

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**6/03**

**3. Jahrgang**

**Heft 13 · November 2003**

**S. 205–244**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**K. F. Wiek:**

**Das Rätsel Schriftform bei der GbR**

## **Gewerbemiete**

**Mietvertrag; gesetzliche Schriftform  
(BGH)**

**Baumarkt; Kundenparkplätze  
(OLG Rostock)**

**Lagerhalle; Brandschutz (KG)**

**Vermieterpfandrecht (OLG Düsseldorf)**

**Tankstellenhalter; Provisionen (BGH)**

**Jagdpacht (OLG Celle; LG Landau)**

**Maklerleistung; abweichender  
Hauptvertrag (OLG Hamburg)**

**Franchise (BGH)**

## **Wettbewerb**

## **Teileigentum**

**Betriebliche Mitbenutzung einer  
Sondernutzungsfläche  
(OLG Frankfurt/M.)**

**Kinosaal in der Wohnanlage (KG)**

## **Besteuerung**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

K. F. Wiek,  
**Das Rätsel Schriftform bei der GbR**  
– Anmerkung zu BGH GuT 2003, 209 – **207**

## Gewerbemiete

Mietvertrag; gesetzliche Schriftform; Unterschrift eines Vertreters der BGB-Gesellschaft (BGH) **209**

Grundstücksmiete; DDR-Gebäudeeigentum; Geschäftsgrundlage; Vertragsanpassung (BGH) **210**

Baumarkt; Kundenparkplätze; Zuparken durch fremde Kunden und andere Grundstücksmieter; Mietminderung; Schadensersatz (OLG Rostock) **212**

Büroraum; Kündigung; gesundheitsgefährdende Beschaffenheit; fehlendes Treppengeländer (LG Landau (Pfalz)) **214**

Lagerhalle; Gesundheitsgefährdung bei Großbrand; Brandschutzeinrichtungen; fristlose Kündigung; Mietminderung (KG) **215**

Rückgabe der Mieträume; Vorenthaltung; Rücknahme der Schlüssel; Annahmeverzug; Kfz-Werkstatt (OLG Düsseldorf) **217**

Verzicht; Vermieterpfandrecht; in gemietete Wohnräume eingebrachte Sachen; Pkw (OLG Düsseldorf) **218**

Kfz-Miete; LKW; Haftungsausschluss zg. des Kunden; AGB; Verschulden des Mieters (OLG Rostock) **219**

Tankstelle; Tankstellenbesitzer; Tankstellenhalter; Handelsvertreterausgleich; Stammkunden; Provisionen; Betriebskosten; Vertragsbeendigung (BGH) **221**

Unfallverhütungsvorschriften; Verkehrssicherungspflicht für einen Jagd-Hochsitz (OLG Koblenz) **226**

Jagdpacht; Kündigung; Mitpächter (OLG Celle – nur Leitsatz mit download) **227**

Jagdпacht; Jagdhütte als Scheinbestandteil des Grund und Bodens; Herausgabeanspruch des nachfolgenden Jagdausübungsberechtigten gegen den früheren Pächter; Landesrechte (LG Landau (Pfalz) – nur Leitsatz mit download) **227**

Maklerleistung; Provisionsanspruch; abweichender Hauptvertrag; Kausalität der Leistung (OLG Hamburg) **227**

Räumungsvollstreckung; Titel gegen den Untermieter (BGH) **231**

Durchsetzung der Betriebspflicht; einstweilige Verfügung (LG/OLG Hamburg) **231**

Franchise; Weitergabe von Einkaufsvorteilen; Kündigung aus wichtigem Grund; Apollo-Optik (BGH – nur Leitsatz mit download) **233**

Preisbindung durch Franchisegeber II; Apollo-Optik (BGH – nur Leitsatz mit download) **233**

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc. **234**

## Wettbewerb

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. **235**

## Teileigentum

Mitbenutzung der Sondernutzungsfläche eines Teileigentümers als Betriebszufahrt des weiteren Teileigentümers; Tankstelle und Werkstatt (OLG Frankfurt am Main) **236**

Ehemaliger Kinosaal in der Wohnanlage; Änderung des Kostenverteilungsschlüssels (KG – nur Leitsatz mit download) **237**

(Rechts)Beschwerdebefugnis der Wohnungseigentümer auf Antragsgegnerseite; Eigentümerbeschluss über die Entlastung des Verwalters (BGH – nur Leitsatz) **237**

Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc. **238**

## Besteuerung

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc. **238**

## Magazin

Politik und Recht **240**

Zahlen und Statistik **244**

Bücher und Veröffentlichungen **244**

## Impressum

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

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

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreise nach Vereinbarung.  
Herstellung: Media-Print PerCom GmbH & Co. KG, Am Busbahnhof 1, 24784 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](http://www.kluth-dtp.de)

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

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

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

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

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

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

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

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

## Das Rätsel Schriftform bei der GbR

– Anmerkung zu BGH GuT 2003, 209 –

### I. Vereinbarte Mietdauer

Wegen des fehlenden Kündigungsschutzes hat die Vereinbarung einer festen Mietdauer, während der eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, in der Gewerberaumiete eine überragende Bedeutung, um die erforderliche Planungssicherheit zu gewährleisten. Im Regelfall besteht nur bei einem langfristigen Mietvertrag die Aussicht, dass sich Investitionen in den Standort lohnen. Etwa 80% der gewerblichen Mietverträge sind Langzeitverträge, wobei etwa in der Hälfte der Fälle eine Laufzeit von 10 Jahren oder mehr vereinbart wird<sup>1</sup>. Die vereinbarte Mietzeit darf nicht ohne zwingenden Grund aus den Angeln gehoben werden. Bei Vereinbarung einer längeren Mietdauer ist die auf Grund eines Formmangels nach § 550 Satz 1 BGB bewirkte Umstellung auf eine unbestimmte Mietzeit mit ordentlicher Kündigungsmöglichkeit gemäß Satz 2 dieser Vorschrift unter im Übrigen gleichen Bedingungen ein nicht nur rechtlich, sondern auch ökonomisch ganz anderer Vertrag<sup>2</sup>.

### II. Erwerberschutz

Das Schriftformerfordernis des § 550 BGB bezweckt den Schutz eines künftigen Erwerbers, der nach § 566 BGB in das Mietverhältnis eintritt<sup>3</sup>. Er soll vor bösen Überraschungen geschützt werden. Ein Erwerber ist auch an formlose, nicht in der Vertragsurkunde dokumentierte Vereinbarungen oder spätere Änderungen gebunden. Das vorzeitige Kündigungsrecht gemäß § 550 Satz 2 BGB lockert die zeitliche Bindungsdauer des Erwerbers an einen übernommenen Mietvertrag mit ihm beim Erwerb unbekanntener Vereinbarungen. Aus gesetzestechnischen Rücksichten, damit der Mietvertrag für die gleiche Zeit und mit demselben Inhalt dem Erwerber gegenüber gelte wie dem Vermieter gegenüber, steht das vorzeitige Kündigungsrecht aber auch den Parteien des Ursprungsvertrages zu, die bei Nichteinhaltung der Schriftform jedoch gar nicht schutzwürdig sind<sup>4</sup>.

### III. Der Aussteller bei der GbR

Bei der gesetzlichen Schriftform muss nach § 126 Abs. 1 BGB die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Aussteller ist, wer die Erklärung abgibt, im Falle der Vertretung also der Vertreter<sup>5</sup>. Zur Wahrung der Schriftform muss bei seiner Unterschrift aber ein die Vertreterstellung kennzeichnender Zusatz angegeben werden oder aus dem Text der Urkunde erkennbar sein, dass die Erklärung für den Vertretenen gelten soll<sup>6</sup>. Die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts erfordert auch die Bezeichnung derer, die materiell das Geschäft schließen und für die es demgemäß materiell wirksam sein soll<sup>7</sup>. Es reicht aber aus, wenn das Vertreterhandeln aus der Urkunde „irgendwie“ hervorgeht<sup>8</sup>.

Die Außen-GbR ist rechtsfähig<sup>9</sup>. Vertragspartner bei einem Mietvertrag mit einer GbR sind nicht die einzelnen Gesellschafter<sup>10</sup>, sondern die Gesellschaft. Im Vertragsrubrum ist daher die Geschäftsbezeichnung der Gesellschaft anzugeben. Die Gesellschafter müssen nicht einzeln aufgeführt werden.

Die Außengesellschaft wird bei ihren Rechtsgeschäften durch Organe oder Bevollmächtigte vertreten. Die organschaftliche Vertretungsmacht stimmt nach der Auslegungsregel des § 714 BGB im Zweifel mit der Geschäftsführungsbefugnis überein. An Stelle der schwerfälligen Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter (§§ 709, 714 BGB) ist häufig aber Einzelvertretung oder Gesamtvertretung nur durch einen Teil der Gesellschafter vereinbart.

Dem Urteil des XII. Zivilsenats des BGH vom 16. 7. 2003<sup>11</sup> lag der Sachverhalt zugrunde, dass den langfristigen Mietvertrag auf Vermieterseite für die GbR ein alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter unterzeichnet hatte. Der Mietvertrag war wirksam zustande gekommen. Der Unterschrift war kein Vertreterzusatz beigefügt, der Name des unterzeichnenden Gesellschafters war aber im Vertragsrubrum genannt. Bei dieser Urkundenlage bestehen keine ernsthaften Zweifel an einer Unterschriftsleistung auf Vermieterseite für die GbR<sup>12</sup>. Allerdings enthielt das Vertragsrubrum die missverständliche Angabe, dass bei der GbR nur Gesamtvertretung von zwei Gesellschaftern bestehe. Handelt bei Gesamtvertretung nur einer von zwei vertretungsberechtigten Gesellschaftern, so muss er die Vertragserklärung auch in Namen des anderen abgeben. Da die Vertragsunterzeichnung darauf keinen Hinweis enthielt, ist nach Ansicht des BGH der Vertragsurkunde nicht zu entnehmen, dass sie alle erforderlichen Unterschriften enthält. Wegen der nach Urkundenlage noch ausstehenden Unterschrift des anderen Gesellschafters sei die Schriftform nicht gewahrt<sup>13</sup>.

Man sieht daran überdeutlich, wie schwer sich die Rechtsprechung mit dem „wiederentdecken“<sup>14</sup> § 550 BGB tut. Selbstverständlich war der Unterschrift des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters unter dem Mietvertrag kein

1) Vgl. Müller/Wollmann, Gewerbebetriebe und Mietrecht, 1990, S. 31 ff.

2) Mittelstein, DJZ 1905, 443.

3) RGZ 86, 30; 103, 381, 384; 104, 131, 132; 118, 105; BGB-RGRK/Gelhaar, 12. Aufl., § 566 Rdn. 1.

4) Vgl. Mittelstein, Miete, 4. Aufl., S. 156 ff.; Roquette, Mietrecht, 5. Aufl., S. 108 ff.; Staudinger/Kiefersauer, BGB, 11. Aufl., § 566 Rdn. 1; Wiek, WM 2001, 221 f. – Erst in neuerer Zeit hat der XII. Zivilsenat des BGH § 550 BGB auch eine Beweis- und Warnfunktion im Verhältnis zwischen den Parteien des Ursprungsvertrages unterlegt; vgl. unten Fußn. 23.

5) RGZ 74, 69, 72; 76, 191, 193.

6) RGZ 96, 286, 289.

7) RGZ 80, 400, 402.

8) RGZ 96, 286, 289.

9) BGHZ 146, 341 = WM 2001, 134; dazu Kraemer, WM 2002, 459; Weitemeyer, Gedächtnisschrift Sonnenschein, 2003, S. 431.

10) So noch AG Sondershausen NZM 2000, 824; Schultz, Gewerberaumiete, 2. Aufl., S. 61.

11) GuT 2003, 209; Vorinstanz: OLG Rostock GuT 2003, 138 m. abl. Anm. Wiek.

12) Vgl. OLG Hamm NZM 1998, 720; Blank/Börstinghaus, Miete, 2000, § 566 Rdn. 49; Weitemeyer (o. Fußn. 9), S. 447.

