie dominieren (derzeit noch) den deutschen Markt.

2. Ausländische Anleger und z.T. Privatinvestoren sind in der Regel risikofreudiger. Bei zunehmend attraktiver werdendem wirtschaftlichen Umfeld treten sie (zukünftig) verstärkt auf. In Krisenzeiten sowie bei unsicheren (steuer)rechtlichen Rahmenbedingungen halten sie Investmententscheidungen zurück bzw. lenken sie um (siehe Joachim, NZM 2001, 162, 166).

3. Aktuelle Studien der „Real Estate Divisions“ der fünf großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Deutschland (vgl. dazu: Handelsblatt vom 25. 6. 2003, S.10) zum Hotelmarkt gelangen zu dem Ergebnis, daß als die wesentlichen Entscheidungskriterien für eine Hotel-Projektrealisierung anzusehen sind: Langfristiger bzw. detaillierte Regelungen aufweisender Betreibervertrag, kompetenter Hotelbetreiber, Standort, Werthaltigkeit und Wertsteigerungspotenzial der Immobilie, gesicherte Grunderträge, vor allem im Hinblick auf den Kapitaldienst.

4. Eine zeitnahe und festgesetzte bzw. angepaßte Untersuchung der Treugast GmbH betont die Bedeutung von Standort, Marktsegment und vor allem die Professionalität des Hotelbetreibers. Im internen „Ranking“ dieser Expertise liegen die französische „Accor-Gruppe“, das deutsch-amerikanische jointventure „Arabella-Sheraton“ sowie die amerikanische „Marriott-Kette“ vorn (FAZ vom 29. 9. 2000, V 24; Welt am Sonntag vom 1. 10. 2000, IX; FAZ vom 11. 3. 2003, S. 21; Handelsblatt vom 7./8. 3. 2003, S. 15).

5. Eine weitere Analyse des Hotel-Immobilien-Markts durch Jones Lang Lasalle Hotels konzentriert sich auf europäische und deutsche Standortbewertungen. Danach erfahren die Hotel-Betriebszahlen ständig Verbesserung. Die Hotelimmobilien, gerade in Deutschland, enthalten – nicht zuletzt aufgrund der bisher vorgenommenen Bewertung der Immobilien – umfangreiches Wertsteigerungspotenzial. Neben der Bestandsoptimierung, z. B. Arabella Sheraton in München/Bogenhausen, stellen richtungsweisende Neubauten, z. B. Dorint, Schweizerhof in Berlin, attraktive, alternative Investitionen dar (FAZ 2000 a. a. O.).

6. Ausweislich der Studie von Jones Lang Lasalle halten institutionelle Anleger am deutschen Hotelmarkt mit rund 27% einen höheren Anteil als in Europa. Zurückzuführen ist dies auf die in Deutschland dominierenden Pachtverträge. Im Grundsatz sichern derartige Verträge langfristige Renditen. Sie ziehen regelmäßig institutionelle Investoren an. Rund 3/4 aller deutschen 4- bzw. 5-Sterne-Hotels weisen einheimische Eigentümer auf. Allgemein gewendet befindet sich die Rendite auf relativ niedrigem Niveau. Namentlich USA-Anleger favorisieren ein im Grundsatz weniger langfristig ausgerichtetes Investment und zugleich höhere Renditen. Dafür nehmen sie erhöhte Risiken in Kauf. Die anglo-amerikanische Investorenschaft frequentiert den deutschen Markt (derzeit noch) zögerlich. Gefestigte Wirtschaftsbedingungen, vor allem investorenfreundliches Steuerrecht, können hier nachhaltig helfen. Grundsätzlich ist eine positive Trendentwicklung zu beobachten. Dies verdeutlichen jüngste Erhebungen zum Hotel-„Konjunkturbarometer“ der Arthur-Andersen-Consulting im Zusammenwirken mit dem Hotelverband Deutschland (IHA) (Quelle: FAZ 2000 a. a. O.; Arthur-Andersen Hotel Industry Benchmark Survey, in: touristik aktuell, Nr. 37 2000, 14. Die fortlaufend aktualisierten Untersuchungen der genannten und weiterer Institute, beispielsweise von Deloitte & Touche zusammen mit dem Hotelverband Deutschland (IHA) über den Hotelmarkt Deutschland 2003, können beim Hotelverband Deutschland, Am Weidendamm 1A, 10117 Berlin, nachgefragt werden oder sind bei den Instituten erhältlich).

7. Vor dem Hintergrund der – gegenwärtig grundsätzlich – günstigen Wirtschafts- und Marktentwicklung steigen hochklassige Hotels in der Gunst der Investoren (vgl. NGZ – Der Hotelier 10/2000, 12: „Hotellerie im Aufwind“; „Anleger entdecken Hotel- und Touristikimmobilien – investieren in 5-Ster-

ne-plus – Luxus-Herbergen“, in: Handelsblatt vom 28. 2./1. 3. 2003, S. 46). Allerdings sind die wirtschaftlichen, politischen und auch klimatischen Gegebenheiten und – zunehmenden – Krisenanfälligkeiten gebührend zu berücksichtigen.

Eine grundsätzliche Investitionsbereitschaft besteht nach wie vor in den deutschen Großstädten wie Berlin, Frankfurt, München, Hamburg und Köln. Das zunehmend international werdende Publikum stärkt die Nachfrage. Im Vergleich zu europäischen Mitbewerbern und Metropolen wie London, Paris, Madrid, Barcelona und Rom kosten deutsche Hotelzimmer – relativ betrachtet – weniger (NGZ – Der Hotelier 9/2000, 10; Handelsblatt vom 28. 2./1. 3. 2003, S. 46; Handelsblatt vom 7./8. 3. 2003, S. 16; FAZ vom 11. 3. 2003, S. 21). Die internationale Klientel akzeptiert regelmäßig in anderen europäischen Städten hohe Preise. Tourismus- und Geschäftsreiseverkehr werden tendenziell auch in deutschen Städten zur Akzeptanz höherer Hotel-Zimmerdurchschnittspreise führen. Die in einem an einem attraktiven Standort befindlichen, gut geführten Hotel erwirtschafteten Gewinne werden – grundsätzlich betrachtet: voraussichtlich – steigen. Berlin ist hier als Hotelstandort beispielhaft hervorzuheben. Hotelberater warnen vor einem zu starken „Drehen an der Preisschraube“ seitens des Hotelbetreibers wie z. B. zu Beginn der 90er Jahre im Zug der (Wieder)Vereinigung.

Diese – zusammenfassend bewertete – positive Gewinn-Perspektive („Anleger entdecken ihre Liebe zum Hotel“, Handelsblatt vom 9. 5. 2003, Handelsblatt vom 6./7. 6. 2003, S. 38; NGZ – Der Hotelier 10/2000, 12) legt aus Investorensicht im Grundsatz Managementverträge und deren Modifikationen näher als reine Pachtverträge.

8. Vor dem Hintergrund dieser sich in Deutschland mit Vorsicht abzeichnenden Entwicklungstendenz blickt der Betrachter in das amerikanische, afrikanische, arabische, asiatische, australische Ausland. Dort begegnet man vorrangig Managementverträgen (Joachim, NZM 2001, 162, 166). Hier gibt es Situationen, in denen ein (modifizierter) Managementvertrag die einzige Möglichkeit bildet, den Wunsch-Hotelier zu gewinnen; z. B. in Ägypten, hier die „Boom-Town“ im südlichen Sinai, Sharm El Sheikh, sind internationale Hotelketten vertreten, und zwar auf der Basis eines sogenannten Management Contracts, z. B. Sheraton, Ritz Carlton, Mövenpick, Accor usw. Allerdings sind auch hier die politischen und wirtschaftlichen Entwicklungen angemessen zu berücksichtigen. Kriegs- bzw. Krisenzeiten führen dazu, daß die beeindruckenden Hotel-Immobilien über mangelnde Auslastung klagen. Zahlreiche Reaktionen auf dem betroffenen Reise- und Hotelmarkt sind feststellbar, beispielsweise vertrauensbildende Maßnahmen, Werbekampagnen, günstige Angebote an ausgewählte Zielgruppen und – allgemein gehalten – (stark) reduzierte Preise.

9. Grundsätzlich gilt: Pachtverträge, insbesondere modifizierte Pachtverträge, werden nach wie vor im deutschsprachigen Raum von Investoren, insbesondere Banken, bevorzugt. Sie sind hier relativ häufig anzutreffen.

10. Es gibt Konstellationen, in denen ein (modifizierter) Managementvertrag auch aus Eigentümersicht vorzugswürdig ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Eigentümer flexibel bleiben und nach einer kurzen „Kennenlernphase“ einen anderen Hotelbetreiber „ausprobieren“ möchte. Die skizzierte Möglichkeit des Eigentümers auf die Mitnahme eines höheren Hotelbetriebsgewinns stärkt diese Sichtweise. In manchen Managementvertragskonstellationen ist ein soge-

nannter „profit-split“ denkbar. So kann ein bestimmt definierter Betriebsgewinn – nach Abzug bestimmter Kostenpositionen – zwischen Managementgeber und Managementnehmer geteilt werden.

11. Ein (modifizierter) Managementvertrag ist finanzierbar. Bei einem passenden Standort und einem renommierten Hotelbetreiber sind auf Hotelimmobilien spezialisierte Banken durchaus bereit, das für sie kalkulierbare Kreditrisiko z. B. unter Hinweis auf die strengeren Anforderungen im Zuge von Basel II, einzugehen. Dabei werden – auch von den spezialisierten Kreditabteilungen – aktuelle Trends im Tourismus- und Hotelgewerbe zunehmend erfaßt, analysiert und bei anstehenden Investitionsentscheidungen zugrunde gelegt (vgl. zu den einschlägigen und absehbaren Hotelrends: Workshop Hotel- und Tourismustrends an der ISM, Dortmund, 2002, sowie Hotel- und Tourismustrends in Krisenzeiten, Workshop an der ISM, 2003, und jeweils die einschlägigen Veröffentlichungen, zu erlangen und vorrätig bei der ISM in Dortmund).

12. Die Tendenz geht eindeutig auf gerechtere Verteilung des Hotel-Betriebsrisikos. Spiegelbildlich sollen daneben die Gewinnchancen ver- bzw. geteilt werden. Internationaler Terminologie zufolge wird vom „burden & profit sharing, respectively split“ gesprochen (so Joachim, NZM 2001, 162, 166).

13. Namentlich im deutschsprachigen Raum finden sich weiterhin Pachtverträge, allerdings zunehmend mit Betriebsrisikoteilung sowie Umsatz- oder Gewinnbeteiligung.

14. Mit Blickrichtung auf die Risikobereichseinteilung und Risikobereichszuweisung (dazu neuerdings Ostermann, GuT 2003, 39; Joachim, GuT Heft September 2003) sowie unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nähern sich die modifizierten Formen von Pacht- und Managementvertrag zunehmend einander an. Die Vertragsüberschrift erweist sich zukünftig als weniger entscheidend bzw. richtungsweisend; vielmehr kommt es auf die Inhalte und die vereinbarten Risikotragungen an. Demgemäß kristallisiert sich als all-umfassende Betreiberform der „Betreiber-Vertrag“ heraus, welcher in der internationalen Terminologie „Operating-Agreement“ genannt wird (so bereits Joachim, NZM 2001, 162, 166).

15. Letztlich kann jeder Einzelfall anders gelagert sein und eine individuelle Behandlung durch Hotel-Betreibervertragsberater erfordern.

VII. Aktuelle Entwicklungstendenzen zu Hotelpacht- bzw -managementverträgen sowie deren Mischformen

Die folgenden Gesichtspunkte münden in keine abschließende Bewertung; sie können Argumentationsmuster bzw. Vertragsverhandlungspositionen darstellen. Markt- und Verhandlungsgeschick bzw. -macht stehen oft hinter folgenden Überlegungen und spiegeln sich in der Um- und Durchsetzung wider:

1. Die Fixpacht erstreckt sich nur in Höhe der zu erwartenden Zinsbelastung.

2. Die Amortisation speist sich aus einer erfolgsabhängigen Zusatzpacht.

3. Ein „benchmarking“ erhält vertragliche Verankerung, d. h. Vergleich: Hotel-Auslastung und Zimmerdurchschnittspreis von vergleichbaren Hotel-Mitbewerbern; „revenue per available room“ = „revpar“ als Vergleichsgrundlage (vgl. dazu Joachim, NZM 2001, 162, 166). Folgende Probleme erheben sich u. a.: Welche Hotels sind in welcher Hinsicht wie konkret vergleichbar?

4. Die Indexierung der Festpacht wird zumeist festgeschrieben. Sie umfaßt durchschnittlich 60%–75% der tatsächlichen Steigerung der Lebenshaltungskosten.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

5. Einzelne Hotelpachtverträge sehen sogar vor, daß die Fixpacht gestundet/erlassen wird, wenn und solange die kumulierten Betriebsverluste des Hoteliers einen vereinbarten Betrag übersteigen.

6. Zu konstatieren ist eine allgemeine Tendenz zu gerechter Verteilung von Chancen und Risiken zwischen Hotel-Betreiber und -investor, d. h. „risk & profit sharing sheme“.

7. Eine Tendenz zu einzelfallgeprägten Mischformen findet sich, und zwar vornehmlich zwischen Pacht- und Managementvertrag. In der anglo-amerikanischen Terminologie ist vom „hotel-operating agreement“ die Rede.

8. Pachtsicherheiten sind vertragstypisch; Bankbürgschaften sind seltener als im Bürobereich. Häufig werden nur Hotelketten-Patronatserklärungen angeboten.

9. Pächter sind zunehmend bereit, über sogenannte „break-age-clauses“ zu verhandeln, = „exit scenario“,

a) Nachverhandlungspflichten, § 313 BGB,

b) Sonderkündigungsrechte des Eigentümers, § 314 BGB.

10. Verpächter sind vermehrt bereit, über einen „Pre-Opening-Zuschuß“ zu verhandeln.

11. Für außerordentliche Investitionskosten des Verpächters (z. B. nach einer Brandschau) wird gelegentlich eine „Opfergrenze“ vereinbart; z. B. behördlich geforderter nachträglicher Einbau von Feuer- und Rauchmeldern, Sprinkler-Anlagen, feuerschutzhemmenden Türen, Treppenhausschutz, Nottreppe. Bei deren Überschreiten greifen einzelvertragliche Kostentragungs- bzw. -teilungsregelungen.

12. Ein Trend in der Hotellerie bildet sich heraus zu low-budget Hotels bzw. Business-Budget-Hotels im Ein- und Zwei-Sterne-Bereich, auch im Zwei- bis Drei-Sterne-Bereich einerseits und im Fünf-Sterne- bzw. Luxus-Segment andererseits (FAZ vom 29.9.2000, V 24; Welt am Sonntag vom 1.10.2000, IX; FAZ vom 11.3.2003, S. 21; Handelsblatt vom 7./8.3.2003, S. 15; zum Luxus-Trend: Heyer, NGZ – Der Hotelier 9/2000, 3, „Lust auf Luxus“ – „Luxus in der Hotellerie boomt“; „Heiligendamm strahlt in Weiß“, Handelsblatt vom 6./7.6.2003, S. 38; „Investieren in 5-Sterne-Luxus-Herbergen“, Handelsblatt vom 28.2./1.3.2003, S. 46).

13. Im Anschluß daran agieren internationale Hotelketten im Luxus-Bereich auf der Grundlage eines „gemischten“ Betreibervertrags, welcher pacht- und managementvertragsähnliche Elemente enthält; je nach individueller Vertragsgestaltung steht der eine oder andere Vertragstyp im Vordergrund. So wird das Luxus-Hotel in der Autostadt Wolfsburg von der international renommierten Hotelkette Ritz Carlton auf der Basis eines „qualifizierten“ bzw. „gemischten“ Managementvertrags betrieben, und aktuell mit „Geburtswehen“ betreibt ebenso Kempinski in Heiligendamm sein „Grand Resort-Erlebnishotel“ (Handelsblatt vom 6./7.6.2003, S. 38; Stern Nr. 25, Juni 2003, S. 106 ff.).

14. Im Budget-Bereich erfolgt das Betreiben der entsprechenden Hotels zukünftig verstärkt gemäß eines – sogleich zu behandelnden – Franchise-Vertrags bzw. auf der Basis eines anderen Kooperationsmodells, beispielsweise eines Kooperations- und Partnerschaftsvertrags. Hier agiert der Hotelier als selbständiger und eigenverantwortlicher Unternehmer vor Ort und ist im Erscheinungsbild bzw. „corporate identity“ an eine überregionale bzw. international erfolgreiche Hotelkette „angedockt“.

15. Aktuelle Entwicklungstendenzen in Rechtsprechung und Lehre befassen sich mit Risikozuweisungen dahingehend, wenn der Hotelbetrieb nicht so läuft, wie es sich der Hotelbetreiber vorgestellt hat. Grundsätzlich trägt der Mieter bzw. Pächter bzw. Managementnehmer das Geschäftsrisiko seines Hotelbetriebs.

a) Ähnlich trägt der Hotelgast bei Abschluß eines Hotelaufnahmevertrags und einer entsprechenden Buchung eines Hotelzimmers das Verwendungsrisiko; er bleibt an den Miet-

vertrag über das Hotelzimmer gebunden und zwar grundsätzlich – mangels anderweitiger Absprache – selbst dann, wenn er das gebuchte Hotelzimmer wegen Ausfalls der Veranstaltung nicht benötigt (so OLG Braunschweig NJW 1976, 570; vgl. auch BGH NJW 1977, 385, 386; ausdrücklich in einem Fall, in welchem der Hotelkunde das Zimmer storniert, weil das Konzert wegen Künstlererkrankung ausfällt: AG Kiel, Urteil vom 23.11.1990, Az.: 10 C 451/90; ähnlich LG Frankfurt, Urteil vom 15.2.1993, Az.: 2/24 S 343/92; dazu Palandt/Heinrichs, § 242 Rdnr. 145; Joachim, DB 1990, 1601, 1602 f.; ders., ZGS 2003, 122, 180 f.; ders., ZIP 1991, 966, 971; ders., NWB 1994, 2841, 2847 f. ausführlich zum Shopping-Center; ders., NZM 2000, 785, 794 f.). Der Risikotragungsgedanke, wonach der Mieter – und mithin auch der Hotelgast eines gebuchten Zimmers – das Verwendungsrisiko hinsichtlich der von ihm gebuchten bzw. angemieteten Sache auch dann trägt, wenn er das Zimmer im nachhinein nicht mehr benötigt und storniert, also ein persönlicher Hinderungsgrund in seiner Sphäre vorliegt, findet seinen gesetzlichen Ausdruck in § 537 = § 552 a. F. BGB (vgl. dazu Palandt/Weidenkaff, § 537 Rdnr. 1 ff.; Joachim, DB, a. a. O.; ders., NWB, a. a. O.; ders., ZGS 2003, 122, 180 f.). Danach bleibt der Mieter zur Entrichtung der Miete bei persönlicher Verhinderung verpflichtet.

b) Dieser Risikotragungsgedanke (grundsätzlich zu Risikozurechnungen im gewerblichen Miet- und Pachtrecht, Joachim, BB 1988, 779, 780 ff.; Bub/Treier/Bub, II., Rdnr. 633 ff.; Wolf/Eckert/Ball, Rdnr. 235 ff.; Ostermann, GuT 2003, 39) greift auch bei Hotel-Betreiberverträgen ein. Mangels konkreter anderweitiger Anhaltspunkte hinsichtlich ausdrücklicher Übernahme des Geschäftsrisikos durch den Verpächter bzw. Vermieter bzw. Managementgeber kann der Nutzer weder Mangelrechte im Sinne von §§ 536 ff., 581 BGB geltend machen noch den Betreibervertrag, z. B. aus wichtigem Grund (i. S. von §§ 314, 543, 569 BGB), kündigen oder sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 berufen, wenn das Hotel auch im Rahmen einer gewerblichen Großimmobilie – beispielsweise eines Urban Entertainment-Centers – nicht bzw. nicht mehr so läuft, wie ursprünglich erwartet. Die Geschäftsgrundlage entfällt bei mangelnder Vermietung eines Hotelbetriebs – auch im Rahmen einer Frequenzimmobilie – nicht. Dies entspricht der derzeit herrschenden Rechtsprechung und Lehre; im Hinblick auf ein Einkaufszentrum ist dies höchstrichterlich entschieden und in der Jurisprudenz ausführlich dargelegt worden (vgl. BGH NZM 2000, 492, 495 = WM 2000, 593; ZMR 2000, 814; aus der Literatur: Gerber/Eckert, Gewerbbl. Miet- und Pachtrecht/Aktuelle Fragen, 3. Aufl. (2000), Rdnrn. 180 f.; Flehinghaus, a. a. O., Rdnr. 32; Schulze-Hagen, Immobilien Manager Nr. 9 2000, 68; Bub, in: Bub/Treier, II., Rdnr. 633 ff.; Joachim, NZM 2000, 785, 793–795; Ostermann, Risikoverteilung zwischen den Parteien von Gewerbemietverträgen in Einkaufszentren, GuT 2003, 39; Joachim, GuT Heft September 2003). Der Mieter bzw. Pächter trägt regelmäßig das Verwendungs- und namentlich das Gewinnerzielungsrisiko für die Miet- bzw. Pacht-sache, es sei denn, die Parteien haben ausdrücklich eine andere Risikoverteilung festgelegt. Diese Überlegungen sind grundsätzlich auf Hotel-Betreiberverträge übertragbar. Auch in diesem Praxissegment empfiehlt sich eine sorgfältige Dokumentation der vom Vermieter bzw. Verpächter im Vorfeld des Vertragsabschlusses erteilten Auskünfte sowie der vom Nutzer gegenüber dem Vertragspartner geäußerten wesentlichen Motive für das Betreiben der Sache. Nur so kann sich u. U. im Streitfall eine abweichende Risikozuweisung darlegen und ggf. beweisen lassen.

C. Franchisevertrag

Trotz einiger Gemeinsamkeiten sind Franchise- und Managementvertrag strikt voneinander abzugrenzen. Beim Franchisevertrag führt der Franchisenehmer seinen Betrieb im eigenen Namen und für eigene Rechnung gemäß den Weisun-

gen und der Programmpaletten bzw. Vorgaben des Franchisegebers, welche regelmäßig in sogenannten Betriebsanhandbüchern bzw. „manuals“ ausführlich niedergelegt und vom Franchisenehmer dauerhaft zu beachten sowie umzusetzen sind. Zuweilen führt der Franchisegeber ausgewählte Geschäfte, z. B. gemeinsames Marketing, Buchungssystem, gemeinsame Schulungen durch, und zwar auf der Basis eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrags mit dienstvertraglichen Elementen im Sinne von §§ 675, 663 ff., 611 ff. BGB. Die wesentlichen Vertragselemente lassen sich wie folgt skizzieren (zum Franchisevertrag näher: Martinek, ZIP 1986, 1440, 144 ff.; ders., ZIP 1988, 1362, 1363 ff.; Emmerich, JuS 1995, 760, 761 ff.; Haager, WiB 1996, 377, 378 ff.; ders., NJW 1999, 2081; ders., NJW 2002, 1463; Wolf-Ungeheuer, BB 1994, 1027, 1028 ff.; Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 581 Rdnr. 22 ff.; Joachim, NZM 2001, 162, 166 f.; aus der Immobilienwirtschaft: Falk, a. a. O., Stichwörter „Pacht“ und „Franchisevertrag“):

I. Vertriebssystem

Aus Sicht des Franchisegebers bzw. der Hotelkette:

Der Aufbau eines Vertriebssystems (vgl. Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 581 Rdnr. 22; Joachim, NZM 2001, 162, 166) steht im Vordergrund, und zwar ohne zu große Kapitalbindung.

II. „corporate identity“

Aus Sicht des Franchisenehmers bzw. Unternehmers vor Ort:

Die Zielrichtung ist die Anlehnung an den „guten Ruf“ bzw. „good-will“ bzw. „corporate-identity“ eines etablierten Hotel-Unternehmens bzw. einer imageträchtigen Hotelkette. Der Hotelier will am „Know-how“ des Hotelunternehmens bzw. Franchisegebers partizipieren (zur Zielrichtung des Franchisenehmers Palandt/Weidenkaff, a. a. O.; Joachim, a. a. O.).

III. Hotelbetriebsführung

Die Führung des Hotels erfolgt durch den Franchisenehmer, nämlich:

1. in der Regel im eigenen Namen, aber: unter „fremder Flagge“ bzw. fremder „Dach“-Marke,
2. auf eigene Rechnung,
3. auf eigenes Risiko. (Im Überblick dazu Martinek, ZIP 1986, a. a. O.; ders. ZIP 1988, a. a. O.; Haager, WiB, 1996, a. a. O.; Emmerich, JuS 1995, a. a. O.; Palandt/Weidenkaff, a. a. O. Rdnr. 23).

IV. Marke

Im Fokus steht – wie so oft – der Markeneffekt (s. Palandt/Weidenkaff, a. a. O., Rdnr. 22; zum „Marken-Effekt“ in der Hotellerie Joachim, NZM 2001, 162, 167).

Der Franchisenehmer „kauft“ für seinen Hotelbetrieb einen Markeneffekt ein:

1. Lizenz für diverse Wort- und Bildmarken.
2. Teilnahme am Gruppenmarketing (z. B. Aufnahme in das Hotelverzeichnis und Teilnahme an Loyalitätsprogrammen, Prospekte, Broschüren und sonstiges Werbematerial).
3. Zugang zu einem zentralen Reservierungssystem, GDS = Global Distribution System; weiterhin zunehmendes Gewicht des Internets.
4. Beratung im operativen Bereich; insbesondere „coaching“.

V. Unternehmerische Einbindung

Kehrseite der Medaille ist – neben der Verpflichtung zur Zahlung der Franchisegebühren – eine starke unternehmerische Einbindung in das Gruppensystem. Sie äußert sich vor allem durch die Verankerung folgender Pflichtenbündel:

1. Franchisegeber und -nehmer haben ein gemeinsames Betriebskonzept festzulegen.

2. Die Einstellung von Führungspersonal ist zustimmungspflichtig.

3. Die Hotelkette kann jederzeit das Hotelgebäude inspizieren und nötige Reparatur- oder Modernisierungsarbeiten anordnen, sogenannte Hotel-Bewertung = „Evaluation“.

4. Wesentliche Vertragspflichten des Franchisenehmers zielen darauf ab, den Hotel-Standard zu halten bzw. auszubauen.

VI. Gebührenstruktur

Die Gebühren lassen sich wie folgt aufgliedern (vgl. dazu auch Joachim, NZM 2001, 162, 167):

1. Aufnahmegebühren
fix, z. B. 25 000–30 000 EUR als Pauschalsumme = „lumpsum“.
2. Laufende Lizenzgebühren
 - a) Die Basisgebühren betragen durchschnittlich 3% bis 5% vom Umsatz.
 - b) Die Erfolgsgebühr greift oberhalb bestimmter Umsatzzwischen bzw. eines vertraglich festgelegten Buchungsaufkommens.
3. Kostenbeiträge für das Gruppenmarketing
Sie belaufen sich auf durchschnittlich 2–3% vom Umsatz.
4. Buchungs- bzw. Reservierungsgebühren
Diese betragen z. B. 5–15 EUR pro bestätigter Buchung.

VII. Sonstiges

Weitere vertragliche Regelungsmaterien befassen sich u. a. mit:

1. Laufzeiten
 - a) Kurze Laufzeiten (3–5 Jahre) sind verhandelbar mit Verlängerungsmöglichkeiten, ggf. Optionen.
 - b) „Breakaged-Clauses“ lassen sich vereinbaren.
2. Übertragbarkeit – Personenbezug bei Franchisenehmer.
3. Gebietsschutz – Grundsätzlich gelten obige Ausführungen zum Hotel-Pachtvertrag.
4. Konkurrenzschutz – Dazu wird auf die Darlegungen des Hotel-Pachtvertrags verwiesen.

VIII. Aktuelle Entwicklungen

1. Als Ausgangspunkt läßt sich festmachen: Neben dem Trend zu low-budget-Hotels im Ein- und Zwei-Sterne-Bereich nimmt vor allem die Nachfrage im Luxus-Segment zu (NGZ – Der Hotelier 9/2000, 10; 10/2000, 12; IHA u. Deloitte & Touche, Hotelmarkt Deutschland 2003; Handelsblatt v. 6./7.3.2003, S. 38; v. 21.5.2003, S. 31; v. 9.5.2003, S. 24; v. 28.2./1.3.2003, S. 46).

2. Der Franchise-Vertrag ist eine wesentliche Vertragsbasis für den selbständigen Unternehmer und Franchisenehmer, ein low-budget-Hotel bzw. Business-Budget-Hotel selbst zu finanzieren und in den „starken Marken-Verbund“ einer überregionalen Hotelkette auf Franchise-Basis einzutreten.

D. Weitere Kooperationsformen

I. Eigenständigkeit unter einheitlichem Dach

Folgender Grundsatz gilt: Das Hotel bewahrt seine Eigenständigkeit. Im Vordergrund steht die Selbstbestimmung und -verwirklichung des jeweiligen Hotels. Von dem Kooperationsverband bzw. Marketingverbund wird dem Hotel „Unterschlupf“ unter bzw. „Anlehnung“ an eine einheitliche „Dachmarke“ gewährt. Hierzu seien aus dem tatsächlichen Befund folgende Beispiele erwähnt, und zwar aus dem internationalen First-Class-Bereich bzw. dem Luxus-Segment (vgl. dazu touristik aktuell Nr. 37 2000, Seite 14):

1. Leading Hotels of the World,
2. Preferred Hotels & Resorts Worldwide,
3. Relais & Chateau-Hotels,
4. City Line & Country Line-Hotels, bzw.

(Hotel)Betreiberverträge

5. Kooperation mit Golden Tulip-Hotels,
6. Top Hotels.

II. Hotelbetriebsführung

Es bleibt bei der eigenverantwortlichen Führung des Hotels durch den Kooperationspartner bzw. -nehmer. Das bedeutet in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht u. a. folgendes (s. näher Joachim, NZM 2001, 162, 167):

1. Führung des Hotels in der Regel im eigenen Namen, aber: unter „fremder Flagge“ bzw. fremder „Dach“-Marke,
2. auf eigene Rechnung,
3. auf eigenes Risiko.

III. Kooperations- bzw. Marketingverband

Im Vordergrund steht die Begründung eines „Mantels“ auf der juristisch und betriebswirtschaftlich tragfähigen Geschäftsgrundlage einer Kooperation.

IV. Rechtsgrundlage

Hotelier/Hotel erscheint als Mitglied in einem solchen Verband, und zwar auf schuldrechtlicher Grundlage. Derartige Verträge werden oftmals „Kooperations“- bzw. „Partnerschaftsvertrag“ genannt. Die Kernaussagen lauten wie folgt (Joachim, a. a. O.):

1. Das Hotel wird Mitglied in einem Verein, vgl. §§ 21 ff. BGB. Dies stellt eine juristisch überaus komplizierte und mitunter schwerfällige Gestaltungsform dar. Eine gesellschaftsrechtliche Form erweist sich zumeist nicht als erste Wahl.

2. Deshalb wird regelmäßig ein Vertragsverhältnis begründet. Demzufolge wird ein schuldrechtlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem individuellen Hotel und dem Zentralverband bzw. der geschäftsführenden Gesellschaft geschlossen. Rechtsgrundlage ist eine entgeltliche Geschäftsbesorgung im Sinn von § 675 Abs. 1 BGB. Das Gesetz verweist sodann auf das Auftragsrecht, d. h. die §§ 663 ff. BGB in Verbindung mit § 670 BGB. Dort sind die Aufwendungsersatzregelungen für den Beauftragten niedergelegt (überblickartig Palandt/Sprau, § 675 Rdnr. 6.). Dienstvertragliche Elemente im Sinne von § 611 BGB können hinzutreten (allgemein dazu Palandt/Putzo, Einf. v. § 611 Rdnr. 24), z. B. dann, wenn der Kooperationsgeber zentrale Geschäfte auch für den einzelnen Kooperationspartner tätigt.

V. Wesentliche Vertragsbestandteile

In nicht abschließender Aufzählung sind als Kernregelungstatbestände zu benennen:

1. Gemeinsamer und zentralgesteuerter Marktauftritt, gemeinsamer Katalog, Internetaktivitäten,
2. gemeinsame und zentralgesteuerte Werbung, Anzeigenschaltung, regelmäßig erscheinende Journale, Internetwerbformen (z. B. Banner-Werbung, PopUp, Textlink, Links, Frames),
3. Buchungssysteme/GDS,
4. Schulungsmaßnahmen bzw. Fortbildungsveranstaltungen,
5. Jahrestreffen der Mitgliedhotels bzw. -hoteliers,
6. ständiger formeller bzw. informeller Informations-Austausch,
7. turnusmäßige Hotel-Inspektionen,
8. Hotel-Bewertungen = „Evaluations“,
9. Erarbeitung und Implementierung von Hotelbetriebs-(ablaufs)verbesserungen,
10. Abstimmung, Bündelung und Optimierung von Einkaufskonditionen.

VI. Gebührenstruktur

Die verschiedenen Arten der Gebühren ähneln denen im Franchisevertrag. Erfasst werden u. a. (dazu Joachim, a. a. O.):

1. Einmalige Eintrittsgebühr = sog. „entrance free“, z. B. 5000–20 000 EUR, je nach Art und Umfang des zu erwartenden Geschäfts; Bedeutung, Potential und Verhandlungsmacht des potentiellen Vertragspartners kommen hinzu.

2. Durchschnittliche Marketinggebühr, Aufnahmegebühr 1–3% vom Umsatz.

3. Buchungs- bzw. Reservierungsgebühr, z. B. 5–20 EUR pro bestätigter Buchung.

VII. Fließende Abgrenzung zum Franchise

Die genaue Abgrenzung des Kooperationsvertrags vom Franchisevertrag gestaltet sich vielfach als schwierig. Oft begegnet man Überschneidungen bzw. Regelungsmaterien, welche sich in beiden Verträgen wiederfinden. Dabei handelt es sich im wesentlichen um folgende Gesichtspunkte:

1. Beachtung und Einhaltung von gemeinsamen Unternehmens- und Hotelbetriebsführungs-Grundsätzen;
2. sogenanntes Anforderungsprofil; sogenanntes Arbeits-Manual.