13) BGH GuT 2003, 209, 210; ebenso die Vorinstanz OLG Rostock (o. Fußn. 11); vorher bereits OLG Rostock NZM 2001, 46.

14) Franke, ZMR 1998, 529.

Hinweis auf eine Vertretung eines anderen Gesamtvertreters beigefügt. Ein solcher Zusatz wäre sachlich falsch und unsinnig gewesen. Die fehlerhafte Bezeichnung der Vertretungsverhältnisse im Vertragsrubrum ist für die Wirksamkeit der Vertretung und die Einhaltung der Schriftform unschädlich. Schriftform und Vertretungsfrage dürfen nicht vermengt werden<sup>15</sup>. Bei Beteiligung einer GbR erfordert die Schriftform nur, dass der Aussteller die Vertragserklärung für sie abgibt. Ähnlich der Auslegungsregel des unternehmensbezogenen Geschäfts ist beim Auftreten auf Seiten einer rechtsfähigen GbR, die nach der Vertragsurkunde Partei des Mietvertrages werden soll, regelmäßig von einem Handeln für die Gesellschaft auszugehen<sup>16</sup>. Ob diese Vertragserklärung wirksam ist oder ein Mangel in der Vertretung vorliegt, ist keine Frage der Schriftform. Ist wegen einer unwirksamen Vertretung kein wirksamer Mietvertrag zustande gekommen, so stellt sich die Frage einer Anwendung des § 550 BGB überhaupt nicht. In einen unwirksamen Mietvertrag tritt ein späterer Erwerber nicht ein. Auf die vorgelagerte Frage, ob ein wirksamer Eintritt in das Mietverhältnis erfolgt ist, erstreckt sich der Schutz des § 550 BGB nach dem Urteil des XII. Zivilsenats des BGH vom 12. 3. 2003<sup>17</sup> gerade nicht. Daher ist auch das Bemühen einer neu entdeckten Beweisfunktion des § 550 BGB in diesem Zusammenhang untauglich. Der Eintritt eines Erwerbers in ein Mietverhältnis setzt ein wirksames Mietverhältnis voraus. Ist das Mietverhältnis wirksam, so sind alle nachträglichen Zweifel an einer wirksamen Vertretung der GbR bei Abschluss des Mietvertrages obsolet. Die Schriftform soll den Erwerber in die Lage versetzen, „die Mietbelastungen an der Hand der vorhandenen Urkunden zu prüfen und sich so vor nachträglicher Überraschung durch ihm nicht bekannt gegebene langfristige Mietverträge zu schützen“<sup>18</sup>. Auf die Einzelheiten der wirksamen Vertretung bei Vertragsschluss kommt es nicht an.

Das neue Urteil des XII. Zivilsenats des BGH knüpft an sein früheres Urteil vom 15. 1. 2003<sup>19</sup> an, in dem Schriftform und Vertretungsfrage ebenfalls fehlerhaft vermengt worden sind. Fehl geht der Hinweis auf „einen ähnlich gelagerten Fall“ im Urteil vom 22. 2. 1994<sup>20</sup>. Dort ging es nicht um eine rechtsfähige Gesellschaft, sondern um Ehegatten als Vertragspartei, für die es nach Ansicht des BGH keinen Erfahrungssatz gibt, dass ein Ehemann eine Verlängerungsvereinbarung auch für seine Ehefrau mitunterzeichnet, wenn diese den Hauptvertrag selber unterschrieben hat.

#### IV. Präzisierung des Vertretungsverhältnisses?

In dem neuen Urteil vom 16. 7. 2003 hat der XII. Zivilsenat des BGH erneut die Frage offen gelassen, ob zur Wahrung der Schriftform ein bloßer Hinweis auf eine Stellvertretung ausreichend ist oder ob weitere Kennzeichnungen des Vertretungsverhältnisses erforderlich sind, woraus der als Vertreter Handelnde seine Vertretungsbefugnis herleitet<sup>21</sup>. Aus § 126 BGB ergibt sich ein solches Erfordernis nicht<sup>22</sup>. Der XII. Zivilsenat verweist auf eine Äußerung von Kraemer<sup>23</sup>, dem Schutzzweck des § 550 BGB entsprechend müsse ein etwaiger Erwerber des Mietgrundstücks aus der Vertragsurkunde entnehmen können, „wer in welcher Funktion für wen bei Vertragsschluss gehandelt hat“. Dabei differenziert Kraemer aber wohl nur zwischen einem Vertreterhandeln für die Gesellschaft und bei Gesamtvertretung auch im Namen eines von mehre-

ren Gesamtvertretern, wenn dieser Gesamtvertreter die Urkunde nicht unterzeichnet hat. Bei alledem ist aber immer zu beachten, dass die Verweisung des § 550 BGB auf die gesetzliche Schriftform des § 126 BGB<sup>24</sup> noch strengere Anforderungen an die Schriftform, die über § 126 BGB hinausgehen, ausschließt. § 550 BGB bietet keine Grundlage dafür, unter Berufung auf seinen Gesetzeszweck über § 126 BGB hinaus die Schriftform zu verschärfen. Ohnehin ist eine nähere Präzisierung des Vertretungsverhältnisses nach dem Zweck des § 550 BGB nicht geboten. Sein Schutzzweck erstreckt sich nicht auf die Vorfrage, ob der Mietvertrag wirksam ist oder ein späterer Erwerber wegen eines Mangels in der Vertretung bei Vertragsschluss gar nicht in das Mietverhältnis eintritt. Bei einem auf den Erwerber übergegangenen Mietverhältnis spielen für den Nachweis des Vertragsinhalts aber etwaige Vertreterzusätze oder nähere Erläuterungen zur Vertretungsbefugnis keine Rolle.

In Formfragen muss Klarheit herrschen. Der wiederholte Fingerzeig des XII. Zivilsenats des BGH auf einen etwaigen Formmangel bei mangelnder Präzisierung des Vertretungsverhältnisses ist nicht hilfreich. Er führt in der Praxis nur zu einem zeitraubenden Rätselraten und möglicherweise unnötigen Vorkehrungen. Damit sollte die Rechtsprechung die Praxis nicht belasten.

#### V. Ergebnis

Die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH zu den Anforderungen an die Schriftform eines langfristigen Mietvertrages bei Beteiligung einer GbR ist noch unsicher. Sie vermengt Schriftform und Vollmachtsfrage. Die durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR bewirkte Vereinfachung der Rechtsverhältnisse muss konsequent auch für das Schriftformerfordernis bei langfristigen Mietverträgen umgesetzt werden. Es reicht aus, wenn die Vertragsurkunde auf Seiten der GbR unterzeichnet ist. Nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts ist auch ohne weitere Kennzeichnung des Vertretungsverhältnisses von einer Vertragserklärung des Urhebers für die GbR auszugehen. Worauf die Vertretungsmacht beruht und ob die Vertretung wirksam ist, hat mit der Schriftform nichts zu tun. Ein späterer Grundstückserwerber benötigt keinen weitergehenden Schutz. Er ist nur insoweit schutzwürdig, als er in ein langfristiges Mietverhältnis eintritt. Auf die vorgelagerte Frage, ob ein wirksamer Eintritt erfolgt ist oder der Erwerber mangels eines wirksamen Mietvertrages gar nicht in das Mietverhältnis eintritt, erstreckt sich der durch die Schriftform bezweckte Schutz des § 550 BGB nicht. Ergeben sich aus der Vertragsurkunde Zweifel an einer ordnungsgemäßen Vertretung der GbR, weil etwa die Angaben im Vertragsrubrum zu den Vertretungsverhältnissen und die Unterzeichnung für die GbR auseinander fallen, so kann sich ein Interessent, der das Mietgrundstück erwerben möchte, vorher informieren, ob die Vertragsunterzeichnung für die GbR richtig und vollständig ist.

15) Weitemeyer (o. Fußn. 9), S. 446 f.; Kraemer, WM 2002, 463 N. 112; unrichtig daher D. Both, GE 2002, 722.

16) Weitemeyer (o. Fußn. 9), S. 445; enger D. Both, in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2001, § 550 Rdn. 12.

17) GuT 2003, 132, 135.

18) RGZ 103, 381, 384.

19) BGH GuT 2003, 136, 138.

20) BGHZ 125, 175, 179; vgl. dazu Wiek, GuT 2003, 140.

21) GuT 2003, 209, 210; zuvor Urteil vom 1. 9. 2002, WM 2002, 601, 603, und Urteil vom 15. 1. 2003, GuT 2003, 136, 138 (als Einzelbevollmächtigter, als gesetzlicher Vertreter, als im Gesellschaftsvertrag bevollmächtigter Geschäftsführer usw.).

22) Weitemeyer (o. Fußn. 9), S. 447.

23) WM 2002, 463 unter III 2; nach der dort in N. 115 zitierten Entscheidung BGH WM 1998, 599, 601, soll durch die Schriftform „auch für die Vertragsparteien selbst die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sichergestellt werden“. – Kraemer gehört dem für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenat des BGH an.

24) Heile, NZM 2002, 505.

*Dokumentation, Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

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

# Gewerbemiete

## § 550 BGB

**Mietvertrag; gesetzliche Schriftform;  
Unterschrift eines Vertreters der BGB-Gesellschaft**

**Zur Einhaltung der Schriftform beim Abschluß eines langfristigen Mietvertrages durch einen für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelnden Vertreter.**

(BGH, Urteil vom 16. 7. 2003 - XII ZR 65/02)

– Vorinstanz OLG Rostock in GuT 2003, 138 (*Wiek*) –

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist eine aus vier Gesellschaftern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Einzelvertretungsberechtigte Gesellschafter sind die im Rubrum unter den Nr. 1 und 2 aufgeführten Gesellschafter Rechtsanwalt H. und B. Durch schriftlichen Mietvertrag vermietete die Klägerin an die Beklagte ein Geschäftshaus in Schwerin. In der Vertragsurkunde ist die Klägerin bezeichnet als „Erwerbbergemeinschaft Haus E“, vertreten durch die Herren B. und Rechtsanwalt H. Für die Klägerin unterschrieb den Vertrag lediglich der Gesellschafter H., ohne einen auf ein Vertretungsverhältnis hinweisenden Zusatz.

Das Mietverhältnis wurde auf 10 Jahre fest abgeschlossen. Es sollte ab Bezugsfertigkeit beginnen, voraussichtlich ab dem 20. September 1994. Als Miete wurden 2400 DM monatlich vereinbart, zuzüglich Nebenkosten und Umsatzsteuer.

Mit Schreiben vom 22. August 1997 räumte die mit der Vermietung beauftragte Verwaltungsgesellschaft der Beklagten „für vorerst sechs Monate“ eine Reduzierung der monatlichen Nettomiete ab 1. September 1997 um 400 DM auf 2000 DM ein.

Mit Schreiben vom 28. Mai 1998 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis wegen rückläufiger Ertragslage zum 30. Juni 1998. Die Klägerin widersprach der Kündigung, bemühte sich jedoch, einen Nachmieter zu finden. Am 30. Juni/15. Juli 1998 schloß sie mit dem Nachmieter einen mit dem 1. August 1998 beginnenden und bis zum 30. September 2004 befristeten Mietvertrag ab. Als Nettomiete (zuzüglich MWSt und Nebenkosten) sollte dieser 2000 DM monatlich zahlen.

Die Beklagte räumte das Mietobjekt zum 30. Juni 1998 und übergab es am 22. Juli 1998 im Beisein des Nachmieters an die Klägerin.

Die Beklagte zahlte bis einschließlich Juli 1998 eine Nettomiete von 2000 DM zuzüglich Nebenkostenpauschale und Umsatzsteuer. Für die Monate August bis Dezember 1998 zahlte sie jeweils 400 DM (die Differenz zwischen der ursprünglich vereinbarten Nettomiete und der reduzierten und mit dem Nachmieter vereinbarten Nettomiete).

Mit der Klage hat die Klägerin in erster Instanz für die Monate Januar 1999 bis Juli 2000 die Differenzmiete von je 400 DM geltend gemacht, insgesamt 7600 DM. Außerdem hat sie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr die Mietausfälle bis September 2004 zu ersetzen.

Das Landgericht Schwerin hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat Berufung eingelegt und in der Berufungsinstanz ihre Zahlungsklage um 53 258,41 DM (zuzüglich Zinsen) erweitert mit der Begründung, der Nachmieter habe für November 1998 die Nettomiete von 2000 DM nicht gezahlt, ab Januar 1999 habe er die vereinbarten Beträge nur unregelmäßig und unvollständig gezahlt, so daß bis einschließlich September 2001 ein Rückstand von 53 258,41 DM entstanden sei.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Beklagte auf die im Berufungs-

rechtszug erweiterte Klage hin verurteilt, an die Klägerin 1022,58 € (= 2000 DM) zuzüglich Zinsen zu zahlen. Das ist die offenstehende Nettomiete für November 1998. Im übrigen hat es die erweiterte Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die von der Beklagten erklärte Kündigung das Mietverhältnis der Parteien zum 31. Dezember 1998 beendet hat.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter für die Ausfälle in der Zeit vom 1. Januar 1999 bis zum 30. September 2001 und ihren Feststellungsantrag für die Zeit vom 1. Oktober 2001 bis zum 30. September 2004.

**Aus den Gründen:** Die Beklagte war in dem Verhandlungstermin vor dem Senat nicht vertreten. Gleichwohl war über die Revision der Klägerin nicht durch Versäumnisurteil, sondern durch Endurteil (unechtes Versäumnisurteil) zu entscheiden, da sie sich auf der Grundlage des vom Oberlandesgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet erweist (vgl. Senatsurteil vom 10. Februar 1993 – XII ZR 239/91 – FamRZ 1993, 788)

1. In der Revisionsinstanz ist lediglich darüber zu entscheiden, ob der Klägerin Ansprüche für die Zeit ab 1. Januar 1999 zustehen. Das Berufungsgericht führt aus, das sei nicht der Fall, weil das Mietverhältnis der Parteien durch die von der Beklagten erklärte Kündigung zum 31. Dezember 1998 beendet worden sei. Die Kündigungserklärung der Beklagten sei als ordentliche Kündigung auszulegen, weil die Beklagte klar und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht habe, daß sie wegen ihrer ungünstigen wirtschaftlichen Lage den Vertrag unter allen Umständen zum nächstmöglichen Termin beenden wolle. Obwohl in dem schriftlichen Mietvertrag eine feste Mietzeit bis zum Jahre 2004 vorgesehen gewesen sei, sei die Beklagte berechtigt gewesen, den Vertrag schon vorher unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist ordentlich zu kündigen, weil der schriftliche Mietvertrag nicht der erforderlichen Schriftform des § 566 Abs. 1 BGB a. F. genügt habe. In dem schriftlichen Mietvertrag sei ausgeführt, daß die vermietende GbR durch die Herren B. und Rechtsanwalt H. vertreten werde. Unterschrieben sei der Vertrag aber lediglich von Rechtsanwalt H., und zwar ohne jeden Zusatz über seine Vertretungsbefugnis. Das reiche zur Einhaltung der gesetzlichen Schriftform nicht aus. Daran ändere es nichts, daß Rechtsanwalt H. Einzelvertretungsmacht für die Gesellschaft gehabt habe.

Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision ohne Erfolg.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung sei als ordentliche Kündigung zu verstehen, beruht auf einer Auslegung einer Willenserklärung und ist deshalb in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar, und zwar darauf, ob das Berufungsgericht bei der Auslegung gegen gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verstoßen hat (st. Rechtspr., vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1992 – X ZR 88/90 – NJW 1992, 1967, 1968 m.w.N.). Solche revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler sind nicht ersichtlich und werden von der Revision zu Recht auch nicht geltend gemacht. Es entspricht im Gegenteil ständiger Rechtsprechung, daß sogar eine ausdrücklich als fristlose Kündigung bezeichnete Erklärung hilfsweise in eine ordentliche Kündigung umzudeuten ist, wenn nach dem eindeutigen Willen des Kündigenden das Vertragsverhältnis in jedem Fall zum nächstmöglichen Termin beendet werden soll (vgl. Senatsur-

teil vom 15. Januar 2003 – XII ZR 300/99 – NJW 2003, 1043, 1044 = NZM 2003, 235, 236 [= GuT 2003, 136]; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rdn. 909, 910 m. N.). Daß der Kündigungserklärung der Beklagten die Absicht, das Mietverhältnis möglichst schnell zu beenden, zu entnehmen war, hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt.

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis sei durch die von der Beklagten mit Schreiben vom 28. Mai 1998 erklärte (ordentliche) Kündigung zum 31. Dezember 1998 beendet worden.

Zwar enthält der Mietvertrag die Vereinbarung, das Mietverhältnis werde auf die Dauer von 10 Jahren fest abgeschlossen. Wäre diese Vereinbarung wirksam, so wäre eine ordentliche Kündigung vor Ablauf von 10 Jahren ausgeschlossen. 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 (hier: § 565 Abs. 1 a BGB a. F.) 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, 178 ff.; Senatsurteile vom 11. September 2002 – XII ZR 187/00 – NJW 2002, 3389, 3990 ff. [= WM 2002, 601 = GuT 2003, 19 KL] m.w.N. und Anm. Eckert, EWiR 2002, 951 und vom 15. Januar 2003 a. a. O. [= GuT 2003, 136]; so schon RGZ 81 [= 96], 286, 289). Der Senat hat bisher offengelassen, ob ein bloßer Hinweis auf eine Stellvertretung ausreichend ist oder ob weitere Kennzeichnungen des Vertreterverhältnisses erforderlich sind (Senatsurteile vom 11. September 2002 und vom 15. Januar 2003 a. a. O.). In der Literatur wird z. T. gefordert, dem Schutzzweck des § 550 BGB n. F. (= § 566 BGB a. F.) entsprechend müsse ein potentieller Erwerber des Mietgrundstücks aus der Vertragsurkunde entnehmen können, „in welcher Funktion“ der Vertreter gehandelt habe (Kraemer, NZM 2002, 465, 471 [= WM 2002, 459, 463]). Ob dieser Meinung zu folgen ist und ob dementsprechend jedenfalls dann, wenn sich die Vertretungsbefugnis des für eine Vertragspartei Auftretenden nicht aus öffentlichen Registern ergibt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 9. November 2001 – LwZR 4/01 – NZM 2002, 163, 164), der Vertragsurkunde zu entnehmen sein muß, woraus der als Vertreter Handelnde seine Vertretungsbefugnis herleitet, kann auch im vorliegenden Fall offen bleiben. Auch wenn man dieser Meinung nicht folgt, genügt die Vertragsurkunde den Anforderungen an die Schriftform nicht.

Für die vermietende GbR hat allein Rechtsanwalt H. unterschrieben. Der Unterschrift ist kein die Vertretung erläuternder Zusatz beigefügt. Im Kopf der Urkunde heißt es, die Gesellschaft werde vertreten durch die Herren B. und Rechtsanwalt H. Die Annahme des Berufungsgerichts, aus dieser Formulierung ergebe sich nicht, daß jeder der beiden Genannten alleinvertretungsberechtigt sei, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Formulierung spricht eher für eine Gesamtvertretungsbefugnis, zumindest läßt sie diese Deutung gleichrangig zu. Das Berufungsgericht nimmt deshalb zu Recht an, daß bei der Prüfung, ob die Schriftform eingehalten ist, von einer Gesamtvertretungsbefugnis ausgegangen werden muß. Die Unterschrift des Rechtsanwalts H. wäre deshalb nur ausreichend, wenn er zugleich als Vertreter des B. unterschrieben hätte. Einen Hinweis darauf enthält die Ver-

tragsurkunde nicht. Nach dem Text der Vertragsurkunde ist jedenfalls nicht auszuschließen, daß vorgesehen war, auch B. solle für die Gesellschaft unterschreiben und seine Unterschrift fehle noch (so jeweils für einen ähnlich gelagerten Fall BGHZ 125 a. a. O.; Senatsurteil vom 15. Januar 2003 a. a. O. S. 1044 [= GuT 2003, 136, 138]). Der Urkunde ist deshalb nicht zu entnehmen, daß sie alle erforderlichen Unterschriften enthält.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Anm. d. Red.:** S. hierzu den Beitrag Wiek, GuT 2003, 207 (in diesem Heft).

**§§ 535, 242, 313 BGB  
Grundstücksmiete; DDR-Gebäudeeigentum;  
Geschäftsgrundlage; Vertragsanpassung**

**Gehen die Parteien bei Vereinbarung des langfristigen Mietvertrags über ein Grundstück davon aus, dass selbständiges Eigentum an dem aufstehenden Gebäude besteht und der Mieter dieses Eigentum erwerben werde, so gebietet die gemeinsame falsche Rechtsvorstellung eine Anpassung des Vertragsverhältnisses, die die Nutzung von Grundstück und Gebäude zu den ursprünglichen wirtschaftlichen Vorstellungen sichert.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Urteil vom 27. 8. 2003 – XII ZR 277/00)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über den Umfang der Nutzungsbefugnis aus einem Mietvertrag.

Die Klägerin schloß am 11./22. November 1994 mit der Beklagten einen schriftlichen Mietvertrag über eine bebaute Grundstücksteilfläche (Speicher C) auf die Dauer von 30 Jahren mit 25-jähriger Verlängerungsoption. Der Mietgegenstand ist in § 1 des Mietvertrages wie folgt beschrieben:

- „a) im Eigentum des Mieters: Gebäude
- b) im Eigentum der DB AG: Grund und Boden“

Die Mietsache sollte gemäß § 2 des Mietvertrages „zur Nutzung mit den bestehenden Gebäuden als Wirtschaftsgebäude“ verwendet werden. § 2 lautet weiter wie folgt:

„Das uneingeschränkte Eigentum und Nutzungsrecht am Gebäude wird auf jeden Fall gewährleistet, auch bei Wahrnehmung der Verlängerungsoption gemäß § 18 (4). Diese Regelung hat Vorrang vor allen sonstigen folgenden Vertragsbedingungen.“

Die Parteien gingen davon aus, daß an dem Gebäude ein von Grund und Boden gesondertes Eigentum der Beklagten bestand, wie es nach dem Recht der DDR möglich war. Sie einigten sich dahin, daß die Klägerin das Gebäude erwerben sollte. Mit privatschriftlichem Kaufvertrag vom 22. November 1994 kaufte die Klägerin das Gebäude von der Immobilienfirma R., an die die Beklagte das Gebäude zuvor veräußert hatte. Weder die Immobilienfirma R. noch die Klägerin ist Eigentümerin des Gebäudes geworden, weil kein getrenntes Gebäudeeigentum, welches gesondert hätte übertragen werden können, bestand. In der Folge zahlte die Klägerin die vereinbarte Miete und setzte das Gebäude instand.

Mit Schreiben vom 14. September 1999 kündigte die Beklagte fristlos mit der Begründung, die Klägerin könne mangels Eigentums an dem Gebäude die Mietsache nicht vertragsgemäß nutzen.

Mit der Klage verlangt die Klägerin festzustellen, daß sie berechtigt ist, die gemieteten Teilflächen und das darauf stehende Gebäude aufgrund des Mietvertrages vom 11./22. November 1994 uneingeschränkt zu nutzen. Die Beklagte hat für den Fall, daß der Klage stattgegeben wird, Hilfswiderklage

auf Zahlung einer erhöhten Miete für die Nutzung des Gebäudes rückwirkend ab Mietvertragsbeginn und für die Zukunft erhoben.

Das Landgericht Leipzig hat durch den Einzelrichter der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen, obwohl der Rechtsstreit nicht dem Einzelrichter übertragen worden war. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht [OLG Dresden] das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat angenommene Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils begehrt.

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

1. Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt: Die Feststellungsklage sei unbegründet; die Klägerin könne aus dem Mietvertrag vom 11./22. November 1994 kein Nutzungsrecht für das Gebäude „Speicher C“ herleiten. Der Mietvertrag lasse eine Auslegung dahin, daß die Beklagte nicht nur das Grundstück, sondern auch das Gebäude der Klägerin zur Nutzung überlassen habe, nicht zu. Aus der Beschreibung des Mietgegenstandes in § 1 des Mietvertrages ergebe sich, daß nur der Grund und Boden, nicht aber das Gebäude vermietet worden sei. Demgemäß sei § 2 des Mietvertrages dahin zu verstehen, daß die Beklagte nur das vermeintliche Eigentum der Klägerin am Gebäude und das hieraus resultierende Nutzungsrecht am Gebäude habe gewährleisten wollen.