VIII. Aktuelle Entwicklungen und Ausblick

Bei Auswahl, Verhandlung und Abschluß eines in der Regel „maßgeschneiderten“ Hotelbetreibervertrages sind die jeweils aktuellen Entwicklungen der Tourismus- und Hotelbranche zu berücksichtigen. U. a. folgende Entwicklungsströmungen zeichnen sich ab (vgl. zu den Hotel- und Tourismustrends ausführlich Workshop der ISM 2002 und insbesondere zu Krisenzeiten im Tourismus und in der Hotellerie, ISM-Workshop 2003; schriftliche Veröffentlichungen, jeweils zu beziehen über die ISM; Handelsblatt vom 28. 2./1. 3. 2003, S. 46; FAZ vom 11. 3. 2003, S. 21; Handelsblatt vom 9. 3. 2003, S. 24; Handelsblatt vom 15. 4. 2003, S. 14; Handelsblatt vom 23. 4. 2003, S. 10; Handelsblatt vom 21. 5. 2003, S. 31; Handelsblatt vom 22. 5. 2003, S. 12; vom 2. 6. 2003, S. 14; vom 3. 6. 2003, S. 14; vom 6./7. 6. 2003, S. 38; Die Zeit, 18. 6. 2003, S. 19):

1. Trend zur Professionalisierung der Hotellerie, auch in der Privathotellerie.
2. Trend zur Hotelgruppierung und Kooperation.
3. Trend in der International First-Class-Hotellerie bis hin zur Luxus-Hotellerie zur Hotelgruppierung und -kooperation,
4. Trend zum low-budget- bzw. hin zum Business-Budget-Bereich zur Hotelgruppierung und -kooperation.
5. Trend zur Internationalisierung (z. B. „going global“, internet).
6. Trend zu „KIT“, d. h. Krisen-Interventions-Team-Bildung, und zwar unter Hinzuziehung von Spezialisten, namentlich von Hotelberatern, beispielsweise der (inter)nationalen Unternehmensberater, Hotelmaklern, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (vornehmlich von den „Big Five“, d. h. von „KPMG“, „PwC“, „Ernst & Young“, „Deloitte & Touche“, „BDO“, vgl. dazu Handelsblatt vom 25. 6. 2003, S. 10). Gerade Krisenzeiten zwingen die Beteiligten in der Hotellerie dazu, schnell, flexibel und angemessen zu reagieren, beispielsweise im Hinblick auf Nachverhandlungen beim Hotelbetreibervertrag und/oder beim Betreiben der Hotelimmobilie unter angemessenen Bedingungen, beispielsweise in wirtschaftlichen und/oder politischen bzw. geographischen Krisenzeiten. §§ 313, 314 BGB geben dazu in Ausnahmefällen die juristische Handhabe über die Störung der Geschäftsgrundlage bzw. die Kündigung aus wichtigem Grund.

International gebräuchliche Vertragsregelungen werden auch bei den Kooperationen zunehmend zugrundegelegt. Mit Blickrichtung in die Zukunft dominieren Betreibervertragsvarianten, welche sich im wesentlichen aus Pacht- und Managementvertragstypen, vor allem in modifizierter Form, zusammensetzen. Hotelbetreiber, Investoren und spezialisierte Vertragsjuristen finden zukünftig weitere Betätigungsfelder.

Gewerbemiete

§ 566 a. F. BGB Schriftform; Anlagen des Mietvertrags

Werden Essentialia des Mietvertrages in Anlagen ausgelagert, auf die im Mietvertrag Bezug genommen wird, so muß zur Wahrung der Schriftform die Anlage im Mietvertrag so genau bezeichnet werden, daß eine zweifelsfreie Zuordnung möglich ist (Fortführung von Senatsurteilen BGHZ 136, 357 [= WM 1997, 667]; 142, 158 [= WM 1999, 516]).

(BGH, Urteil vom 18.12.2002 – XII ZR 253/01)

Zum Sachverhalt: Der Kläger macht gegenüber den Beklagten restliche Ansprüche aus einem Untermietvertrag für die Zeit von Januar 1998 bis einschließlich Juni 1999 geltend. Die Eheleute Kurt und Wilma W. vermieteten mit schriftlichem Vertrag für die Zeit vom 1. Oktober 1990 bis 30. September 2000 ein Ladenlokal an die Firma S. GmbH & Co. KG. Diese vermietete das Objekt mit schriftlichem Untermietvertrag vom 28. Januar 1994 an den Kläger. Ziffer 2 dieses Untermietvertrages lautet:

„Der Untermieter verpflichtet sich, sämtliche sich aus diesem Unter-Mietvertrag als Anlage beigefügten Mietvertrag zwischen den Eheleuten W. und der Firma K. S. ergebenden Verpflichtungen in eigener Verantwortung als eigene Pflichten zu übernehmen und dafür zu haften.“

Der Kläger vermietete die Räumlichkeiten mit schriftlichem „Unter-Mietvertrag“ vom 28. Oktober 1995 bis zum 30. September 2000 an die Beklagten weiter. Ziffer 4 dieses Vertrages lautet:

„Der Untermieter verpflichtet sich, sämtliche sich aus diesem Unter-Mietvertrag als Anlage beigefügten Mietvertrag zwischen den Eheleuten W. und der Firma K. S. ergebenden Verpflichtungen in eigener Verantwortung als eigene Pflichten zu übernehmen und dafür zu haften.“

Der vorgenannte Mietvertrag zwischen den Eheleuten W. und der Firma K. S. wird insoweit integraler Bestandteil dieses Unter-Mietvertrages. Dies gilt gleichfalls für den Vertrag zwischen der Firma S. und dem Untervermieter.“

Die beiden in Ziffer 4 des Vertrages vom 28. Oktober 1995 als Anlage bezeichneten Mietverträge aus den Jahren 1990 und 1994 zwischen W. und Fa. S. einerseits und Fa. S. und Kläger andererseits wurden mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Untermietvertrag nicht verbunden. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob und wann sie den Beklagten bekannt gemacht und ausgehändigt worden sind.

Mit Schreiben vom 27. März 1997 kündigten die Beklagten unter Berufung auf mangelnde Schriftform den Vertrag mit dem Kläger zum Ablauf des nächsten möglichen Quartals, spätestens jedoch zum 30. September 1997. Der Kläger widersprach der Kündigung auf Grund der vereinbarten Vertragsdauer bis zum 30. September 2000, vermietete das Objekt jedoch mit Einverständnis der Beklagten an einen Dritten weiter.

Die Klage auf Zahlung von Miete einschließlich Nebenkosten und Auslagen in Höhe von 51 712,16 DM nebst Zinsen hat das Landgericht Bochum abgewiesen. Das Berufungsgericht OLG Hamm hat die Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 51 712,16 DM nebst Zinsen verurteilt. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen: Die Revision bleibt ohne Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, die Beklagten schuldeten die vom Kläger verlangte restliche Miete, da der Untermietvertrag durch ihre ordentliche Kündigung nicht beendet worden sei. Die Befristung bis 30. September 2000 sei wirksam vereinbart, da die Schriftform des § 566 Satz 1 BGB eingehalten sei. Deshalb komme eine Kündigung nach § 566 Satz 2 BGB nicht in Betracht. Zwar müsse die Zusammengehörigkeit der Haupturkunde mit den beiden Anlagen zweifelsfrei kenntlich gemacht werden. Dazu sei aber eine körperliche Verbindung nicht nötig. Vielmehr reiche es aus, daß sich die Einheit aus anderen Umständen zweifelsfrei ergebe, etwa durch eine wechselseitige Bezugnahme in den mehreren die Gesamtregelung enthaltenden Schriftstücken. Erforderlich sei eine solche Rückverweisung in der Anlage auf die Haupturkunde jedoch nicht. Dem Schutzzweck des § 566 BGB werde genügt, wenn ein späterer Grundstückserwerber durch den Hinweis im Hauptvertrag auf die Existenz eines ergänzenden Schriftstückes aufmerksam gemacht werde und aufgrund von Art und Inhalt der Verweisung eine gedankliche Verbindung mit der Anlage hergestellt werden könne. Dies sei hier der Fall. Ein späterer Erwerber habe dem Vertrag sicher entnehmen können, daß sich der Inhalt der mietvertraglichen Regelung nicht allein aus ihm, sondern auch aus den darin in Bezug genommenen Anlagen ergebe. Daß die Anlagen nicht von den Parteien unterzeichnet seien, schade nicht. Es reiche aus, daß sie von den damaligen Vertragsparteien unterzeichnet seien. Für Nachtrags- und Änderungsvereinbarungen und im Falle des Mieterwechsels sei anerkannt, daß die Stammurkunde nicht von denselben Parteien unterzeichnet sein müsse wie der Nachtrag bzw. die Auswechslungsvereinbarung. Durch die Unterzeichnung des Hauptvertrages seien die in Bezug genommenen Verträge Vertragsbestandteil geworden. Ob sie bei Vertragsunterzeichnung vorgelegt worden bzw. den Beklagten bekannt gemacht worden seien, sei ohne rechtliche Bedeutung. Entscheidend sei nur, daß sie im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Hauptvertrages existent gewesen seien, was hier zwischen den Parteien außer Streit stehe.

2. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach § 566 BGB a. F. ist eine Befristung im Mietvertrag nur wirksam, wenn die Schriftform eingehalten ist. Bei Verträgen ist diese gewahrt, wenn dieselbe Urkunde von beiden Vertragsparteien unterzeichnet wird (§ 126 Abs. 2 Satz 1 BGB). Das bedeutet, daß alle wesentlichen vertraglichen Abreden in einer Urkunde enthalten sein müssen (Prinzip der Einheitlichkeit der Vertragsurkunde; vgl. hierzu Senatsurteil vom 24. September 1997 – XII ZR 234/95 – ZMR 1998, 12 f. = NJW 1998, 58 f. [= WM 1997, 667]). Die Rechtsprechung hatte zunächst gefordert, daß die Einheit der Urkunde äußerlich durch Beifügung der in Bezug genommenen Urkunden zur Haupturkunde in Erscheinung treten müsse und die bloße gedankliche Verbindung, die in der Bezugnahme liege, nicht ausreiche (BGHZ 40, 255, 263). Notwendig sei in jedem Fall eine Verbindung, deren Auflösung nur durch teilweise Substanzverletzung oder Gewaltanwendung möglich sei. Mit Urteil vom 24. September 1997 (a. a. O. 16) hat der Senat jedoch entschieden, daß die feste körperliche Verbindung der einzelnen Blätter nicht erforderlich sei, wenn sich die Einheit der Urkunde aus anderen eindeutigen Merkmalen ergebe, zu denen insbesondere fortlaufende Paginierung, fortlaufende Numerierung der einzelnen Textabschnitte sowie ein über das jeweilige Seitenende fortlaufender Text gehörten. Diese „gedankliche“ Verbindung mehrerer Blätter zu einer einheitlichen Urkunde hat der VII. Zivilsenat dahin fortgeführt, daß die

Schriftform des § 126 BGB keine körperliche Verbindung der Urkunde mit den in Bezug genommenen Anlagen verlange, sondern auch dann gewahrt sei, wenn sich die Einheit von Urkunde und Anlagen aus der Verweisung sowie der Unterschrift der Vertragsparteien auf jedem Blatt der Anlage ergebe (Urteil vom 21. Januar 1999 – VII ZR 93/97 – NJW 1999, 1104, 1105 [= WM 1999, 286]). Der erkennende Senat hat die Einheit der Vertragsurkunde ferner in einem Fall bejaht, in dem im Hauptvertrag auf eine Anlage Bezug genommen und alle Blätter der Anlage von den Vertragsparteien paraphiert waren (Urteil vom 29. September 1999 – XII ZR 313/98 – NJW 2000, 354, 357). Er hat dabei auch ausgeführt, daß es der Eindeutigkeit der Verweisung nicht entgegenstehe, wenn ein als Anlage bezeichnetes Schriftstück keine ausdrückliche Rückverweisung auf den Mietvertrag enthalte, da es für den Schutzzweck des § 566 BGB ausreiche, daß ein späterer Grundstückserwerber durch die Verweisung im Hauptvertrag auf die Existenz einer Anlage hingewiesen werde. Darüber hinaus hat der Senat die Einhaltung der Schriftform für einen Nachtragsvertrag bejaht, wenn eine Nachtragsurkunde auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt und zum Ausdruck kommt, es solle unter Einbeziehung der Nachträge bei dem verbleiben, was früher formgültig niedergelegt war (Senatsurteil vom 23. Februar 2000 – XII ZR 251/97 – NJW-RR 2000, 744, 745). Diese Form der Bezugnahme hat unter dem Stichwort „Auflockerungsrechtsprechung“ Eingang in Rechtsprechung und Literatur gefunden (Senatsurteil vom 24. September 1997 a. a. O. 13; Palandt/Weidenkaff BGB 60. Aufl. § 566 a. F. Rdn. 17).

b) Diese Grundsätze hat das Oberlandesgericht beachtet.

aa) Zu Unrecht beruft sich die Revision darauf, das Oberlandesgericht sei von der Entscheidung vom 29. September 1999 (a. a. O.) abgewichen, wonach neben der Bezugnahme im Hauptvertrag auf die Anlage zumindest eine Paraphierung der Anlagenblätter durch die Vertragsparteien erforderlich sei. In diesem Sinne kann die Senatsrechtsprechung nicht verstanden werden. Der Senat hat in dieser Entscheidung keine Mindestanforderungen für die Wahrung der Urkundeneinheit aufgestellt, insbesondere nicht zwingend eine Paraphierung gefordert, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht, daß die Bezugnahme im Hauptvertrag auf eine Anlage in Verbindung mit der Paraphierung der Anlage jedenfalls zur Wahrung der Schriftform ausreicht. Auch die Formulierung „so etwa“ (im Senatsurteil vom 25. Oktober 2000 – XII ZR 133/98 – NZM 2001, 43, 44) läßt den Beispielcharakter erkennen. Bei der Vielzahl denkbarer Vertragsgestaltungen lassen sich Mindestanforderungen schwer formulieren. Der Senat hat stets darauf hingewiesen, entscheidendes Kriterium müsse die zweifelsfreie Bezugnahme der Haupturkunde auf die Anlage sein (Urteil vom 25. Oktober 2000 a. a. O. 44). Entgegen der Auffassung der Revision ist diese im vorliegenden Fall gegeben. Im Vertrag zwischen den Parteien (Unter-Untermietvertrag) wird Bezug genommen auf den Vertrag zwischen dem Kläger und der Firma S. (Untermietvertrag) und den Vertrag zwischen der Firma S. und den Eheleuten W. (Hauptmietvertrag). Vertragsgegenstand ist stets das gleiche Mietobjekt, das jeweils weitervermietet wird. Diese Form der Bezugnahme enthält eine ausreichende Identifizierung der in Bezug genommenen Verträge. Eine Paraphierung ist – über die Bezugnahme hinaus – nicht geboten, um eine zweifelsfreie Zuordnung sicherzustellen. Der Eindeutigkeit der Verweisung steht auch nicht entgegen, daß die in Bezug genommenen Verträge keine Rückverweisung auf den Vertrag zwischen den Parteien enthalten, aus ihnen also nicht zu entnehmen ist, daß sie diesen Vertrag ergänzen. Für den Schutzzweck des § 566 BGB a. F. reicht es nämlich aus, daß ein späterer Grundstückserwerber durch die Verweisung im Hauptvertrag auf die Existenz einer Anlage hingewiesen wird (vgl. Senatsurteil vom 29. September 1999 a. a. O. 357).

bb) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die „Auflockerungsrechtsprechung“ könne hier deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil die Vertragsparteien nicht identisch seien mit den Parteien der in Bezug genommenen Verträge. Entscheidend für die Frage der Einheitlichkeit der Urkunde ist nicht, daß die Vertragsparteien den früheren Vertrag, auf den Bezug genommen wird, geschlossen haben, sondern ob dieser in der Haupturkunde hinreichend konkret bezeichnet wird. So hat es, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, die Rechtsprechung für die Wahrung der Schriftform ausreichen lassen, wenn bei Eintritt eines neuen Mieters in einen Mietvertrag die Urkunde über dessen Vertragseintritt eine ausdrückliche Bezugnahme auf den ursprünglichen Mietvertrag enthält. Der Senat hat dabei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß Ausnahmen vom Erfordernis der körperlichen Verbindung mehrerer Urkunden auch dann zuzulassen sind, wenn die Haupturkunde und der Nachtrags- oder Änderungsvertrag nicht von denselben Parteien oder ihren Gesamtrechtsnachfolgern unterzeichnet wurden (Senatsbeschluß vom 17. September 1997 – XII ZR 296/95 – NJW 1998, 62 m. w. N.).

c) Die Revision rügt weiter, die Beweis- und Warnfunktion der Schriftform erfordere die Beifügung der in Bezug genommenen Anlagen. Nur so könne der vollständige Vertragsinhalt klargestellt und den Parteien der Inhalt der von ihnen beabsichtigten langfristigen Bindung vor Augen geführt werden. Auch dieser Rüge bleibt der Erfolg versagt.

§ 566 BGB a. F. verfolgt vor allem den Zweck, es dem Grundstückserwerber, der nach § 571 BGB a. F. in bestehende Mietverträge eintritt, zu erleichtern, sich über den Umfang der auf ihn übergehenden Bindungen zu unterrichten (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteil vom 24. September 1997 a. a. O. 16). Soweit § 566 BGB a. F. durch die Schriftform daneben auch die Beweisbarkeit langfristiger Abreden und eine gewisse Warnfunktion sicherstellen soll, sind diese Zwecke nachrangig (Senatsurteil vom 24. September 1997 a. a. O.) und stehen der Einhaltung der Schriftform hier nicht entgegen.

Entgegen der Auffassung der Revision ist im übrigen aber auch der Warnfunktion hinreichend Rechnung getragen. Sie ist erfüllt, wenn dem Erklärenden der formbedürftige Inhalt seiner Erklärung hinreichend verdeutlicht wird (Senatsurteil vom 24. September 1997 a. a. O. 15). Das ist hier der Fall. Im Vertrag ist klargestellt, daß der Mieter die Verpflichtung seiner Vermieter gegenüber deren Vermieter als eigene übernimmt. Diese Formulierung ist eindeutig.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 306, 275, 566 BGB a. F.; § 182 BGB;
§ 9 AGBG; §§ 561, 543, 313 ZPO a. F.
Lebensmittelsupermarkt; Mietvertrag vom Reißbrett;
Schriftform; Vermieterwechsel; Doppelvermietung;
Vertragsstrafe**

Die revisionsgerichtliche Prüfung der Wahrung der Schriftform einer bei den Akten befindlichen Urkunde beschränkt sich auf die getroffenen Feststellungen zu deren Beschaffenheit, wenn das Berufungsurteil nur auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verweist und dieser keine Bezugnahme auf die Urkunde enthält.

Zur Formfreiheit der Zustimmung des Mieters zu einem Vermieterwechsel, den der alte und der neue Vermieter in einem der Schriftform des § 566 BGB a. F. genügenden Nachtrag zu einem langfristigen Mietvertrag vereinbart haben.

Zum Fortbestand der Besitzeinräumungspflicht des Vermieters, der sich zur Herstellung des Mietobjekts verpflichtet hat, das Grundstück aber nachträglich an einen Dritten verkauft, der es bebaut und anderweitig vermietet.

Zur Angemessenheit einer in einem Gewerbemietvertrag über ein noch zu errichtendes Gebäude ohne zeitliche Begrenzung vereinbarten Vertragsstrafe für jeden Tag der Überschreitung des vereinbarten Mietbeginns.

(BGH, Urteil vom 12. 3. 2003 – XII ZR 18/00)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin nimmt als Mieterin die Beklagten auf Feststellung des Fortbestehens eines Gewerbemietvertrages, Einräumung des Mietbesitzes und Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch.

Die Klägerin schloß am 9. Februar / 2. März 1994 mit der H. GmbH einen Mietvertrag über noch zu erstellende Räumlichkeiten und PKW-Parkflächen in Berlin, M. 121, um dort einen Lebensmittelsupermarkt zu betreiben. Als spätester Mietbeginn war der 1. Juni 1995 vereinbart. Für den Fall, daß das Mietobjekt der Mieterin nicht spätestens an diesem Tage zur Verfügung stand, war der Vermieter gemäß § 2 Abs. 5 des Mietvertrages verpflichtet, für jeden Tag des Verzuges eine Vertragsstrafe von 500 DM zu zahlen. Das Mietverhältnis war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und sollte von der Vermieterin frühestens zum 31. Mai 2015, von der Mieterin frühestens zum 31. Mai 2007 gekündigt werden können. Als Mietzins waren monatlich 21 600 DM netto vereinbart.

Die H. GmbH verpflichtete sich in § 1 Abs. 3 dieses Vertrages, die Räumlichkeiten und Flächen auf der Basis der vereinbarten Pläne und der Baubeschreibung zeitnah zu erstellen und die Baugenehmigung einzuholen. Für den Fall, daß das beabsichtigte Bauvorhaben nicht genehmigt werden würde, sollte zunächst versucht werden, eine Baugenehmigung auch in veränderter Form zu erreichen. Mit Rechtskraft eines negativen Baubescheides – nach vom Vermieter erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren – sollte der Vermieter berechtigt sein, vom Vertrag zurückzutreten.

Der von den Vertretern beider Vertragsparteien unterzeichnete Mietvertrag ist nicht zusammengeheftet. Die nummerierten Seiten enthalten jeweils die Paraphen zeichnungsberechtigter Vertreter beider Vertragsparteien. Gleiches gilt für die Baubeschreibung. Sämtliche in § 14 Abs. 3 des Mietvertrages genannten Anlagen zum Mietvertrag sind ebenfalls von den Vertretern der Vertragsparteien unterschrieben. Lediglich je eine Anlage zu Seite 4 und 20 sowie zwei Anlagen zu Seite 9 der Baubeschreibung sind nicht mit Seitenzahlen versehen, aber paraphiert.

Die H. GmbH veräußerte die Grundstücksfläche, auf der das Mietobjekt errichtet werden sollte und als deren Eigentümerin sie zu keinem Zeitpunkt im Grundbuch eingetragen war, mit notariellem Vertrag vom 3. Mai 1994 an die Beklagten, die ebenfalls zu keinem Zeitpunkt als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurden. In diesem Vertrag heißt es, daß der zwischen der Klägerin und der H. GmbH geschlossene Mietvertrag den Käufern vollinhaltlich bekannt sei und von ihnen übernommen werde. Im Juli 1994 veräußerten die Beklagten das Objekt an die Ma. Baubetreuungsgesellschaft mbH weiter, die ohne Voreintragung der Zwischenerwerber als neue Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde und das im Bau befindliche Objekt im Februar 1996 an eine Konkurrentin der Klägerin vermietete.

Nach Juli 1994 verhandelten die Parteien über eine Modifizierung der Planungen, ohne daß eine Einigung erzielt wurde. Ein förmliches Baugenehmigungsverfahren auf der Grundlage der ursprünglichen Pläne wurde nicht eingeleitet.

Am 28. Juni 1995 erklärten die Beklagten gegenüber der Klägerin den Rücktritt vom Vertrag. Die Klägerin, die dem widersprach, mahnte am 19. Februar 1996 die Vertragseinhaltung an und forderte die Beklagten auf, ihr entsprechend dem Mietvertrag den Besitz einzuräumen. In Erwiderung auf

die Klageschrift erklärten die Beklagten am 17. Juli 1996 vorsorglich sowohl die ordentliche als auch die fristlose Kündigung des Mietvertrages.

Das Landgericht Berlin hat antragsgemäß festgestellt, daß der Mietvertrag der Parteien durch die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 28. Juni 1995 nicht beendet wurde, sondern fortbesteht, und die Beklagten als Gesamtschuldner zur Einräumung des Besitzes an den im Mietvertrag genannten Räumlichkeiten und Flächen sowie zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 239 000 DM nebst gestaffelten Zinsen verurteilt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt.

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

Die Revision hat Erfolg.

II. Das Berufungsgericht hat den Antrag auf Feststellung, daß der Gewerbemietvertrag der Parteien durch den von den Beklagten am 28. Juni 1995 erklärten Rücktritt nicht beendet wurde, sondern fortbesteht, mit der Begründung abgewiesen, der Vertrag sei jedenfalls durch eine weitere Kündigung der Beklagten vom 17. Juli 1996 wirksam zum 31. März 1997 beendet worden, da die Schriftform des Vertrages nach der nicht formwahrenden Vereinbarung eines Vermieterwechsels nicht mehr gewahrt gewesen sei und die Beklagten ihn deshalb nach § 566 Abs. 2 BGB a. F. habe kündigen können. Für die Feststellung, daß das Mietverhältnis nicht bereits durch die Rücktrittserklärung vom 28. Juni 1995 beendet worden sei, fehle ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin.

Dem kann nicht gefolgt werden. Der Feststellungsantrag ist begründet.

1. Die begehrte Feststellung setzt zunächst voraus, daß die Beklagten (in Gesellschaft bürgerlichen Rechts) überhaupt an die Stelle der H. GmbH als der ursprünglichen Vermieterin getreten sind. Das ist der Fall.

a) Zutreffend verneint das Berufungsgericht einen gesetzlichen Eintritt der Beklagten in das Mietverhältnis gemäß §§ 578, 571 Abs. 1 BGB a. F., da es an der erforderlichen Identität zwischen der Vermieterin (H. GmbH) und dem Grundstückseigentümer fehlt, denn die H. GmbH war nie als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Auch im Rahmen des hier (vor Überlassung des vermieteten Grundstücks an die Mieterin) anzuwendenden § 578 BGB a. F. setzt der Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag nämlich voraus, daß der veräußernde Eigentümer zugleich der Vermieter ist (vgl. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete 7. Aufl. § 578 Rdn. 2). Eine bloße Auflassungsvormerkung zugunsten des Vermieters, die hier möglicherweise vorgelegen haben könnte, reicht jedenfalls nicht aus (vgl. Emmerich a. a. O. § 571 a. a. O. Rdn. 9).

b) Zumindest im Ergebnis zutreffend (und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen) geht das Berufungsgericht aber davon aus, daß die Beklagten kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung mit der bisherigen Vermieterin H. GmbH an deren Stelle in den Mietvertrag eingetreten sind, und zwar wirksam, weil die Klägerin als Mieterin dem – zumindest konkludent im Nachhinein – zugestimmt hat.

In § 6 Abs. 5 des notariellen Kaufvertrages vom 3. Mai 1994 zwischen der H. GmbH und den Beklagten ist deren Eintritt in den Mietvertrag ausdrücklich vereinbart.

Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob der Auffassung des Berufungsgerichts zu folgen ist, daß sich die für den Ver-

tragsübergang erforderliche Zustimmung der Klägerin bereits aus § 12 des Mietvertrages ergebe, demzufolge „dieser Vertrag auch für und gegen etwaige Rechtsnachfolger gelten“ solle. Jedenfalls hat die Klägerin dem Vermieterwechsel spätestens dadurch konkludent zugestimmt, daß sie von den Beklagten als neuen Vermietern Erfüllung des Vertrages verlangte.

2. Weitere Voraussetzung für die begehrte Feststellung ist, daß das Mietverhältnis im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung noch bestand. Das ist der Fall.

a) Die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 28. Juni 1995 hat das Mietverhältnis nicht beendet.

Das Berufungsgericht hat dies letztlich offen gelassen mit der Begründung, das Mietverhältnis sei jedenfalls durch Kündigung zum 31. März 1997 beendet worden. Das ist rechtsfehlerhaft, da diese Begründung nicht die vollständige Abweisung des Begehrens der Klägerin trägt, in dem als minus das Feststellungsbegehren enthalten ist, daß das Mietverhältnis jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt fortbestanden hat. Auch für diese eingeschränkte Feststellung ist ein Feststellungsinteresse der Klägerin – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – gegeben, zumal das Berufungsgericht selbst davon ausgeht, daß der Klägerin dem Grunde nach Schadensersatzansprüche für diese Zeit zustehen können. Vor allem aber hätte das Berufungsgericht die Feststellungsklage nicht zunächst als insgesamt zulässig behandeln und sodann die Frage ihrer Begründetheit hinsichtlich eines Teilzeitraumes mit einer Begründung dahinstehen lassen dürfen, die nichts anderes besagt, als daß die Klage hinsichtlich dieses Teilzeitraumes jedenfalls mangels Feststellungsinteresses doch unzulässig sei.

Eine Rücktrittserklärung der Beklagten konnte das Mietverhältnis aber nicht beenden, da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Vermieterin ein Rücktrittsrecht nur für den Fall eines rechtskräftigen ablehnenden Baubescheids eingeräumt war und ein solcher nicht ergangen ist.

b) Durch einen Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen angeblicher baurechtlicher Hindernisse bei der Verwirklichung des Bauvorhabens ist das Mietverhältnis ebenfalls nicht beendet worden, zumal der Wegfall der Geschäftsgrundlage regelmäßig nur eine Vertragsanpassung rechtfertigt. Denn ein problemloses Baugenehmigungsverfahren kann schon deshalb nicht Geschäftsgrundlage des Mietvertrages gewesen sein, weil die Parteien den Fall verzögerter, mit Auflagen versehener oder gar verweigerter Genehmigungen bedacht und hierfür in § 1 Abs. 3 MV detaillierte Regelungen vereinbart haben.

c) Auch die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17. Juli 1996 hat das Mietverhältnis nicht beendet, und zwar – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – auch nicht als ordentliche Kündigung zum 31. März 1997.

Soweit die Beklagten ihre fristlose Kündigung darauf stützen, die Klägerin hätte seit dem vereinbarten Mietbeginn keinen Mietzins gezahlt, rechtfertigt dies die Kündigung nicht, weil die Beklagten ihr den Mietbesitz nicht eingeräumt hatten und die Klägerin die Mietzinszahlung daher verweigern durfte.

Auch eine ordentliche Kündigung scheitert an der fest vereinbarten Mindestlaufzeit, die sich aus dem befristeten Kündigungsausschluß ergibt. Der Vertrag ist auch nicht nach § 566 BGB a. F. vorzeitig kündbar, da die Schriftform – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – gewahrt ist.

Das Berufungsgericht hat hinsichtlich des Parteivorbringens und der Anträge erster Instanz auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen und wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens in der Berufungsinstanz ergän-

zend auf die dort gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils enthält keine Bezugnahme auf die erstinstanzlich gewechselten Schriftsätze, denen allein der hier zu beurteilende Mietvertrag und die vorher und nachher geschlossenen Grundstückskaufverträge beigelegt waren. Der Senat kann die zu den Akten gereichten Verträge seiner Beurteilung daher nur in dem Umfang zugrunde legen, in dem die Vorinstanzen Feststellungen zu ihrem Inhalt und – hinsichtlich der Schriftform des Mietvertrages – zu dessen Beschaffenheit getroffen haben.

aa) Der Ursprungsvertrag entspricht den Anforderungen an die Schriftform, die der Senat in seiner Entscheidung BGHZ 136, 357 ff. [= WM 1997, 667] dargelegt hat. Das ergibt sich aus den Feststellungen zur Beschaffenheit der Urkunde, die zwar teilweise nicht im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, sondern in dessen Entscheidungsgründen enthalten sind; die im Berufungsurteil enthaltene Bezugnahme auf den „Tatbestand“ des erstinstanzlichen Urteils umfaßt jedoch auch die tatsächlichen Feststellungen in dessen Entscheidungsgründen (vgl. BGH, Urteile vom 7. Dezember 1993 – VI ZR 74/93 – BGHR ZPO § 314 Unrichtigkeit 5 und vom 19. Juni 1990 – XI ZR 280/89 – BGHR ZPO § 314 Feststellungen 1).

Danach bedurfte es keiner körperlichen Verbindung der einzelnen Seiten des Mietvertrages und der zugehörigen Anlagen, weil sich deren Einheit aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Numerierung der einzelnen Bestimmungen und Paraphierung aller Seiten der Anlagen (vgl. Senatsurteil vom 29. September 1999 – XII ZR 313/98 – NJW 2000, 354, 357) ergibt. Soweit einzelne Anlagen nicht foliiert sind, steht dies der Wahrung der Schriftform schon deshalb nicht entgegen, weil diese Anlagen nach den getroffenen Feststellungen nur weitere Einzelheiten und Erläuterungen zu einzelnen Positionen der Baubeschreibung enthalten, die in der Baubeschreibung selbst aufgeführt und näher bezeichnet sind.

bb) Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, die Schriftform sei spätestens mit der Vereinbarung des Vermieterwechsels nicht mehr gewahrt, weil der diese Vereinbarung enthaltende notarielle Kaufvertrag vom 3. Mai 1994 mit dem ursprünglichen Mietvertrag nicht körperlich verbunden worden sei, vermag der Senat auch dem nicht zu folgen. Diese Vereinbarung wahrt die Schriftform, weil der neue Vermieter seine Vermieterstellung durch eine (notarielle) Urkunde nachweisen kann, die nach den getroffenen Feststellungen ausdrücklich auf den Ursprungsmietvertrag Bezug nimmt, indem sie die ursprünglichen Mietvertragsparteien aufführt und durch die Bezeichnung des veräußerten Grundstücks zugleich die Lage des Mietobjekts kennzeichnet (vgl. zum Mieterwechsel Senatsbeschluß vom 17. September 1997 – XII ZR 296/95 – NJW 1998, 62).

cc) Allerdings ist der Vermieterwechsel hier nicht durch dreiseitigen Vertrag, sondern durch zweiseitigen Vertrag zwischen altem und neuem Vermieter mit (notwendiger) Zustimmung der Mieterin zustande gekommen (zu diesen beiden Möglichkeiten vgl. BGHZ 95, 88, 95). Folgt man der Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Zustimmung der Mieterin bereits in § 12 des Mietvertrages vorweggenommen war, ergeben sich für die Schriftform keine Probleme, da sich die Zustimmung der Mieterin dann aus dem Mietvertrag ergibt, der in der notariellen Vereinbarung zwischen altem und neuem Vermieter hinreichend in Bezug genommen worden ist.