Ein Anspruch der Klägerin auf Nutzung des Gebäudes lasse sich auch nicht aus den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage herleiten. Zwar sei die gemeinsame Vorstellung der Parteien, die Klägerin könne an dem Gebäude „Speicher C“ selbständiges Gebäudeeigentum erwerben, Grundlage des Mietvertrages geworden. Die bei Wegfall der Geschäftsgrundlage grundsätzlich eintretende Rechtsfolge der Vertragsanpassung komme hier jedoch nicht in Betracht, weil die Fortsetzung des Vertrages für die Beklagte im Hinblick auf die Dauer des Mietvertrages unzumutbar sei. Im vorliegenden Fall führe die Interessenabwägung deshalb zur Vertragsaufhebung.

Das Berufungsgericht hat gemäß § 540 ZPO a. F. in der Sache selbst entschieden, obwohl der Rechtsstreit an einem wesentlichen Verfahrensmangel litt, weil er in erster Instanz durch den Einzelrichter entschieden worden ist, ohne auf ihn übertragen worden zu sein. Es hat eine Zurückverweisung an die erste Instanz für nicht sachdienlich gehalten, weil der Rechtsstreit ohne weitere Sachaufklärung und Beweiserhebung zur Entscheidung reif sei.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

2. Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings, das Berufungsgericht habe die Parteien nicht ausdrücklich dazu angehört, daß es beabsichtige, den Rechtsstreit nicht gemäß § 539 ZPO a. F. an das Landgericht zurückzuverweisen, sondern nach § 540 ZPO a. F. selbst zu entscheiden. Diese Rüge hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO a. F.).

3. Mit Recht und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen hat das Berufungsgericht das Vorliegen eines Kündigungsgrundes wegen einer Pflichtverletzung der Klägerin nach § 15 Abs. 2 a des Mietvertrages verneint. Die Klägerin hat dadurch, daß sie kein Eigentum an dem Gebäude erworben hat und deshalb daraus kein Recht zur Nutzung des Gebäudes ableiten kann, nicht gegen vertragliche Pflichten verstoßen.

4. Zu Recht rügt die Revision jedoch, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung des Mietvertrages dahin, daß er nur

die Nutzung von Grund und Boden, nicht aber auch des Gebäudes gestatte, gegen anerkannte Auslegungsregeln verstoßen.

Das Berufungsgericht hat bei der Auslegung von § 2 des Mietvertrages einen wesentlichen für die Auslegung erheblichen Umstand außer acht gelassen. Unstreitig wussten die Parteien, daß die Klägerin bei Abschluß des Mietvertrages nicht Eigentümerin des Gebäudes war. Es lagen lediglich privatschriftliche Kaufverträge vor; eine Eintragung im Grundbuch (Gebäudegrundbuchblatt) war nicht erfolgt. Vor diesem Hintergrund verstößt die Auslegung von § 2 des Mietvertrages durch das Berufungsgericht, die Beklagte habe der Klägerin nur das aus dem Eigentum resultierende Nutzungsrecht, nicht aber ein eigenständiges Nutzungsrecht am Gebäude gewährleisten wollen, gegen das Gebot der interessengerechten Auslegung. War nämlich noch nicht sicher, daß die Klägerin Eigentümerin des Gebäudes wird, so kann § 2 Abs. 1 Satz 3 des Mietvertrages, wonach die Beklagte der Klägerin das uneingeschränkte Eigentum und Nutzungsrecht am Gebäude auf jeden Fall gewährleistet, interessengerecht nur dahin verstanden werden, daß damit die von den Parteien unstreitig beabsichtigte langfristige Nutzung auch des Gebäudes sichergestellt werden sollte, ohne die der Mietvertrag über Grund und Boden sinnlos war. Denn die Klägerin, die – mit Kenntnis der Beklagten – das unstreitig erheblich renovierungsbedürftige Wirtschaftsgebäude instandsetzen wollte, bedurfte angesichts der nicht unerheblichen Investitionskosten der Planungssicherheit, und zwar auch für den Fall, daß der geplante Eigentumserwerb – aus welchen Gründen auch immer – fehlschlagen sollte. Diese Sicherheit sollte ihr die in § 2 des Mietvertrages garantierte langfristige Nutzungsmöglichkeit gewährleisten.

Eine Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, wie sie das Berufungsurteil vornimmt, kommt daher schon deshalb nicht in Betracht, weil die Parteien die Nutzung des Gebäudes zum Vertragsinhalt gemacht haben. Geschäftsgrundlage sind nach ständiger Rechtsprechung jedoch nur die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsabschluß aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien sich aufbaut (vgl. BGH Urteile vom 6. Dezember 1989 – VIII ZR 310/88 – BGHR BGB § 242 Geschäftsgrundlage 16; vom 24. November 1988 – VII ZR 222/87 – NJW-RR 1989, 775; vom 14. März 1990 – VIII ZR 18/89 – NJW-RR 1990, 817, 819).

Eine interessengerechte Auslegung des Mietvertrages führt deshalb zu dem Ergebnis, daß die Parteien für den Fall, daß die Klägerin kein Eigentum an dem Gebäude erwirbt, dieses jedenfalls langfristig nutzen darf.

5. Die Hilfswiderklage ist unbegründet. Die Beklagte hat, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat, gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung zusätzlichen Nutzungsentgelts für das Gebäude.

Eine ergänzende Vertragsauslegung verhilft dem Begehren der Beklagten nicht zum Erfolg. Bei der ergänzenden Auslegung ist unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu untersuchen, wie die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner den offen gebliebenen Punkt geregelt hätten (BGH Urteil vom 12. Februar 1997 – V ZR 250/96 – NJW 1998, 1219, 1220 m.w.N.). Die Parteien haben für den Fall, daß die Klägerin kein Eigentum an dem Gebäude erwirbt, über die Vereinbarung einer Nutzungsbefugnis der Klägerin hinaus keine weiteren Regelungen getroffen. Sie haben auch kein gesondertes Nutzungsentgelt vereinbart. Mit welchem Inhalt im einzelnen eine ergänzende Vertrags-

auslegung in Betracht kommt, kann offen bleiben, weil sie im Ergebnis zu keinem Anspruch auf zusätzliches Nutzungsentgelt führen würde.

Den Parteien war bewußt, daß das Gebäude stark renovierungsbedürftig war und von der Beklagten als Wirtschaftsgebäude erst genutzt werden konnte, wenn sie es zuvor wie beabsichtigt instandgesetzt hatte. Ziel der Parteien war es, der Klägerin diese Nutzung mit Rücksicht auf die von ihr zu erbringenden erheblichen Investitionszulagen für die Dauer des Mietvertrages über den Grund und Boden zu sichern.

Dies sollte durch die beabsichtigte Übertragung des Eigentums an dem Gebäude auf die Klägerin erreicht werden, was zugleich zur Folge gehabt hätte, daß die Instandsetzung und Instandhaltung des Gebäudes nicht mehr der Beklagten, sondern der Klägerin obliegen hätte. Im Gegenzug sollte die Beklagte den – mit Rücksicht auf den Zustand des Gebäudes ersichtlich niedrig bemessenen – Kaufpreis von 5000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer erhalten.

Da jedoch kein Gebäudeeigentum bestand, das übertragen werden konnte, hätten die Parteien nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Interessen eine Vereinbarung getroffen, mit der dieses Ziel auf möglichst ähnliche Weise hätte erreicht werden können. Dabei bedarf es hier keiner Entscheidung, ob dies am besten mit der Vereinbarung eines auf die Dauer des Mietverhältnisses über das Grundstück befristeten nießbrauchsähnlichen Rechtsverhältnisses zu erreichen war, das der Klägerin die Nutzung des Gebäudes gesichert hätte, ohne die Beklagte mit Instandsetzungspflichten (vgl. BGHZ 113, 179, 184; 52, 234, 237) und Instandhaltungspflichten (vgl. § 1041 BGB) zu belasten, oder ob sich insoweit eher eine mietvertragliche Regelung angeboten hätte, sei es durch Einbeziehung des Gebäudes in den bestehenden Mietvertrag über den Grund und Boden, sei es durch einen gesonderten langfristigen Mietvertrag über das Gebäude. Es muß den Parteien auch überlassen bleiben, die Einzelheiten einer solchen vertraglichen Lösung noch einverständlich zu regeln.

Unbeschadet einer solchen Regelung steht aber schon jetzt fest, daß die Beklagte für die Nutzung des Gebäudes jedenfalls kein höheres Entgelt verlangen kann, als ihr in Gestalt der Einmalzahlung von 5000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer schon zugeflossen ist. Dies ergibt sich im Falle einer nießbrauchsähnlichen Lösung schon daraus, daß der befristete Nießbrauch gegenüber der Übertragung des Volleigentums als ein minus anzusehen ist, das kein höheres Entgelt rechtfertigen kann als den Kaufpreis für das Eigentum. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, daß die Beklagte nach Beendigung des Mietverhältnisses Aussicht darauf hat, ein instandgesetztes Gebäude zurückzuerhalten. Und im Falle einer mietvertraglichen Lösung wäre ein höheres Entgelt nur angemessen, wenn die Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht bei der Beklagten verblieben wäre, was aber den Interessen der Parteien und den von ihnen verfolgten Zielen widersprochen hätte. Sie hätten daher redlicherweise vereinbart, daß die Klägerin die Instandsetzungs- und Instandhaltungslast übernimmt, die sie auch bei einem Eigentumserwerb zu tragen gehabt hätte.

Sollten die Parteien, was ihnen unbenommen bleibt, für die Zukunft gleichwohl eine Regelung treffen wollen, bei der die Instandhaltungspflicht der Beklagten obliegt und die Klägerin mit Rücksicht darauf ein über den ursprünglich vereinbarten Kaufpreis hinausgehendes Entgelt zahlt, stünde einem entsprechenden Zahlungsbegehren der Beklagten die Rechtskraft der Abweisung ihrer Widerklage jedenfalls nicht entgegen, weil es sich insoweit um einen nachträglich entstandenen, auf neuer vertraglicher Grundlage beruhenden Anspruch handeln würde, der mit dem hier mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch nicht identisch ist.

6. Einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht oder das Landgericht bedarf es nicht. Nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO a. F. hat das Revisionsgericht die Entscheidung des Berufungsgerichts zu ersetzen, wenn aufgrund des festgestellten Sachverhalts die Sache zur Endentscheidung reif ist. Das ist hier der Fall. Aus diesem Grund ist auch, trotz des wesentlichen Verfahrensmangels im ersten Rechtszug (Verstoß gegen den gesetzlichen Richter), eine abschließende Entscheidung gemäß § 540 ZPO a. F. sachdienlich. Danach war die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und das landgerichtliche Urteil wieder herzustellen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 536, 537, 278 BGB; §§ 138, 91 a, 511 ZPO;  
§ 14 GKG  
Baumarkt; Kundenparkplätze; Zuparken durch fremde Kunden und andere Grundstücksmieter; Mietminderung; Schadensersatz**

**1. Werden mit dem Baumarkt-Gebäude gemietete Kundenparkplätze durch andere Mieter auf dem weiteren Grundstück zugeparkt, ist die Miete im Baumarkt-Mietvertrag gemindert. Der Vermieter kann Unterlassung fordern sowie den Minderungsbetrag von dem anderen Mieter im Wege des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung beanspruchen. Zur Höhe der exakten Mietminderung braucht der Vermieter mit dem Baumarkt-Mieter regelmäßig keinen Rechtsstreit zu führen. Der andere Mieter kann seine Schadensverursachung nur substantiiert bestreiten.**

**2. Gegen eine Kostenmischentscheidung im Urteil, die teils gemäß § 91a ZPO, teils nach den sonstigen Kostenregelungen ergeht, ist die Berufung zulässig, wenn der Berufungskläger das Urteil auch zur Hauptsache angreift.**

**Ist nach der teilweisen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache Gegenstand der Berufung auch der auf § 91a ZPO beruhende Teil der Kostenentscheidung, so ist für diesen Berufungsangriff ein gesonderter Streitwert festzusetzen, der sich nach Kosteninteresse richtet.**

(OLG Rostock, Urteil vom 26. 5. 2003 – 3 U 85/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten als Mieterin Unterlassung der vertragswidrigen Nutzung nicht an sie, sondern an andere Mieter auf demselben Gelände vermieteter Parkplätze sowie Ersatz des Schadens, der ihr infolge der auf die Vorenthaltung der Parkplätze gestützten Mietminderung im Mietverhältnis mit einem dort ansässigen Baumarkt entstanden ist. Nach Beendigung des Mietvertrages und Rückgabe des Mietobjekts erklärten die Parteien, nachdem sie hierüber zunächst streitig verhandelt hatten, den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsantrags in der Hauptsache für erledigt.