Aber auch dann, wenn nur eine nachträgliche, konkludente Zustimmung des Mieters die Wirksamkeit des Vermieterwechsels herbeigeführt hat, was aus den beiden Urkunden selbst nicht zu ersehen ist, ist die Schriftform gewahrt. Ob die spätere Zustimmung eines Vertragspartners zu einem Parteiwechsel auf der Gegenseite schon nach dem Grundgedanken des § 182 Abs. 2 BGB keinem Formzwang unterliegt (aus-

drücklich offen gelassen in BGHZ 72, 394, 398 [= WM 1979, 194]), bedarf auch hier keiner Entscheidung. Soweit Heile (in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rdn. 771) im Rahmen des § 566 BGB a. F. eine solche Zustimmung für formbedürftig hält, weil diese Vorschrift Interessen (u. a. eines späteren Grundstückserwerbers) schütze, die nicht der Disposition der beteiligten Vertragsparteien unterlägen, hält der Senat dies nicht für zwingend.

Es wäre nämlich wenig plausibel, wenn eine Zustimmung (hier: im Interesse eines möglichen künftigen Grundstückserwerbers) einer besonderen Form bedürfte, obwohl es gemäß § 182 Abs. 1 BGB von ihrer Wirksamkeit genügt, wenn sie nur einer der beiden Parteien des Übernahmevertrages gegenüber erklärt wird, das Gesetz es also bewußt hinnimmt, daß die andere Vertragspartei zunächst gar nicht erfährt, ob der von ihr vereinbarte Vertragseintritt noch schwebend unwirksam oder schon endgültig wirksam ist. Deren Interesse, über das Zustandekommen des Vertrages Klarheit zu gewinnen, ist jedenfalls nicht geringer als dasjenige eines späteren Erwerbers.

Im vergleichbaren Fall eines langfristigen Mietvertrages, der vorsieht, daß er nur bei Eintritt einer künftigen Bedingung wirksam wird, steht der Umstand, daß deren Eintritt aus der Vertragsurkunde selbst nicht ersichtlich ist, der Wahrung der Schriftform ebenfalls nicht entgegen. Hier ist ein späterer Grundstückserwerber jedenfalls durch die zweiseitige Vereinbarung eines Vermieterwechsels hinreichend gewarnt und gehalten, sich gegebenenfalls bei dem Mieter zu erkundigen, ob dieser die hierzu notwendige Zustimmung erteilt hat, so wie er auch bei der Vereinbarung einer Bedingung darauf angewiesen ist, sich die Kenntnis von deren Eintritt oder Nicht-eintritt anhand außerhalb der Vertragsurkunde liegender Umstände zu verschaffen. Auf die Frage, ob und von wem ihm die Urkunde vorgelegt wird, die die entsprechende Vereinbarung enthält, kommt es ohnehin nicht an (vgl. BGHZ 72, 394, 399 [= WM 1979, 194]).

§ 566 BGB a. F. soll den künftigen Grundstückserwerber ohnehin nur insoweit schützen, als er nach § 571 BGB in ein bestehendes langfristiges Mietverhältnis eintritt. Mit anderen Worten: das Interesse des Erwerbers, Klarheit zu erlangen, ob sein Veräußerer oder aber ein Dritter Vermieter des im Hause wohnenden Mieters ist, ob er also im ersten Fall in das Mietverhältnis eintritt oder im zweiten Fall nicht, wird als solches nicht geschützt. Denn der Grundstückserwerber tritt nach § 571 BGB a. F. auch in einen mündlichen Vertrag ein, von dem er nichts weiß. § 566 BGB a. F. soll ihn nur davor schützen, beim Eintritt in einen ihm nicht bekannten Vertrag an dessen Bedingungen länger als ein Jahr gebunden zu sein. Hier ist seine mögliche Kenntnisnahme vom Vertrag und seiner Laufzeit durch die Schriftform gewahrt; er kann aus den Urkunden nur nicht ersehen, ob er in diesen Vertrag eintritt oder nicht. Diese Ungewißheit besteht für ihn aber auch, wenn er nicht weiß, ob ein ihm vorliegender Mietvertrag zwischenzeitlich einverständlich (auch mündlich) aufgehoben worden ist. Hätte das Gesetz ihn auch vor dieser Ungewißheit schützen wollen, hätte es die Schriftform auch für die Vertragsaufhebung vorschreiben müssen.

Aus diesen Gründen ist jedenfalls die Zustimmung des Mieters zu einem zwischen früherem und neuem Vermieter vereinbarten Vermieterwechsel formfrei. Es bedarf keiner Entscheidung, ob für den Mieterwechsel etwas anderes gilt, weil der Erwerber wissen muß, wem gegenüber er einen langfristigen Mietvertrag als Vermieter erfüllen muß. In der vorliegenden Fallkonstellation weiß ein künftiger Erwerber jedenfalls, daß er entweder dem ursprünglichen Mieter gegenüber verpflichtet ist oder aber gar niemandem.

d) Schließlich hat auch der Eigentumswechsel vom ursprünglichen Grundstückseigentümer auf die Ma. GmbH & Co. KG nicht zum Ausscheiden der Beklagten aus dem Miet-

vertrag geführt. Denn die Erwerberin ist nicht gemäß §§ 578, 571 BGB a. F. als neue Vermieterin an die Stelle der Beklagten getreten. Diese waren zwar zugleich Vermieter und Veräußerer des Grundstücks, wenn man als Veräußerung den notariellen Kaufvertrag ansieht. Im Rahmen des § 571 BGB a. F. ist aber unter Veräußerung der Eigentumsübergang zu verstehen (vgl. Emmerich a. a. O. § 571 Rdn. 9); das Eigentum am Grundstück ist hier aber nach dem unstreitigen Vorbringen zweiter Instanz (Berufungsbegründung S. 5, 6) unmittelbar – ohne Zwischenerwerb durch die Beklagten – vom ursprünglichen Eigentümer, der nicht Vermieter war, auf die Ma. KG übergegangen. Auch eine rechtsgeschäftliche „Übernahme“ des Mietvertrages durch diese KG, die zum Ausscheiden der Beklagten aus dem Mietvertrag geführt haben könnte, ist den getroffenen Feststellungen nicht zu entnehmen.

Die Beklagten sind mithin nach wie vor Vermieter; der Feststellungsantrag ist begründet.

III. Daraus folgt zugleich, daß die Klägerin von den Beklagten nach wie vor Einräumung des Mietbesitzes verlangen kann.

Dieser Antrag ist auch nicht etwa auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet, was das Berufungsgericht offenbar für naheliegend hält, aber letztlich dahinstehen läßt. Im Mietrecht findet § 306 BGB a. F. nämlich weder vor noch nach Übergabe Anwendung (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 8. Aufl. Rdn. 334 m. N.; Gerber/Eckert, Gewerbliches Miet- und Pachtrecht 4. Aufl. Rdn. 132, 137, 236).

Die Beklagten sind zwar nicht Eigentümer des Grundstücks und zu dessen Nutzung nicht (mehr) berechtigt, zumal die neue Eigentümerin den inzwischen von ihr errichteten Supermarkt an ein Konkurrenzunternehmen der Klägerin vermietet hat. Die Vorinstanzen haben jedoch keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob es den Beklagten möglich ist, das Leistungshindernis durch Vereinbarungen mit der neuen Eigentümerin und deren Mieterin zu beheben. Jedenfalls solange dies nicht auszuschließen ist, folgt daraus, daß der Mieter die Einräumung des Besitzes nach wie vor verlangen kann und sich nicht darauf verweisen lassen muß, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (vgl. Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1185, 1196 m. N.; Emmerich a. a. O. vor § 537 Rdn. 3). Wie auch im Falle der Doppelvermietung erlangt ein möglicherweise gegebenes Unvermögen des Vermieters dann erst in der Zwangsvollstreckung Bedeutung (vgl. Wolf/Eckert/Ball a. a. O. Rdn. 202).

IV. Auch der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe ist begründet.

1. Zu Recht greift die Revision die einschränkende Auslegung des Berufungsgerichts an, derzufolge die Vertragsstrafe nur für Verzögerungen des Baufortschritts ausbedungen sei und nicht auch für den Fall, daß sich bereits der Baubeginn verzögert.

An diese Auslegung ist das Revisionsgericht nicht gebunden, da das Berufungsgericht anerkannte Auslegungsregeln verletzt hat:

Weder der Vertragswortlaut noch die systematische Stellung dieser Klausel bieten einen Anhaltspunkt für diese einschränkende Auslegung, denn sämtliche baurechtlichen Bedenken, die die Bauausführung beeinträchtigen könnten, sind in § 1 Abs. 3 des Mietvertrages abgehandelt, während die Vertragsstrafe in § 2 geregelt ist, der die Mietdauer und insbesondere die Bezugsfertigkeit und den Mietbeginn regelt.

Vor allem wird diese Auslegung, wie die Revision zutreffend rügt, der Interessenlage der Parteien nicht gerecht. Erkennbar wollte die Klägerin ein Druckmittel in der Hand haben, um die pünktliche Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes si-

cherzustellen. Insofern macht es für sie keinen Unterschied, ob der Vermieter die Bauarbeiten nach dem ersten Spatenstich einstellt (was auch nach Auffassung des Berufungsgerichts die Vertragsstrafe auslösen würde) oder mit den Bauarbeiten gar nicht erst beginnt. Die Nichtaufnahme der Bauarbeiten stellt den denkbar größten Fall der Bauverzögerung dar, so daß es nicht verständlich wäre, wenn die vereinbarte Sanktion ausgerechnet den gravierendsten Vertragsverstoß nicht erfassen sollte.

Da nach dem Tatsachenvortrag der Parteien weitere für die Auslegung erhebliche Feststellungen, als die Vorinstanzen sie getroffen haben, nicht mehr in Betracht kommen, kann der Senat die Vertragsbestimmung selbst auslegen (vgl. BGHZ 65, 107, 112 m. N.) und versteht sie – ihrem von den Vorinstanzen festgestellten Wortlaut entsprechend – dahin, daß die Vertragsstrafe für jeden Fall des Vermietersverzuges zu zahlen ist, unabhängig davon, ob die verspätete Fertigstellung auf verzögertem Baufortschritt oder verzögertem Baubeginn beruht.

2. Das Berufungsgericht läßt offen, ob diese Klausel individuell ausgehandelt wurde oder als Allgemeine Geschäftsbedingung an § 9 AGBG zu messen ist. Auch der Senat kann dies dahinstehen lassen, da die Klausel auch dann, wenn es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, wirksam ist. § 11 Nr. 6 AGBG ist auf den Schutz von Verbrauchern zugeschnitten und daher bei Verträgen zwischen Unternehmern nicht anwendbar (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 61. Aufl. § 11 AGBG Rdn. 32); zu prüfen ist daher nur, ob die Klausel den Schuldner unangemessen benachteiligt, § 9 AGBG. Das ist hier nicht der Fall.

Bei Bauverträgen gilt eine Vertragsstrafe für Terminüberschreitungen zwar als unangemessen, wenn sie 0,5% der Auftragssumme pro Tag überschreitet oder aber die Vereinbarung einer angemessenen Höchstgrenze (nicht mehr als etwa 10% oder gar nunmehr nur 5% der Auftragssumme – vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 – VII ZR 210/01 –, zur Veröffentlichung bestimmt – [= WPM 2003, 870]) fehlt (vgl. Palandt/Heinrichs a. a. O. 62. Aufl. § 343 BGB Rdn. 4 m. N.). Bei 500 DM pro Tag wäre die 0,5%-Grenze schon bei einem Bauvolumen von nur 100 000 DM eingehalten, so daß sich hier mit Rücksicht auf das ersichtlich weit höhere Bauvolumen insoweit keine Bedenken ergeben. Richtig ist allerdings, daß sich aus der Vertragsstrafenvereinbarung eine Höchstgrenze letztlich nur insoweit ergibt, als die Vertragsstrafe äußerstenfalls bis zum Jahre 2025 (erstmalige Kündigungsmöglichkeit für Vermieter 2015, aber Verlängerungsoption des Mieters um weitere 2×5 Jahre) anfallen kann.

Die Rechtsprechung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen in Bauverträgen ist aber auf Dauerschuldverhältnisse wie gewerbliche Mietverträge nicht zu übertragen. Denn beim Bauvertrag verfällt eine typischerweise zeitabhängige Vertragsstrafe beim Verzug mit einer einmalig zu erbringenden Leistung. Umgekehrt kann auch nicht die Rechtsprechung (insbesondere zu Bierlieferungs- und Automatenaufstellverträgen) herangezogen werden, die sich mit festen, einmaligen Vertragsstrafensummen befaßt, die für Verstöße im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses vereinbart wurden. Im vorliegenden Fall ist nämlich eine Vertragsstrafe vereinbart, deren Höhe von der Zeitspanne abhängig ist, innerhalb derer der Vertragspartner seine Verpflichtung zu fortlaufender Gebrauchsgewährung nicht erfüllt.

In einem solchen Fall muß die Vertragsstrafe lediglich in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des mit ihr geahndeten Verstoßes stehen (vgl. Bub in Bub/Treier a. a. O. Kap. II Rdn. 530 a. E. m. N.).

Angesichts der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung des Vermieters bei einer Vermietung vom Reißbrett ist kaum ein größerer Vertragsverstoß denkbar als die Nichtfertigstellung des Mietobjekts. Es bedarf keiner Entscheidung, ob dies

im Extremfall eine tägliche Vertragsstrafe von 500 DM bis zum Jahre 2025 rechtfertigen könnte, oder ob irgendwann eine zeitliche Grenze erreicht ist, jenseits derer sich das Verlangen nach Fortzahlung der Vertragsstrafe als treuwidrig erweisen würde. Bei der hier verlangten Vertragsstrafe für 478 Tage = 239 000 DM ist diese Grenze jedenfalls noch nicht erreicht.

Bei der Prüfung der Angemessenheit der Vertragsstrafe im Rahmen des § 9 AGBG ist jedenfalls nicht auf den theoretisch denkbaren Extremfall abzustellen, sondern darauf, in welchem Verhältnis der täglich anfallende Betrag von 500 DM zu dem steht, was eine Überschreitung um einen Tag für einen Mieter bedeutet, der seinem Vertragspartner durch diese Klausel von Anfang an deutlich gemacht hat, daß er allergrößten Wert auf pünktliche Fertigstellung legt. Bei einer Monatsmiete von 24 840 DM brutto erscheint eine Vertragsstrafe von 15 000 DM pro Monat keinesfalls überhöht. Zutreffend weist das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Klägerin durch das Nichtbetreiben des Supermarktes – entgegen der Auffassung der Beklagten – durchaus ein Schaden in dieser Höhe entstehen könne, da kaum anzunehmen sei, sie würde einen Supermarkt eröffnen, der eine geringere Gewinnerwartung verspricht. Die Beklagten, die für die Unangemessenheit gemäß § 9 Abs. 1 AGBG darlegungspflichtig sind (vgl. Palandt/Heinrichs a. a. O. § 9 AGBG Rdn. 5), haben jedenfalls nicht dargelegt, daß die Vertragsstrafe den Verzögerungsschaden, der der Klägerin entstehen kann, bei weitem übersteigt.

Da es für die Wertung der Angemessenheit im Rahmen des § 9 AGBG allein darauf ankommt, ob die Vertragsstrafenklausel als allgemeine Lösung angesichts des anhaltenden Interesses des Mieters an der Einräumung der Nutzungsmöglichkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. Palandt/Heinrichs a. a. O. § 9 AGBG Rdn. 2) angemessen ist (vgl. OLG Celle NJW-RR 1988, 946, 947), ist ferner zu berücksichtigen, daß die anfängliche Nichteinräumung des Mietbesitzes den Mieter kaum weniger beeinträchtigt als eine spätere Besitzentziehung, für die eine Vertragsstrafe von 500 DM pro Tag hier ebenfalls nicht unangemessen erscheinen würde.

Eine von vornherein vereinbarte Begrenzung der Vertragsstrafe auf einen Höchstbetrag, etwa durch zeitliche Beschränkung auf wenige Monate, hätte zudem das Druckmittel, als das die Vertragsstrafe legitimerweise dienen sollte, entscheidend entwertet. Denn je länger der Vertragsverstoß des Vermieters schon andauert, desto geringer würde in einem solchen Fall der Restbetrag der Vertragsstrafe, der ihm für den Fall endgültiger Erfüllungsverweigerung noch droht. Da der Vermieter es aber in der Hand hat, wann er zur Vertragstreue zurückkehrt, erscheint es im Beurteilungszeitpunkt des Vertragsschlusses nicht unbillig, den Druck, den der Mieter auf ihn ausüben kann, so lange unvermindert anhalten zu lassen, bis der Vermieter seiner Kardinalpflicht nachkommt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 50, 263, 313 ZPO; § 705 BGB
GbR als Klägerin im anhängigen Verfahren;
Rubrumsberechtigung; Mietzinsanspruch;
Schriftform des Mietvertrags; Kündigung

In anhängigen Verfahren, in denen die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) eine Gesamthandsforderung entsprechend der früheren Rechtsprechung als notwendige Streitgenossen eingeklagt haben, ist nach der Änderung dieser Rechtsprechung (BGHZ 146, 341 ff. [= WM 2001, 134 ff.]) kein Parteiwechsel dahin erforderlich, daß Klägerin nun die GbR ist. Vielmehr ist eine Rubrumsberechtigung der zulässige und richtige Weg.

(BGH, Urteil vom 15.1.2003 – XII ZR 300/99)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin, eine Grundstücksgesellschaft, macht gegen die Beklagten einen Anspruch auf rückständigen Mietzins und Nebenkosten geltend. Die Beklagten sind zwei in einer Sozietät verbundene Rechtsanwälte.

Mit schriftlichem Mietvertrag vom 3. April 1992 vermietete die Klägerin an die Rechtsanwälte C. und Partner (die Beklagten) in B. eine ca. 390 m² große Büroetage zum Betrieb einer Anwaltskanzlei. Der Vertrag wurde auf zehn Jahre fest abgeschlossen mit einer Verlängerungsoption. Als Vermieterin ist in dem Mietvertrag lediglich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) aufgeführt, die Gesellschafter dieser GbR sind nicht angegeben. Unterschrieben ist der Vertrag auf Mieterseite von dem Beklagten zu 1, auf Vermieterseite trägt er eine unleserliche Unterschrift, die unstreitig von dem Zeugen F. stammt. In beiden Fällen ist der Unterschrift kein Hinweis auf eine Vertreterstellung beigelegt.

Die Gesellschafter der Klägerin haben am 24. Oktober 1991 mit dem vereidigten Buchprüfer und Steuerberater M. einen Geschäftsbesorgungsvertrag abgeschlossen, der vorsieht, daß der Geschäftsbesorger der K. Investitions GmbH (K.I. GmbH) zur Erledigung bestimmter Verwaltungsaufgaben Untervollmacht erteilen solle, allerdings nicht zu sogenannten Erstvermietungen. Der Zeuge F. ist bei Abschluß des Mietvertrages der Parteien für die K.I. GmbH tätig geworden.

Der Mietvertrag wurde von beiden Seiten etwa vier Jahre lang ordnungsgemäß erfüllt.

Mit Schreiben vom 20. Februar 1996 teilten die Beklagten der Klägerin mit, sie beabsichtigten, ihre Kanzlei in B. aufzugeben. Grund hierfür war, daß das Kreisgericht in B. aufgelöst worden war und daß ihnen die Postulationsfähigkeit am Landgericht F. abgesprochen worden war mit der Begründung, sie unterhielten eine Kanzlei in Berlin und der Betrieb zweier Kanzleien gleichzeitig sei unzulässig.

Mit Schreiben vom 14. März 1996 widersprach die Klägerin einer vorzeitigen Auflösung des Mietvertrages, erklärte sich jedoch bereit, die Beklagten aus dem Vertrag zu entlassen, wenn sie einen angemessenen Nachmieter stellen könnten und zusätzlich eine Entschädigungssumme zahlten. Daraufhin erklärten die Beklagten mit Schreiben vom 26. März 1996 die Kündigung des Mietverhältnisses und teilten mit, daß sie die angemieteten Räume am 29. März 1996 zurückgeben würden. Zu dem von ihnen vorgeschlagenen Übergabetermin erschien für die Klägerin niemand. Sie warfen daraufhin die Schlüssel zu der Büroetage in den Briefkasten der Verwalterin. Bis einschließlich September 1998 stand das Mietobjekt leer.

Die Klägerin hat mit der Klage (nach Abzug unstreitiger Gutschriften) für die Zeit von Januar 1996 bis einschließlich August 1998 rückständigen Mietzins und rückständige Nebenkosten von insgesamt 167 585,28 DM geltend gemacht. Das Landgericht Frankfurt/Oder hat der Klage stattgegeben. Mit ihrer Berufung haben die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiterverfolgt und Widerklage erhoben mit dem Antrag, im Wege einer Zwischenfeststellungsklage festzustellen, daß zwischen ihnen und der Klägerin kein Mietverhältnis über die Geschäftsräume zustande gekommen sei, hilfsweise, daß sie das Mietverhältnis zum 31. März 1996 wirksam gekündigt hätten.

Das Berufungsgericht [OLG Brandenburg] hat der Berufung nur stattgegeben, soweit in dem vom Landgericht zugesprochenen Betrag Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von insgesamt 9790 DM enthalten sind. Insoweit hat es die Klage abgewiesen. Die Berufung im übrigen hat es zurückgewiesen und die Widerklage der Beklagten abgewiesen.

Mit der Revision haben die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage und ihren Widerklageantrag weiterverfolgt. Durch Beschluß vom 30. Oktober 2002 hat der Senat die Revision angenommen, soweit die Beklagten verurteilt worden sind, an die Klägerin mehr als 32 991,58 DM zuzüglich gestaf-

felter Zinsen aus diesem Betrag zu zahlen. Das ist der Betrag, den das Berufungsgericht der Klägerin an Mietzins und Nebenkosten für die Zeit bis 30. September 1996 zugesprochen hat.

Aus den Gründen: I. a) Das Rubrum war dahin zu berichtigen, daß nicht die Gesellschafter der GbR als Kläger aufzuführen sind, sondern die GbR selbst Klägerin ist. Bei Erlaß des Berufungsurteils entsprach es ständiger Rechtsprechung, daß die GbR im Zivilprozeß nicht parteifähig sei, daß vielmehr alle Gesellschafter der GbR als notwendige Streitgenossen Gesamthandsforderungen im Prozeß geltend machen müßten. Dem trägt das Rubrum des Berufungsurteils Rechnung.

Durch Urteil vom 29. Januar 2001 (BGHZ 146, 341 ff. [= WM 2001, 134 ff.]) hat der Bundesgerichtshof seine diesbezügliche Rechtsprechung grundlegend geändert. Nach der neuen Rechtsprechung besitzt die (Außen-) GbR Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Das bedeutet, daß sie in der jeweiligen Zusammensetzung der Gesellschafter Vertragspartner werden kann und daß ihre Stellung als Vertragspartner durch einen Gesellschafterwechsel nicht berührt wird. In diesem Rahmen ist sie im Zivilprozeß parteifähig, kann also als Gesellschaft klagen und verklagt werden.

Diese Änderung der Rechtsprechung bedeutet aber nicht, daß in anhängigen Verfahren, in denen die Gesellschafter einer GbR entsprechend der bisherigen Rechtsprechung als notwendige Streitgenossen eine Gesamthandsforderung eingeklagt haben, ein Parteiwechsel erforderlich wäre. Vielmehr ist eine Rubrumsberichtigung der zulässige und richtige Weg.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß auch bei äußerlich unrichtiger Bezeichnung grundsätzlich das Rechtssubjekt als Partei anzusehen ist, das durch die fehlerhafte Bezeichnung nach deren objektivem Sinn betroffen werden soll. Diese Grundsätze gelten auch, wenn sich die klagende Partei selbst fehlerhaft bezeichnet hat (BGH, Urteil vom 12. Oktober 1987 – II ZR 21/87 – NJW 1988, 1585, 1587 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall spricht entscheidend für die Zulässigkeit einer bloßen Rubrumsberichtigung, daß die Gesellschafter der GbR von vornherein in der rechtlich zulässigen Weise eine Gesamthandsforderung geltend machen wollten, die sie aufgrund ihres Zusammenschlusses in der GbR gemeinsam erworben hatten. Wenn nach der alten Rechtsprechung eine solche Gesamthandsforderung nur in der Weise im Prozeß geltend gemacht werden konnte, daß alle Gesellschafter der GbR als notwendige Streitgenossen aufgetreten sind, so handelte es sich entgegen der äußeren Parteibezeichnung auch damals schon im Kern um eine Klage der GbR (so zutreffend Krämer, NZM 2002, 465, 473 m.N. [= WM 2002, 459, 465]).

b) Keinen Erfolg hat die Revision mit der Rüge, in erster Instanz habe eine unzulässige Klageänderung in Form eines Parteiwechsels stattgefunden. Als Klägerin war zunächst die GbR aufgeführt und auf einen – der damaligen Rechtsprechung entsprechenden – Hinweis des Gerichts hin sind an deren Stelle die Gesellschafter der GbR als notwendige Streitgenossen getreten. Das Landgericht hat darin keine Klageänderung gesehen, sondern hat lediglich eine Rubrumsberichtigung vorgenommen. Diese Entscheidung des Landgerichts ist nicht anfechtbar, und zwar auch nicht zusammen mit der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung (§ 268 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 1987 – X ZR 70/84 – NJW-RR 1987, 1084, 1085). Sie ist allerdings aus denselben Gründen, aus denen oben in anderem Zusammenhang eine Rubrumsberichtigung für zulässig angesehen worden ist, zutreffend. Im übrigen wäre, würde man annehmen, es läge eine Klageänderung vor, auch diese entgegen den Ausführungen der

Revision zulässig. Auch im Falle eines Parteiwechsels ist die Einwilligung des Gegners in die Klageänderung nicht erforderlich, wenn das Gericht den Parteiwechsel für sachdienlich ansieht (BGH, Urteil vom 9. Mai 1989 – VI ZR 223/88 – NJW 1989, 3325; Urteil vom 27. Juni 1996 – IX ZR 324/95 – NJW 1996, 2799). Da die Sachdienlichkeit in den Tatsacheninstanzen nicht geprüft worden ist, könnte das Revisionsgericht diese Prüfung nachholen (Senatsurteil vom 5. Oktober 1988 – IVb ZR 52/87 – BGHR ZPO § 263 Sachdienlichkeit 1 m. N.; BGH, Urteil vom 9. Mai 1989 a. a. O.). Die Sachdienlichkeit wäre aus denselben Gründen gegeben, aus denen eine Rührungsberichtigung zulässig ist.

II. Nachdem der Senat die Revision nur zum Teil angenommen hat, ist nur noch darüber zu entscheiden, ob der Klägerin Ansprüche auf Mietzins und Nebenkosten für die Zeit nach dem 30. September 1996 zustehen. Das ist nicht der Fall.

Zwar ist entgegen der Annahme der Revision ein Mietvertrag zwischen den Parteien wirksam zustande gekommen. Nach der dargelegten Änderung der Rechtsprechung konnte die GbR, die in der Vertragsurkunde als Vermieterin aufgeführt ist, selbst Vertragspartei werden. Ob der Zeuge F., der den Vertrag für die GbR unterschrieben hat, hierzu bevollmächtigt war, und ob der Beklagte zu 1 Vollmacht von dem Beklagten zu 2 hatte, kann dahingestellt bleiben. Sollten beide als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt haben, so ist ihr Handeln sowohl von der GbR als auch von dem Beklagten zu 2 zumindest stillschweigend dadurch genehmigt worden, daß der von ihnen abgeschlossene Vertrag vier Jahre lang problemlos durchgeführt worden ist.

Zu Unrecht wendet sich die Revision auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagten seien nicht zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt gewesen. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage liegt grundsätzlich nicht vor, wenn sich Änderungen lediglich auf einem Gebiet ergeben haben, für das eine Partei in dem Vertrag das Risiko übernommen hat. Das sogenannte Verwendungsrisiko für die gemieteten Räume trägt der Mieter (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rdn. 168 ff. m. N.).

Das Mietverhältnis ist jedoch durch die mit Schreiben der Beklagten vom 26. März 1996 erfolgte Kündigung zum 30. September 1996 beendet worden. Da weitere tatsächliche Feststellungen, die für die Entscheidung von Bedeutung sein könnten, weder zu erwarten noch erforderlich sind, kann der Senat selbst abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO a. F. = § 563 Abs. 3 ZPO n. F.).

a) Zwar haben die Beklagten die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses erklärt. Eine solche fristlose Kündigung kann nicht in jedem Falle in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nicht vorliegen. Die Rechtsfolgen können sehr unterschiedlich sein. Eine Umdeutung ist aber dann zulässig und angebracht, wenn – für den Kündigungsgegner erkennbar – nach dem Willen des Kündigenden das Vertragsverhältnis in jedem Falle zum nächstmöglichen Termin beendet werden soll (vgl. Wolf/Eckert/Ball, a. a. O. Rdn. 909, 910 m. N.). Im vorliegenden Fall ist die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt, insbesondere weil sich aus den der Kündigungserklärung vorausgehenden Verhandlungen eindeutig ergab, daß die Beklagten ihre Anwaltskanzlei in B. aufgeben und deshalb das Mietverhältnis unbedingt beenden wollten. Die erklärte ordentliche Kündigung ist zum 30. September 1996 wirksam geworden (§ 565 Abs. 1 a BGB a. F. = § 580 a Abs. 2 n. F.).

b) Allerdings enthält der Mietvertrag die Vereinbarung, das Mietverhältnis werde auf die Dauer von zehn Jahren fest abgeschlossen. Wäre diese Vereinbarung wirksam, so wäre eine ordentliche Kündigung vor Ablauf von zehn Jahren aus-

geschlossen. Die Vereinbarung einer langfristigen Laufzeit des Mietvertrages ist aber unwirksam, weil bei Abschluß des Mietvertrages die Schriftform nicht eingehalten worden ist (§ 566 BGB a. F. = § 550 BGB n. F.). Das hat zur Folge, daß der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt und nach Ablauf eines Jahres unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist ordentlich gekündigt werden konnte.

Für die Einhaltung der Schriftform ist es erforderlich, daß alle Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen. Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter den Mietvertrag, muß dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen (BGHZ 125, 175, 179; Senatsurteil vom 11. September 2002 – XII ZR 187/00 – NJW 2002, 3389, 3390 ff. m. w. N. [= GuT 2003, 19 KL = WM 2002, 601] und Anm. Eckert, EWiR 2002, 951; so schon RGZ 81, 286, 289). Aus der Vertragsurkunde der Parteien ergibt sich nicht, wer für die vermietende GbR unterschrieben hat, in welcher Funktion er unterschrieben hat und ob seine Unterschrift ausreicht, die GbR zu binden. Bei unbefangener Betrachtung der Urkunde könnte man in erster Linie daran denken, daß die für die Vermieterin geleistete Unterschrift von einem Gesellschafter der GbR stammt. Das würde ohne einen Zusatz, daß er zugleich als Vertreter für die anderen Gesellschafter unterschrieben hat, nicht ausreichen (vgl. BGHZ 125 a. a. O.). Es wäre nämlich nicht auszuschließen, daß die Unterschriften der übrigen Gesellschafter noch fehlen.

Es ist unstreitig, daß der Zeuge F. den Vertrag als Vertreter für die Klägerin unterschrieben hat, und zwar entweder als Unterbevollmächtigter des von der Klägerin bevollmächtigten Geschäftsbesorgers M. oder sogar als Vertreter ohne Vertretungsmacht, dessen Handeln dann zumindest durch die jahrelange Durchführung des von ihm abgeschlossenen Vertrages stillschweigend genehmigt worden ist. Die Vertragsurkunde enthält nicht in Andeutungen einen Hinweis darauf, daß für die Klägerin ein nicht zu den Gesellschaftern gehörender Vertreter unterschrieben hat und wer dieser Vertreter ist.

Da sich nicht einmal diese Angaben aus der Urkunde ergeben, kann auch im vorliegenden Falle – wie schon im Senatsurteil vom 11. September 2002 a. a. O. S. 3391 – offenbleiben, ob der bloße Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis zur Wahrung der Schriftform ausreichend wäre oder ob es zusätzlich erforderlich ist, in der Urkunde anzugeben, in welcher Eigenschaft der Vertreter Vertretungsmacht für sich in Anspruch nimmt (als Einzelbevollmächtigter, als gesetzlicher Vertreter, als im Gesellschaftsvertrag bevollmächtigter Geschäftsführer usw.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 566 a. F., 550, 126 BGB
Mietvertrag; gesetzliche Schriftform;
Unterschrift eines Vertreters der BGB-Gesellschaft**

Handelt für eine Vertragspartei (hier: BGB-Gesellschaft) ein Vertreter, so genügt die Unterschrift des Vertreters, allerdings muss die ordnungsgemäße Vertretung in der Urkunde zum Ausdruck kommen, um der Beweisfunktion als Normzweck des § 566 BGB a. F. zu genügen. Auch aus Praktikabilitätsgründen können diese Anforderungen an die gesetzliche Schriftform nicht herabgesetzt werden.

(OLG Rostock, Urteil vom 25. 2. 2002 – 3 U 209/00 – n. rkr)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin, eine aus vier Gesellschaftern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, betreibt ein Geschäftshaus. Einzelvertretungsberechtigte Gesellschafter der Klägerin sind die Gesellschafter B. und H. In dem schriftlichen Mietvertrag der Parteien wird sie als Vermieterin wie folgt bezeichnet: „Erwerbsgemeinschaft Haus E., vertreten

durch die Herren B. und Rechtsanwalt H.“ Für die Klägerin unterschrieb den Vertrag der Gesellschafter H.

Aus den Gründen: I. Die aus vier Gesellschaftern bestehende Erwerbbergemeinschaft Haus E. ist als bürgerlich-rechtliche (Außen)Gesellschaft rechtsfähig, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. In diesem Rahmen ist sie im Zivilprozess parteifähig (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 [= WM 2001, 134]). Zutreffend wird sie in dem schriftlichen Mietvertrag als Vertragspartei bezeichnet. Demgemäß geht der Senat davon aus, dass sie, nicht die vier namentlich aufgeführten Gesellschafter, Klägerin ist.

II. 2. Das Mietverhältnis der Parteien war gemäß § 566 Satz 2 BGB a. F. ordentlich kündbar, weil der schriftliche Mietvertrag nicht der gemäß § 566 Satz 1 BGB a. F. erforderlichen Schriftform genügt.

b) Nicht erfüllt wurde die Schriftform bei Vertragsschluss.

aa) Die Anforderungen an die Schriftform bestimmen sich nach § 126 BGB, denn § 566 Satz 1 BGB a. F. schrieb – anders als nunmehr § 550 BGB – die Befolgung der Schriftform ausdrücklich vor. Bei einem Vertragsschluss in gesetzlicher Schriftform ist demnach erforderlich, sämtliche den Vertrag begründenden Willenserklärungen schriftlich niederzulegen, so dass sich der wesentliche Vertragsinhalt aus der Urkunde ergibt. Handelt für eine Vertragspartei ein Vertreter, so genügt die Unterschrift des Vertreters, allerdings muss das Vertretungsverhältnis in der Urkunde zum Ausdruck kommen (RGZ 80, 400, 405; 96, 286; MünchKomm.-Förschler, BGB, 3. Aufl., § 126 Rdn. 21; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 126 Rdn. 17; Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 126 Rdn. 8; Erman/Palm, BGB, 10. Aufl., § 126 Rdn. 12; zur GbR: D. Both, in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2001, § 550 Rdn. 12; zur Personenmehrheit auf Mieter- oder Vermieterseite: BGHZ 125, 175 = NJW 1994, 1649; OLG Rostock NJW-RR 2001, 514 = NZM 2001, 46 = ZMR 2001, 29; Heile, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rdn. 758), etwa durch einen auf die Vertretung hinweisenden Zusatz.

Ein solcher Zusatz entspricht handelsrechtlichen Gepflogenheiten (vgl. §§ 51, 57 HGB). Demgemäß reicht die Unterzeichnung durch einen von zwei Gesamtvertretern aus, wenn erkennbar ist, dass der Unterzeichner nicht nur für sich, sondern zugleich in Vollmacht des anderen Vertretungsbefugten unterschrieben hat (RGZ 106, 268). Ohne eine solche Klarstellung ist die Urkunde in entscheidender Hinsicht unvollständig, denn es bleibt offen, ob die im Vertrag bezeichnete Partei die beurkundete Erklärung gegen sich gelten lassen muss. In sich schlüssig ist die Urkunde nur, wenn sie erkennen lässt, dass die Vertragspartei eine ihr zurechenbare Willenserklärung abgegeben hat, weil sie bei Vertragsschluss ordnungsgemäß vertreten war.

bb) Daran fehlt es vorliegend.

Dass die Klägerin zur Zeit des Vertragsschlusses ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betrieb und somit OHG war, trägt sie nicht vor. Anders als bei der OHG (§ 125 HGB) gilt bei der GbR nicht der Grundsatz der Einzelvertretung. Vielmehr führen die Gesellschafter die Geschäfte gemeinsam (§ 709 BGB); sie vertreten die Gesellschaft gemeinsam, können aber die Vertretung nach außen hiervon abweichend gestalten (§ 714 BGB).

Der schriftliche Mietvertrag bringt nicht zum Ausdruck, dass für die Klägerin als Vermieter die zu ihrer Vertretung berufene Person oder Personen unterschrieben haben. Vielmehr deutet die Urkunde darauf hin, dass nur einer von zwei Gesamtvertretungsberechtigten unterzeichnet hat. Zwar lässt der Vertragstext erkennen, dass die Gesellschafter der Klägerin die Grundregel des § 709 BGB, gemeine Geschäftsführung aller Gesellschafter, abbedungen haben. Von dieser Grundre-

gel ausgehend ist der Formulierung „vertreten durch die Herren ...“ lediglich zu entnehmen, dass andere Gesellschafter als die Genannten nicht zur Vertretung berufen sind; den Grundsatz der gemeinsamen Vertretung durch mehrere Gesellschafter schließt sie nicht aus. Aus der Vertragsurkunde geht die Einzelvertretungsbefugnis der Herren B. und H. nicht hervor.

Obwohl die im Handelsverkehr tätige GbR weitgehend einer OHG ähnelt, entspricht es nicht allgemeiner Praxis, zur Erleichterung der Teilnahme am Geschäftsverkehr Einzelvertretung der Gesellschafter zu vereinbaren. Somit streitet keine Vermutung für die Einzelvertretungsmacht des Gesellschafters H. Dass er allein den Mietvertrag unterschrieb, rechtfertigt nicht die Auslegung, dass er alleinvertretungsberechtigt war, denn es besteht nicht der Erfahrungssatz, dass eine Vertragsurkunde nur derjenige unterschreibt, der bevollmächtigt ist, und dass stets sämtliche Vertreter unterschreiben.

Zur Auslegung können außerhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden (BGHZ 142, 158 = NJW 1999, 2591 [= WM 1999, 516]; BGH NJW 1999, 3257 [= WM 1999, 698]), auch im Hinblick auf die Vertretungsverhältnisse (RGZ 80, 400, 402). Insoweit ist im Handelsverkehr das Handelsregister von Bedeutung, das wegen seiner Publizitätswirkung als geeignete Auslegungshilfe dienen kann. Vergleichbares gibt es zur BGB-Gesellschaft nicht. Der Gesellschaftsvertrag ist nicht formbedürftig, auch interne Absprachen der Gesellschafter zur Vertretung nach außen sind formlos möglich.

Demgegenüber lässt sich nicht einwenden, der Gesellschafter H. habe aufgrund seiner Einzelvertretungsmacht die Klägerin wirksam verpflichten können; da er seine Willenserklärung schriftlich abgegeben habe, sei die Schriftform erfüllt. Diese Sicht genügt zwar dem Schutz vor Übereilung, den die für langfristige Immobilienmietverträge angeordnete Schriftform nach Rechtsprechung des BGH (BGHZ 81, 46 = NJW 1981, 2246 [= WM 1981, 261]; BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 58 [= WM 1997, 667]; BGHZ 139, 123 = NJW 1998, 2664 [= WM 1998, 599]) neben anderen Zielen verfolgt. Die Beweisfunktion hingegen – ebenfalls Normzweck des § 566 BGB a. F. (BGHZ 136, 357) – wird verfehlt, weil die Urkunde gerade nicht erkennen lässt, dass die Klägerin als Vermieterin ordnungsgemäß vertreten war. Aus demselben Grund wird der historische Normzweck, Unterrichtung eines etwaigen Grundstückserwerbers über die Vertragsparteien und den Vertragsinhalt, verfehlt.

Der Senat verkennt nicht, dass die Praxis bei der Beurkundung von Mietverträgen recht nachlässig vorgeht. Für Vermietungsgesellschaften unterschreibt häufig ein Gesellschafter oder eine sonst zur Vertretung berechtigte Person ohne weiteren Zusatz. Deswegen aus Praktikabilitätsgründen die Anforderungen an die gesetzliche Schriftform (§ 126 BGB) herabzusetzen, erscheint nicht gerechtfertigt.

IV. Die Revision der Klägerin war zuzulassen, weil die Rechtsfrage, inwieweit bei Abschluss eines Mietvertrages durch eine GbR die Vertretungsverhältnisse aus der Vertragsurkunde ersichtlich hervorgehen müssen, von grundsätzlicher Bedeutung ist.

Anmerkung:

Das Revisionsverfahren beim BGH ist unter dem Aktenzeichen XII ZR 65/02 anhängig. Der XII. Zivilsenat sollte die Gelegenheit nutzen, seine Rechtsprechung zur Notwendigkeit eines Vertreterzusatzes bei der gesetzlichen Schriftform, die das OLG Rostock missverstanden hat, klarzustellen.

Immer wieder führt die missglückte Formvorschrift des § 550 BGB für langfristige Mietverträge (Wiek, WM 2001, 221) zu überraschenden und auch grob fehlerhaften Ergebnissen (Wiek, GuT 2003, 83). Für die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB, auf die § 550 BGB ver-

weist (Heile, NZM 2002, 505), ist auch erforderlich, dass sämtliche Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen. Bei einer Personenmehrheit auf einer Vertragsseite müssen daher alle unterschreiben. Unterzeichnet für sie ein Vertreter den Mietvertrag mit seinem Namen, muss sich aus dem Text der Urkunde oder aus einem Vermerk bei der Unterschrift ergeben, dass es sich um eine Erklärung für den Vertretenen handelt (BGH WM 2002, 601, 603 = GuT 2003, 19 KL; BGHZ 125, 175, 179 = NJW 1994, 1649). Das soll aber nicht dazu dienen, die ordnungsgemäße Vertretung zu „beweisen“ (unzutreffend Grüttemeier, Das Formerfordernis des § 566 BGB, 2001, S. 87; D. Both, GE 2002, 721 f.). Papier ist geduldig! Die Wirksamkeit eines Mietvertrages, den auf Seiten einer BGB-Gesellschaft nur ein Gesellschafter unterzeichnet hat, hängt allein von dessen tatsächlicher Vertretungsbefugnis ab, nicht aber von beigefügten oder unterlassenen Vertreterzusätzen. Ein Vertreterzusatz erbringt keinen Beweis für das Bestehen der Vertretungsmacht. In der Rechtsprechung des BGH geht es um Fälle, in denen sich aus der Unterzeichnung ohne Vertreterzusatz nach dem Inhalt des Mietvertrages oder den sonstigen Umständen nicht eindeutig ergibt, für wen die abgegebene Vertragserklärung gelten soll. Derartige Zweifel bestanden hier jedoch nicht. Die (rechtsfähige) BGB-Gesellschaft war in dem Mietvertrag als Vertragspartei bezeichnet (überholt AG Sondershausen NZM 2000, 824: GbR nicht rechtsfähig). Der unterzeichnende Gesellschafter H. war in der Vertragsurkunde ausdrücklich als vertretungsberechtigter Gesellschafter genannt worden, allerdings missverständlich als Gesamtvertreter. Bei dieser Urkundenlage ist es auch ohne Vertreterzusatz eindeutig, dass die Unterschrift auf Vermieterseite für die Gesellschaft erfolgt ist (OLG Hamm NZM 1998, 720; Blank/Börstinghaus, Miete, 2000, § 566 Rdn. 49; Weitemeyer, in: Gedächtnisschrift für Sonnenschein, 2003, S. 447). Ob diese Vertragserklärung für und gegen die Gesellschaft gilt, was vom Bestehen und Umfang der Vertretungsmacht abhängt, hat mit der gesetzlichen Schriftform nichts zu tun. Schriftform und Vollmachtsfrage dürfen nicht vermengt werden (vgl. Kraemer, WM 2002, 463 Fußn. 112; Weitemeyer, a. a. O., S. 446 f.). Bei einem Mangel der Vertretungsmacht wird die Vertragserklärung jedenfalls durch die in dem Vollzug des Mietverhältnisses liegende Genehmigung wirksam (OLG Hamm, a. a. O.; Blank/Börstinghaus, a. a. O., § 566 Rdn. 51).

In dem Fall BGHZ 125, 175 ging es darum, ob eine ohne Zusatz geleistete Unterschrift des Ehemanns unter eine spätere Verlängerungsvereinbarung zu einem von beiden Eheleuten unterschriebenen Ursprungsvertrag (Landpachtvertrag) zugleich auch für die Ehefrau erfolgt war. Dafür lagen nach Urkundenlage keine ausreichende Anhaltspunkte vor, so dass die Verlängerungsvereinbarung mangels Unterzeichnung durch oder für die Ehefrau nicht formwirksam war. Dem Formmangel vorgelagert ist freilich die Frage, ob überhaupt eine wirksame Vereinbarung vorliegt (vgl. Wiek, WM 2001, 222). Wenn der Ehemann keine Vollmacht hatte, war der Verlängerungsvertrag, den der Vermieter nur mit beiden Eheleuten abschließen wollte, nicht wirksam und konnte sich ein Formmangel nicht mehr schädlich auswirken. BGH WM 2002, 601 = GuT 2003, 19 KL betrifft die Einhaltung der Schriftform bei einem mit einer Erbengemeinschaft abgeschlossenen Mietvertrag. Anders als die GbR ist eine Erbengemeinschaft nicht rechtsfähig. Vertragspartei sind alle Miterben. Sie sind im Rubrum des Vertrages einzeln aufzuführen. In dem vom BGH entschiedenen Fall war als Vertragspartei jedoch die „Erbengemeinschaft S.“ bezeichnet. Dieser Mangel des Rubrums ist unschädlich, wenn alle Miterben den Mietvertrag unterzeichnen. Auch das war aber unterblieben. Den Mietvertrag hatte auf Seiten der Erbengemeinschaft nur ein Miterbe unterschrieben. Das schadet der Schriftform nicht, sofern bei der Unterzeichnung durch den Einzelvertreter die vertretenen anderen Miterben namentlich bezeichnet werden.

Aber auch das war unterblieben. Aus der Vertragsurkunde war daher nicht zu ersehen, wer Vertragspartei des Mietvertrages geworden ist.

Bei der gesetzlichen Schriftform muss der Aussteller nach § 126 Abs. 1 BGB die Urkunde eigenhändig unterzeichnen. Auch ein Vertreter, der mit seinem Namen unterzeichnet, ist Aussteller (RGZ 74, 69, 72). Seine Vertretererklärung genügt der Schriftform nur, wenn bei der Unterschrift ein die Vertreterstellung kennzeichnender Zusatz angegeben wird oder sich aus dem Text der Urkunde ergibt, dass die Erklärung für den Vertretenen gelten soll (RGZ 96, 286, 289; BGH GuT 2003, 136 = GE 2003, 523, 524). Dies folgt daraus, dass die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts „zum mindesten alle wesentliche Teile dieses Rechtsgeschäfts enthalten muss, also jedenfalls die Bezeichnung derer, die materiell das Geschäft schließen, und für die es demgemäß materiell wirksam sein soll“ (RGZ 80, 400, 402). Bei Vertreterhandeln reicht es zur Wahrung der schriftlichen Form aber aus, wenn aus der Urkunde „irgendwie“ hervorgeht, dass er im Namen des Vertretenen gehandelt hat (RGZ 96, 286, 289). Wenn ein Gesellschafter auf Vermieterseite einen Mietvertrag unterzeichnet, in dem die BGB-Gesellschaft ausdrücklich als Vermieterin und er als vertretungsberechtigter Gesellschafter bezeichnet ist, bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass er diese Vertragserklärung für die BGB-Gesellschaft abgibt (Weitemeyer, a. a. O., S. 447). Daran ändert auch eine fehlerhafte oder missverständliche Beschreibung der Vertretungsverhältnisse in der Vertragsurkunde nichts. Auf die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Vertretererklärung erstreckt sich das gesetzliche Schriftformerfordernis nicht.

Der Schutzzweck des § 550 BGB wird durch einen fehlenden Vertreterzusatz, soweit er nicht dazu notwendig ist, den personellen Geltungsbereich der Vertragserklärung zu bestimmen, nicht beeinträchtigt. Die Schriftform bei langfristigen Mietverträgen soll einen potenziellen Erwerber, der nach § 566 BGB in das Mietverhältnis eintritt, zuverlässig über die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag unterrichten. Darüber besagt ein Vertreterzusatz aber nichts. Auch die – bei § 550 BGB neu entdeckte – Beweisfunktion der Schriftform ist insoweit unbehelflich. Ein Vertreterzusatz „beweist“ die ordnungsgemäße Vertretung nicht. BGH WM 2002, 601 (unter II 5 a.E.) hat offen gelassen, ob die Einhaltung der Schriftform auch „die Angabe der Art und des Grunds des Vertretungsverhältnisses“ in der Vertragsurkunde erfordert (ebenso BGH GuT 2003, 136 = GE 2003, 523, 524). Diese Frage ist nach dem Zweck der Schriftform zu verneinen (Weitemeyer, a. a. O., S. 447).

Nach einer neuen Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH (GuT 2003, 132, 135 = NZM 2003, 476, 478) ist § 550 BGB auf die Zustimmung des Mieters zu einem Vermieterwechsel nicht anwendbar. Das folgt unabhängig von § 182 Abs. 2 BGB aus dem begrenzten Schutzzweck der Schriftform. Ein künftiger Grundstückserwerber ist nur insoweit schutzwürdig, als er nach § 566 BGB in ein bestehendes langfristiges Mietverhältnis eintritt. Auf die vorgelagerte Frage, ob ein wirksamer Eintritt in das Mietverhältnis erfolgt ist, erstreckt sich der Schutzzweck des § 550 BGB nicht. Das Interesse eines Erwerbers, Klarheit zu erlangen, ob sein Veräußerer oder ein Dritter Vermieter ist, ob er also im ersten Fall in das Mietverhältnis eintritt oder im zweiten Fall nicht, wird als solches nicht geschützt. Gleiches gilt für die Frage, ob der Mietvertrag zwischen dem Veräußerer und dem Mieter wirksam geschlossen worden ist oder ihm ein Vertretungsmangel anhaftet. Zu Recht hat der XII. Zivilsenat in dem Urteil vom 12. 3. 2003 (GuT 2003, 132 f.) davon abgesehen, eine „Beweisfunktion“ des § 550 BGB zu bemühen, aus der manche die Formbedürftigkeit der Zustimmung zur Auswechslung einer Vertragspartei herleiten (Sonnenschein, in: Gestaltung von Mietverträgen <PiG 20>, 1985, S. 91). Nach

wie vor zutreffend ist die Feststellung des VIII. Zivilsenats in BGHZ 52, 25, 28, dass die Schriftform nur dem Erwerber des Grundstücks die Unterrichtung über etwaige langfristige Mietverträge erleichtern soll: „Weiter geht der Zweck des § 566 BGB <a. F.> nicht“ (vgl. Wiek, WM 2001, 222).

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

§§ 535, 164 BGB
Unternehmensbezogener Mietvertrag

Ein unternehmensbezogener Mietvertrag liegt vor, wenn die anmietende Person erkennbar für ein bestimmtes Unternehmen und zweifelsfrei nicht im eigenen Namen auftritt.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. 2. 2003 – 24 U 145/02)

Aus den Gründen: 1. Vertragspartner des Klägers ist nicht der Beklagte zu 1. persönlich, sondern sein Unternehmen geworden. Dies folgt aus den Grundsätzen über unternehmensbezogenes Handeln, die hier anzuwenden sind. Deren Anwendung hängt allein von dem erkennbaren Unternehmensbezug des Geschäfts, nicht aber von einer firmenrechtlich korrekten Bezeichnung des Unternehmens ab, und dies ist auch dann nicht anders zu beurteilen, wenn die Beziehung nicht auf eine Unternehmensform mit begrenzter Haftung hinweist (BGH WPM 1990, 600 = MDR 1990, 799).

Hier ist der Unternehmensbezug bereits im Eingang des Mietvertrags durch die Benennung der „Firma P...“ als Mieter auf Seite 1 und der „P“ als Mieter auf Seite 2 neben der Namensnennung des Beklagten zu 1. hinreichend hergestellt und im Übrigen durch die Klausel in § 19 Abs. 2 unterstützt, nach der sich der Vermieter verpflichtet, bei Umfirmierung oder Umgründung der Firma des Mieters einen neuen Mietvertrag auszufertigen, wenn der Mieter einen solchen benötigt. Auch dies zeigt, dass es dem Vermieter, der den Mietvertrag hat formulieren lassen, nicht auf die Rechtsform des Unternehmens ankam.

2. Der Beklagte zu 1., der für sein Unternehmen gehandelt hat, haftet auch nicht aus Rechtsschein, was grundsätzlich möglich wäre, weil er die Firma ohne den nach § 4 Abs. 2 GmbHG vorgeschriebenen Zusatz bezeichnet hat. Die Rechtsscheinhaftung setzt jedoch voraus, dass der Rechtsschein ursächlich für den Abschluss des Vertrages geworden ist (BGH a. a. O.). Das ist hier nicht der Fall; denn der Kläger hat auf Seite 2 der Berufungsbegründung selbst dargelegt, dass er auf einen entsprechenden Wunsch des Beklagten zu 1. den Entwurf des schriftlichen Mietvertrags dahin geändert hätte, dass die Firma P. Mieterin werde. Für die fehlende Ursächlichkeit spricht im Übrigen auch die oben bereits erwähnte Klausel in § 19 Abs. 2 des Vertrages.

3. Da der Beklagte zu 1. nicht Vertragspartner war und er persönlich die Mieträume auch nicht in Besitz hatte, war das gegen ihn gerichtete Räumungsverlangen ebenfalls unbegründet, so dass er nicht die hierauf entfallenden Kostenanteile zu tragen hatte, die das Landgericht ihm nach § 91 a ZPO auferlegt hat.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§ 133 BGB
Vertragsauslegung; Mietgarantie; Vermietungsgarantie

Zur Auslegung einer Garantie für „erzielbare“, jedoch nicht „erzielte“ Mieten als Mietgarantie oder Vermietungsgarantie.

(BGH, Urteil vom 13. 3. 2003 – IX ZR 199/00)

Zum Sachverhalt: Die Eheleute M. beteiligten sich am 31. Oktober 1996 infolge einer Empfehlung ihres Steuerberaters

gesellschaftsrechtlich an der Vermietung eines sanierten Wohn- und Geschäftshauses in Zwickau/Sachsen. Hierzu übernahmen sie jeweils 49% der Gesamthandsanteile an der Eigentümer- und Betriebsgesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) – der Klägerin – von der V. GmbH (fortan: V.), bei welcher 2% verblieben (vorher 55%), und von der Beklagten zu 1 (vorher 45%). Der wesentliche Ertrag des Gesellschaftsgrundstücks wurde aus der noch von den Altgesellschaftern am 18./23. Oktober 1996 vermieteten Ladeneinheit mit 738 m² Nutzfläche gezogen.

Von Mai bis November 1998 blieben die Mietzahlungen für die Ladeneinheit aus, da die Mieterin, ein Einrichtungshaus in Rechtsform einer GmbH, am 31. März 1998 aus wichtigem Grund den Vertrag gekündigt hatte und anscheinend in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war. Die Klägerin verlangt von den Beklagten gesamtschuldnerisch Leistungen aus den übernommenen „Mietgarantien“.

In den genannten Urkunden garantierten die Beklagten der Klägerin jeweils getrennt und gleichlautend, daß aus der Vermietung des bezeichneten Gesellschaftsgrundstücks „in den nächsten 5 Jahren ab dem 1. 1. 1997 jährlich mindestens DM 335 000,00 Netto-kalt Miet- bzw. Pachtzins erzielbar sind“. Weiter hieß es in den Garantiekunden ebenfalls gleichlautend: „Daher anerkannt der Garantiegeber gem. § 781 BGB den Differenzbetrag zwischen erzielbarer und erzielten Miete zu zahlen, maximal jährlich DM 335 000,00“.

Die Klägerin versteht die Garantien als vollständige Absicherung des Vermieterisikos und begehrt mit ihrer Teilklage für die sieben Monate von Mai bis November 1998 Garantieleistungen von zusammen 158 028 DM nebst Zinsen, hiervon 140 000 DM Zug um Zug gegen das Angebot zur Abtretung der offenen Mietzinsforderung für die Ladeneinheit in Höhe der eingehenden Garantiezahlungen.

Die Beklagten meinen, sie brauchten nur für das Vermietungsrisiko einzustehen, nicht aber für die Einbringlichkeit vereinbarter Mieten. Hilfsweise haben sie mit Gegenforderungen von 11 827,50 DM und 23 544,52 DM aus abgetretenem Recht der V. als Geschäftsführerin der Klägerin und Verwalterin des Gesellschaftsgrundstücks aufgerechnet.

Das Landgericht Regensburg hat – nach Vernehmung der beteiligten Rechtsberater und der Maklerin – die Garantieverpflichtungen der Beklagten vom 31. Oktober 1996 zugunsten der Kläger ausgelegt und die Beklagten unter Abzug von tatsächlich unstreitigem, am 16. Dezember 1998 abgetretenem und hilfsweise gegen die Klageforderung aufgerechnetem Verwalterhonorar der V. von 11 827,50 DM gesamtschuldnerisch verurteilt. Das Oberlandesgericht Nürnberg hat nach erneuter Vernehmung der beteiligten Rechtsberater die Garantien zugunsten der Beklagten ausgelegt und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen: Die Revision ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung. Dabei ist das Aktivrubrum infolge nunmehr anerkannter Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft (BGHZ 146, 341 ff. [= WM 2001, 134 ff.]) von den ursprünglich klagenden Gesellschaftern auf die Gesellschaft zu berichtigen (BGH, Urt. v. 15. Januar 2003 – XII ZR 300/99, Umdruck S. 5 f, z.Vb. [= GuT 2003, 136 f.]).

I. Das Berufungsgericht hat bei seiner Vertragsauslegung im Anschluß an das Oberlandesgericht Hamburg (ZMR 1987, 92) begrifflich zwischen einer Mietgarantie (für eingehende Erträge und gegen Mietausfälle) und einer Vermietungsgarantie (für die Vermietung des Objekts zu einem bestimmten Mietzins) unterschieden. Trotz der Überschrift „Mietgarantie“ hat es aus dem Wortlaut, nach welchem die Beklagten für die „Erzielbarkeit“ eines bestimmten jährlichen Mietertrages eintreten wollten, geschlossen, daß der tatsächliche Eingang

geschuldeter Mieten nicht zu dem garantierten Erfolg gehöre. Eine solche Garantie sei hier schon deshalb nicht anzunehmen, weil den Garanten auf den tatsächlichen Mieteingang kein Einfluß eingeräumt worden sei. Der Beklagte zu 2 habe bei den Vertragsverhandlungen am 31. Oktober 1996 nach eigenem Vortrag der Kläger auch nur davon gesprochen, daß für die Kläger kein „Vermietungsrisiko“ bestehe. Zu diesem Zeitpunkt sei das Objekt noch nicht voll vermietet gewesen. Das Mieteingangsrisiko nach ordnungsmäßiger Vermietung sei zudem durch Kaufpreisermäßigung von 4,925 Mio. DM auf 4,75 Mio. DM aufgefangen worden, nachdem der Geschäftsführer der Ladenmieterin dem Mietvertrag nicht habe beitreten wollen. Der noch am 22. Oktober 1996 erwogene Abschluß eines Generalmietvertrages mit den Mietgaranten ändere an dem Auslegungsergebnis nichts; der Generalmietvertrag sei durch die Vermietung der Ladenräume am Folgetag hinfällig geworden.

Weitere, für die Kläger günstige Auslegungstatsachen sind nach Ansicht des Berufungsgerichts durch die Aussagen der in beiden Tatsacheninstanzen vernommenen Zeugen F. und M. nicht bewiesen. Insbesondere sei von den Zeugen (Rechtsberater beider Seiten) bei Überarbeitung der Garantievereinbarung aus dem notariellen Entwurf die Möglichkeit einer Mieterinsolvenz nicht konkret bedacht worden.

II. Das hält den Angriffen der Revision nicht stand. Das Berufungsurteil beruht auf einseitiger und unvollständiger Würdigung der für die Auslegung der streitigen Garantien maßgebenden Umstände. Der unstrittige Sachverhalt und die getroffenen Feststellungen ermöglichen dem Senat jedoch, unter Aufhebung des Berufungsurteils aufgrund einer nachgeholt Gesamtwürdigung aller Auslegungsgesichtspunkte in der Sache selbst zu entscheiden.

1. Die Auslegung einer Mietgarantie als Individualvereinbarung kann im Revisionsverfahren nur beschränkt nachgeprüft werden (vgl. BGH, Urt. v. 20. Mai 1976 – III ZR 156/74, WPM 1976, 977 m.w.N. – zur Mietgarantie; allgemein z. B. BGH, Urt. v. 3. April 2000 – II ZR 194/98, NJW 2000, 2099 m.w.N.; st. Rspr.). Rechtsfrage ist, ob der Tatrichter gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat (vgl. BGHZ 135, 269, 273 [= WM 1997, 380]; BGH, Urt. v. 5. Juli 1990 – IX ZR 10/90, WPM 1990, 1549, 1551; v. 29. März 2000 – VIII ZR 257/98, NJW 2000, 2508, 2509; st. Rspr.). Diese rechtliche Nachprüfung der Auslegung bedarf revisionsrechtlich keiner Rüge (BGH, Urt. v. 8. Dezember 1989 – V ZR 53/88, WPM 1990, 423, 424; v. 10. Juli 1998 – V ZR 360/96, WPM 1998, 1883, 1886; zur Nichtbeachtung des für eine Willenserklärung wesentlichen Auslegungstoffs auch BGH, Urt. v. 14. Oktober 1994 – V ZR 196/93, NJW 1995, 45, 46 unter 2).

Nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen hat der Tatrichter bei seiner Willenserforschung insbesondere den mit der Absprache verfolgten Zweck (BGHZ 109, 19, 22) und die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen, ferner die sonstigen Begleitumstände, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können (vgl. BGH, Urt. v. 18. Februar 1993 – IX ZR 108/92, a. a. O.; v. 16. Oktober 1997 – IX ZR 164/96, WPM 1997, 2305, 2306). Dazu gehört unter Umständen auch die Entstehungsgeschichte einer vertraglichen Vereinbarung, jedenfalls soweit Entwürfe existieren oder Vorbesprechungen geführt worden sind (BGHZ 63, 359, 362; BGH, Urt. v. 12. Februar 1981 – IVa ZR 103/80, NJW 1981, 2295 – Festpreisgarantie im Blickwinkel eines Verkaufsprospekts; v. 23. Februar 1987 – II ZR 183/86, NJW 1987, 2437, 2438).

Dem sind die Auslegungserwägungen, die das Berufungsgericht nach dem Vertragsinhalt, dem Geschäftszusammenhang, dem Verhandlungsverlauf und der beiderseitigen Interessenlage für die Auslegung der Garantievereinbarungen angestellt hat, nicht gerecht geworden. Eine Gesamtwürdigung

aller erheblichen Umstände ergibt vielmehr, daß die Beklagten der Klägerin den Mietertrag in jeder Hinsicht garantiert haben, wie zutreffend bereits das Landgericht angenommen hat.

a) Das Berufungsgericht stützt seine Auslegung maßgebend auf die fehlende rechtliche Kontroll- und Einflußmöglichkeit der Garanten auf die Mietvertragsabschlüsse, den Mieteingang und die Durchsetzung der Mietforderungen. Das ist für die Auslegungsfrage, ob eine Vermietungsgarantie oder eine Mietgarantie (im Sinn einer Mieteingangsgarantie) übernommen worden ist, nach zutreffender Ansicht der Revision ohne Belang. Denn bei Inanspruchnahme der Garantie muß der Mietausfall nachgewiesen werden. Ansprüche gegen die Mieter sind zudem an den leistenden Garanten abzutreten, weil sonst die auch für eine Mietgarantie typische Schadensersatzpflicht (BGH, Urt. v. 9. Dezember 1993 – III ZR 94/92, BGHR BGB vor § 765 Garantievertrag 1) entgegen dem Schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot übererfüllt würde. Dazu hätte es keiner besonderen Abrede bedurft. Der Umstand, daß eine solche Vereinbarung in der Garantieurkunde fehlt, ist daher für ihre Auslegung als bloße Vermietungsgarantie ebenfalls unerheblich.

b) Größeren Einfluß auf den Garantieuumfang konnte unter Umständen haben, inwieweit dem Miet- oder Vermietungsgaranten eine eigene Bonitätsprüfung der Mietinteressenten vor Vertragsabschluß möglich ist. Wird ihm insoweit jeder Einblick verwehrt, kann darin ein Anhaltspunkt für eine Vermietungsgarantie und hier möglicherweise sogar für eine Beschränkung auf die Erstvermietung liegen. Von einem solchen Sachverhalt ist aber das Berufungsgericht mit Recht nicht ausgegangen. Denn nach dem unstrittigen Parteivortrag war der Beklagte zu 2 bei Abschluß der Garantievereinbarungen sowohl Geschäftsführer der V., welcher die Geschäftsführung der Vermieterin und die Verwaltung des Mietobjekts oblag, als auch Geschäftsführer der Beklagten zu 1. Er hatte danach faktisch den maßgeblichen Einfluß auf die Vermietung, worauf die Revision zu Recht hinweist.

Die ertragreiche Ladeneinheit war überdies noch vor dem Eintritt der Eheleute M. in die BGB-Gesellschaft durch die Altgesellschafter, die V. und die Beklagte zu 1, vermietet worden. Die maßgebende Bonitätsprüfung, die der Garantievereinbarung vorausging, hatte daher in den Händen der Garanten und der geschäftsführenden V. gelegen. Hiernach spricht, anders als das Berufungsgericht angenommen hat, nichts gegen eine Mietgarantie im Sinne einer Mieteingangsgarantie der Beklagten.

c) Die Annahme einer bloßen Vermietungsgarantie leitet das Berufungsgericht auch daraus her, daß die Rechtsberater der Parteien bei Abfassung der Garantieurkunden nach Aussage des Zeugen F. die Frage einer Mieterinsolvenz nicht konkret bedacht haben. War indes eine Haftung für das gesamte Mietertragsrisiko der Klägerin (Totalhaftung) innerhalb bestimmter zeitlicher und betragsmäßiger Grenzen gewollt, die insbesondere auch eingriff, wenn ein Mieter nicht zahlte, so bestand objektiv für die Rechtsberater kein Anlaß, über bestimmte Garantiefälle – wie Vermietungsleerstände, Mietminderungen, Vertragsuntreue von Mietern oder Mieterinsolvenzen – noch zusätzliche Erwägungen anzustellen.