Das Landgericht Neubrandenburg wies die Klage im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Vortrag der Klägerin sei nicht hinreichend substantiiert; es lege ihr die Kosten auf, soweit der Unterlassungsantrag in der Hauptsache erledigt ist.

Mit ihrer fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Zahlungsantrag weiter; zudem greift sie die Kostenentscheidung des Landgerichts bezüglich des erledigten Teils an. Sie meint, das Landgericht überspanne die Substanziierungspflicht, wenn es im Einzelnen die Darlegung fordere, welche Mitarbeiter der Untermieterin mit welchen Personenkraftwagen wann die streitigen Parkflächen belegt hätten. Hierzu seien die von ihr vorgelegten, von dem Hausmeister gefertigten Listen mit Kennzeichen der offensichtlichen Falschparker sowie der Ermittlungsbericht der Detektei H. ausreichend. Jedem einzelnen Kennzeichen nachzugehen und den Halter zu ermitteln,

bedeute für die Klägerin einen unverhältnismäßigen Aufwand. Die an die t.-Baumarkt GmbH vermietete Verkaufsfläche sei 3.815 m<sup>2</sup> groß; 150 Parkplätze seien an sie zur alleinigen Nutzung vermietet.

Die Klägerin beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 27.204,31 € nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz auf 20.956,58 € seit Rechtshängigkeit und auf weitere 6247,73 € seit dem 19.10.2001 zu zahlen.

Die Beklagte, die Zurückweisung der Berufung beantragt, bestreitet mit Nichtwissen die Behauptung der Klägerin, Mitarbeiter der Untermieterin hätten in der Zeit von Januar bis September 2001 unberechtigter Weise Parkflächen der Firma t.-Baumarkt GmbH belegt. Die Kennzeichenlisten, die der Hausmeister F. gefertigt habe, seien nicht geeignet, die klägerische Behauptung zu untermauern, weil sie sich nur auf einige ausgewählte Tage im Januar, März und April 2001 beziehen würden und keine Rückschlüsse darauf zuließen, dass Mitarbeiter der Untermieterin der Beklagten ihre Kraftfahrzeuge dort abgestellt haben. Weiterhin habe die Klägerin nicht substantiiert dargelegt, welche Parkflächen konkret die Mitarbeiter der Untermieterin belegt hätten. Mit Nichtwissen werde jedenfalls bestritten, dass Mitarbeiter der Untermieterin im Durchschnitt 30% der der t.-Baumarkt GmbH zugewiesenen Stellplätze und 40 bis 50% der dem E.-Markt zuzurechnenden Stellplätze belegten. Im Übrigen habe die Klägerin der t.-Baumarkt GmbH mehr Parkplatzkapazität zugesagt, als sie tatsächlich zur Verfügung hatte.

**Aus den Gründen:** II. Soweit die Klägerin ihren Anspruch auf Schadensersatz weiterverfolgt, ist die Berufung teilweise begründet.

Als Schaden hat die Beklagte den Mietausfall zu ersetzen, den die Klägerin wegen berechtigter Minderung der Miete im Mietverhältnis mit der t.-Baumarkt GmbH hinnehmen muss. Nach Auffassung des Senats war die Nettomiete in der hier streitgegenständlichen Zeit von Januar bis September 2001 um 3% gemindert.

1. Zu der unberechtigten Belegung von Parkflächen, die die t.-Baumarkt GmbH zur alleinigen Nutzung durch ihre Kunden angemietet hatte, trägt die Klägerin vor, dass Mitarbeiter der Firma S. regelmäßig 30% der Parkplätze besetzten. Hierzu hat die Klägerin für einige Beobachtungszeiträume genaue Zeitspannen mit Kennzeichenangaben dargelegt und im Übrigen auf die ständigen Wiederholungen verwiesen. Damit ist die Klägerin ihrer Substanziierungslast hinreichend nachgekommen. Letztlich bestreitet die Beklagte die Parkverstöße nicht; ihre Abmahnung der S. GmbH vom 9.10.2000 belegt dies. Die Behauptung der Klägerin, Mitarbeiter der S. GmbH hätten die an den Baumarkt vermieteten Parkflächen durchgehend zu 30% belegt, ist unstreitig, denn hierzu konnte die Beklagte sich nicht mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO erklären. Die Einhaltung des von ihr geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache und die Vertragsverstöße ihrer Untermieterin, die sie gem. § 278 BGB zu vertreten hat, liegen in ihrer Wahrnehmungssphäre. Der Hinweis auf die erlaubte Untervermietung entbindet die Beklagte nicht von ihrer Pflicht zum substantiierten Bestreiten.

2. Durch Mietausfall infolge der berechtigten Minderung der Miete im Mietverhältnis mit der t.-Baumarkt GmbH hat die Beklagte einen Schaden erlitten.

a) Die im Mietvertrag mit der t.-Baumarkt GmbH vereinbarte Miete war in der streitgegenständlichen Zeit gem. § 537 BGB a. F. bzw. § 536 Abs. 1 BGB n. F. gemindert, weil die Mietsache mit einem den Mietgebrauch unmittelbar beeinträchtigenden Sachmangel behaftet war.

In seinem Urteil vom 16. 2. 2000 (NJW 2000, 1714 = NZM 2000, 492 [= WM 2000, 593]) hat der BGH nicht ausge-

schlossen, dass das Fehlen günstig gelegener öffentlicher Parkflächen einen Sachmangel darstellen kann, wenn die Kunden schwere Lasten zu tragen haben. Diesem Ansatz folgend ist die Fehlbelegung zu einem Baumarkt gehörender, teilweise ebenfalls angemieteter Parkflächen als Sachmangel zu qualifizieren. Die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts wird unmittelbar beeinträchtigt, weil erfahrungsgemäß Kunden den Baumarkt mit eigenen Kraftfahrzeugen aufsuchen und darauf angewiesen sind, die zumeist schweren Waren in unmittelbarer Nähe des Verkaufsraums in ihr Fahrzeug zu laden. Ein angemessenes Parkplatzangebot ist daher für den Betreiber eines Baumarktes unerlässlich. Fehlt dieses, obwohl der Vermieter es bereit zu stellen hat, so ist der Mietgebrauch unmittelbar beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung kann nicht als unerheblich abgetan werden, wenn 30% der von dem Mieter angemieteten Parkflächen durch Fahrzeuge blockiert sind, die nicht ihren Kunden gehören. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Störung des Mietgebrauchs in den Verantwortungsbereich des Vermieters fällt, weil er selbst bzw. seine Mitarbeiter oder aber seine Mieter bzw. deren Untermieterin oder deren Mitarbeiter die dem Mieter zugewiesenen Parkplätze vertragswidrig belegen.

b) Im Grundsatz ist der auf diese Weise geschädigten Klägerin nicht anzusinnen, wegen der Minderungsquote mit der t.-Baumarkt GmbH zu prozessieren, denn ein solcher Rechtsstreit würde das Mietverhältnis empfindlich stören; der Vermieter gewerblicher Flächen muss derzeit darauf bedacht sein, den Mieter nicht zu verärgern, sondern zu halten. Gleichwohl durfte die Klägerin nicht unbedacht die Mietminderung akzeptieren, die die t.-Baumarkt GmbH geltend macht. Erfahrungsgemäß wenden Mieter häufig Mietminderung in einer Höhe ein, die außer Verhältnis zu der Beeinträchtigung des Mietgebrauchs steht. Im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht (§ 254 BGB) war die Klägerin daher gehalten, die Berechtigung der Mietminderung zu überprüfen und eine übermäßige Minderung abzuwehren.

Bei überschlägiger Berechnung erweist sich vorliegend eine Mietminderung um 10% als stark überhöht. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte geht der Senat davon aus, dass die t.-Baumarkt GmbH 90% der Bruttomiete zahlte; dahinstehen kann, ob darin Nebenkostenanteile enthalten sind, weil dies im Rahmen der Schadensschätzung vernachlässigt werden kann. Der ab Juni 2001 zu zahlenden monatlichen Bruttomiete von 61.097,50 DM entspricht ein Nettobetrag (ohne Umsatzsteuer) von 52.670,25 DM. Die an die t.-Baumarkt vermietete Fläche ohne Kfz-Stellplätze ist 3815 m<sup>2</sup> groß. Hinzu kommen 150 Parkplätze zur alleinigen Nutzung. Setzt man für die Parkplätze überschlägig einen Gebrauchswert von jeweils 30,00 bis 40,00 DM/Monat an, so entfallen 4500,00 DM bis 6000,00 DM auf die vermietete Parkfläche. Nach Abzug von 6000,00 DM für die Parkflächen beträgt der monatliche Mietpreis für die Verkaufsfläche mit Nebenräumen 12,33 DM/m<sup>2</sup>. Nach Erfahrung des Senats ist dieser Preis recht moderat. Diese Zahlen belegen, dass der Nutzungswert der Parkfläche keinesfalls mit 10% des Gesamtgebrauchswerts zu veranschlagen ist, zumal die Untermieterin der Beklagten nur 30% der an die t.-Baumarkt GmbH vermieteten Parkplätze belegte. Unter Abwägung dieser Umstände brauchte die Klägerin nach Auffassung des Senats im Mietverhältnis mit der t.-Baumarkt GmbH eine Mietminderung um mehr als 3% nicht hinzunehmen.

c) Dass die Klägerin wegen widerspruchsloser Hinnahme der geminderten Mietzahlungen über einen längeren Zeitraum hinweg ihren Nachzahlungsanspruch gegen die t.-Baumarkt GmbH verwirkt haben kann (vgl. BGH NZM 2003, 355 = ZMR 2003, 341), zwingt nicht dazu, die Beklagte wegen des gesamten Mietausfalls in Anspruch zu nehmen. Eine etwaige Verwirkung hätte die Klägerin durch Vorbehalte gegenüber der t.-Baumarkt GmbH verhindern können.

d) Der Schaden der Klägerin bemisst sich nach der entgangenen Nettomiete, da sie den Umsatzsteueranteil ohnehin abzuführen hatte. Demgemäß berechnet sich der monatliche Schaden wie folgt:

Januar bis Mai 2001:

10%ige Minderung der Bruttomiete:	5753,60 DM =
10%ige Minderung der Nettomiete :	4960,00 DM;
3%ige Minderung der Nettomiete :	1488,00 DM
× 5 (Monate)	7440,00 DM
	bzw. 3804,01 €.

Juni bis September 2001:

10%ige Minderung der Bruttomiete:	6109,75 DM =
10%ige Minderung der Nettomiete :	5267,02 DM;
3%ige Minderung der Nettomiete :	1580,10 DM
× 4 (Monate)	6320,40 DM
	bzw. 3231,57 €.

Januar bis September 2001:

13 760,40 DM bzw. 7035,58 €.

e) Der Zinsanspruch ist gem. §§ 291, 288 Abs. 1 BGB begründet.

III. Die Berufung der Klägerin hat Erfolg, soweit sie sich gegen die ihr nachteilige Verteilung der auf den erledigten Unterlassungsanspruch entfallenden Kosten wendet.

1. Insoweit ist die Berufung zulässig. Gegen eine Kostenmischentscheidung, die teils gem. § 91a ZPO, teils nach den sonstigen Kostenregelungen ergeht, ist das einheitliche Rechtsmittel der Berufung statthaft (KG MDR 1986, 241; MünchKomm-Lindacher, ZPO, 2. Aufl., § 91a Rz. 120; Zöller/ Vollkommer, ZPO, 23. Aufl., § 91a Rz. 56). § 91a ZPO steht dem nicht entgegen. Diese Bestimmung statuiert im Wesentlichen als Ausnahme zu § 99 Abs. 1 ZPO die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen eine auf § 91a ZPO beruhende Kostenentscheidung. Die unterschiedliche Länge der Rechtsmittelfristen ist nicht derart gravierend, dass hieraus die Unzulässigkeit einer in einer einmonatigen Frist einzulegenden Berufung zu folgern wäre. Auch spricht die Prozessökonomie dagegen, gegen eine Entscheidung zwei unterschiedliche Rechtsmittel zuzulassen. Wäre der Berufungskläger zu getrennten Rechtsmitteln gegen die Hauptsacheentscheidung und gegen die Kostenentscheidung gezwungen, so müsste bei Erfolg der Beschwerde die erstinstanzliche Kostenentscheidung abgeändert werden und das Berufungsgericht müsste sodann – mit der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen – erneut über die in erster Instanz angefallenen Kosten befinden.

2. Der auf den in der Hauptsache erledigten Teil des Rechtsstreits entfallende Kostenanteil ist gem. § 91a ZPO der Beklagten aufzuerlegen, weil ihr Unterlassungsbegehren bei Klageerhebung begründet war.

Etwaige Mängel des Antrags, den das Landgericht als zu unbestimmt ansah, hätte die Klägerin nach weiterem gerichtlichem Hinweis mit einer Umformulierung beheben können.

Die Klägerin konnte aufgrund des Mietvertrages der Parteien Unterlassung der vertragswidrigen Parkflächenbelegung verlangen. Insoweit war die Beklagte als ihr Vertragspartner passiv legitimiert; sie hatte auf ihre Untermieterin einzuwirken und diese zum vertragsgerechten Verhalten zu veranlassen. Angesichts der ständigen Verstöße gegen die Parkordnung stand die Wiederholungsgefahr außer Zweifel.

3. Der Wert des Unterlassungsanspruch beträgt nach dem nicht angefochtenen Streitwertbeschluss des Landgerichts 16 000 €, der Wert der Zahlungsklage 27 204,31 €. Da die Parteien auch über den Unterlassungsantrag zunächst streitig verhandelt haben, rechtfertigt es das Verhältnis des jeweiligen Obsiegens und Unterliegens der Parteien (§ 92 ZPO), die Kosten des erstinstanzlichen Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben.

IV. 1. Ob nach Teilerledigung das auf den erledigten Teil entfallende Kosteninteresse den Streitwert erhöht (dazu Zöller/Herget, ZPO, 23. Aufl., § 3 Rn. 16, Stichwort: „Erledigung der Hauptsache“, m. w. N.), kann dahinstehen. Wenn sich – wie vorliegend – der Rechtsmittelführer gezielt gegen die erstinstanzliche Kostenentscheidung wendet, so erhöht jedenfalls dieser Berufungsangriff den Wert. Hätte die Klägerin nur gem. § 91a Abs. 2 ZPO Beschwerde eingelegt, wäre hierfür ein dem Kosteninteresse folgender Beschwerdewert festgesetzt worden. Anderes kann nicht deshalb gelten, weil sie zugleich die Hauptsacheentscheidung mit der Berufung angreift. Es besteht kein Grund, über das Rechtsmittel gegen die den erledigten Antrag betreffende Kostenentscheidung gebührenfrei zu verhandeln und zu entscheiden.

Bei einem erstinstanzlichen Gebührenstreitwert von 16 000,00 € ist in der Rechtsmittelinstanz das Kosteninteresse auf 3000,00 € zu veranschlagen.

2. Von diesem Wert und dem des Zahlungsanspruchs ausgehend beruht die Entscheidung über die Kosten der Berufung auf §§ 92, 97 Abs. 1 ZPO.

3. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Da die Klägerin durch das Urteil um mehr als 20 000 € beschwert ist, war zu Gunsten der Beklagten die Abwendungsbefugnis auszusprechen.

4. Anlass, gem. § 543 ZPO die Revision zuzulassen, ist nicht gegeben.

**§ 544 BGB a. F.**  
**Büroraum; Kündigung; gesundheitsgefährdende Beschaffenheit; fehlendes Treppengeländer**

**Dem Mieter eines im Obergeschoss gelegenen Büros steht ein Recht zu fristloser Kündigung des Mietvertrages zu, wenn die einzige zum Büroraum führende Treppe wegen des Fehlens eines Geländers nicht verkehrssicher ist.**

(LG Landau (Pfalz), Urteil vom 26. 3. 2002 – 1 S 323/01)

**Aus den Gründen:** Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts war die fristlose Kündigung des Beklagten vom 18. 1. 2001 mit ihrem Zugang am 19. 1. 2001 wirksam, so dass die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung des Mietzinses mit diesem Zeitpunkt endete.

Der Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass das Amtsgericht die Vorschrift des § 544 BGB (a. F.) unberücksichtigt gelassen hat. Nach dieser Vorschrift ist der Mieter zur fristlosen Kündigung berechtigt, wenn eine Wohnung oder ein anderer zum Aufenthalt von Menschen bestimmter Raum so beschaffen ist, dass die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist. Diese zwingende Bestimmung gibt dem Mieter aus sozialpolitischen Erwägungen ein unabdingbares Kündigungsrecht (vgl. hierzu BGHZ 29, 289, 294). Dieses Kündigungsrecht steht dem Mieter auch dann zu, wenn er die Mängel der Mietsache vorher kannte oder sogar auf die Geltendmachung der ihm wegen der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit zustehenden Ansprüche verzichtet hatte (vgl. BGH, a. a. O.). Auf die Frage, ob der Beklagte in entsprechender Anwendung von § 539 BGB (a. F.) wegen vorbehaltloser Mietzinszahlung gehindert ist, wegen des Zustandes der Treppe Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, kommt es demnach für die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung nicht an.

Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, dem Beklagten stehe schon deshalb kein Kündigungsrecht aus § 544 BGB (a. F.) zu, weil die Treppe nicht mitvermietet worden sei. Der Klä-

ger legt nicht dar, wie sonst als über die Treppe der Beklagte und seine etwaigen Kunden den angemieteten Büroraum im 1. OG des Anwesens erreichen sollen.

In der Literatur ist anerkannt, dass verkehrsunsichere Treppen ein Kündigungsrecht nach § 544 BGB (a. F.) auslösen können (vgl. Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. IV Rdnr. 155; Wetekamp, Kommentar zum BGB Mietrecht, § 544 Rdnr. 6). Hieran kann aus Sicht der Kammer auch kein ernsthafter Zweifel bestehen. Zur Benutzung der Mietsache im Sinne von § 544 BGB (a. F.) gehört auch der Zugang zur Mietsache. Wenn dieser nur mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit möglich ist, dann muss es dem Mieter möglich sein, sich zur Beendigung des gesundheitsgefährdenden Zustandes durch fristlose Kündigung zu entschließen (vgl. hierzu BGHZ 29, 289, 297).

Nach Auffassung der Kammer kann kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass die fragliche Treppe in erheblichem Maße verkehrsunsicher und damit gesundheitsgefährdend war. Der Treppe fehlte, wie die vom Beklagten vorgelegten Lichtbilder belegen, sowohl der nach § 33 Abs. 7 LBauO zwingend vorgeschriebene feste und griffsichere Handlauf als auch das nach § 33 Abs. 8 LBauO an der freien Seite der Treppe anzubringende verkehrssichere Geländer. Damit bestand für den Beklagten und seine etwaigen Besucher, jedenfalls im Falle der Unachtsamkeit, die ernstzunehmende Gefahr, von der Treppe bzw. vom oberen Flur, der nicht durch ein Geländer abgesichert war, herabzustürzen und dabei ernsthafte gesundheitliche Schäden zu erleiden. Das kann nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden.

Der Kläger kann den Beklagten auch nicht mit Erfolg auf die Möglichkeit verweisen, durch besondere Aufmerksamkeit beim Begehen der Treppe einen Absturz zu vermeiden. Phasen der Unachtsamkeit liegen in der menschlichen Natur und lassen sich auf Dauer nicht zuverlässig vermeiden. Der Kläger muss sich vielmehr umgekehrt darauf verweisen lassen, dass er als Vermieter es in der Hand gehabt hätte, durch provisorische Maßnahmen den verkehrsunsicheren Zustand zu beseitigen. Die Streitigkeiten mit seinen Handwerkern durfte er nicht auf Kosten der Sicherheit seiner Mieter und deren Besucher austragen. Wenn der Kläger auch nach Abmahnung der Prozessbevollmächtigten des Beklagten keine Veranlassung gesehen hat, einen verkehrssicheren Zustand herzustellen, dann muss er es sich gefallen lassen, dass der Beklagte durch fristlose Kündigung das Mietverhältnis beendet und damit letztlich der Gefahr entgeht, von der nicht verkehrssicheren Treppe abzustürzen.

**§§ 544 a. F., 537 a. F. BGB**  
**Lagerhalle; Gesundheitsgefährdung bei Großbrand;**  
**Brandschutzeinrichtungen; fristlose Kündigung;**  
**Mietminderung**

**Schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen, mit denen im Falle eines Großbrandes zu rechnen ist, begründen die fristlose Kündigung des Mietvertrags, wenn die Beschaffenheit der Räume die Gefahr der unkontrollierten Ausweitung eines eigentlich beherrschbaren Kleinbrandes konkret und in ganz erheblichem Umfang vergrößert. Soweit (hier:) der Zustand der Brandschutzeinrichtungen den betrieblichen Mietgebrauch nicht beeinträchtigt, ist der Mietzins nicht gemindert.**

(KG, Urteil vom 22. 9. 2003 – 12 U 15/02)

**Aus den Gründen:** A. I. 2) Das Mietverhältnis wurde aber durch die von der Beklagten mit Schreiben vom 16. Mai 2001 ausgesprochene außerordentliche unbefristete Kündigung gemäß § 544 BGB a. F. beendet.