Mit seiner gegenteiligen Annahme hat sich das Berufungsgericht den Blick auf eine sachgerechte Würdigung der Zeugenaussagen verstellt. Beide Zeugen haben, wie schon das Landgericht betont hat, die von ihnen abgefaßten Garantieurkunden vom 31. Oktober 1996 übereinstimmend im Sinne einer Totalhaftung verstanden. Selbst wenn der Zeuge F., der Steuerberater der Beklagten, damit nur eine nachträgliche Beurteilung wiedergegeben hätte (so die Berufungsbegründung vom 17. September 1999 S. 8, GA 202), ergibt sich aus diesem Verständnis, daß die Rechtsberater beider Seiten von ihren Parteien jedenfalls nicht damit beauftragt waren, nur eine Ver-

mietungsgarantie zu formulieren, die das Risiko des Eingangs der vertraglich geschuldeten Mieten allein bei der Klägerin beließ. Hätte der Zeuge F. einen solchen engeren Verhandlungs- und Gestaltungsauftrag der Beklagten gehabt, so wäre dies bei den Gesprächen über die Garantie deutlich geworden und er hätte keiner Fassung zustimmen können, welche die Beschränkung der Haftung nach seinem eigenen Verständnis nicht zum Ausdruck brachte. Nicht einmal die Beklagten haben behauptet, daß der Zeuge F. den Gehalt der Garantie ursprünglich als bloße Deckung des Vermietungsrisikos aufgefaßt und damit ein solches Verhandlungsziel seiner Auftraggeber als erreicht betrachtet habe, während die Erkenntnis seiner Verfehlung ihm erst später gekommen sei.

d) Im Ergebnis zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Grundsatz einer beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung (BGHZ 115, 1, 5; 131, 136, 138; 137, 69, 72; BGH, Urt. v. 24. Mai 2000 – VIII ZR 329/98, NJW-RR 2000, 1581, 1582; v. 9. Juli 2001 – II ZR 228/99, NJW 2002, 747, 748; v. 13. Dezember 2001 – IX ZR 306/00, WPM 2002, 377, 379) verletzt habe.

In diesem Zusammenhang entscheidend ist die Doppelstellung des Beklagten zu 2 als persönlicher Garant und (bei Garantieübernahme noch) Geschäftsführer der Mitgarantin auf der einen und Geschäftsführer der V., die ihrerseits geschäftsführende Gesellschafterin und Objektverwalterin der Garantiennehmerin war, auf der anderen Seite. Diese Doppelstellung konnte den Beklagten zu 2 bei Annahme einer bloßen Vermietungsgarantie in einen beiderseits nicht hinnehmbaren Interessenkonflikt bringen, es sei denn, die Garantien hätten hierfür besondere Vorkehrungen getroffen.

Die Interessen der Vermieterin und Garantiennehmerin hätten bei Rückständen oder Kündigung und möglicher Zahlungseinstellung eines Mieters verlangt, das Mietverhältnis schnellstmöglich zu lösen und damit den Garantiefall der anstehenden Wiedervermietung herbeizuführen. Das Interesse der Garantien hätte bei einer bloßen Vermietungsgarantie geboten, den Altmietler möglichst lange am Vertrag festzuhalten, um die anstehende Wiedervermietung als Garantiefall hinauszuschieben. Der in seinen Ansatzpunkten beiden Parteien bekannte und für beide schädliche Interessenkonflikt des Beklagten zu 2 konnte, nachdem hierfür andere Vereinbarungen nicht getroffen worden waren, nur dadurch vermieden werden, daß – beiderseits interessengerecht – die Mietgarantien weit gezogen wurden und bereits Zahlungsstörungen auf seiten eines Mieters den Garantiefall auslösten. Vermieter und Mietgarantien traf dann das gleiche Risiko.

e) Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, das Risiko eines Ausfalls geschuldeter Mieten gehöre nicht unter die Deckung der Mietgarantie, weil es bereits durch Preisherabsetzung der von den Eheleuten M. übernommenen Gesellschaftsanteile aufgefangen worden sei, wie die Aussage der Zeugin N., der Maklerin, vor dem Landgericht ergebe. Die Revision rügt mit Recht die mangelnde innere Logik dieser Annahme, die zugleich die Aussage der Zeugin vor dem Landgericht verfälscht. Die Zeugin hat dort ausgesagt:

„Ich kann nicht konkret sagen, ob mit K 2 und K 3“ (den Garantieerklärungen) „auch die Bonität von Mietern abgesichert werden sollte. Ich gehe aber davon aus, daß dies im Widerspruch zur Anlage B 10 stünde, da hier ja der Kaufpreis ermäßigt wurde“.

Auf Vorhalt, daß auch eine kombinierte Ermäßigung des Kaufpreises zusammen mit einer Mietausfallgarantie wegen Insolvenz abgesprochen sein könnte:

„Das wäre auch noch eine Möglichkeit, aber ich weiß es nicht.“

In der von der Zeugin angesprochenen Anlage B 10, einem Schreiben von G. M. an die Zeugin und den Steuerberater F. vom 30. Oktober 1996, heißt es:

„Ich trage die nicht ganz kalkulierbaren Risiken bzgl. der AFA und kaufe ohne wenn und aber zu einem Preis von 4 750 000,- DM, einem Preis, der von den Sparkassen D. und Z. für realistisch angesehen wird.

Meine weiteren (Hervorhebung nicht im Original) Gründe für dieses Angebot:

1. die momentane Miete für das Objekt beträgt ca. 280 000,- DM ...

2. Herr D. hat nicht wie mehrfach versichert persönlich den Mietvertrag unterschrieben (nur dessen GmbH).“

Aus dem Inhalt dieses Schreibens und der Aussage der Zeugin N., welche die Unsicherheit einer persönlichen Schlußfolgerung bekundet hat, ergibt sich zweifelsfrei, daß davon die Annahmen des Berufungsgerichts nicht getragen werden. Das verringerte Preisangebot hatte im wesentlichen andere Gründe und kann jedenfalls nicht dafür in Anspruch genommen werden, daß es das Ertragsausfallwagnis der Eheleute M. als Gesellschafter der Klägerin abschließend auffangen sollte.

f) Das Berufungsgericht hat schließlich die Bedeutung des Umstandes verkannt, daß noch am 22. Oktober 1996 bei den Ankaufverhandlungen der Abschluß eines Generalmietvertrages zwischen der Grundstücksgesellschaft und der Beklagten zu 1 zur Diskussion stand, bei dem der Beklagte zu 2 nach dem Willen der Eheleute M. „die persönliche Haftung für die Zahlung der Mieten“ hätte übernehmen sollen (Anlage K 4). Das erkennbare Verhandlungsziel der Eheleute M. war danach, in dem Mietertragsrisiko der geplanten Gesellschaftsbeteiligung umfassend gesichert zu sein. Hintergrund dieses Bestrebens war, daß die Eheleute M., wie sich auch aus der schriftlichen Bezugnahme auf die Sparkassen D. und Z. in dem Schreiben vom 30. Oktober 1996 (Anlage B 10) ergab, den Preis für die angebotenen Gesellschaftsanteile finanzieren mußten. Dem Senat erschließt sich nicht, daß hier, wie das Berufungsgericht meint, nur ein Vermietungsrisiko abgedeckt werden sollte. Denn das war am 22. Oktober 1996 für die Eheleute M. zwar die erste, aber keineswegs die letzte Sorge. Kapitallasten konnten nur aus eingehenden Mieterträgen bedient werden. Erst recht spricht nichts für die Möglichkeit einer bloßen Deckung des Vermietungsrisikos bei Abschluß der streitigen Garantieverträge am 31. Oktober 1996. Das Berufungsgericht erwähnt zwar auch, daß inzwischen – am 23. Oktober 1996 – der Mietvertrag für die ertragreiche Ladeneinheit unterzeichnet worden war. Es zieht aber nicht den gebotenen Schluß, daß das reine Vermietungsrisiko am 31. Oktober 1996 damit jedenfalls deutlich niedriger war als noch am 22. Oktober 1996, so daß eine reine Vermietungsgarantie, mit der die Eheleute M. sich schon am 22. Oktober 1996 nicht zufrieden geben wollten, für sie von noch geringerem Interesse war als zuvor.

2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht den Garantienanspruch der Kläger sogar von seinem Standpunkt aus ohne nähere Begründung vollen Umfangs verneint. Denn den Betrag von 18 028 DM hatten die Kläger aus den Garantien für die Monate August bis November 1998 – bis Juli 1998 waren die Beklagten insoweit eingetreten – wegen Staffelmiete (Ermäßigung von monatlich 4000 DM in den ersten drei Jahren) bei der Ladeneinheit und Vermietungsleerstand bei einer Wohnung (957 DM Plansoll-Miete, ab Oktober 1998 vermietet für nur 900 DM) selbst dann zu fordern, wenn man mit dem Berufungsgericht die Garantien nur auf die vertraglich erzielten Mieten, nicht auf den Eingang der geschuldeten Mieten bezieht.

3. Der Klageanspruch ist nur in Höhe von 11 827,50 DM durch Aufrechnung erloschen (§§ 389, 422 Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch insoweit ist das landgerichtliche Urteil nicht zu beanstanden.

a) Die weiter an die Beklagte zu 1 abgetretene und gegen die Klägerin aufgerechnete Forderung von 23 544,52 DM für

den Verwaltungsaufwand der V. anlässlich einer Neuvermietung der Geschäftsräume (Ladeneinheit) ab Mai 1998 (Anlage B 4) hat das Landgericht gemäß § 242 BGB aberkannt, weil im Hinblick auf den garantierten Erfolg dieser Aufwand nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag von den Beklagten zu tragen sei. Die Beklagten haben diese Gegenforderung mit der Berufung weiterverfolgt und vorgetragen, daß eine Fremdgeschäftsführung ausscheide, wenn die Garantie, wie von den Beklagten behauptet, das Insolvenzausfallrisiko der vereinbarten Mieten nicht abdecke. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Gegenforderung – folgerichtig – nicht befaßt.

b) Die Parteien waren sich darüber einig, daß der V. als Geschäftsführerin der Gesellschaft und Verwalterin des Grundstücks für den Neuvermietungsantrag gegen die BGB-Gesellschaft ein Aufwendungsersatzanspruch nach den §§ 675, 670 BGB zustehe. Streitig war die ersatzfähige Höhe dieses Aufwandes und die Frage, inwieweit durch Abtretung der Forderung an die Beklagte zu 1 dieselbe erloschen sei. Die Kläger meinen, der in Rede stehende werbliche Aufwand schmälere den garantierten Mietertrag, löse also in gleicher Höhe Garantieansprüche aus. Selbst wenn das nicht so sei, führe die BGB-Gesellschaft hier ein „auch-fremdes Geschäft“. Letzteres trifft zu. Danach besteht ein Aufwendungsersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagten nach den §§ 677, 683, 670 BGB (vgl. zur Eigen- und Fremdgeschäftsführung zuletzt BGHZ 140, 102, 109 und BGH, Urt. v. 23. September 1999 – III ZR 322/98, NJW 2000, 72, 73).

c) Ein zugleich objektiv fremdes Geschäft im Interesse der Beklagten hat die Klägerin bei ihren Neuvermietungsanstrengungen nicht nur im Falle einer Mietzahlungsgarantie, wie vom Landgericht zugrunde gelegt, sondern sogar bei einer Vermietungsgarantie, wie in der Auslegung des Berufungsgerichts, geführt. Denn ergab sich infolge der außerordentlichen Kündigung der Geschäftsraummieterin vom 31. März 1998 oder infolge der Einstellung ihrer Mietzahlungen eine Beendigung des bisherigen Mietverhältnisses, drohte sich unmittelbar das mit der Garantie übernommene Vermietungsrisiko zu verwirklichen. Der Verwaltungsaufwand zur Werbung eines möglichst gleichwertigen Anschlußmieters diene dann objektiv dem Interesse der Beklagten an der Herbeiführung des von ihnen mit garantierten Vermietungserfolges.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 55, 108 InsO; § 535 BGB
Insolvenz des Vermieters;
Mängelbeseitigungsanspruch des Mieters**

Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters begründet der Anspruch des Mieters auf Herstellung eines zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustandes der Mietsache unabhängig davon, ob der mangelhafte Zustand vor oder nach Eröffnung des Verfahrens entstanden ist, bei fortdauerndem Mietverhältnis eine Masseschuld.

(BGH, Urteil vom 3. 4. 2003 – IX ZR 163/02)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Das Urteil ist in Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WM) 2003, 338 veröffentlicht.

**§§ 537 a. F., 320 BGB
Mietzins-Zurückbehaltungsrecht
bei Mängeln der Mietsache**

Zur Berücksichtigung eines Leistungsverweigerungsrechts des Mieters bei Mängeln der Mietsache.

(BGH, Urteil vom 26. 3. 2003 – XII ZR 167/01)

Zum Sachverhalt: Die Beklagte, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, macht widerklagend die Räumung eines gewerblichen Mietobjektes sowie Zahlung von rückständiger Miete geltend.

Mit schriftlichem Vertrag vom 3. Dezember 1996 vermietete sie an die Klägerin für die Zeit vom 1. Januar 1997 bis 1. Januar 2002 eine Freihalle sowie Büroräume. Die Miete samt Nebenkosten betrug monatlich 4761 DM.

§ 7 Abs. 3 des Mietvertrages lautet:

„Die Brandschutzwand zur anschließenden Halle wird vom Vermieter hergestellt.“

§ 8 Nr. 4 lautet:

„Der Mieter kann gegenüber dem Mietzins mit einer Gegenforderung nur aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn die Gegenforderung auf unbestrittenen, rechtskräftig festgestellten oder entscheidungsreifen Ansprüchen beruht. ...“

Die Beklagte errichtete die Brandschutzwand nicht. Deshalb und wegen angeblicher weiterer Mängel entrichtete die Klägerin die Miete ab Februar 1997 nur noch teilweise, ab Juli 1997 überhaupt nicht mehr. Die Beklagte erklärte danach mehrfach, zuletzt am 30. Juli 1999, die außerordentliche Kündigung und räumte Mitte September die Halle.

Die Klägerin hat Klage auf Wiedereinräumung der aus der Halle entfernten Gegenstände, die Beklagte hat Widerklage auf Räumung sowie Zahlung von 16 360 DM nebst Zinsen erhoben. Hinsichtlich der Klage haben die Parteien nach Wiedereinräumung der entfernten Gegenstände den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Auf die Widerklage der Beklagten hat das Landgericht Wuppertal die Klägerin zur Räumung der Freihalle sowie zur Zahlung von 16 360 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Senat angenommenen Revision.

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

1. Das Oberlandesgericht [Düsseldorf] hat ausgeführt, die Klägerin sei gemäß § 556 Abs. 1 BGB zur Herausgabe der Freihalle verpflichtet, weil das Mietverhältnis durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 30. Juli 1999 beendet worden sei. Die auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung sei nach § 554 Abs. 1 BGB berechtigt. Die Klägerin sei in Verzug geraten. Zugunsten der Klägerin könne unterstellt werden, daß neben dem Fehlen der Brandmauer die weiter geltend gemachten – zum Teil streitigen Mängel – vorgelegen hätten. Den gravierendsten Mangel stelle die fehlende Brandschutzwand dar. Dieser Mangel sei aber keineswegs so schwerwiegend, wie ihn die Klägerin darstelle. Sinn und Zweck der Mauer sei es nicht gewesen, die Freihalle diebstahlsicher abzuschließen. Die Halle sei konstruktionsbedingt nach den Seiten hin offen. Die Beklagten hätten sich nicht verpflichtet, die Halle abzuschließen. Es sei lediglich darum gegangen, mit der Brandschutzwand eine Abschirmung zum Nachbarmietler gegen Holzstaub herzustellen. Die teilweise fehlende Ausstattung (Briefkasten, Außenwerbeflächen, Ausschilderung, separate Stromversorgung) beeinträchtigte den Gebrauch der Mietsache allenfalls geringfügig. Das gleiche gelte für die behauptete Undichtigkeit des Daches. Ob die behauptete Entfernung von Lichtkuppeln einen Mangel darstelle, könne ohne nähere Darlegung nicht festgestellt werden. Die Minderung betrage maximal 50%. Damit ergebe sich ein Gesamtrückstand zum Zeitpunkt der Kündigung in Höhe von 61 804 DM. Die Errichtung der Brandmauer erfordere allenfalls einen Kostenaufwand von 15 000 DM. Bei Annahme eines Zurückbehaltungsrechts in Höhe des dreifachen Betrages des Kostenaufwandes habe die Klägerin somit nur 45 000 DM zurückbehalten dürfen. Selbst ein wegen der weiteren Män-

gel erhöhtes Zurückbehaltungsrecht übersteige den Betrag von 60 000 DM nicht. Die Klägerin habe im Zeitpunkt der Kündigung das kündigungunschädliche Maß an Rückständen überschritten. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch stehe den Beklagten ungekürzt zu. Die Beklagten machten ohnehin nur die Hälfte des Mietzinses geltend. Ein weitergehendes Recht aus § 320 Abs. 1 BGB bestehe nach der wirksamen Kündigung des Mietvertrages nicht mehr.

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

Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Oberlandesgerichts, die behaupteten Mängel führten allenfalls zu einer Minderung um 50%. Das Oberlandesgericht hat seine Feststellung, Sinn der Mauer sei es nicht gewesen, die Halle diebstahlsicher abzuschließen, sondern eine Abschirmung zum Nachbarmietler herzustellen, unter Verstoß gegen das Verfahrensrecht (§ 286 ZPO) getroffen. Die Klägerin hatte vorgetragen und unter Beweis gestellt, bereits bei Vertragsschluß sei zwischen den Parteien vereinbart worden, daß die Brandmauer eine Abgeschlossenheit der Halle habe herbeiführen sollen. Absprachegemäß hätten die Beklagten die Brandschutzmauer an der Nordseite der Halle auf eigene Kosten errichten sollen, während es Aufgabe der Klägerin gewesen sei, die Südwand zu verkleiden und die Öffnungen an den Giebelseiten Ost und West durch Rolltore zu verschließen. Die Klägerin habe von Anfang an klargemacht, daß die Halle diebstahlsicher gemacht werden müsse, weil sie dort wertvolle Baumaschinen lagern wolle.

Die Revision rügt zu recht, daß das Oberlandesgericht den angebotenen Zeugen hätte vernehmen müssen. Sollte die Mauer dazu dienen, die Halle diebstahlsicher zu machen, so wäre die Halle ohne Mauer für den vereinbarten Zweck unbrauchbar, zumindest aber nur sehr eingeschränkt brauchbar. Die Annahme, es komme nur eine 50%ige Minderung in Frage, wäre nicht haltbar.

3. Der Senat ist nicht in der Lage abschließend zu entscheiden. Der Rechtsstreit muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit es die erforderlichen Feststellungen verfahrensfehlerfrei nachholt.

4. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin: Sollte die Beweisaufnahme ergeben, daß die Halle zum vertragsgemäßen Gebrauch völlig unbrauchbar ist, entfällt der Zahlungsanspruch. Auch der Räumungsanspruch ist dann – mangels wirksamer Kündigung – nicht gegeben. Verbleibt ein Mietrückstand, könnte das die Kündigung nach § 554 BGB a. F. rechtfertigen. Dann käme es auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB an. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts erstreckt sich der Ausschluß von Zurückbehaltungsrechten in § 8 Nr. 4 des Mietvertrages zwar auch auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 1993 – XII ZR 141/91 – NJW-RR 1993, 519, 520; BGH, Urteil vom 15. März 1972 – VII ZR 12/71 – DB 1972, 868). Die Klausel des Mietvertrages läßt ein Zurückbehaltungsrecht wegen unbestrittener Forderungen aber unberührt. Da der Anspruch auf Herstellung der Brandmauer hier unstreitig ist, hat das Berufungsgericht die Anwendbarkeit des § 320 BGB im Ergebnis zutreffend bejaht.

Grundsätzlich gewährt § 320 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem gesamten Mietzinsanspruch. Allerdings kann der Mieter gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er es in vollem Umfang geltend macht. Was als angemessen zu gelten hat, ist in erster Linie eine Frage des tatrichterlichen Ermessens und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. In der Literatur wird zum Teil auf das Drei- bis Fünffache des Minderungsbetrages oder des jeweils zur Reparatur erforderlichen Betrages abgestellt (vgl. hierzu Staudinger/Emmerich BGB 13. Bearb. § 537 Rdn. 81; Joachim DB 1986, 2649 f.). Ein Zurückbehaltungsrecht nur in dieser Höhe mag im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn dem Mieter zuzumu-

ten ist, die Reparatur – nach erfolgloser Fristsetzung – selbst auszuführen. Die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts in dreifacher Höhe der Herstellungskosten ist in einem Fall wie hier, in dem sich der Vermieter zur Erstellung einer Mauer verpflichtet hat, jedenfalls nicht übersetzt und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht hat die Kosten für die Errichtung der Mauer gemäß § 287 ZPO geschätzt. Eine solche Schätzung unterliegt in der Revision nur einer eingeschränkten Nachprüfung. Zur Ermöglichung der Überprüfung muß der Tatrichter aber die tatsächlichen Grundlagen der Schätzung und ihrer Auswertung darlegen (BGHZ 6, 62, 63). Das Berufungsgericht hat nicht zu erkennen gegeben, wie es auf Baukosten in Höhe von 15 000 DM gekommen ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 542, 564 a. F. BGB

Gewerberaumtiete; Wahrung von Konditionen des vertraglichen Sonderkündigungsrechts; Nachweis einer Unwirtschaftlichkeit des Geschäfts

Ist dem Mieter im befristeten Gewerberaummietvertrag „nach Ablauf des 1. Jahres einmalig ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt bei einer von einem niedergelassenen Steuerberater nachgewiesenen Unwirtschaftlichkeit des Geschäfts“, so ist eine Kündigungserklärung vor Ablauf des ersten Vertragsjahres verfrüht und ist der Unwirtschaftlichkeitsnachweis durch einen Rechtsanwalt unzureichend.

(KG, Urteil vom 24. 4. 2003 – 12 U 275/01)

Aus den Gründen: Das Mietverhältnis wurde durch die von der Klägerin mit Schreiben vom 9. Januar 2001 wegen Zahlungsverzugs ausgesprochene fristlose Kündigung beendet. Da die Parteien einen befristeten Mietvertrag mit einer festen Laufzeit bis zum 14. Dezember 2005 geschlossen haben, haftet der Beklagte der Klägerin für den Mietausfall.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts endet die Zahlungspflicht des Beklagten nicht am 16. März 2001. Die vom Beklagten am 13. Juni 2000 ausgesprochene Kündigung hat das Mietverhältnis nicht zum 14. März 2001 beendet. Diese Kündigung war unwirksam, sie entsprach nicht den in § 2 Absatz 4 Satz 1 des Mietvertrages vereinbarten Voraussetzungen des „Sonderkündigungsrechts“. Diese Vertragsklausel hat folgenden Wortlaut:

„Dem Mieter wird nach Ablauf des 1. Jahres einmalig ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt bei einer von einem niedergelassenen Steuerberater nachgewiesenen Unwirtschaftlichkeit des Geschäfts.“

a) Die Kündigung erfolgte verfrüht. Der Mietvertrag wurde am 29. November 1999 geschlossen. Entsprechend dem eindeutigen Wortlaut hätte der Beklagte mithin *frühestens* am 29. November 2000 kündigen können, wobei seine Kündigungserklärung spätestens am 15. Dezember 2000 bei der Klägerin hätte eingehen müssen. Entgegen den Ausführungen des Landgerichts kann die Klausel nicht so verstanden werden, dass der Beklagte zu jedem beliebigen zwischen Vertragsschluss und 15. Dezember 2000 liegenden Zeitpunkt kündigen durfte. Eine solche Auslegung wird nicht den Interessen beider Parteien gerecht. Sie bevorzugt in unangemessener Weise den Beklagten. Die Frage der Unwirtschaftlichkeit eines neu eröffneten Ladengeschäfts lässt sich erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums sachgerecht beurteilen. Aufgrund der erforderlichen Anfangsinvestitionen kann ein neu eröffnetes Ladengeschäft in den ersten Monaten in aller Regel nur unwirtschaftlich betrieben werden. Die Zulassung einer Sonderkündigung bereits in dieser Phase würde dem Beklagten die Möglichkeit geben, den Mietvertrag in einem Zeitpunkt

zu kündigen, in dem die Frage der Wirtschaftlichkeit ernsthaft noch gar nicht beurteilt werden kann. Dies wollten die Parteien mit der in § 2 Absatz 4 getroffenen Regelung („nach Ablauf des 1. Jahres“) gerade ausschließen.

b) Die Unterlagen, die der Beklagte zur Begründung seiner Kündigung vorgelegt hat, wurden nicht, wie vereinbart, von einem „niedergelassenen Steuerberater“ erstellt. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist die Vertragsklausel auch insoweit eindeutig und einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich. Bei einem Rechtsanwalt handelt es sich gerade nicht um einen niedergelassenen Steuerberater. Umstände, aus denen sich ergeben könnte, dass beide Parteien bei Vertragsschluss übereinstimmend den Willen hatten, dass entgegen dem klaren Wortlaut dieser Vertragsklausel auch der Nachweis der Unwirtschaftlichkeit durch einen Rechtsanwalt ausreichen sollte, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Solche Gründe sind auch sonst nicht ersichtlich.

c) Die Unterlagen, die der Beklagte zur Begründung seiner Kündigung vorgelegt hat, reichen auch inhaltlich nicht aus, um die Unwirtschaftlichkeit des Geschäfts nachzuweisen. Zum einen widersprechen die in dem Schreiben vom 4. September genannten monatlichen Verluste den Angaben in dem betriebswirtschaftlichen Kurzbericht. Zum anderen reicht auch jede dieser beiden Unterlagen für sich gesehen nicht aus, um den erforderlichen *Nachweis* zu führen. Wie sich aus § 2 Absatz 4 Satz 2 des Mietvertrages ergibt, hat sich die Klägerin die Prüfung der Unterlagen durch einen Sachverständigen vorbehalten. Hieraus ergibt sich, dass die Unterlagen „prüfungsfähig“ sein müssen. Ein von der Klägerin beauftragter Sachverständiger hätte aber weder anhand des Schreibens vom 4. September 2000 noch anhand des betriebswirtschaftlichen Kurzberichtes prüfen können, ob das vom Beklagten in den Mieträumen betriebene Geschäft tatsächlich unwirtschaftlich ist. Hierzu wäre eine Vielzahl von weiteren Angaben und Erläuterungen erforderlich gewesen. Insbesondere hätte der vom Beklagten beauftragte Steuerberater die in Ansatz gebrachten Zahlen näher aufschlüsseln und erläutern müssen, ggf. unter Vorlage von Beleg(kopien).

Im übrigen sind diese Unterlagen für den Nachweis der Unwirtschaftlichkeit auch deshalb ungeeignet, weil sie lediglich einen Zeitraum von 4 Monaten umfassen, in denen der Beklagte wirtschaftlich tätig war. Wie oben dargelegt, lässt sich bei einem neu eröffneten Ladengeschäft die Frage der Unwirtschaftlichkeit nach einem solch kurzen Zeitraum nicht beurteilen.

Mitgeteilt von VRiKG Griess, Berlin

**§§ 535, 546, 546a, 556 a. F., 557 a. F. BGB
Rückgabe gemieteter Reklamefläche
an der Giebelwand**

Gemietete Reklamefläche an der Giebelwand eines Hauses ist durch Entfernen der angebrachten Reklame zurückzugeben. Die Rückgabe in einem ordnungsgemäßen Zustand kann eine Neuverputzung der gemieteten Fläche erfordern.

(LG Berlin, Urteil vom 22.11.2001 – 20 O 330/01)

(KG, Urteil vom 10.4.2003 – 20 U 36/02)

Zum Sachverhalt: Mit schriftlichem Mietvertrag vom 23. Juli 1981 zwischen der inzwischen verstorbenen Frau K. und der Beklagten vermietete Frau K. die Giebelfläche am Gebäude S.-Straße 22 zur Anbringung einer Reklame. Zuvor war die Giebelfläche an die Firma C. zu Werbezwecken vermietet gewesen.

In § 2 des schriftlichen Mietvertrages heißt es: „Die Vermieterin überlässt dem Mieter die Giebelfläche zur Anbringung einer Firmenwerbung. Sie übergibt sie ihm in von C.

abzugebendem Zustand. Der Mieter verpflichtet sich, sie in Ordnung zu halten und nach Beendigung des Vertrages in ordnungsgemäßen Zustand zurückzugeben.“

Im ursprünglichen Mietvertragsentwurf hatte es stattdessen geheißen: „Sie übergibt sie ihm in renoviertem Zustand.“

Der Kläger übernahm das Grundstück von seiner verstorbenen Mutter als Erbe. Mit schriftlichem Vertrag vom 3. August 1988 schloss der Kläger nach Kündigung des ursprünglichen Mietvertrages mit der Beklagten einen Änderungs-mietvertrag. Darin wurde die Laufzeit geändert und der Mietzins auf 6000,00 DM jährlich hochgesetzt. In § 2 des Änderungs-mietvertrages ist wiederum die Vereinbarung aufgenommen, dass der Mieter sich verpflichtet, die Giebelfläche in Ordnung zu halten und nach Beendigung des Vertrages in einem ordnungsgemäßen Zustand zurückzugeben.

Mit Schreiben vom 4. September 2000 nahm der Prozessbevollmächtigte der Beklagten Bezug auf eine mit Schreiben vom 2. Juni 1999 ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses zum 31. Dezember 1999. Vorsorglich erklärte der Prozessbevollmächtigte erneut die Kündigung des Mietverhältnisses zum nächstmöglichen Termin.

Mit der Klage verlangt der Kläger Beseitigung der auf der Giebelfläche angebrachten Reklame sowie den Mietzins für das Jahr 2000 und die erste Hälfte des Jahres 2001 zu zahlen.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass das Mietverhältnis durch die am 2. Juni 1999 gegenüber der Hausverwaltung H. ausgesprochene Kündigung beendet worden sei. Die Beklagte ist weiter der Ansicht, dass sie zur Entfernung der angebrachten Reklame nicht verpflichtet sei, weil sie bei Beginn des Mietvertrages die Fläche mit der von der Firma C. angebrachten Reklame erhalten habe und bei dem Änderungs-mietvertrag ausdrücklich vereinbart worden sei, dass die Übergabe der Giebelfläche mit der angebrachten Reklame ein einwandfreier Zustand sei. Außerdem sei der Mietwert gemindert, weil die Sicht auf die Fläche durch einen Neubau teils versperrt wird.

Das Landgericht (Einzelrichter) hat die Beklagte verurteilt, die Reklamefläche mit der Aufschrift „X.-Reifen“, die sich auf der Giebelfläche am Gebäude befindet und links durch den vorgebauten Schornstein an der Giebelfläche sowie oben durch die Maueroberkante der Giebelwand begrenzt wird, fachgerecht, einschließlich der zu ihr gehörenden Putzschicht vollständig zu entfernen und den freigewordenen Wandbereich fachgerecht unter optischer Angleichung und Egalisierung an den vorhandenen Putz der übrigen Giebelfläche zu verputzen, weiter, an den Kläger 9000,00 DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Kammergericht (Einzelrichter) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, die Revision wurde nicht zugelassen.

Aus den Gründen (Landgericht Berlin): Die Beklagte ist zur Entfernung der von ihr angebrachten Reklame an der Giebelfläche gemäß § 556 Abs. 1 BGB verpflichtet. Unstreitig ist das Mietverhältnis zwischen den Parteien beendet, die Parteien streiten nur über den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses. Die Rückgabe einer Fläche, die zur Anbringung von Werbeflächen gemietet wurde, erfolgt dadurch, dass die angebrachte Reklame entfernt wird (Wolf-Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht-, Leasingrechtes, 8. Aufl. 2000, Rdz. 1045; Münchener Kommentar, BGB, 3. Aufl., 1995, § 556, Rdz. 9). Denn die Nutzung der Mietsache folgt in diesen Fällen dadurch, dass eine Reklameeinrichtung an der gemieteten Hausfläche angebracht wird. Da nach Beendigung des Mietverhältnisses die Nutzung einzustellen ist, ist deshalb die Reklameeinrichtung zu entfernen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Parteien in dem Änderungs-mietvertrag in § 2 vereinbart haben, dass der Kläger die Giebelfläche in einwandfreiem Zustand übergibt und zu diesem Zeitpunkt die Reklame der Beklagten bereits an-

gebracht war. Damit ist nur geregelt, dass der allgemeine Zustand der Giebelfläche einwandfrei war und für die Reklamezwecke der Beklagten geeignet. Der Mietzweck war nach wie vor die Anbringung einer Firmenwerbung durch die Beklagte. Keinesfalls hat der Kläger sich mit dem Änderungsmietvertrag die bereits angebrachte Reklamefläche dergestalt zu eigen gemacht, dass er der Beklagten die Fläche inklusive der bereits angebrachten Reklame vermietet hätte.

Da die Rückgabe der Mietsache nicht erfolgt ist, kann dahingestellt sein, ob der Mietvertrag bereits durch die Kündigung der Beklagten vom 2. Juni 1999 beendet worden ist. Gemäß § 557 Abs. 1 BGB ist der vereinbarte Mietzins solange zu zahlen, wie die Mietsache nicht zurückgegeben ist. Unstreitig war die Reklame noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung angebracht, so dass jedenfalls bereits der hälftige Mietzins auch für das Jahr 2001 zu bezahlen ist. Damit ist auch der Zahlungsanspruch auf Zahlung von insgesamt 9000,00 DM (Miete für 2000 und 1. Halbjahr 2001) aus § 557 Abs. 1 BGB begründet.