Nach dieser Vorschrift kann ein Mieter u. a. ein Mietverhältnis über zum Aufenthalt von Menschen bestimmte Räume ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn die Mieträume so beschaffen sind, dass ihre Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben.

a) Bei den streitgegenständlichen Mieträumen handelt es sich um Räume, die zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind. Hierfür ist ausreichend, dass sich bei vertragsgemäßigem Gebrauch der Mieträume Menschen zumindest vorübergehend in den Räumen aufhalten. Der Aufenthalt von Menschen braucht nicht der einzige und nicht einmal der vorherrschende Zweck zu sein. Ob die Räume tatsächlich zum Aufenthalt genutzt werden, ist nicht entscheidend (Sternel, Mietrecht, 3. Auflage, IV Rdnr. 477). Gewerberäume wie Ladenräume, Büros, Werkstätten, Fabrikhallen und Gastwirtschaften werden deshalb von § 544 BGB a. F. erfasst (Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, IV, Rdnr. 155). Vertraglich geregelter Vertragszweck war vorliegend der Betrieb eines Möbellagers. Die angemieteten Räume wurden in dem Mietvertrag vom 12./15. September 1994 und in den Nachträgen als „Lagerfläche“, „Büro Raumfläche“ bzw. „Lagerfläche inklusive Nebenräumen“ bezeichnet. Es kann deshalb keinem Zweifel unterliegen, dass sich Mitarbeiter, Lieferanten und Kunden der Beklagten auch bei vertragsgemäßigem Gebrauch zumindest vorübergehend in den Räumen aufgehalten haben. Auf die Frage, ob die Beklagte daneben berechtigt war, in den Räumen eine Tischlerei sowie einen Verkauf an Endkunden zu betreiben, kommt es deshalb hier nicht an.

b) Die Mieträume waren entgegen der Ansicht des Klägers im Mai 2001 auch so beschaffen, dass ihre Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden war.

aa) Wann eine Gesundheitsgefährdung vorliegt, ist objektiven Maßstäben zu entnehmen. Es kommt auf den gegenwärtigen Stand der Erkenntnis an, auch wenn dieser Kenntnisstand bei Vertragsschluss noch nicht bestanden haben sollte. Maßgeblich ist, ob von den Räumen in ihrem gegenwärtigen Zustand eine Gesundheitsgefahr ausgeht. Eine Gesundheitsgefährdung muss konkret drohen, und diese Gesundheitsgefährdung muss erheblich sein, d. h. es muss die Gefahr einer deutlichen und nachhaltigen Gesundheitsschädigung bestehen (vgl. Bub/Treier, a. a. O., IV, Rdnr. 155). Eine Gesundheitsschädigung muss noch nicht eingetreten, aber zu befürchten sein (Palandt/Weidenkaff, BGB, 60. Auflage, § 544 BGB, Rdnr. 3). Ursache hierfür können u. a. Mängel im Zusammenhang mit dem baulichen Zustand der Räume sein wie Feuchtigkeit, überhöhte Schadstoffkonzentration, aber auch Bauauffälligkeit und Einsturzgefahr (OLG Koblenz NJW-RR 1992, 1228), verkehrsunsichere Fußböden und Treppen. Gesundheitsgefährdende Umstände liegen im Zweifel bei Verstößen gegen solche baupolizeilichen Vorschriften vor, die über die Sicherheit des Gebäudes hinaus dem gesundheitlichen Schutz von Menschen dienen sollen (Sternel, a. a. O., Rdnr. 478). Eine erhebliche Gesundheitsgefährdung setzt grundsätzlich voraus, dass die drohende Schädigung nahe liegt. Eine fristlose Kündigung ist aber bei einer geringen Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung jedenfalls dann begründet, wenn die zu erwartenden Gesundheitsbeeinträchtigungen im Falle der Gefahrverwirklichung erheblicher Art sind (so auch AG Saarlouis WM 1990, 389). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

bb) Dahinstehen kann, ob – wie die Beklagte meint – die erhebliche Gesundheitsgefährdung bereits daraus folgt, dass die Mietsache weder den im Zeitpunkt der Anmietung (1994) noch den im Zeitpunkt der Kündigung (2001) geltenden öffentlich-rechtlichen Brandschutzbestimmungen entsprach. Offen bleiben kann auch die Antwort auf die von den Parteien diskutierte Frage, ob der Vermieter dafür sorgen muss, dass

der Zustand der Mietsache den in den Jahren 1994 bzw. 2001 allgemein geltenden Sicherheitsvorschriften entspricht oder ob er nur dafür einzustehen hat, dass diese dem Stand der Technik zur Zeit der Errichtung des Gebäudes oder eventuell seiner Sanierung entspricht (vgl. hierzu Bub/Treier, III B, 1338; BGH ZMR 1977, 305 [= WM 1976, 95]).

cc) Das Bestehen einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit ergibt sich – unabhängig von den unter bb) dargestellten Argumenten – vorliegend bereits daraus, dass wichtige Teile der in den Mieträumen bei Anmietung im Jahre 1994 vorhandenen, aus DDR-Zeiten stammenden Brandschutzeinrichtungen auch im Mai 2001 noch nicht (wieder) funktionsfähig waren.

Wie aus der Aktennotiz des Zeugen B. vom 10. Dezember 1999 folgt und von dem Kläger auch nicht in Zweifel gezogen wird, waren die Mieträume im Dezember 1999 mit erheblichen brandschutz- und sicherheitstechnischen Mängeln behaftet. U. A. war die gesamte Brandmelde- und Entrauchungsanlage nicht funktionsfähig. Die Entrauchungsöffnungen im Dach waren dauerhaft verschlossen. In der Brandwand zwischen ehemaligem Verkauf von Fa. S. und Lager war ein Durchgang vorhanden. Wie sich aus der Zeugenaussage des für Brandschutz zuständigen Mitarbeiters des Bezirksamtes Dr. H. ergibt, waren nur noch Fragmente der Auslösung der Rauch- und Wärmeabzugsanlage vorhanden. Die beiden Brandmelder waren außer Funktion, die Rauchmelder waren funktionslos, weil sie weder mit den Rauch- und Wärmeabzugsklappen noch mit der Sprinkler- und den Wassernebelanlagen verbunden waren. Wie sich aus der Aussage des bei der seinerzeitigen Besichtigung anwesenden Mitarbeiters der Berliner Feuerwehr K. ergibt, waren die „Wasserschleier“ an den Durchgängen in der Brandwand ganz offensichtlich außer Funktion. Die Mängel waren nach Ansicht des Zeugen Dr. H. insgesamt so schwerwiegend, dass auch eine sofortige Schließung des Betriebs durch ihn in Betracht gekommen wäre.

Zwar hat der Kläger ab November 2000 mehrere notwendige Maßnahmen umgesetzt oder eingeleitet. Doch waren von Vermieterseite unstrittig diejenigen Maßnahmen nicht umgesetzt, die in der Besichtigung vom 18. Juni 2001 als erforderlich angesehen worden sind, also die Vorhaltung eines Hausalarms, die vollständige Schließung der Brandwand und die funktionstüchtige Herstellung der Entrauchungsanlage.

Hieraus folgt, dass in den Mieträumen ein wirksamer Brandschutz nicht gewährleistet war. Es bestand die konkrete und naheliegende Gefahr, dass – zumal es sich um ein Möbellager handelte – bereits ein kleiner Brand binnen kürzester Frist erhebliche Gesundheitsschäden verursachen könnte. Im Falle eines Brandes hätten sich die Rauchabzugsklappen nicht automatisch geöffnet, der Rauch wäre nicht entwichen, er hätte sich in der Halle ausgebreitet. Das Erstickungs- und Vergiftungsrisiko für die in der Halle anwesenden Personen wäre hierdurch erheblich erhöht gewesen. Es hätte deshalb die Gefahr bestanden, dass diesen Personen eine rechtzeitige Flucht nicht gelungen wäre. Auch wäre infolge der Rauchentwicklung im Gebäude das Eingreifen der Feuerwehr erheblich erschwert und verzögert worden.

Dies reicht für die Annahme einer mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbundenen Raumbeschaffenheit i. S. d. § 544 BGB a. F. aus. Wie es für eine Kündigung nach dieser Vorschrift ausreichend ist, dass der Einsturz einer Halle bei ungünstigen Witterungsverhältnissen nicht auszuschließen ist (vgl. OLG Koblenz a. a. O.), so genügt vorliegend, dass die konkrete Gefahr besteht, dass aus jedem kleinen Brand (z. B. infolge einer weggeworfenen Zigarettenkippe) wegen der funktionsunfähigen Brandschutzeinrichtungen ein Großbrand entstehen kann. Entgegen der Ansicht des Klägers ist nicht erforderlich, dass die Beschaffenheit der Räu-

me die Gefahr des Ausbruchs eines Brandes erhöht. Angesichts der schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen, mit denen im Falle eines Großbrandes zu rechnen ist, reicht es aus, wenn die Beschaffenheit der Räume die Gefahr der unkontrollierten Ausweitung eines eigentlich beherrschbaren Kleinbrandes konkret und in ganz erheblichem Umfang vergrößert. Besteht – wie bei Bränden grundsätzlich – Lebensgefahr, dann genügt für eine erhebliche Gesundheitsgefährdung i. S. d. § 544 BGB, dass die Gefahr nicht mehr ausgeschlossen werden kann. Das menschliche Leben ist ein so wertvolles Rechtsgut, dass es von der Rechtsordnung selbst gegen entfernte Gefahren geschützt werden muss (OLG Koblenz a. a. O. m. w. N.). So reicht es nach der Rechtsprechung des Kammergerichts (KG JW 1930, 2975) aus, wenn konstruktive Mängel des Hängewerks einer Decke im Fall eines Brandunglücks zu einer Gefahrenquelle für die darunter wohnenden Menschen werden.

c) Die Kündigung gemäß § 544 BGB bedurfte auch keiner vorherigen Fristsetzung mit der Aufforderung zur Mängelbeseitigung. Zwar wird eine erhebliche Gesundheitsgefährdung dann verneint, wenn der Umstand, von dem die Gefahr ausgeht, ohne weiteres leicht behebbar ist und der Vermieter zur sofortigen Abhilfe bereit ist (Staudinger-Emmerich, § 544 Rdnr. 12). Eine solche Ausnahmesituation liegt im Streitfall aber nicht vor. Aufgrund des von dem Kläger selbst vorgebrachten Umfangs der Arbeiten an der Entrauchungsanlage war eine sofortige Abhilfe schon aus tatsächlichen Gründen nicht möglich.

d) Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, wann Mitarbeiter der Beklagten Kenntnis von dem oben dargestellten gesundheitsgefährdenden Zustand der Räume erlangt haben. § 539 BGB a. F. schließt eine Kündigung gemäß § 544 a. F. nicht aus, vielmehr kann ein Mieter nach dem Wortlaut dieser Vorschrift selbst dann kündigen, wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei Vertragsschluss gekannt oder er auf die ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat. Die Vorschrift dient nämlich öffentlichen gesundheitspolitischen Interessen (BGHZ 29, 289, 294).

e) Entgegen der Ansicht des Klägers verstieß die Beklagte mit dem Ausspruch der Kündigung auch nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Zwar ist dem Kläger zuzugestehen, dass die Vermieterseite in der Zeit bis zum 16. Mai 2001 erhebliche Kosten aufgewandt hat, um z. B. durch den Einbau von Feuerschutztüren brandschutz-technische Defizite zu beheben. Dies ändert aber nichts an der Funktionsunfähigkeit der Entrauchungsanlage und den sich daraus ergebenden erheblichen Gesundheitsrisiken. Wegen dieser Risiken war die Beklagte weder verpflichtet, sich dem zögerlichen Verhalten des Bezirksamtes anzupassen, noch musste sie dem Kläger eine noch längere Frist zur Beseitigung dieser Risiken gewähren. Auch aus dem Umstand, dass die Beklagte aufgrund einer von ihr für berechtigt gehaltenen Minderung der Miete im Zeitpunkt der Kündigung mit 56 215,51 € in Rückstand war, ergibt sich eine Unwirksamkeit der Kündigung nicht. Wie sich aus der in § 544 BGB a. F. geregelten Unwirksamkeit eines Verzichts auf die Geltendmachung der Kündigung ergibt, soll die Möglichkeit der Kündigung im öffentlichen Interesse unabhängig von dem Verhalten des Mieters bestehen bleiben.

f) Die Kündigung der Beklagten scheitert auch nicht daran, dass die Beklagte ihrerseits den betrieblichen Brandschutz vernachlässigt hat. Dieses eigene Fehlverhalten der Beklagten schließt, da § 544 BGB a. F. öffentlichen gesundheitspolitischen Interessen dient, entgegen der Ansicht des Klägers eine Kündigung der Beklagten nicht aus. Eine Mindermeinung geht sogar davon aus, dass eine Kündigung gemäß § 544 BGB a. F. selbst dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der Mie-

ter den gesundheitsgefährdenden Zustand der Mieträume selbst verschuldet hat (vgl. hierzu Bub/Treier, a. a. O., Rdnr. 156).

g) Die Beklagte hat ihr Kündigungsrecht auch nicht durch Zeitablauf verwirkt. Das Kündigungsrecht kann, solange der gesundheitsgefährdende Zustand besteht, selbst durch eine längere Nichtausübung nicht verwirkt werden (Bub/Treier, a. a. O., IV, Rdnr. 158; LG Paderborn WM 1998, 21). Auch dies folgt aus dem öffentlichen Interesse an der Vertragsbeendigung, das der Regelung des § 544 BGB a. F. zugrunde liegt.

h) Auf die Behauptung des Klägers, das zu DDR-Zeiten errichtete und ohne brandschutztechnische Beanstandungen als Lagerhalle eines Textil-Kombinats genutzte Objekt genieße Bestandsschutz, kommt es vorliegend schon deshalb nicht an, weil die zu DDR-Zeiten vorhandenen Brandschutzeinrichtungen in ganz erheblichem Umfang nicht mehr funktionsfähig waren.