Mitgeteilt von RA Gellwitzki, Berlin

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§§ 535, 538 a. F., 536a n. F., 254 BGB – Mangel; Schadensersatzanspruch des Mieters; Ersatzvornahmepflicht

1. Der Mieter verliert seinen Schadensersatzanspruch wegen eines Mangels nicht schon, wenn er von seinem Recht zur Ersatzvornahme keinen Gebrauch macht.

2. Den Mieter kann allerdings ein Mitverschulden treffen, wenn die Mangelbeseitigung einfach und ihm deshalb zuzumuten ist (hier verneint).

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. 2. 2003 – 24 U 87/02)

Hinw. d. Red.: Das Urteil ist in WM 2003, 386 veröffentlicht.

§§ 535, 543, 571 BGB a. F.; §§ 315, 542, 566 BGB – Nießbraucher als Vermieter; Verlust des Mietminderungsrechts; Betriebskostenabrechnung und Bestimmung der Abrechnungsperiode

1. Überträgt ein Miteigentümer und Nießbraucher (Vermieter) seinen Anteil an einem Grundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs, so kommt es nicht zu einem Vermieterwechsel.

2. Das Minderungsrecht des Mieters geht bei vorbehaltloser Nachzahlung der zunächst wegen Mängel einbehaltenen Miete für Vergangenheit und Zukunft auch dann verloren, wenn er später wegen derselben Mängel erneut Miete zurückhält.

3. Der Mieter darf einzelne Positionen einer ordnungsgemäßen Nebenkostenabrechnung ohne Einsicht in die Kostenbelege nicht pauschal bestreiten.

4. Ist der Beginn einer Abrechnungsperiode vertraglich nicht festgelegt, so darf ihn der Vermieter nach billigem Ermessen bestimmen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. 5. 2003 – 24 U 99/02)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 28. 8. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 151 ZVG – Betriebskostenabrechnung und Guthabenauskehrung im zwangsverwalteten Mietgrundstück

Der Zwangsverwalter eines Grundstücks hat die Betriebskosten für ein Mietobjekt auch für solche Abrechnungszeiträume abzurechnen, die vor seiner Bestellung liegen, sofern eine etwaige Nachforderung von der als Beschlagnahme geltenden Anordnung der Zwangsverwaltung erfaßt wird (§ 1123 Abs. 2 Satz 1 BGB; §§ 21, 148 Abs. 1 Satz 1 ZVG).

Soweit der Zwangsverwalter zur Abrechnung verpflichtet ist, hat er auch ein etwaiges Vorauszahlungsguthaben an den Mieter auszuführen; dies gilt auch dann, wenn ihm die betreffenden Vorauszahlungen nicht unmittelbar zugeflossen sind.

(BGH, Urteil vom 26. 3. 2003 – VIII ZR 333/02)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WM 2003, 390.

§ 6 ZPO – Bemessung des Streitwertes für die Löschung einer Grundschuld

Bei der Bemessung des Streitwertes für die Löschung einer Grundschuld ist nicht in jedem Fall auf den Nominalbetrag der Grundschuld abzustellen. Vielmehr ist auf die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung des Rechtsstreits für die Parteien abzustellen (im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 16. November 1999 – 1 BvR 1821/94 –, NJW-RR 2000, 946).

(KG, Beschluss vom 21. 5. 2003 – 24 W 101/03)

KL-Mitteleiter: Frau RiKG Z. Hinrichs, Berlin; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

Wettbewerb

§§ 1, 3 UWG; § 12 BGB Wettbewerb; Mitwohnzentrale II; Alleinstellungsberühmung; Internet-Auftritt
--

1. Für die Beurteilung der Frage, ob sich die Verwendung eines generischen Domainnamens (hier: www.Mitwohnzentrale.de) nach § 3 UWG als irreführend wegen einer unzutreffenden Alleinstellungsberühmung darstellt, ist nicht allein auf die Bezeichnung der Domain, sondern maßgeblich (auch) auf den dahinter stehenden Internet-Auftritt, insbesondere die konkrete Gestaltung der Homepage abzustellen.

2. Der Hinweis eines Vereins darauf, dass auf seiner Homepage nur Vereinsmitglieder aufgeführt sind, kann

nach den Umständen des Einzelfalls ausreichen, um irrumsbedingten Fehlvorstellungen entgegenzuwirken, die angesichts der generischen Domain-Bezeichnung bei Teilen des Verkehrs entstehen können. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf Konkurrenzunternehmen ist nicht erforderlich.

(OLG Hamburg, Urteil vom 6. 3. 2003 – 5 U 186/01)

Zum Sachverhalt: Der Kläger, der Verband der Mitwohnzentralen e.V., ist ein Verein, in dem sich über 42 sog. Mitwohnzentralen in verschiedenen Städten Deutschlands zusammengeschlossen haben. Die Beklagte zu 2., der Ring Europäischer Mitwohnzentralen e.V., ist ein konkurrierender Verband, in dem über 27 andere Mitwohnzentralen organisiert

sind. Der Beklagte zu 1. ist der 1. Vorsitzende des Beklagten zu 2. Er betreibt zudem in Hamburg selbst eine Mitwohnzentrale.

Der Beklagte zu 2. tritt im Internet unter der Domainbezeichnung www.Mitwohnzentrale.de auf und wirbt auf diese Weise für seine Mitglieder. Dieses Verhalten beanstandet der Kläger unter dem Gesichtspunkt eines unzulässigen Abfangens von Kunden über den freihaltebedürftigen beschreibenden Domain-Namen sowie als irreführende Werbung mit einer Alleinstellungsbehauptung als wettbewerbswidrig.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken unter der alleinigen Domain www.Mitwohnzentrale.de oder „Mitwohnzentrale.de“ ohne unterscheidungskräftige Zusätze im Internet aufzutreten.

Das Landgericht Hamburg hat mit Urteil vom 21. Januar 1998 (315 O 531/97) der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten. Der 3. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts hat die Berufung mit Urteil vom 13. 7. 1999 (3 U 58/98) unter Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 17. Mai 2001 (I ZR 216/99) das klagabweisende Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH GRUR 2001, 1061 – Mitwohnzentrale.de), bei welchem der Rechtsstreit in die Zuständigkeit des – neu gegründeten – 5. Zivilsenats gelangt ist.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung ist begründet. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

1. Soweit der Kläger seinen Anspruch insbesondere unter dem Gesichtspunkt eines Behinderungswettbewerbs durch unlauteres Abfangen bzw. Umleiten von Kunden auf § 1 UWG sowie auf sein Namensrecht aus § 12 BGB gestützt hatte, steht aufgrund der Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. 5. 2001 bindend fest, dass ihm ein solcher Anspruch nicht zusteht. Diese Entscheidung umfasst auch den Aspekt einer gezielten Behinderung bzw. Verdrängung, auf die der Kläger seine Klage mit Schriftsatz vom 13. 1. 2003 im wiedereröffneten Berufungsverfahren weiterhin stützt. Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich festgestellt, dass sich die Beklagten den Vorteil, der sich aus dem Einsatz der Gattungsbezeichnung „Mitwohnzentrale“ als Domain-Name ergibt, gerade nicht in unlauterer Weise zunutze gemacht haben (UA 8). Deshalb bleibt auch der erneute Hinweis des Klägers auf eine in dem Schreiben vom 21. 5. 1997 (Anlage K8) vermeintlich zum Ausdruck kommende Schädigungsabsicht ohne Erfolg. Der Inhalt dieses bereits erstinstanzlich vorgelegten Schreibens war von der Beurteilung durch das Revisionsgericht umfasst und kann im wiedereröffneten Berufungsverfahren keine abweichende Beurteilung rechtfertigen.

2. Die Klage ist ebenfalls unbegründet, soweit der Kläger sie unter dem Gesichtspunkt einer unzutreffenden Alleinstellungsbehauptung als irreführende Werbung gem. § 3 UWG angreift. Ausschließlich unter diesem Gesichtspunkt – den der 3. Zivilsenat in seiner Berufungsentscheidung nicht erörtert hatte – ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

a) Eine relevante Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise käme in Betracht, wenn diese aufgrund des Internet-Auftritts des Beklagten zu 2. zu der unzutreffenden Annahme verleitet würden, es handele sich bei dem „Ring Europäischer Mitwohnzentralen e.V.“ um den einzigen oder doch den größten Verband von Mitwohnzentralen, so dass eine wei-

tere Suche nach Alternativangeboten aussichtslos oder doch zumindest unergiebig erscheinen müsse. So liegt der zur Entscheidung stehende Rechtsstreit jedoch nicht.

b) Beurteilungsgegenstand für eine mögliche Irreführung ist dabei zwar auch, aber – anders als im Rahmen von § 1 UWG – nicht ausschließlich die Domain-Bezeichnung www.Mitwohnzentrale.de. Für die Gefahr einer täuschungsbedingten Hinwendung des Verkehrs zu den Angeboten des Beklagten zu 2. ist vielmehr das *gesamte* Erscheinungsbild des „hinter“ dem Domain-Namen vorgehaltenen Internet-Auftritts, insbesondere also auch die konkrete Gestaltung der Homepage maßgeblich. Denn der Domain-Name als solcher ist für die Annahme einer *Alleinstellungs*behauptung nicht hinreichend aussagekräftig. Er besagt für sich genommen – insbesondere aufgrund der Verwendung des Singulars – lediglich, dass über diese Bezeichnung *eine* Mitwohnzentrale zu finden ist. Die relevanten Verkehrskreise haben jedoch keine Veranlassung zu der Annahme, dass es bundes- oder gar europaweit nur eine einzige Mitwohnzentrale gibt. Den von dem Angebot der Parteien angesprochenen Interessenten ist vielmehr bekannt, dass Mitwohnzentralen ihre Wohnraumvermittlung in der Regel nur mit regionalem Bezug anbieten. Dies vermag der Senat aus eigener Sachkunde zu beurteilen. Demgemäß vermag ein im Rahmen von § 3 UWG irreführender Eindruck allenfalls in der Zusammenschau der Domain-Bezeichnung und der konkreten inhaltlichen Gestaltung der Homepage zu entstehen.

c) Eine derartige Irreführung ist nach Sachlage hingegen auszuschließen, wobei der Senat den Erkenntnisstand bei Schluss der mündlichen Verhandlung des wiedereröffneten Berufungsverfahrens zugrunde zu legen hat. Zumindest jetzt klärt der Beklagte zu 2. die Besucher seiner Homepage auf der Unterseite „Städteauswahl“, über die zu den einzelnen angeschlossenen Mitwohnzentralen verzweigt wird, unmissverständlich mit dem Hinweis „Auf dieser Seite werden nur Mitglieder des Rings europäischer Mitwohnzentralen e.V. aufgeführt“ darüber auf, dass er keinen Alleinstellungsanspruch erhebt. Diesem Hinweis entnehmen die angesprochenen Verkehrskreise ohne weiteres, dass es neben dem Verband des Beklagten zu 2. weitere Mitwohnzentralen gibt, die sie sich über die angewählte Internet-Adresse nicht erschließen können. Da gerade die Seite mit den einzelnen Städte-Partnern sorgfältig zur Kenntnis genommen wird, erkennen sie aufgrund dieses Hinweises, dass es sich bei dem Beklagten zu 2. nicht um den *einzigsten Anbieter* handelt. Eine solche Information ist als irrtumsausschließende Aufklärung ausreichend. Die Gestaltung des Internet-Auftritts der Beklagten bietet dem Nutzer auch keine Veranlassung zu der möglicherweise unzutreffenden Annahme, bei dem „Ring Europäischer Mitwohnzentralen e.V.“ handele es sich um den *größten Anbieter* in diesem Bereich. Der Kläger hat hierfür keine tragfähigen Anhaltspunkte vorgebracht. Der Beklagte zu 2. ist unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbswidrigen Alleinstellungsbehauptung weder gehalten, den klägerischen Verband als Wettbewerber namentlich zu nennen, noch muss er dem Kläger gestatten, auf die fremde Homepage einen Link zu setzen, um den bei dem Beklagten zu 2. angelangten Interessenten zu ermöglichen, ohne weitere Umstände auf seine Homepage weiter zu verzweigen. Der Gedanke einer „Bequemlichkeit“ der Nutzer, die sich möglicherweise nicht veranlasst sehen, die Homepage des Beklagten zu 2. zu verlassen, sondern hierauf verweilen, betrifft ausschließlich ein unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG angegriffenes wettbewerbswidriges Verhalten, nicht jedoch den Irreführungstatbestand des § 3 UWG. In diesem Zusammenhang geht es ausschließlich darum, dem Interessenten irrtumsausschließende Informationen zur Verfügung zu stellen, aufgrund derer er eine mögliche – etwa aufgrund der Domain-Bezeichnung entstandene – Fehlvorstellung wieder korrigieren kann. Diesen Anforderungen wird der Hinweis

der Beklagten gerecht. Die Willensentscheidung des Interessenten, die Homepage des Beklagten zu 2. gleichwohl nicht wieder zu verlassen, um sich dem Konkurrenzangebot zuzuwenden, ist von dem Verbotszweck des § 3 UWG nicht mit umfasst.

d) Schließlich kann bei der rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich im Anschluss an die vielfach veröffentlichte und kommentierte Entscheidung des 3. Senats vom 13. 7.1999 sowie die Revisionsentscheidung des BGH vom 17. 5. 2001 eine breite Diskussion in Internet-Kreisen über die Zulässigkeit der Verwendung beschreibender Domain-Bezeichnungen entwickelt hat, die nicht auf juristische Fachkreise beschränkt geblieben ist. Selbst wenn eine Irreführungsgefahr bei Einleitung des vorliegenden Rechtsstreits noch bestanden haben sollte, so ist diese jedenfalls heute aufgrund der veränderten Erkenntnislage der angesprochenen Verkehrskreise ausgeräumt. Der durchschnittlich informierte und verständige Internetsurfer weiß inzwischen, dass allein die Verwendung eines beschreibenden Domain-Namens ohne das Hinzutreten anderer konkreter Ausschließlichkeitshinweise keinen Rückschluss auf eine Alleinstellungsbehauptung zulässt. Dieser veränderten Sachlage hätte der Kläger nur durch eine Erledigungserklärung Rechnung tragen können.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der vorliegende Rechtsstreit bietet dem Senat keine Veranlassung, gem. § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen. Der Rechtsstreit hat im Hinblick auf die noch streitige Frage keine grundsätzliche Bedeutung, sondern beschränkt sich auf die Anwendung feststehender Rechtsgrundsätze auf den konkreten Einzelfall. Einer erneuten Entscheidung des Revisionsgerichts bedarf es auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 5. ZS des OLG Hamburg

Anm. d. Red.: Vgl. noch OLG Frankfurt/M. WM 1991, 123 zur Gattungsbezeichnung „Mitwohnzentrale“ für einen Maklerbetrieb. Zum Provisionsanspruch einer Mitwohnzentrale für eine Wohnungsvermittlung vgl. AG Düsseldorf WM 1998, 731.

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)

Wettbewerb etc.

§ 1 UWG – Wettbewerb; Irreführung; Alleinstellungsbehauptung; „Standard“

VII. 2.) Der Unterlassungsanspruch ist aus § 3 HWG, § 1 UWG begründet.

(a) Die beanstandete Angabe „Der zuverlässige Subkutan-Standard“ ist irreführend. Sie wird in einer den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Weise verstanden, und zwar im Sinne einer Alleinstellungsbehauptung.

Mit „Standard“ wird nach allgemeinem Sprachgebrauch etwas bezeichnet, das in Bezug auf Qualität oder Leistung als mustergültig, modellhaft angesehen wird und nach dem sich andere richten. Der Begriff setzt insoweit eine längere bzw. nachhaltige und gegenüber den Konkurrenten erfolgreiche Marktpräsenz voraus.

Es gibt den Begriff „Standard“ bei Waren zwar auch im Gegensatz zu höherwertigen Ausführungen (so etwa die Standard-Ausstattung gegenüber der Luxusausstattung eines PKW), in diese Richtung geht das Verständnis vorliegend aber

nicht, weil der Artikel „der“ und die Beschreibung „zuverlässig“ gerade das Besondere des so beworbenen Produkts umschreiben und damit auf den Vorbildcharakter abstellen.

Aus der von der Antragsgegnerin zitierten Rechtsprechung (BGH WRP 1998, 861 – Die große deutsche Tages- und Wirtschaftszeitung) ergibt sich nichts anderes. Wird der bestimmte Artikel („der“) verwendet, so kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an, welche Bedeutung der Angabe entnommen wird.

Das Argument der Antragsgegnerin, ihr Erzeugnis stelle den „notwendigen Standard mit der Möglichkeit der individuellen Rezeptur von standardisierten, also zuverlässig wirkenden Allergenen dar“, greift demgegenüber nicht durch. Es ist verständigerweise zwischen dem Standard und standardisierten Allergenen zu unterscheiden. Die angesprochenen Verkehrskreise werden selbstverständlich auch den begrifflichen Unterschied zwischen standardisierten Allergenen und dem ausgelobten „Standard“ eben solcher Allergene kennen.

Auch das Argument der Antragsgegnerin, die angesprochenen allergologisch erfahrenen Ärzte verstünden unter dem zuverlässigen Standard in der subkutanen spezifischen Immuntherapie einen „Allergenextrakt, der an Aluminiumhydroxid als Adjuvanz gebunden“ sei, ist nicht durchgreifend. Es geht nicht um die Frage, welche Voraussetzungen im einzelnen ein Standard-Allergenpräparat erfüllen muss, sondern um das Verkehrsverständnis der angegriffenen Werbeaussage selbst. Diese erschöpft sich nicht in dieser Eigenschaft, sondern bezieht sich mit dem Begriff „Standard“ auf die Stellung des Produkts der Antragsgegnerin im Markt. Entsprechendes gilt für die weiteren, von der Antragsgegnerin hierzu noch angeführten Eigenschaften eines Allergenpräparats.

(b) In diesem oben dargestellten Verständnis entspricht die angegriffene Angabe nicht den tatsächlichen Verhältnissen. [...]

(OLG Hamburg, Urteil vom 16. 1. 2003 – 3 U 80/02)

§§ 1, 3 UWG – Wettbewerb; Hinweis auf soziales Engagement; Kindernothilfe

1. Versteht der Verkehr den Hinweis auf ein soziales Engagement („K. unterstützt die Kindernothilfe e.V.“) wegen der Art der Anbringung der Werbung auf einer Ware unter dieser Marke dahin, der soziale Zweck werde in Abhängigkeit von dem Produktumsatz gefördert, so stellt sich diese Werbung auch dann als irreführend dar, wenn der Hersteller zwar keinen Kaufpreisanteil für jeden Artikel, dafür aber einen festen Gesamtbetrag für den sozialen Zweck abführt.

2. Das zur Entscheidung berufene Gericht darf nicht aus der angegriffenen Werbung andere *Elemente* als irreführend herausgreifen, die die klagende Partei nicht zum Gegenstand ihres Angriffs gemacht hat (vgl. BGH WRP 2001, 28, 29 – dentalästhetika). Dies hindert jedoch nicht, in diesem Rahmen weitere *Argumente* für die Begründung einer Irreführung heranzuziehen, als die angreifende Partei angeführt hat.

(OLG Hamburg, Urteil vom 27. 3. 2003 – 5 U 142/02)

(nicht rechtskräftig; Az. d. BGH: I ZR 118/03)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 26. 8. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 3 UWG – Werbung ohne Ware

1. Verzichtet ein Händler von Gegenständen der Unterhaltungselektronik bei einem Erwerbsgeschäft über das Internet – zulässigerweise – auf eine eigene Warenavorrathaltung, so hat er dafür Sorge zu tragen, dass er bei einem vorbehaltlosen Angebot die fragliche Ware in einem entsprechend der Verkehrserwartung angemessenen kurzen Zeitraum zur Auslieferung bringen kann.

2. Erkennt der Händler, dass eine rechtzeitige bzw. ausreichende Selbstbelieferung nicht hinreichend zuverlässig gewährleistet ist und bietet er die Ware gleichwohl weiterhin ohne einschränkende Hinweise auf ihre gegenständlich bzw. zeitlich eingeschränkte Verfügbarkeit an, stellt sich die hiermit verbundene Bewerbung der Ware als irreführend i. S. v. § 3 UWG dar. Dies gilt z. B. dann, wenn zum Zeitpunkt einer fort-dauernden Bewerbung bereits seit einiger Zeit eine offene Bestellung vorliegt, die mangels vorhandener Ware noch nicht ausgeführt werden konnte.

(OLG Hamburg, Urteil vom 3. 4. 2003 – 5 U 164/02)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 26. 8. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 3 UWG; § 3 HWG – Wettbewerb; Unterlassungsverpflichtung unter Bedingungen

1. Macht ein Verletzer, der aufgefordert wird, sich hinsichtlich einer konkreten Verletzungsform in verallgemeinerter, aber das Charakteristische der Verletzungsform beschrei-

bender Fassung zu unterwerfen, deutlich, daß er sich nur auf die historische Verletzungsform beschränkt unterwerfen will, weil es ihm auf den Unterschied ankommt, gibt er damit zu erkennen, daß er seine Unterlassungsverpflichtung auch von unerheblichen Begleitumständen abhängig macht, die den Verstoß nicht charakterisieren, und er die Wiederholungsgesfahr nicht wirklich umfassend beseitigen will.

2. Stellt ein Verletzer seine Unterlassungsverpflichtung unter die Bedingung, daß die Sach- und Rechtslage unverändert bleibt, dann ist das jedenfalls dann sachgerecht, wenn eine Änderung absehbar ist, nach der sein Verhalten rechtmäßig sein kann. Das ist weder unzulässig, noch läßt es auf mangelnde Ernstlichkeit schließen.

(OLG Hamburg, Urteil vom 16. 1. 2003 – 3 U 151/02)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 26. 8. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteiler: Die Mitglieder des 3. ZS und die Mitglieder des 5. ZS des OLG Hamburg.

Teileigentum

§ 10 WEG

Wirkung einer Vereinbarung gegen Sondernachfolger

Einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer, die die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft zum Gegenstand hat, kann auch dann keine Wirkung gegen die Sondernachfolger gemäß § 10 Abs. 2 WEG beigelegt werden, wenn eine nur schuldrechtliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründet werden soll (hier: Verpflichtung, einem der Wohnungseigentümer das Alleineigentum an einer Teilfläche des gemeinschaftlichen Eigentums zu verschaffen).

(BGH, Urteil vom 4. 4. 2003 – V ZR 322/02)

Aus den Gründen: II. 1. a) Der Kläger kann den geltend gemachten Anspruch gegenüber der Beklagten zu 2 nicht auf § 17 Abs. 2 des notariellen Vertrages vom 27. Juni 1983 stützen. Diese zwischen dem Kläger und den damaligen Miteigentümern getroffene vertragliche Bestimmung wirkt schon deswegen nicht gemäß § 10 Abs. 2 WEG gegen die Beklagte zu 2 als Sondernachfolgerin, weil sie nicht im Grundbuch eingetragen war. Im übrigen handelt es sich auch nicht um eine Vereinbarung im Sinne des § 10 Abs. 2 WEG. Eine solche Vereinbarung setzt voraus, daß die Wohnungseigentümer ihre Innenbeziehungen untereinander regeln, also eine Gemeinschaftsordnung schaffen, die ähnlich einer Satzung die Grundlage für das Zusammenleben der Wohnungseigentümer bildet (vgl. BGHZ 88, 302, 304 f., auch Senat BGHZ 49, 250, 258). An diesem Regelungsgegenstand fehlt es bei der Bestimmung unter § 17 Abs. 2 des notariellen Vertrages vom 27. Juni 1983. Sie betrifft nicht das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, sondern mit den Eigentumsverhältnissen die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft. Das Gesetz trennt nicht nur – wie ein Vergleich zwischen Abs. 3 und Abs. 4 des § 5 WEG zeigt – zwischen diesen beiden Regelungsbereichen, sondern knüpft – etwa mit § 4 Abs. 1 WEG auf der einen und § 10 Abs. 2 WEG auf der anderen Seite – an diese Unterscheidung auch verschiedene Rechtsfolgen (vgl. Häublein, DNotZ 2000, 442, 450). Eine vertragliche Regelung der sachenrechtlichen Zuordnung ist demnach von der inhaltlichen Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses zu unterscheiden; sie kann nicht Gegenstand einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 WEG sein (vgl.

Staudinger/Kreuzer, BGB, 12. Aufl., § 10 WEG Rdn. 62; Kümmel, Die Bindung der Wohnungseigentümer und deren Sondernachfolger an Vereinbarungen, Beschlüsse und Rechts-handlungen nach § 10 WEG, 2002, S. 6; a. A. wohl Niedenführ/Schulze, WEG, 6. Aufl., § 10 Rdn. 25). Aus diesem Grund hat sich in der Rechtsprechung die zutreffende Auffassung durchgesetzt, daß Vereinbarungen, durch die ein Wohnungseigentümer ermächtigt oder bevollmächtigt wird, Gemeinschafts- in Sondereigentum umzuwandeln, oder nach denen die vorweggenommene Zustimmung zu einer solchen Umwandlung erteilt ist, nicht § 10 Abs. 2 WEG unterfallen, also nicht auf diesem Weg gegen Sondernachfolger wirken können (BayObLGZ 1997, 233, 238 [=WM 1997, 512]; 2000, 1, 2 f. [=WM 2001, 87]; 2001, 279, 283 [=WM 2002, 172 KL]; BayObLG ZfIR 2000, 970, 972; KG NZM 1998, 581, 582 [=WM 1998, 366]; ZfIR 1999, 127, 128 [=WM 1999, 238 KL]). Daß demgegenüber die im vorliegenden Fall maßgebliche Regelung nicht unmittelbar eine Verfügung über das gemeinschaftliche Eigentum ermöglichen, sondern die (schuldrechtliche) Verpflichtung der anderen Wohnungseigentümer begründen soll, dem Kläger das Alleineigentum an einer Gemeinschaftsfläche zu verschaffen, ändert nichts daran, daß Gegenstand der Vereinbarung die Eigentumsverhältnisse sind und nicht – wie für § 10 Abs. 2 WEG erforderlich – das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 8, 14, 15 WEG; § 1004 BGB

Zahnklinik im Teileigentum „Bürogruppe“ mit „gewerblicher Nutzung“ als Gebrauchsregelung

1. Wird eine Teileigentumseinheit in der sachenrechtlichen Teilungserklärung als „Bürogruppe“ bezeichnet, während die mit „Gebrauchsregelung“ überschriebene schuldrechtliche Gemeinschaftsordnung für Teileigentum eine „gewerbliche Nutzung“ vorsieht, so geht grundsätzlich die Regelung in der Gemeinschaftsordnung vor.

2. Die hiernach zulässige gewerbliche Nutzung der Teileigentumseinheit erlaubt den Betrieb einer Zahnklinik, soweit sich nicht aus dem Charakter oder der baulichen Gestaltung der Wohnungseigentumsanlage Einschränkungen ergeben.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. 3. 2003 – 3 Wx 249/02)

Zum Sachverhalt: Die Beteiligten sind die Eigentümer der Wohnungseigentumsanlage. Diese besteht aus vierzig Miteigentumsanteilen. Elf Miteigentumsanteile sind verbunden mit Teileigentum, welches in § 2 der Teilungserklärung entweder als „Laden“, „Bürogruppe“ oder „Praxis“ bezeichnet wird. Die übrigen Miteigentumsanteile sind mit dem Sondereigentum an Wohnräumen verbunden. Der Beteiligte zu 2. ist Eigentümer des Miteigentums Nr. 11, verbunden mit Teileigentum an der im 2. Obergeschoss gelegenen Bürogruppe I B links, wie es in der Teilungserklärung heißt. Der Miteigentumsanteil Nr. 8 ist in der Teilungserklärung bezeichnet als verbunden mit Teileigentum an der im 1. Obergeschoss gelegenen Praxis III B, bestehend aus Warteraum, 3 Behandlungsräumen, 1 Abstellraum, 1 Vorraum, 2 WC und 1 Waschraum. In Teil III „Wohnungseigentumsordnung und Verwaltung“ heißt es unter § 5 „Gebrauchsregelung“: „Die Wohnungen dürfen nur zu Wohnzwecken, nicht zu gewerblichen Zwecken benutzt werden. Ausnahmen bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Verwalters, der vorher die Zustimmung der unmittelbaren Anwohner einzuholen hat. Teileigentum ist für gewerbliche Nutzung vorgesehen“. In § 21 „Grundbuchantrag“ heißt es: „Ich/wir bewillige und beantrage die vorstehend unter §§ 4–19 getroffenen Bestimmungen gemäß § 10 Abs. 2 WEG ... als Inhalt des Sondereigentums sowie auch die Gebrauchsregelung gemäß § 15 WEG in das Grundbuch einzutragen.“

In der Teileigentumseinheit des Beteiligten zu 2. betreibt dessen Sohn Dr. A. eine Zahnklinik. Die Beteiligten zu 1. erstreben, dass diese Nutzung unterbleibt. Sie berufen sich darauf, dass die Teileigentumseinheit in der Teilungserklärung als „Bürogruppe“ bezeichnet sei. Außerdem gingen von dem Betrieb der Zahnklinik unzumutbare Belästigungen aus. Durch den Betrieb der medizinischen Geräte und die Bewegungen sowie das Laufen der Zahnärzte, Assistenten und Patienten entstünden erhebliche Geräusche, die durch den im 2. Obergeschoss verlegten Granitboden noch verstärkt würden. In den Räumen der Zahnklinik betriebene Geräte und sonstige Hilfsmittel seien durch tiefe Brummgeräusche von Elektromotoren und Kompressoren hörbar. Dies gelte auch für lautes Abrollen beim Verschieben von Stühlen und/oder Tischen. Das Einschalten von sowie das Arbeiten mit medizinischem Gerät, wie z. B. Turbinen, sei zu hören. Auch wenn die unmittelbar unterhalb einer Schallquelle gelegenen Räume der Büroflächen im 1. Obergeschoss am stärksten von der Geräuschkentwicklung betroffen seien, werde der Tritt- und Körperschall in den übrigen Büroräumen ebenfalls als störend wahrgenommen. Im gesamten Treppenhaus des Objektes W. breite sich ein penetranter Geruch von Desinfektionsmitteln aus, der von der Zahnklinik ausgehe und bis in die obersten Etagen ziehe. Der Sondermüll aus dem Bereich der Zahnklinik werde nicht ordnungsgemäß entsorgt. Der vorhandene Müllcontainer reiche für die Abfallentsorgung nicht mehr aus. Störend sei auch der Umfang des Betriebs: Eine Zahnklinik sei naturgemäß darauf eingerichtet, Patienten rund um die Uhr zu betreuen.

Der Beteiligte zu 2. hält die Nutzung seiner Teileigentumseinheit als im Einklang mit § 5 der Gemeinschaftsordnung stehend für zulässig. Er hat darauf verwiesen, dass über seiner Teileigentumseinheit keine Nutzung mehr stattfindet, da sie den oberen Abschluss des Gebäudeteils bilde. In dem Bereich bis einschließlich 2. Obergeschoss werde nur der Miteigentumsanteil von 152/10 000 zu Nr. 10, verbunden mit Sondereigentum an dem im 1. Obergeschoss gelegenen Appartement, bestehend aus Wohn- und Schlafraum mit Kochnische, Bad mit WC, Diele, Abstellraum, Loggia und Keller als Wohnung genutzt. Der Treppenhausaufgang vom Hauseingangsbereich reiche nur bis zum 2. Obergeschoss. Die Wohnbereiche seien über Treppen nur über den Fluchtweg zu erreichen. Die Zahnklinik werde nur montags bis freitags von 8:00 Uhr bzw. 9:00 Uhr bis 20:00 Uhr betrieben, mittwochs nachmittags und an

den Wochenenden nicht. Nur in Ausnahmefällen sei mit der Übernachtung von Patienten über das Wochenende zu rechnen. Es handele sich um eine Bestellpraxis, die nur Privatpatienten annehme und sich vorwiegend mit Implantologie befasse.

Die Beteiligten zu 1. sind bei Amts- und Landgericht Düsseldorf erfolglos geblieben. Mit der sofortigen weiteren Beschwerde wiederholen und ergänzen sie ihr früheres Vorbringen; insbesondere vertreten sie die Auffassung, die streitgegenständlichen Räume dürften gemäß der Teilungserklärung nur als Büroräume genutzt werden.

Aus den Gründen: Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes, § 27 FGG.

Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Den Beteiligten zu 1. stehe ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1 BGB, 14 Nr. 1, 15 Abs. 3 WEG nicht zu. Dass die Teileigentumseinheit des Beteiligten zu 2. in der Teilungserklärung als Bürogruppe bezeichnet sei, bedeute nicht eine Beschränkung auf die Nutzung als Büro. Zu beachten sei, dass die Gebrauchsregelung des § 5 der Gemeinschaftsordnung einschränkungslos besage: „Teileigentum ist für gewerbliche Nutzung vorgesehen.“ In einem solchen Fall spreche eine allgemeine Vermutung dafür, dass Gebrauchsregelungen in der Gemeinschaftsordnung enthalten sind und Funktionsbezeichnungen für Räume des Teileigentums in der Teilungserklärung eher der Abgrenzung zum Wohnungseigentum als einer Festlegung des Verwendungszwecks dienten. Dies gelte im vorliegenden Fall umso mehr, als in der Teilungserklärung das Teileigentum zu Nr. 8 als „Praxis“ mit Warteraum, 3 Behandlungsräumen, 2 WC und einem Waschraum bezeichnet sei. Dem Begriff „Praxis“ unterfalle auch die Zahnarztpraxis. Die Mitglieder der Eigentümergemeinschaft hätten also aufgrund des Wortlautes der Teilungserklärung damit rechnen müssen, dass in der Eigentumsanlage im 1. Obergeschoss eine Zahnarztpraxis mit entsprechendem Heizungsbedarf, Wasserverbrauch, Publikumsverkehr, Benutzung des Fahrstuhls, Geruchs- und Geräuschkentwicklung und Anfall von Sondermüll betrieben werde. Dass vorliegend übermäßige und unzumutbare Beeinträchtigungen den Betrieb der Zahnklinik nicht zuließen, könne nicht gesagt werden. Der Beteiligte zu 2. könne verpflichtet werden, übermäßige und unzumutbare Beeinträchtigungen zu verringern. Eine zeitliche Begrenzung des Betriebes der Zahnklinik sei nicht geboten. Auch bei einem Bürobetrieb, wie er in § 2 der Teilungserklärung durch die Bezeichnung „Bürogruppe“ angesprochen sei, sei es nicht unüblich, dass vor 8:30 Uhr und nach 18:30 Uhr sowie an Wochenenden gearbeitet werde; damit hätten die übrigen Wohnungseigentümer also rechnen müssen.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Vorliegend besteht zwischen der Bezeichnung des Teileigentums in § 2 der Teilungserklärung – „Bürogruppe“ – und der Regelung in § 5 der Teilungserklärung – „Teileigentum ist für gewerbliche Nutzung vorgesehen“ – ein Widerspruch. Dabei gehört § 2 zur Teilungserklärung im engeren Sinne, zur sogenannten sachenrechtlichen Teilungserklärung, während § 5, der die Überschrift „Gebrauchsregelung“ trägt, sich innerhalb der schuldrechtlichen Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung befindet. Die vorliegende Teilungserklärung unterscheidet deutlich zwischen dem sachenrechtlichen und dem schuldrechtlichen Teil, da letzterer mit „Teil III Wohnungseigentumsordnung und Verwaltung“ überschrieben ist. Bei einem solchen Widerspruch geht grundsätzlich die Regelung in der Gemeinschaftsordnung vor. Das ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung seit langem anerkannt (vgl. nur BayObLG WM 1988, 407; Hamm OLGZ 1990, 34; BayObLG ZMR 1998, 184 [= WM 1998, 121 KL]).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer folgt aus § 21 der Teilungserklärung nichts Gegenteiliges. Der dort formulierte Eintragungsantrag bezieht sich ausdrücklich auf die Gebrauchsregelung. In der Teilungserklärung selbst ist als Gebrauchsregelung die Bestimmung des § 5 bezeichnet. Für die Auslegung von Bestimmungen, die durch Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums gemacht sind, gilt der allgemeine Grundsatz, dass es auf Wortlaut und Sinn ankommt, wie sie sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergeben. Nach diesem Grundsatz ist § 21 als Bezugnahme auf § 5 der Teilungserklärung zu verstehen. Dementsprechend ist auch die Grundbucheintragung erfolgt: Dort ist nach der Beschreibung des Teileigentums („... Bürogruppe“) und nach dem Vermerk, dass das Miteigentum durch die Einräumung der zu den anderen Miteigentumsanteilen eingetragenen Sondereigentumsrechte beschränkt sei, der Satz eingetragen: „Es besteht eine Gebrauchsregelung“. Dieser Satz wäre überflüssig, wenn, wie die Beschwerdeführer meinen, bereits das Wort Bürogruppe die Gebrauchsregelung enthielte.

Die Worte „gewerbliche Nutzung“ stellen auf einen umfassenden Zweck ab. Sie sind – nach der vorstehend erwähnten Auslegungsregel – in dem Sinne zu verstehen, dass grundsätzlich jede gesetzlich zulässige gewerbliche Nutzung der Teileigentumseinheit gestattet ist (vgl. nur BayObLG NJW-RR 1994, 1038 [=WM 1995, 50]; ZMR 1998, 184 [=WM 1998, 121 KL]; NZM 2000, 871 [=WM 2000, 505 KL]; Palandt-Bassenge, 61. Aufl., § 15 WEG, Rdnr. 13). Eine Beschränkung könnte sich allenfalls aus dem Charakter oder der baulichen Gestaltung der Anlage ergeben. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Charakter der Wohnungseigentumsanlage ist der eines Wohn- und Geschäftshauses (vgl. auch Bf. 196 GA), wie durch § 2 der Teilungserklärung deutlich wird. Dementsprechend befinden sich in dem Gebäudekomplex außer den Wohnungen unter anderem zwei Restaurants, ein Steuerberatungsbüro, die Sparkasse und ein Möbelgeschäft. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, dass die Wohnungseigentümer im Hinblick auf das Teileigentum Nr. 8 („Praxis“) mit einem solchen Betrieb, wie er nunmehr im Teileigentum des Beteiligten zu 2. geführt wird, rechnen mussten. Zwischen einer Zahnarztpraxis und einer Zahnklinik – jedenfalls in dem Umfang, wie sie im Teileigentum des Beteiligten zu 2. betrieben wird – bestehen keine signifikanten Unterschiede, nachdem, wie die Beteiligten zu 1. selbst im Schriftsatz vom 25. 7. 2001 vorgetragen haben, in Düsseldorf nicht wenige Zahnärzte, ohne als Zahnklinik zu firmieren, ihren Patienten ungewöhnliche Behandlungsstunden anbieten, beispielsweise montags bis freitags von 7:00 Uhr bis 24:00 Uhr sowie samstags und sonntags von 9:00 Uhr bis 19:00 Uhr und weitere Termine nach Vereinbarung.

Die übrigen Miteigentümer mussten daher von vornherein auch mit Beeinträchtigungen rechnen, die typischerweise von einem zahnärztlichen Betrieb ausgehen, wie z. B. der Geruch nach Desinfektionsmitteln.

Auch aus der baulichen Gestaltung der Wohnungseigentumsanlage folgt nicht, dass die gewerbliche Nutzung einzuschränken sei. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass der untere Baukörper drei Etagen hat, die als „Laden“, „Büro“ und „Praxis“ gewerblich genutzt werden können und auch so genutzt werden, während sich in der Mitte des Objekts ein siebengeschossiger Wohnturm befindet. In diesem Wohnturm benutzen die Eigentümer der Wohnungen, die über dem 2. Obergeschoss liegen, den Fahrstuhl, um in ihre Wohnungen zu gelangen, da diese Bereiche über Treppen nur über den Fluchtweg zu erreichen sind. Der Treppenhauseingang vom Hauseingangsbereich reicht nur bis zum 2. Obergeschoss, wo sich das Teileigentum des Beteiligten zu 2. befindet. Es besteht mithin eine gewisse räumliche Trennung zwischen den Wohn- und Gewerbeeinheiten, die die Wahrnehmung von Immissionen für die Wohnungsinhaber mindert.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 47 S. 1 und 2 WEG. Die Anordnung der Kostenerstattung entspricht billigem Ermessen, da die Beteiligten zu 1. aufgrund der überzeugend begründeten Entscheidung des Landgerichts von der Aussichtslosigkeit ihres Rechtsmittels hätten überzeugt sein können. Den Geschäftswert hat der Senat gemäß § 48 Abs. 3 WEG nach dem Interesse aller Beteiligten festgesetzt.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Schütz, Hünxe

§§ 14,15 WEG; 1004 BGB

Nachteil;

Bordell in einer Eigentumswohnung der WE-Anlage

Gehen von einem in einer Eigentumswohnung betriebenen Bordell Störungen aus, die die gemeinschaftliche Nutzung der Wohnungseigentumsanlage oder den Verkehrswert oder Mietpreis der Wohnungen nicht unerheblich beeinträchtigen, so können die übrigen Eigentümer Unterlassung dieser Nutzung verlangen.

Der Senat schließt sich der Rechtsauffassung des Verfassungsgerichtshofs Berlin an (GuT 2003, 21 = WM 2003, 39 = NZM 2003, 112), wonach das Grundrecht auf Eigentum es nicht gebietet, den Nachteilsbegriff des § 14 Nr. 1 WEG auf physikalische Einwirkungen wie Immissionen zu beschränken. Die Beeinträchtigung kann auch darin bestehen, dass ein zwar gesetzlich erlaubter, aber mit einem sozialen Unwerturteil breiter Bevölkerungskreise behafteter Betrieb sich negativ auf den Verkehrswert oder Mietpreis der Eigentumswohnungen auswirkt.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. 3. 2003 – 3 Wx 369/02)

Zum Sachverhalt: Die Antragsteller und der Antragsgegner bilden die Wohnungseigentümergeinschaft in Wuppertal; wegen der Einzelheiten der Örtlichkeiten wird auf den Lageplan Bezug genommen.

Dem Antragsgegner gehören alle fünf Wohnungen in dem Gebäude Nr. 2. In – jedenfalls – einem der zum Sondereigentum des Antragsgegners gehörenden Appartements wird ein Bordellbetrieb unterhalten. In der Versammlung vom 16. August 2000 beschlossen die Antragsteller, ihn insoweit auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen.

Durch Beschluss vom 7. 3. 2002 hat das Amtsgericht Wuppertal dem Antragsgegner antragsgemäß untersagt, in den zu seinem Sondereigentum gehörenden Räumlichkeiten des Objekts einen bordellähnlichen Betrieb zu betreiben oder den Betrieb durch einen Dritten zu dulden, und zugleich für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft angedroht.

Die dagegen gerichtete Beschwerde ist vom Landgericht Wuppertal zurückgewiesen worden. Der Antragsgegner hat sofortige weitere Beschwerde eingelegt, mit der er sein früheres Vorbringen wiederholt und vertieft. Er macht im wesentlichen geltend: Die in der Teilungserklärung – Fassung vom 9. 12. 1992 – geregelte getrennte Verwaltung der beiden Häuser sei von den Vorinstanzen rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt worden; ideelle Einwirkungen auf ein Grundstück könnten nicht aufgrund § 1004 BGB untersagt werden, und schließlich sei ein etwaiger Anspruch der Antragsteller verwirkt, da der beanstandete Betrieb bereits 1994 begonnen habe und die Antragsteller bislang nichts dagegen eingewendet hätten.

Aus den Gründen: II. Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes, § 27 FGG.

Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Aus der getrennten Verwaltung beider Häuser der Wohnungseigentumsanlage folge nicht, dass die Pflichten al-

ler Beteiligten als Wohnungseigentümer gemäß den §§ 14 Nr. 1, Nr. 2 und 15 WEG damit aufgehoben wären. Dies ergäbe sich unter anderem daraus, dass es eine Hoffläche zwischen dem Vorderhaus und dem Hinterhaus gäbe, die gemeinschaftlich betreten und genutzt werde, so dass allein schon darüber die wechselseitigen Pflichten der Wohnungseigentümer zur Rücksichtnahme und ordnungsgemäßen Nutzung fortbestünden. Hierzu habe die Kammer aufgrund Anhörung der Beteiligten und der Vernehmung mehrerer Zeugen umfangreiche Ermittlungen angestellt, die zweifelsfrei ergäben, dass von dem Bordellbetrieb, den Mieter des Antragsgegners in einem Teil der Räume des Hauses betrieben, umfangreiche Störungen ausgingen, die die gemeinschaftliche Nutzung der Wohnungseigentumsanlage schwer beeinträchtigten. Alle Beteiligten und Zeugen hätten von durchgehendem Lärm tagsüber und insbesondere nachts berichtet, der die Beteiligten teilweise veranlasst habe, ihr Wohnungseigentum nicht mehr selbst zu nutzen, teilweise hätten die Beteiligten ihre Schlafzimmer verlegt. Soweit dies nicht möglich gewesen sei, hätten die Beteiligten bzw. Zeugen Unannehmlichkeiten tags- und nachtsüber in Kauf nehmen müssen, wenn Freier sich in der Adresse des Bordellbetriebes geirrt und an fremden Schellen geklingelt hätten, wenn Freier an Rollläden geklopft und gezerrt hätten, um sich Einlass zu verschaffen oder in Erfahrung zu bringen, ob in bestimmten Räumen ein Bordellbetrieb stattfindet. Weitere Beeinträchtigungen hätten darin gelegen, dass Zuhälter, die ihre Kampfhunde auf einem gegenüberliegenden Fremdgelände abgerichtet hätten, dann in den Bordellbetrieb unter Mitnahme ihrer Kampfhunde hineingegangen seien. Das Tor zum Hof sei häufig zugestellt gewesen, wenn Freier oder Zuhälter ihre Fahrzeuge falsch geparkt hätten. Die An- und Abfahrt der Gäste des Bordellbetriebs habe sich immer wieder lautstark gestaltet, insbesondere dadurch, dass Taxifahrzeuge tags und nachts vor- und abgefahren seien. Auf dem gemeinschaftseigenen Hofgelände hätten zeitweise Freier gewartet. Aus dem Gebäude seien menschliche Geräusche gedungen, die eindeutig auf die Durchführung geschlechtsbezogener Handlungen hätten rückschließen lassen. Dazu sei reichlich und lautstark Musik gemacht worden, die vor allen Dingen die Nachtruhe der Antragsteller und der anderen Bewohner schwer gestört habe. Selbst wenn alle Freier und Zuhälter gegangen gewesen seien, hätten die Prostituierten lautstark weitergefeiert. Zwei Beteiligte des Hauses hätten ohne Erfolg versucht, ihr Eigentum zu verkaufen, da jeder potentielle Käufer sofort das Interesse verloren habe, wenn er die näheren Umstände erkannt habe. Durch die vom Antragsgegner veranlasste Nutzung seien Sonder- und Gemeinschaftseigentum in übermäßiger und ungebührlicher Weise genutzt worden, was im krassen Widerspruch zur Teilungserklärung stehe, die die schlechte Nutzung als Wohnräume vorsehe. Unter diesen Umständen sei den Antragstellern nicht zuzumuten, den Bordellbetrieb zu dulden, den der Antragsgegner bzw. seine Mieter veranlassten bzw. durchführten. Der Betrieb des Bordells störe das Zusammenleben der Beteiligten auf dem gemeinsamen Grundstück so schwer, dass kein anderes Mittel zur Vermeidung bestehe, als den Bordellbetrieb zu untersagen.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Die geschilderten, erheblichen Belästigungen und sonstigen Beeinträchtigungen sind aktenkundig. Sie betreffen sowohl das Gemeinschaftseigentum – die Hoffläche – als auch das Sondereigentum der Wohnungseigentümer des Gebäudes. Die in § 9 der Teilungserklärung geregelte getrennte Verwaltung der beiden Häuser ist ohne Einfluss auf das Recht der Antragsteller, gemäß § 15 Abs. 3 WEG, 1004 BGB die Unterlassung des gesetz- und teilungserklärungswidrigen Gebrauchs zu verlangen.

Auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu den sogenannten ideellen Einwirkungen (BGHZ 95, 307, 308 ff. [= WM 1986, 69]) beruft sich der Antragsgegner ohne Erfolg.

Der BGH hat sich dort mit Beeinträchtigungen durch einen Bordellbetrieb befasst, dessen Vorgänge von außen „sinnlich nicht wahrgenommen“ werden konnten und bei dem kein anstößiges oder schamverletzendes Verhalten der Prostituierten oder ihrer Kunden außerhalb der Wohnung hinzukam. Hier liegt der Fall jedoch gerade anders, wie vom Landgericht ausführlich dargestellt und rechtsfehlerfrei beurteilt.

Im übrigen folgt der Senat der Rechtsauffassung des Verfassungsgerichtshofs Berlin (WM 2003, 39 [= GuT 2003, 21]), wonach das Grundrecht auf Eigentum es nicht gebietet, den Nachteilsbegriff des § 14 Nr. 1 WEG auf physikalische Einwirkungen wie Immissionen zu beschränken; entscheidend sei, dass sich ein Wohnungseigentümer durch einen Betrieb, der trotz gesetzlicher Erlaubtheit mit einem sozialen Unwerturteil breiter Bevölkerungskreise behaftet sei, beeinträchtigt fühlen könne, wobei eine nicht ganz unerhebliche, konkrete und objektive Beeinträchtigung schon daraus folge, dass die beanstandete Nutzung sich durchaus negativ auf den Verkehrswert und den Mietpreis der Eigentumswohnungen auswirken könne.

Zu Recht hat das Landgericht eine Verwirkung des Unterlassungsanspruchs verneint. Allein der Zeitablauf von sieben Jahren begründet noch keine Verwirkung, da zum Zeitpunkt jedenfalls das sogenannte Umstandsmoment hinzukommen muss. Danach muss sich der Verpflichtete aufgrund des Verhaltens des Berechtigten darauf eingerichtet haben, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und die verspätete Geltendmachung muss als eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte erscheinen; letzteres wird z. B. bejaht, wenn der Verpflichtete im Hinblick auf die Nichtgeltendmachung des Rechts Vermögensdispositionen getroffen hat (vgl. Palandt-Heinrichs, 61. Auflage, § 242 BGB Rdnrn. 93 ff.). Dazu hat der Antragsgegner erstmals mit der weiteren Beschwerde vortragen, er habe kostspielige Aufwendungen gehabt, um sein Eigentum zu sanieren, zu renovieren und zu verschönern. Dieses neue und darüber hinaus pauschale Vorbringen ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht zu berücksichtigen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 47 Satz 1 und 2 WEG. Die Erstattungsanordnung bezüglich der außergerichtlichen Kosten entspricht der Billigkeit; denn angesichts der überzeugenden Entscheidungsgründe des Landgerichts hätte der Antragsgegner die Aussichtslosigkeit seines Rechtsmittels erkennen können.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Schütz, Hünxe

§§ 16, 10 WEG
Wohnen, Hotel, Ladenlokale, Tiefgarage in der
WE-Anlage; Gemeinschaftskosten;
Fenstererneuerungen; Hausmeisterkosten

1. Bestimmt die Teilungserklärung, dass die Kosten für die Instandhaltung und -setzung der Fensterscheiben in Außenfenstern, die als Teil des Gemeinschaftseigentums räumlich zum Sondereigentum gehören, von den jeweiligen Sondereigentümern zu tragen sind, so trifft die einzelnen Eigentümer nicht die Pflicht, auch die Kosten für den Austausch bzw. die Erneuerung des ganzen Fensters zu tragen.

2. Ist in der Teilungserklärung die Hausmeistervergütung als zu den Gemeinschaftskosten gehörend aufgeführt, so sind diese Kosten nach dem geltenden Verteilungsschlüssel von allen Wohnungseigentümern zu tragen, auch wenn die im Leistungsverzeichnis des Hausmeistervertrages aufgeführten Leistungen des Hausmeisters einzelnen Wohnungs- oder Teileigentümer nicht oder kaum betreffen.

(OLGDüsseldorf, Beschluss vom 12. 3. 2003 – 3 Wx 377/02)

Zum Sachverhalt: Die Wohnungseigentumsanlage umfasst verschiedene Teileigentumseinheiten und zahlreiche Wohnungen. Die Beteiligten zu 1. bis 3. sind Eigentümer des „C.-Hotels“ mit einem Miteigentumsanteil von 1941/10 000 und des Restaurants „B.“ mit Miteigentumsanteilen von 227/10 000.

In der Versammlung vom 2. 7. 2001 haben die Wohnungseigentümer mit Mehrheit die Jahresabrechnung 2000 und den Wirtschaftsplan 2001 genehmigt. Die Beteiligten zu 1. bis 3. haben diese zu TOP 5.1 und TOP 7.1 gefassten Beschlüsse angefochten. Sie haben beantragt, dass die Hausmeisterkosten nach Miteigentums-Anteilen umgelegt worden sind, obwohl der Hausmeister für sie Arbeiten nur bezüglich der Tiefgarage erbringe. Ferner seien Reparaturkosten für 18 Velux-Dachfenster zu Unrecht allen Wohnungseigentümern angelastet worden, obwohl sie nach der Teilungserklärung nur von den jeweiligen Sondereigentümern der betreffenden Wohnungen zu tragen seien.

In der Teilungserklärung vom 13. 12. 1988 ist bezüglich der Verteilung der Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums in § 9 u. a. bestimmt:

„Die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, der Verwaltung und des gemeinschaftlichen Gebrauchs trägt die Miteigentümergeinschaft mit Ausnahme: ...

b) der Kosten für die Instandhaltung und Instandsetzung von folgenden Teilen des Gemeinschaftseigentums, die räumlich zum Sondereigentum gehören: Fensterscheiben in Außenfenstern oder Außentüren ... Diese Kosten hat der jeweilige Wohnungs- oder Teileigentümer, zu dessen Sphäre diese Bestandteile gehören, zusätzlich zu den Lasten und Kosten seines Sondereigentums zu tragen.

2. Zu den Gemeinschaftskosten gehören insbesondere: ... Hausmeistervergütung.“

In § 11 der Gemeinschaftsordnung ist bestimmt, dass die Miteigentümer über alle gemeinschaftlichen Angelegenheiten Vereinbarungen treffen können, soweit das Gesetz dies zulasse. Dies gelte insbesondere für die Lastentragung, bauliche Änderung und die Verwaltung. Solche Vereinbarungen erforderten Einstimmigkeit.

Das Amtsgericht Krefeld hat die Anträge der Beteiligten zu 1. bis 3. zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1. bis 3. ist beim Landgericht Krefeld ohne Erfolg geblieben. Mit der sofortigen weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1. bis 3. ihr Begehren weiter. Sie wiederholen ihr früheres Vorbringen und weisen insbesondere darauf hin, bei der Aufstellung der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung sei die Aufteilung des Gesamtkomplexes in verschiedene – autonome – Einheiten, nämlich Wohnen (W), Hotel (H), Ladenlokale (L) und Tiefgarage gewollt gewesen, d. h. es sollten trennbare Abrechnungseinheiten geschaffen werden. Lediglich über die gemeinsame Tiefgarage und einige technische Einrichtungen bestehe eine Verbindung der einzelnen Einheiten. Insoweit habe das Landgericht die Teilungserklärung nicht richtig ausgelegt. Die Beteiligten zu 2. sind dem Rechtsmittel entgegengetreten.

Aus den Gründen: II. Die gemäß § 45 Abs. 1 WEG, §§ 22 Abs. 1, 27, 29 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, denn die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung gesetzlicher Vorschriften im Sinne des § 27 FGG.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die Jahresabrechnung (Gesamt- und Einzelabrechnung 2000) enthalte bei der Verteilung der Kosten für den Hausmeister und die Erneuerung der 18 Velux-Fenster keinen Fehler.

Die Dachfenster gehörten als Teil der Dachfläche zum Gemeinschaftseigentum. Die Kosten für ihre Erneuerung seien deshalb gemäß § 9 der Teilungserklärung von allen Wohnungseigentümern zu tragen, denn diese Bestimmung der Teilungserklärung nehme bezüglich der Instandhaltung und Instandsetzung der Außenfenster nur die Fensterscheiben von der Kostenpflicht aller Wohnungseigentümer aus.

Auch die Hausmeisterkosten fielen nach der Bestimmung der Teilungserklärung eindeutig der Gemeinschaft zur Last. Eine Aufteilung der Kosten nach Blöcken oder Nutzungsberechtigten sei dabei nicht vorgesehen.

2. Diese Erwägungen des Landgerichts weisen keinen Rechtsfehler auf. Das Landgericht ist – ebenso wie das Amtsgericht – zutreffend davon ausgegangen, dass nach den maßgeblichen Bestimmungen der Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung die Kosten für die Erneuerung der 18 Dachfenster und die Hausmeisterkosten als Gemeinschaftskosten nach dem vorgesehenen Verteilungsschlüssel von allen Mitgliedern der Eigentümergemeinschaft getragen werden müssen.

Die als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragenen Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung unterliegen wie alle Grundbucheintragungen der selbständigen Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt (vgl. BGHZ 59, 205, 209; 92, 18, 19 [=WM 1985, 33]).

Das Grundbuch soll nach Sinn und Zweck allen am Rechtsverkehr Beteiligten (z. B. gutgläubigen Erwerbern, möglichen Rechtsnachfolgern, Gläubigern usw.) über die dingliche Rechtslage eindeutig Aufschluss geben. Aus diesem Grund unterliegen Eintragungen in das Grundbuch besonderen Anforderungen an Bestimmtheit und Klarheit. Dies gilt insbesondere bei Bestimmungen der Teilungserklärung, die einem Sondernachfolger Pflichten und Belastungen auferlegen (BGHZ 88, 302, 306). Darauf, was der Verfasser der Teilungserklärung mit der Bestimmung erreichen wollte, kommt es nicht an (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1986, 1336).

Hier sind nach § 1 der Teilungserklärung die 18 Dachfenster als Teil des Daches gemeinschaftliches Eigentum. Bezüglich der Kosten des Gemeinschaftseigentums und der Kosten der Instandhaltung und -setzung dieses Eigentums bestimmt die Teilungserklärung in § 9 zunächst eindeutig, dass diese von der Eigentümergemeinschaft zu tragen sind. Unter die in § 9 genannten Ausnahmen von diesem Grundsatz fällt die Erneuerung der Dachfenster nicht. Soweit die Kosten für die Instandhaltung und -setzung bestimmter Teile des Gemeinschaftseigentums, die räumlich zum Sondereigentum gehören, von den jeweiligen Sondereigentümern zu tragen sind und dabei auch die Fensterscheiben in Außenfenstern genannt sind, ist diese Bestimmung der Teilungserklärung nicht dahin auszulegen, dass auch der „Austausch“ eines Außenfensters – weil damit auch die Fensterscheiben „erneuert“ werden – nicht von der Gemeinschaft zu tragen ist.

Die Hausmeistervergütung ist in § 9 Abs. 2 der Teilungserklärung ebenfalls ausdrücklich als zu den Gemeinschaftskosten gehörend aufgeführt. Eine andere Verteilung dieser Kosten auf die Eigentümer als in § 9 Abs. 3 der Gemeinschaftsordnung vorgesehen, z. B. nach dem Umfang der „Inanspruchnahme“ des Hausmeisters oder der von diesem „für“ die einzelnen Eigentümer erbrachten Leistungen, kann der Gemeinschaftsordnung nicht entnommen werden. Wäre insoweit ein anderer Verteilungsschlüssel beabsichtigt gewesen, hätte es nahe gelegen, in die Gemeinschaftsordnung eine entsprechende Bestimmung aufzunehmen.

Es mag sein, dass das als Anlage zum Betreuungsvertrag zwischen dem Hausmeisterservice und der WEG genomme-

ne Leistungsverzeichnis Leistungen enthält, die das Teileigentum der Beteiligten zu 1. bis 3. nicht oder nur kaum betreffen. Die Gemeinschaftsordnung hat aber gerade im Hinblick auf eine unkomplizierte und der allgemeinen Regelung entsprechende Kostenverteilung davon abgesehen, die Hausmeistervergütung nach dem Umfang der Tätigkeit des Hausmeisters für die einzelnen Miteigentümer aufzuschlüsseln und den einzelnen Eigentümern zuzuordnen. Es kann auch nicht angenommen werden, dass sich die Tätigkeit des Hausmeisters auf den Betrieb des Hotels und des Restaurants durch die Beteiligten zu 1. bis 3. nicht bezieht. Zu den Aufgaben des Hausmeisters gehöre nämlich u. a. die Kontrolle und die Aufrechterhaltung des Betriebs der gemeinsamen Heizungsanlage, der Anlagen für Brandmelder, Lüftungen und Notstrom, der Außenbeleuchtung, der Tiefgarage sowie der Außenanlagen.

Im Übrigen kommt – worauf das Amtsgericht bereits zutreffend hingewiesen hat – die Tätigkeit des Hausmeisters auch bezüglich der Bereiche, die das Teileigentum der Beteiligten zu 1. bis 3. nicht unmittelbar betreffen, wie z. B. die Reinhaltung des Grundstücks, die Kontrolle und Instandhaltung der Einkaufspassage und die Instandhaltung des Gesamtkomplexes auch im Hinblick auf das Gesamterscheinungsbild der Anlage, das für den Betrieb des Hotels und des Restaurants der Beteiligten zu 1. bis 3. von erheblicher Bedeutung ist, den Beteiligten zu 1. bis 3. zugute.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 47 WEG. Es entspricht billigem Ermessen, dass die Beteiligten zu 1. bis 3. die gerichtlichen Kosten des Verfahrens der weiteren Beschwerde tragen. Der Senat hält es auch für geboten, die Erstattung der den übrigen Beteiligten im dritten Rechtszug notwendig entstandenen außergerichtlichen Kosten durch die Beteiligten zu 1. bis 3. anzuordnen, denn es wäre unbillig, die übrigen Beteiligten mit weiteren außergerichtlichen Kosten zu belasten, nachdem beide Vorinstanzen mit jeweils überzeugender Begründung das Begehren der Beteiligten zu 1. bis 3. zurückgewiesen hatten und eine Abänderung der vorausgegangenen Entscheidungen durch das Rechtsbeschwerdegericht nicht zu erwarten war.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Schütz, Hünxe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Teileigentum etc.

§ 16, 21, 43 WEG – Vorlagebeschluss; Beschlusskompetenz für den Einbau von Kaltwasserzählern in die Wohn- und Gewerbeeinheiten und für die Umstellung der Abrechnung auf Verbrauch

Der Einbau von Kaltwasserzählern bei zu erwartender Wirtschaftlichkeit und die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels nach Verbrauch bilden einen einheitlichen Verfahrensgegenstand, der unter die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft fällt und damit auch eine ersetzende gerichtliche Entscheidung über diesen Verfahrensgegenstand eröffnet (Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Düsseldorf ZMR 2002, 68 = NZM 2002, 349 = ZWE 2001, 559).

(KG, Vorlagebeschluss vom 10. 3. 2003 – 24 W 3/03)

Hinw. d. Red.: Entscheidungsabdruck in WM 2003, 401.

Art. 5, 14 GG; §§ 22, 14 WEG – Parabolantenne des Ausländers; zweckverfehlender Eigentümerbeschluss

1. Das Interesse dauerhaft in Deutschland lebender Ausländer als Wohnungseigentümer oder Mieter einer Eigentumswohnung an einer Parabolantenne als Voraussetzung für

den Zugang zu Programmen ihres Heimatlandes hat in der Regel Vorrang vor dem geschützten Interesse der übrigen Wohnungseigentümer an der auch optisch ungeschmälerten Erhaltung ihres Eigentums.

2. Ein Beschluss der Wohnungseigentümer über einen bestimmten Standort der Antenne entfaltet keine Bindungswirkung, wenn an diesem Standort der Empfang der begehrten Programme nicht gewährleistet ist.

(OLG Schleswig, Beschluss vom 12. 2. 2003 – 2 W 217/02)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung ist in WM 2003, 404 vollständig veröffentlicht.

§§ 10, 22 WEG – Öffnungsklausel für bauliche Veränderung; Pflasterung der gemeinschaftlichen Rasenfläche

Lässt die Teilungserklärung bauliche Veränderungen, die einer sinnvollen und zumutbaren Verbesserung der Wohnanlage dienen, mit Zwei-Drittel-Mehrheit zu, fällt darunter auch die Pflasterung einer Wegeabkürzung zum Müllplatz über eine gemeinschaftliche Rasenfläche, selbst wenn eine angrenzende Sondernutzungsfläche dadurch beeinträchtigt wird.

(KG, Beschluss vom 21. 5. 2003 – 24 W 253/02)

§§ 16, 28 WEG – Sonderbelastung eines Wohnungseigentümers in der Jahresabrechnung

1. Ausgaben der Gemeinschaft, die nur einen Wohnungseigentümer betreffen, können in die Jahresgesamtabrechnung aufgenommen und vollständig in die Einzelabrechnung des betreffenden Wohnungseigentümers eingestellt und damit auch bestandskräftig festgelegt werden (Senat vom 17. Januar 2001, 24 W 5898/00, NZM 2001, 294 = ZMR 2001, 307 = WM 2001, 148).

2. Ficht der Wohnungseigentümer mit der Sonderbelastung die Jahresabrechnung an, ist die materielle Berechtigung der Sonderbelastung nicht im Beschlussanfechtungsverfahren zu prüfen, sondern sowohl die Gesamtabrechnung wie auch die Einzelabrechnung des betroffenen Wohnungseigentümers nur insoweit für ungültig zu erklären.

3. Die Wohnungseigentümer müssen dann ergänzend zu der betreffenden Jahresabrechnung den strittigen Betrag nach dem auch sonst geltenden Schlüssel auf alle Wohnungseigentümer umlegen und können die gerichtliche Geltendmachung des Betrages gegen den betreffenden Wohnungseigentümer beschließen, wenn die Anspruchsverfolgung aussichtsreich ist.

(KG, Beschluss vom 26. 3. 2003 – 24 W 189/02)

§§ 27, 28 WEG – Vorlagebeschluss; Wohngeld-Vorfälligkeit bei Zahlungssäumnis

Ein Eigentümerbeschluss, der die Vorfälligkeit der monatlichen Beitragsvorschüsse bei Verzug mit mindestens zwei Teilbeträgen vorsieht, widerspricht regelmäßig nicht Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung. Wegen Abweichung von OLG Zweibrücken ZMR 2003, 136 = NZM 2002, 876 LS wird die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

(KG, Beschluss vom 28. 4. 2003 – 24 W 326/01)

§§ 23, 26 WEG – Mehrheit zur Verwalterwahl

Die Bestellung zum Verwalter erfordert die einfache Stimmenmehrheit der in der Versammlung anwesenden oder vertretenen Wohnungseigentümer; die relative Stimmenmehrheit genügt auch dann nicht, wenn die Wohnungseigentümer über mehrere Bewerber gleichzeitig abstimmen.

(BayObLG, Beschluss vom 13. 3. 2003 – 2Z BR 85/02)

Hinw. d. Red.: Entscheidungsveröffentlichung in Bay-ObLGZ 2003 Nr. 11 = WM 2003, 410.

§ 23 WEG; § 270 ZPO a. F. – Beschlussanfechtungsverfahren; demnächstige Zustellung; Gerichtskostenverfahren; Verwirkung des Anfechtungsrechts

Zu den Voraussetzungen einer rechtzeitigen Beschlussanfechtung in Wohnungseigentumssachen.

(OLG Schleswig, Beschluss vom 16. 1. 2003 – 2 W 139/02)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung ist in WM 2003, 234 vollständig veröffentlicht.

§§ 21, 26, 43, 44 WEG – Zeitrahmen für Notverwalterbestellung

1. Bei der Notverwalterbestellung kann das WEG-Gericht die Beschlussfassung der Wohnungseigentümer über eine Verwalterneubestellung entweder frei zulassen oder aber für eine bestimmte Zeit ausschließen oder die Verwalterabberufung nur aus wichtigem Grunde gestatten.

2. In konflikträchtigen Wohnanlagen kann eine Notverwalterbestellung auch für zwei oder drei Jahre rechtlich vertretbar sein.

(KG, Beschluss vom 14. 5. 2003 – 24 W 341/01)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung ist umfassend veröffentlicht in WM 2003, 412.

§ 10 ZVG – Privilegierte Aufwendungen des Zwangsverwalters; Wohngeldzahlungen; Versteigerung des Wohnungseigentums

a) Ausgaben der Zwangsverwaltung genießen nur dann den Vorrang vor Grundpfandrechten, wenn von ihnen im Einzelfall eine objekterhaltende oder -verbessernde Wirkung ausgeht; hierfür reicht es weder aus, daß die Zwangsverwaltung mit Recht angeordnet ist, noch, daß die Ausgaben bei vorhandenen Nutzungen aus diesen zu bestreiten gewesen wären.

b) Die Vergütung des Zwangsverwalters kann nur berücksichtigt werden, wenn die Zwangsverwaltung notwendig war, um das Grundstück für die Zwangsversteigerung zu erhalten oder wiederherzustellen. Im Falle der Versteigerung eines Wohnungseigentums muß regelmäßig hinzukommen, daß sich die Tätigkeit des Zwangsverwalters gerade auf das Sonderigentum und nicht auf das Gemeinschaftseigentum bezog.

c) Wird ein Wohnungs- oder Teileigentum versteigert, sind erbrachte Wohngeldzahlungen des Zwangsverwalters nur insoweit zu berücksichtigen, als sie objekterhaltend oder -verbessernd verwandt worden sind; dies muß der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger darlegen und beweisen.

BGH, Urteil vom 10. 4. 2003 – IX ZR 106/02)

Hinw. d. Red.: Die u. a. zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehene Entscheidung ist auch abgedruckt in WM 2003 391.

KL-Mitteleiter: Frau RiKG Z. Hinrichs, Berlin; Frau RiKG S. Kingreen, Berlin; VPräsOLG Lindemann, Schleswig; VRiKG Dr. Briesemeister, Berlin; RiBayObLG Demharter, München; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

Besteuerung

**Gleich lautende Erlasse
der obersten Finanzbehörden der Länder
Ermittlung des Gewerbeertrags
(§ 7 Gewerbesteuergesetz) bei der Auflösung einer
Ansparrücklage gemäß § 7g Einkommensteuergesetz
nach Eintritt der Gewerbesteuerpflicht
vom 23. Mai 2003, BStBl I S. 331**

Nach § 7g Abs. 3 EStG können Steuerpflichtige mit kleinen und mittleren Betrieben für die künftige Anschaffung oder Herstellung von neuen beweglichen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens gewinnmindernde Rücklagen bilden. Die Rücklage darf 40 vom Hundert der voraussichtlichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten des begünstigten Wirtschaftsguts nicht überschreiten und den Betrag von 154 000 Euro (vor dem 1. 1. 2002: 300 000 DM) nicht übersteigen. Sobald für das begünstigte Wirtschaftsgut Abschreibungen vorgenommen werden, ist die Rücklage nach § 7g Abs. 4 Satz 1 EStG in Höhe von 40 vom Hundert der tatsächlichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten gewinnerhöhend aufzulösen. Zu dieser Regelung gilt gewerbesteuerlich Folgendes:

Werden die Rücklagen bereits vor der Betriebseröffnung (= Beginn der Gewerbesteuerpflicht) gebildet, wirken sich die Ansparrücklagen gewerbesteuerlich nicht aus. Die gewinnerhöhende Auflösung der Rücklage nach Betriebseröffnung unterliegt jedoch der Gewerbesteuer.

Ich bin im Hinblick auf den Sinn und Zweck des § 7g EStG zur Vermeidung von Härten damit einverstanden, die gewinnerhöhende Auflösung der Rücklagen auf Antrag aus Billigkeitsgründen nach § 163 AO nicht in den Gewerbeertrag einzubeziehen, soweit die Bildung der Rücklage den Gewerbeertrag nicht gemindert hat.

Entsprechendes gilt für nach § 7g Abs. 7 EStG gebildete Rücklagen bei Existenzgründern.

Dieser Erlass ist in allen noch nicht bestandskräftigen Fällen anzuwenden. Er ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder.

(Es folgen die obersten Finanzbehörden mit jeweiligen Geschäftszeichen; vom Abdruck wird abgesehen).

**BMF-Schreiben vom 17. April 2003
(IV B 7 – S 7100 – 77/03), BStBl I S. 279**

Umsatzsteuerrechtliche Behandlung der Nutzungsüberlassung von Sportanlagen, Anwendungsbereich des Urteils des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 31. Mai 2001 (V R 97/98, BStBl II S. 658)

Nach dem Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt für die rechtliche Behandlung der Nutzungsüberlassung von Sportanlagen und zum Anwendungsbereich des BFH-Urteils vom 31. Mai 2001 (V R 97/98, BStBl II S. 658) Folgendes:

- I. Allgemeines
- II. Sportliche Nutzung durch den Endverbraucher
- III. Sonstige Nutzungsabsichten des Leistungsempfängers bei Nutzungsüberlassung von Sportanlagen
- IV. Zwischenvermietungen bei der Nutzungsüberlassung von Sportanlagen

[vom Abdruck zu I.–IV. wird abgesehen]

V. Anwendungsbereich des BFH-Urteils vom 31. Mai 2001 (V R 97/98, a. a. O.) für andere Anlagen als Sportanlagen

[beispielsweise Nutzungsüberlassung von Veranstaltungsräumen an einen Veranstalter für Konzerte, Theateraufführungen]

gen, Hochzeiten, Bürger- und Vereinsversammlungen und sonstige Veranstaltungen; Veranstaltungshalle zur Durchführung einer Ausstellung; Tonstudios samt Schallschutz, Mischpulten und ggf. einer Betreuung durch einen Tontechniker an Musiker]

Dieses Schreiben steht ab sofort für eine Übergangszeit auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern und Zölle – Steuern – Veröffentlichung zu Steuerarten – Umsatzsteuer – (www.bundesfinanzministerium.de/Umsatzsteuer-478.htm) zum Download bereit.

Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Steuerrecht etc.

§ 4 EStG – Ärztliche Notfallpraxis kein „häusliches Arbeitszimmer“

Eine ärztliche Notfallpraxis ist kein häusliches Arbeitszimmer i. S. des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG, selbst wenn sie mit Wohnräumen des Arztes räumlich verbunden ist. Als Notfallpraxis sind dabei Räume zu verstehen, die erkennbar besonders für die Behandlung von Patienten eingerichtet und für jene leicht zugänglich sind.

(BFH, Urteil vom 5.12.2002 – IV R 7/01)

Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz

– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 463 –

Hinw. d. Red.: Vgl. BFH GuT 2003, 107 KL.

§§ 15, 22 EStG – Wohnmobil-Vermietung im Gewerbebetrieb an einen einzigen Geschäftspartner, von dem zuvor erworben wurde

1. Ein Steuerpflichtiger beteiligt sich auch dann am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, wenn er Leistungen nur an einen einzigen Abnehmer erbringt und die zu beurteilende Tätigkeit nach Art und Umfang dem Bild einer unternehmerischen Marktteilnahme entspricht (Anschluss an BFH-Urteil vom 15. Dezember 1999 I R 16/99, BFHE 191, 45, BStBl II 2000, 404).

2. Der Erwerb, die Vermietung und Veräußerung von Wohnmobilen sind gewerblich, wenn die einzelnen Tätigkeiten sich gegenseitig bedingen und derart miteinander verflochten sind,

dass sie nach der Verkehrsanschauung als einheitlich anzusehen sind.

(BFH, Urteil vom 22.1.2003 – X R 37/00)

Vorinstanz: FG Münster (EFG 2000, 1135)

– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 464 –

§ 6 EStG – Kfz des Jagdpächters; 1-v.H.-Regelung

Kombinationskraftwagen (hier: Geländewagen) sind ungeachtet ihrer kraftfahrzeugsteuerrechtlichen Einordnung als (gewichtsbesteuerte) „andere Fahrzeuge“ i. S. von § 8 Nr. 2 KraftStG auch dann Kfz i. S. des § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG (sog. 1-v.H.-Regelung), wenn sie über ein zulässiges Gesamtgewicht von mehr als 2,8 t verfügen.

(BFH, Urteil vom 13.2.2003 – X R 23/01)

Vorinstanz: FG Baden-Württemberg (EFG 2001, 558)

– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 472 –

§ 21 EStG; § 115 FGO – Einkünfteerzielungsabsicht; VuV; Werbungskostenüberschüsse; fremdfinanzierter, unbebauter Jagdpacht-Grundbesitz

Die der Vorschrift des § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG zugrunde liegende typisierende Annahme, dass bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit der Steuerpflichtige beabsichtigt, letztlich einen Einnahmeüberschuss zu erwirtschaften (BFH-Urteil vom 30. September 1997 IX R 80/94, BFHE 184, 406, BStBl II 1998, 771), gilt nicht für die dauerhafte Verpachtung von unbebautem Grundbesitz.

(BFH, Beschluss vom 25.3.2003 – IX B 2/03)

Vorinstanz: FG Düsseldorf

– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 479 –

§§ 9, 21 EStG; Art. 105 GG – Ferienwohnung; Zweitwohnungssteuer als Werbungskosten der VuV

Die vom Inhaber einer Ferienwohnung gezahlte Zweitwohnungssteuer ist mit dem auf die Vermietung der Wohnung an wechselnde Feriengäste entfallenden zeitlichen Anteil als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbar.

(BFH, Urteil vom 15.10.2002 – IX R 58/01)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG (EFG 2002, 828)

– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 287 –

Magazin

Politik und Recht

BGH-Pressmitteilung Nr. 38/2003 vom 19.3.2003

Zum Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz bei der Regulierung von Unfallschäden durch Autovermieter

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18.3.2003 – VI ZR 152/02) hat in einer Sache entschieden, in der es darum geht, ob der Schaden, der einem Unfallgeschädigten dadurch entstanden ist, daß er nach dem Unfall einen Mietwagen benutzt hat, gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schädigers in der Weise wirksam geltend gemacht werden kann, daß auf Veranlassung des Autovermieters ein Inkassobüro eingeschaltet wird.

Zwischen den Autovermietern und den Kraftfahrzeughaftpflichtversicherern bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob es gerechtfertigt ist, den Unfallgeschädigten für die Anmietung eines Mietwagens sogenannte Unfallersatztarife zu berechnen, die höher sind als die üblichen Mietwagenkosten. Hat der Unfallgeschädigte ein Mietfahrzeug zum Un-

fallersatztarif angemietet, geht es darum, die so entstandenen Kosten von dem Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer des Schädigers ersetzt zu bekommen. Die Autovermieter sind darum bemüht, bei der Durchsetzung derartiger Schadensersatzansprüche in gewisser Weise mitzuwirken. Je nach Art und Umfang dieser Bemühungen verstoßen sie damit aber gegen das Rechtsberatungsgesetz (RBERG). Nach Artikel 1 § 1 RBERG darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt worden ist. Autovermietern, denen eine solche Erlaubnis regelmäßig nicht erteilt wird, ist es deshalb nach einhelliger Rechtsprechung grundsätzlich nicht gestattet, für unfallgeschädigte Kunden eine Schadensregulierung durchzuführen.

In dem zu entscheidenden Fall hatte das Mietwagenunternehmen seine Kunden veranlaßt, ihre Ansprüche auf Ersatz der Mietwagenkosten an ein zur Rechtsberatung zugelassenes Inkassobüro abzutreten, welches dann seinerseits die abgetretenen Schadensersatzansprüche an das Mietwagenun-

ternehmen zur Sicherheit abtrat. In der Folge betrieben sowohl der Autovermieter als auch das Inkassobüro die Regulierung der Mietwagenkosten gegenüber dem Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer des Schädigers. Da der Haftpflichtversicherer die Zahlung ablehnte, hat ihn das Inkassobüro im vorliegenden Rechtsstreit auf Zahlung verklagt.

Die Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg. Das Oberlandesgericht Hamm hat die Abtretungen der Ansprüche als nichtig angesehen, weil mit der gewählten Vorgehensweise eine Umgehung des Artikel 1 § 1 RBERG bezweckt werde. Es hat gemeint, bei einer derartigen Vertragskonstruktion handle es sich um eine bloße Anpassung an die Rechtsprechungsgrundsätze, während in Wahrheit der Autovermieter seine Ansprüche, insbesondere den Unfallersatztarif, verfolgen und durchsetzen wolle.

Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof gebilligt. Der Fall gab keine Veranlassung, von den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen abzuweichen. Das Oberlandesgericht Hamm hat in seinem der Revisionsentscheidung zugrundeliegenden Berufungsurteil auch rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Einschaltung des Inkassobüros auf Veranlassung des Autovermieters nur deshalb erfolgte, um den Folgen der Rechtsprechung zum Rechtsberatungsgesetz zu entgehen. Dabei ist es zu Recht davon ausgegangen, daß nicht schon durch die Einschaltung des Inkassobüros und des von diesem beauftragten Anwalts der Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz vermieden werden konnte. Entscheidend war, daß die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche der Geschädigten letztlich von dem Autovermieter betrieben wurde, er also den Geschädigten Rechtsangelegenheiten abgenommen hat, um die sich diese eigentlich selbst zu kümmern hatten.

BGH-Pressemitteilung Nr. 54/2003 vom 11. 4. 2003

Zum Anspruch des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber auf Herausgabe einer Bürgschaft auf erstes Anfordern

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte über eine Klage eines Auftragnehmers eines Bauvertrages gegen den Auftraggeber zu entscheiden, mit der die Herausgabe einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verlangt worden ist. Dabei stellte sich die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der Auftragnehmer aufgrund der Sicherungsvereinbarung der Parteien nur eine selbstschuldnerische Bürgschaft ohne die Bürgschaftsverpflichtung auf erstes Anfordern schuldet.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden (Urteil vom 10. April 2003 – VII ZR 314/01), daß der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, die Bürgschaft an den Auftragnehmer herauszugeben, wenn der Bürge dem Auftraggeber eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestellt hat, obwohl der Auftraggeber aufgrund der Sicherungsvereinbarung nur einen Anspruch auf eine selbstschuldnerische Bürgschaft ohne die Bürgschaftsverpflichtung auf erstes Anfordern hat. Der Auftraggeber muß sich allerdings gegenüber dem Auftragnehmer und dem Bürgen schriftlich verpflichten, die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern, sondern nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend zu machen. Die Entscheidung betraf eine Gewährleistungsbürgschaft, ihre Grundsätze sind auf alle Bürgschaften anwendbar, die als Sicherungsmittel in einem Bauvertrag vereinbart werden. Von aktueller Bedeutung sind die Grundsätze dieser Entscheidung für alle Altfälle, in denen die Sicherungsvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers vorsieht, daß der Auftragnehmer zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen hat (BGH, Urt. v. 4. Juli 2002 – VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229 = BauR 2002, 1533 = ZfWR 2002, 784). Eine derartige Sicherungsvereinbarung ist unwirksam. Verträge, die vor dem Bekanntwerden dieser Entscheidung abgeschlossen worden sind, werden dahingehend ergänzt, daß der Auftragnehmer eine unbefristete, selbstschuldnerische Erfüllungsbürgschaft schuldet. Soweit der Auftragnehmer in ei-

nem derartigen Fall eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestellt hat, kann er von dem Auftraggeber nur die genannte Verpflichtungserklärung verlangen, nicht hingegen die Herausgabe der Bürgschaft.

BGH-Pressemitteilung Nr. 64/2003 vom 20. 5. 2003

Entscheidung des Kartellsenats im Streit zwischen Apollo Optik und drei Franchisenehmern

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 20. 5. 2003 – KZR 19/02, KZR 27/02, KZR 29/02) hat in drei von insgesamt 17 bei ihm anhängigen Parallelverfahren über eine Reihe von Ansprüchen entschieden, die von ehemaligen Apollo-Franchisenehmern gegen die Apollo Optik GmbH & Co KG (fortan: Apollo) erhoben werden.

Apollo betreibt die bundesweit zweitgrößte Kette von Optiker-Fachgeschäften mit – im Jahr 1999 – ca. 150 eigenen Filialen und 90 Franchisebetrieben. Ihr Warensortiment beziehen die Franchisenehmer im eigenen Namen weitgehend von Lieferanten, die auch die Apollo-Filialen beliefern. Mit diesen Lieferanten hat Apollo nach Abnahmemengen gestaffelte Preisnachlässe bis zu 52% auf die jeweiligen Listenpreise ausgehandelt. Auf Veranlassung von Apollo wurden diese Rabatte den Franchisenehmern bei deren Wareneinkäufen von den Lieferanten nicht in voller Höhe, sondern jeweils nur zum Teil (bis zu einer Höhe von 38%) eingeräumt. Die Differenz zur ausgehandelten Rabatthöhe hatten die Lieferanten an Apollo abzuführen. Die Franchisenehmer wurden über den Inhalt der Rabattvereinbarungen und über die Abführung der „Differenzrabatte“ nicht informiert; sie erlangten hiervon im Frühjahr 1999 aufgrund eines Versehens Kenntnis. Ein Teil der Franchisenehmer forderte daraufhin die Herausgabe der von Apollo vereinnahmten „Differenzrabatte“ und Auskunft über deren Höhe. Entsprechende Stufenklagen waren zweitinstanzlich bei den verschiedenen Oberlandesgerichten anhängig. Während die Franchisenehmer vor den Oberlandesgerichten Düsseldorf, Koblenz und München insoweit unterlagen, hatten die Klagen vor den Oberlandesgerichten Bremen, Frankfurt am Main und Karlsruhe Erfolg.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat die von Apollo gegen ein Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main gerichtete Revision zurückgewiesen (KZR 27/02) und den Revisionen zweier Franchisenehmer gegen klageabweisende Urteile der Oberlandesgerichte München (KZR 19/02) und Koblenz (KZR 29/02) stattgegeben. Als Grundlage des auf Herausgabe der „Differenzrabatte“ gerichteten Klagebegehrens hat er eine Klausel in dem von Apollo bundesweit einheitlich verwendeten Franchisevertrag angesehen, nach der Apollo „Vorteile ... zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge“ an die Franchisenehmer weiterzugeben hat. Nach Auffassung des Kartellsenats erfaßt diese Klausel jedenfalls in ihrer nach § 5

Deutscher Mietgerichtstag e.V.

Vortragsveranstaltung im Rahmen des Deutschen Richtertages am 16. September 2003, 14. 30 bis 18.00 Uhr im Kulturpalast, Schloßstraße 2, 01067 Dresden

1. Thema: Prof. Dr. Friedemann Stornel

Schönheitsreparaturen und kein Ende

Schönheitsreparaturen nach der Schuldrechtsreform während und nach Ende des Mietverhältnisses

2. Thema: VorsRiLG Dr. Hans Langenberg

Formelle Mängel der Betriebskostenabrechnung und ihre Heilung

Die Teilnahme an dieser Veranstaltung ist kostenlos. Die Veranstaltung findet als workshop im Rahmen des Deutschen Richtertages statt.

Es gibt leider nur eine begrenzte Anzahl von Plätzen.

Eine Anmeldung ist deshalb dringend erforderlich. Deutscher Mietgerichtstag e.V., Postfach 021041, 10121 Berlin, Fax 030/2232346, anmeldung@mietgerichtstag.de

des AGB-Gesetzes (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) maßgeblichen „kundenfreundlichsten“ Auslegung auch die Rabatte auf die Listenpreise der Lieferanten, von denen die Franchisenehmer ihre Ware beziehen.

In dem Verfahren KZR 19/02 herrschte ferner Streit darüber, ob Apollo berechtigt war, bestimmte Werbematerialien, die zur Begleitung von Fernseh-Werbekampagnen bestimmt waren, den Franchisenehmern nur unter der Voraussetzung zu überlassen, daß diese entweder einer Erhöhung der vertraglich vereinbarten Werbepauschale von 3% auf 6% des Nettoumsatzes zustimmten oder eine zusätzliche Vergütung in Höhe der Selbstkosten zahlten. Auch diesen Streit entschied der Bundesgerichtshof auf der Grundlage der vertraglichen Regelung zugunsten der Franchisenehmerin.

Ebenfalls in dem Verfahren KZR 19/02 war über die weitere Frage zu entscheiden, ob mehrere von Apollo ausgesprochene außerordentliche Kündigungen des Franchisevertrages unwirksam waren und Apollo demzufolge für den kündigungsbedingten Schaden der Franchisenehmerin aufzukommen hat. In diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof eine Vertragsklausel beanstandet, nach der das Vertragsverhältnis, „ohne daß ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes vorliegt“, mit dreimonatiger Frist gekündigt werden kann, wenn das Vertrauensverhältnis ernsthaft gestört ist. Der Antrag der Franchisenehmerin auf Feststellung, daß der kündigungsbedingte Schaden zu ersetzen ist, hatte daher Erfolg.

Ein weiterer Streitpunkt zwischen Apollo und verschiedenen Franchisenehmern stand in dem Verfahren KZR 27/02 zur Entscheidung. Gegenstand von Beanstandungen der Franchisenehmer sind Werbekampagnen des Jahres 1999, bei denen Apollo mit Endverkaufspreisen – beispielsweise für „Vari-View“-Gleitsichtbrillen mit dem Slogan „jetzt 299 statt 899 DM“ – warb, ohne bei der Preisangabe zwischen den eigenen Filialen und den Franchisebetrieben zu unterscheiden. Die Franchisenehmer sehen darin eine unzulässige Bindung ihrer Endabgabepreise durch Apollo. Auch in diesem Punkt unterlag die Franchisegeberin. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat (Urt. v. 2. 2. 1999 – KZR 11/97, BGHZ 140, 342 – Preisbindung durch Franchisegeber), kann von einer nicht nach Filialen und Franchisebetrieben differenzierenden Werbung mit Endverkaufspreisen ein wirtschaftlicher Druck auf die Franchisenehmer ausgehen, der einer nach § 14 GWB verbotenen vertraglichen Preisbindung gleichkommt. Auch Preiszusätze „ab“ und – bei Reduzierungen – „bis zu“ sichern den Franchisenehmern keinen ausreichenden Preisgestaltungsspielraum, da der Kunde sie nicht auf die Organisationsform des einzelnen Apollo-Optik-Fachgeschäfts, sondern auf die beworbene Ware beziehen und demgemäß erwarten wird, wenigstens einen der beworbenen Artikel zu dem genannten günstigen Preis vorzufinden.

BGH-Pressmitteilung Nr. 66/2003 vom 22. 5. 2003

Zur Strafbarkeit der Vermietung pornographischer Videofilme mittels „intelligenter“ Automaten

„Ladengeschäft“ und biometrisches Sicherheitssystem (Red.)

Das Landgericht Stuttgart hatte die Angeklagten vom Vorwurf der Verbreitung pornographischer Videofilme und des Verstoßes gegen das Jugendschutzgesetz a. F. freigesprochen. Die dagegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft hat der Bundesgerichtshof als unbegründet verworfen (Urteil vom 22. 5. 2003 – 1 StR 70/03).

Nach den Feststellungen betrieben die Angeklagten eine sogenannte Automatenvideothek, in der unter anderem Filme pornographischen Inhalts erhältlich waren. Um auch ohne Ladenpersonal eine wirksame Alterskontrolle zu gewährleisten, mußten die Kunden bei den Angeklagten einen Aufnahmeantrag stellen. Dabei wurden ihre Angaben nach persönlicher Vorsprache anhand eines vorzulegenden Ausweispapiers

überprüft und der Daumenabdruck eingelesen. Anschließend erhielten sie Chipkarte und PIN. Mit der Chipkarte war die Tür zum Automatenraum zu öffnen. Die Besichtigung des Filmangebotes und die Anmietung von Filmen am Automaten war erst nach einem Abgleich von Chipkarte, PIN und Daumenabdruck des Kunden möglich. Ein Mißbrauch von Chipkarte und PIN durch Jugendliche war nach den Feststellungen des Landgerichts in dem videoüberwachten Automatenraum nicht beobachtet worden. Auch bestanden keine Anhaltspunkte für eine Fehlfunktion des biometrischen Sicherheitssystems.

Die Strafbarkeit des Betriebs von derartigen Automatenvideotheken ist in der Rechtsprechung, insbesondere der Verwaltungsgerichte, umstritten.

Der Bundesgerichtshof hat unter den gegebenen Umständen eine Strafbarkeit der Angeklagten insbesondere nach § 184 Abs. 1 Nr. 3a StGB verneint. Nach dieser Vorschrift ist die Vermietung von Videofilmen mit pornographischem Inhalt nur in Ladengeschäften zulässig, die Minderjährige unzugänglich sind und auch nicht von ihnen eingesehen werden können. Von der Strafbarkeit sind daher Spezialgeschäfte, die einen effektiven Jugendschutz gewährleisten, ausgenommen. Diese Voraussetzungen sah der Senat nach den vom Landgericht zur Zuverlässigkeit des Systems getroffenen und das Revisionsgericht bindenden Feststellungen als gegeben an. Dabei hat der Senat im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm und eine am 1. April 2003 eingetretene Änderung des Jugendschutzrechts darauf abgestellt, daß der Begriff des „Ladengeschäfts“ nicht zwingend die Anwesenheit von Personal voraussetzt, wenn, wie dies hier der Fall war, durch technische Sicherungsmaßnahmen eine qualitativ vergleichbare effektive Jugendschutz- und Alterskontrolle zuverlässig gewährleistet sei. Bei der Einführung des § 184 Abs. 1 Nr. 3a StGB im Jahre 1985 sei der Gesetzgeber zwar noch davon ausgegangen, nur anwesendes Personal könne verhindern, daß Minderjährige in einer Videothek indiziertes Material anmieteten. Über diese Vorstellung sei die technische Entwicklung jedoch hinweggegangen, was eine andere Bewertung gebiete.

Über eine Fallgestaltung, bei der sich das verwendete Sicherungssystem als nicht effektiv erweist, hatte der Senat nicht zu entscheiden.

BGH-Pressmitteilung Nr. 76/2003 vom 18. 6. 2003

Zur Fortgeltung von Kündigungsfristen in Wohnungsmietverträgen nach dem Inkrafttreten der Mietrechtsreform

Der für das Wohnungsmietrecht zuständige VIII. Zivilsenat hatte heute in vier Fällen (Urteile vom 18. Juni 2003 – VIII ZR 240/02 –; – VIII ZR 324/02 –; – VIII ZR 339/02 –; – VIII ZR 355/02 –) darüber zu befinden, inwieweit die gesetzliche Neuregelung der kurzen Dreimonatsfrist für die Kündigung einer Wohnung durch den Mieter für vor dem 1. September 2001 abgeschlossene Mietverträge gilt. Der Senat hat entschieden, daß in solchen Verträgen enthaltene Formulklauseln, in denen die damaligen – nach Mietdauer gestaffelten – gesetzlichen Kündigungsfristen wörtlich oder sinngemäß wiedergegeben wurden, fortgelten und nicht nach § 573 c Abs. 4 BGB unwirksam sind.

Den zugelassenen Revisionen lagen vor dem 1. September 1996 bzw. vor dem 1. September 1991 abgeschlossene Mietverträge zugrunde, die in einer Formulklausel die für eine ordentliche Kündigung damals geltenden Fristen des § 565 Abs. 2 BGB wörtlich oder sinngemäß wiederholten. Danach betrug die Kündigungsfrist für den Mieter und den Vermieter bei einer Mietdauer von bis zu fünf Jahren drei Monate, danach sechs Monate, ab dem achten Jahr neun Monate und nach zehn Jahren Mietdauer ein Jahr. Durch das am 1. September 2001 in Kraft getretene Mietrechtsreformgesetz vom 29. März 2001 (BGBl. I S. 1149) sind die gesetzlichen Fristen für die ordentliche Kündigung eines auf unbestimmte Zeit abge-

GuT

schlossenen Mietvertrages geändert worden. Der an die Stelle von § 565 Abs. 2 BGB getretene neue § 573 c Abs. 1 BGB sieht für die Kündigung des Mieters unabhängig von der Mietdauer eine Frist von drei Monaten vor. Eine Vereinbarung, die davon zum Nachteil des Mieters abweicht, ist unwirksam (§ 573 c Abs. 4 BGB). Die Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB bestimmt dazu, daß § 573 c Abs. 4 BGB keine Anwendung findet, wenn (von § 573 c Abs. 1 BGB abweichende) Kündigungsfristen vor dem 1. September 2001 „durch Vertrag vereinbart“ worden sind.

In allen vier Fällen hatten die Mieter nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung ihre Mietverträge gekündigt und sich auf den Standpunkt gestellt, daß dadurch ihr Mietverhältnis mit Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist des § 573 c Abs. 1 BGB beendet worden sei. Die Vermieter vertraten demgegenüber die Auffassung, daß die sich aus den Mietverträgen ergebende längere Kündigungsfrist fortgelte und deshalb das Mietverhältnis entsprechend länger fortbestehe.

Der VIII. Zivilsenat ist der Auffassung, die in den Mietverträgen enthaltenen Kündigungsfristen seien hier weiterhin maßgebend, weil eine vor dem 1. September 2001 getroffene vertragliche Vereinbarung über die Kündigungsfristen – im Sinne des Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB – auch dann vorliege, wenn in einer Formulklausel die früheren gesetzlichen Kündigungsfristen wörtlich oder sinngemäß wiedergegeben wurden. Dies ergebe sich nicht nur aus dem Wortlaut der Übergangsvorschrift und ihrem sachlichen Zusammenhang mit § 573 c Abs. 4 BGB, sondern auch aus der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung für das Mietrechtsreformgesetz. Danach sollte mit der Übergangsvorschrift aus Gründen des Vertrauensschutzes sichergestellt werden, daß vor dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes wirksam vereinbarte Kündigungsfristen auch zukünftig wirksam bleiben (BT-Drucks. 14/4553, S. 77). Dazu gehört auch eine formularvertragliche Vereinbarung, in der die früheren – teilweise dispositiven – gesetzlichen Kündigungsfristen wiedergegeben wurden. Der Rechtsausschuß des Bundestages hat der im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgeschlagenen Fassung der Übergangsvorschrift ohne Änderungsempfehlung zugestimmt. Seinen von der Gesetzesbegründung der Bundesregierung abweichenden Ausführungen, die in einer Formulklausel wiedergegebenen früheren gesetzlichen Kündigungsfristen sollten nur dann fortgelten, wenn sich aus dem Vertragskontext oder sonstigen Umständen bei Vertragsschluß ergebe, daß die Parteien ein besonderes Interesse an der Geltung der damaligen gesetzlichen Fristen gehabt und gerade vor diesem Hintergrund diese Regelung „ganz bewußt“ getroffen hätten (BT-Drucks. 14/5663, S. 83), ist der Senat nicht gefolgt. Er hat darauf hingewiesen, daß eine solche Einschränkung des Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB in der Formulierung der Übergangsvorschrift keinen Ausdruck gefunden habe. Auch lasse es die Zielsetzung der Mietrechtsreform, durch ein verständliches und transparentes Mietrecht dem Rechtsfrieden zu dienen (BT-Drucks. 14/4553, S. 1; BT-Drucks. 14/5663, S. 2), nicht als sachgerecht erscheinen, die Frist für die Kündigung eines vor dem 1. September 2001 abgeschlossenen Mietvertrages durch den Mieter von einer konfliktträchtigen und wenig aussichtsreichen Aufklärung des Ablaufs der viele Jahre zurückliegenden Vertragsverhandlungen abhängig zu machen. Der Mieter werde

auch nicht unzumutbar belastet, wenn er grundsätzlich an den vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen festgehalten werde. Er habe in den vom Rechtsausschuß angesprochenen Härtefällen – wie schon nach bisherigem Recht – einen Anspruch auf vorzeitige Aufhebung des Mietvertrages, wenn er einen Ersatzmieter stelle.

Bundeskartellamt: Bekanntmachung Nr. 93/2003 vom 23. 5. 2003 über die Anmeldung der Empfehlung „Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Kunsthandel“

Der Deutsche Kunsthandelsverband e.V., Berlin, hat am 14. Mai 2003 die Empfehlung „Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Kunsthandel“ nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beim Bundeskartellamt angemeldet.

Der Deutsche Kunsthandelsverband e.V. empfiehlt seinen Mitgliedern die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unverbindlich zur Verwendung im Geschäftsverkehr mit ihren Abnehmern. Es steht den Mitgliedern frei, der Empfehlung zu folgen oder andere Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden.

Quelle und Abdruck der AGB in BAnz. Nr. 106 v. 11. 6. 2003 S.12630.

Bundeskartellamt: Bekanntmachung Nr. 42/2003 vom 5. 3. 2003 über die Anmeldung der Neufassung von Empfehlungen des Hotelverbandes Deutschland e.V.

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Hotelaufnahmevertrag

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen für Veranstaltungen

Der Hotelverband Deutschland (IHA) e.V., Berlin, hat am 26. Februar 2003 die Neufassungen seiner Empfehlungen „Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Hotelaufnahmevertrag“ und „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Veranstaltungen“ nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beim Bundeskartellamt angemeldet.

Der Hotelverband Deutschland (IHA) e.V. empfiehlt seinen Mitgliedsunternehmen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unverbindlich zur Verwendung im Geschäftsverkehr mit den Kunden. Den Adressaten steht es frei, der Empfehlung zu folgen oder andere Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden.

Quelle und Abdruck der AGB in BAnz. Nr. 50 v. 13. 3. 2003 S. 424 f.

Hinweis d. Red.: Vorgesehen für die Ausgabe September 2003 der GuT ist ein Beitrag von W. Joachim zum Thema „Risikozuweisungen durch Hotel-AGB“ betr. die AGB für den Hotelaufnahmevertrag und für Veranstaltungen.