[...]

B. 4) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass der Mietzins im streitgegenständlichen Zeitraum nicht gemindert ist.

a) Die Beklagte hat auch in zweiter Instanz nicht dargelegt, dass ihr Geschäftsbetrieb durch den Wasserschaden am 19. August 2000 merkbar beeinträchtigt wurde. Bei der Bestimmung der Höhe einer Minderungsquote kommt es aber bei Gewerberäumen primär auf den Grad der Betriebsbeeinträchtigung an (Bub/Treier, a. a. O., III. B, Rdnr. 1366; OLG Düsseldorf BB 1989, 1934). Der Umstand, dass Mitarbeiter der Beklagten einmalig einige Möbel umlagern mussten, reicht hierfür jedenfalls nicht aus.

b) Auch die oben im Rahmen der Berufung dargestellten Mängel an den Brandschutzeinrichtungen führen nicht zu einer Mietminderung des Mietzinses in den streitgegenständlichen Monaten. Der Umstand, dass im Falle eines in Zukunft eintretenden Brandes das Gesundheitsrisiko für die Mitarbeiter der Beklagten wegen fehlender Brandschutzeinrichtungen ganz erheblich erhöht war, berechtigte die Beklagte zwar zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses. Ausschlaggebend hierfür ist aber der Regelungszweck des § 544 BGB a. F., der dem öffentlichen Interesse der Volksgesundheit dient. Hieraus folgt aber nicht, dass sich die von der Beklagten bis zu ihrem Auszug aus dem Mietobjekt geschuldete Miete/Nutzungsentschädigung gemindert hat. Denn hier kommt es bei der Bestimmung der Höhe einer Minderungsquote primär auf den Grad der tatsächlichen Betriebsbeeinträchtigung in der Gegenwart an. Der Zustand der Brandschutzeinrichtungen hat aber den Mietgebrauch durch die Beklagte – jedenfalls soweit er vertraglich zulässig war – nicht beeinträchtigt. Eine Nutzungsbeschränkung seitens des Bezirksamtes wurde nicht ausgesprochen. Dies gilt auch für das Fehlen eines zweiten Rettungswegs für die Büroräume. Die Beklagte konnte das Mietobjekt deshalb in vollem Umfang nutzen. Wie sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 4. Dezember 2000 ergibt, hat sie die Minderung selbst nicht mit einer Beeinträchtigung ihres Geschäftsbetriebs sondern mit der „erheblichen Gefährdung“ ihrer Mitarbeiter begründet. Im Rahmen der Prüfung einer möglichen Minderung kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte ihrerseits die Erfordernisse eines betrieblichen Brandschutzes wesentlich in ganz erheblichem Maße außer Acht gelassen hat. Hieraus schließt der Senat, dass die Beklagte ihren Betrieb seit Beginn des Mietverhältnisses so organisiert hatte, dass Betriebsabläufe durch das Fehlen von Brandschutzeinrichtungen konkret nicht beeinträchtigt worden sind. Eine Minderung scheidet auch aus diesem Grund aus.

Mitgeteilt von RA Gellwitzki, Berlin

**§§ 295, 535, 557 a. F., 546a n. F. BGB**  
**Rückgabe der Mieträume; Vorenthaltung; Rücknahme**  
**der Schlüssel; Annahmeverzug; Kfz-Werkstatt**

**1. Weigert sich der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses die Räume zurückzunehmen, weil sie noch nicht vollständig geräumt seien, so liegt kein Vorenthalten des Mieters vor, wenn noch einzelne, die Nutzung des Mietobjekts nicht wesentlich hindernde Sachen in den Räumen geblieben sind.**

**2. Der Vermieter gerät in diesem Fall in Annahmeverzug, wenn er das wörtliche Angebot des Mieters, die Schlüssel am Ort der belegenen Sache zurückzugeben, nicht annimmt.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. 5. 2003 – I-24 U 49/03)

**Zum Sachverhalt:** Nach beendetem Mietverhältnis mit Ablauf des 30. September 2001 hatte die Beklagte (Mieterin) der Klägerin (Vermieterin) mit Schreiben vom 29. September 2001, das bei der Klägerin am 4. Oktober 2001 eingegangen war, die Rückgabe der Mietsache (Gewerberäume, in denen die Beklagte eine Kfz-Werkstatt betrieben hatte) angeboten. Die Klägerin wies das Angebot zurück unter Hinweis darauf, die Mietsache sei nur unvollständig geräumt. Am 13. Dezember 2001 nahm die Klägerin die Räume zurück und bestätigte sie als „ordnungsgemäß übergeben“, obwohl die Beklagte weitere Räumungsleistungen nicht erbracht hatte. Das bebaute Grundstück, auf dem mehrere Gewerbebetriebe Räume gemietet hatten, darunter ein weiterer Kfz-Betrieb, hatte die Klägerin veräußert. Gegenüber der Erwerberin, die die aufstehenden Gebäude wegen einer Neubebauung abreißen ließ, hatte sie sich anlässlich der Grundstücksübergabe am 29. April 2002 verpflichtet, bestimmte näher bezeichnete Sachen auf ihre Kosten vom Grundstück zu entfernen zu lassen.

Das Landgericht Duisburg hat die Beklagte nach Beweisaufnahme antragsgemäß zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 5306,66 EUR für die Zeit vom 1. Oktober bis 13. Dezember 2001 (nebst Zinsen) verurteilt. Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit welcher sie weiter die Abweisung der Klage verfolgt.

**Aus den Gründen:** II. Das zulässige Rechtsmittel hat überwiegend Erfolg. Die Beklagte schuldet der Klägerin Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltung der Mietsache nur in der Zeit vom 1. bis zum 8. Oktober 2001. Darüber hinausgehende Ansprüche bestehen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt.

1. Die Beklagte schuldet der Klägerin Nutzungsentschädigung gemäß § 546a Abs. 1 BGB (§ 557 Abs. 1 BGB a. F.) nur während der Vorenthaltung der Mietsache. Vorenthalten hat die Beklagte sie der Klägerin aber nur bis zum 8. Oktober 2001.

a) Ein Vorenthalten im Sinne der vorgenannten Bestimmung liegt nach ganz herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur nur dann vor, wenn der Mieter die Mietsache nach beendetem Mietverhältnis nicht zurückgibt und das gegen den Willen des Vermieters geschieht (Senat ZMR 2003, 23 = NZM 2002, 742 [= GuT 2002, 186 KL = WM 2002, 494]). Vorenthalten der Mietsache bedeutet demnach die Weigerung des Mieters, den nach rechtlich beendetem Mietverhältnis geltend gemachten Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache (§ 546 Abs. 1 BGB) zu erfüllen. Ein Vorenthalten liegt dagegen nicht vor, wenn sich der Vermieter zu Unrecht weigert, die ihm zur Rückgabe angebotene Mietsache anzunehmen (Senat a. a. O.).

b) Von diesem Rechtsverständnis geht auch das Landgericht im Ansatz zutreffend aus. Es meint jedoch, die Beklagte habe der Klägerin wegen unvollständiger Räumung ein an-

nahmefähiges Rückgabeangebot nicht unterbreitet, so dass jene nicht in Annahmeverzug geraten sei. Diese Rechtsauffassung trifft auf der Grundlage des gewonnenen Beweisergebnisses nicht zu.

aa) Richtig ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt, wonach ein annahmefähiges und -pflichtiges Rückgabeangebot nur dann vorliegt, wenn der Mieter dem Vermieter die tatsächliche Gewalt über die Mietsache im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB anbietet und einräumt. Bei Räumen geschieht das regelmäßig dadurch, dass der Mieter sie räumt und dem Vermieter die Schlüssel anbietet. Ein Mieter, der zwar die Schlüssel übergibt, aber nicht räumt (oder umgekehrt), erfüllt den Rückgabeanspruch des Vermieters nicht (BGH NJW 1988, 2665, 2666 [= WM 1988, 270]). Dementsprechend bedeutet das im Vorfeld der Erfüllungshandlung, dass der Vermieter, der die Rücknahme nicht geräumter Mietflächen ablehnt, nicht in Annahmeverzug gerät (BGH NJW 1983, 1049, 1050; vgl. auch Senat a. a. O.). Bis zur Räumung bleibt dem Vermieter die Mietsache vorenthalten und der Mieter zur Zahlung der Nutzungsentschädigung verpflichtet.

bb) In Annahmeverzug gerät der Vermieter aber dann, wenn er ein Erfüllungsangebot zurückweist, welches nur unwesentlich von der vollständigen Erfüllung der Rückgabepflichtung abweicht, insbesondere dann, wenn nur einzelne Sachen zurückbleiben, die den Vermieter an der Besitzausübung und Nutzung der Mietsache nicht wesentlich hindern (BGH NJW 1983, 1049, 1050; 1988, 2665, 2666 [= WM 1988, 270]; 1994, 3232, 3233 f). Ob das zutrifft, lässt sich nicht generell beantworten, sondern hängt von den Umständen des jeweiligen Streitfalls ab (BGH NJW 1983, 1049, 1050).

cc) Die Beklagte hatte nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nur wenige Gegenstände zurückgelassen (1 Colaautomat, 1 Stapel Autoscheiben und Gerümpel in Gestalt eines defekten Tisches und einiger defekter Stühle). Der Senat folgt insoweit der Beweiswürdigung des angefochtenen Urteils, die auch von der Beklagten hingenommen wird. Die Besitzausübung und Nutzung der insgesamt 960 m<sup>2</sup> großen Fläche ist nicht in spürbarer Weise eingeschränkt worden, zumal die Beklagte ersichtlich keinen Wert mehr auf die weitere Nutzung dieser Gegenstände legte und deshalb Obhutspflichten der Klägerin mit der Rücknahme nicht entstanden. Das wird von der Klägerin auch nicht geltend gemacht. Gestützt wird diese Einschätzung vielmehr noch dadurch, dass die Klägerin am 13. Dezember 2001 die Räume schließlich als vertragsgemäß zurückgenommen hatte, obwohl die Mietsache nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch zu diesem Zeitpunkt nicht (vollständig) geräumt worden war. Damit hat die Klägerin mittelbar selbst zum Ausdruck gebracht, dass die in Rede stehenden Sachen ihr Besitz- und Nutzungsrecht nicht wesentlich beeinträchtigten.

dd) Daraus folgt, dass die Klägerin schon mit Ablauf des 8. Oktober 2001 mit der Rücknahme der Mietsache in Annahmeverzug geraten war. Das wörtliche Angebot der Rücknahme vom 29. September 2001 genügte gemäß § 295 BGB. Räume sind durch Übergabe der Schlüssel am Belegenheitsort zurück zu geben, wenn wie hier im Vertrag nichts Abweichendes vereinbart worden ist (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rn. 1048). Da die Klägerin am Belegenheitsort nicht ihren Sitz hatte, konnte die Beklagte die Schlüssel dort nicht einfach zurück lassen. Vielmehr musste die Klägerin bei der Rücknahme mitwirken, indem sie am Belegenheitsort die Schlüssel an einem zu verabredenden Termin entgegennahm. Dafür und für die Prüfung eines abnahmefähigen Angebots ist der Klägerin eine angemessene Frist einzuräumen, die der Senat hier mit vier Tagen ansetzt. Nachdem der Klägerin das annahmefähige Angebot am 4. Oktober 2001 zugegangen war,

geriet sie mit Ablauf des 8. Oktober 2001 in Annahmeverzug. Seit diesem Zeitpunkt wird ihr die Mietsache nicht mehr vorenthalten.

Die Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. Oktober bis 8. Oktober 2001 beträgt  $(8/31 \times 4289,68 \text{ DM} = 1107,08 \text{ DM})$  566,04 EUR. Dieser Betrag ist gemäß §§ 288, 284 Abs. 1, 546a Abs. 1 BGB mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 397, 559 a. F. BGB  
Verzicht; Vermieterpfandrecht;  
in gemietete Betriebsräume eingebrachte Sachen; Pkw**

**Zu den Anforderungen an die Darlegung eines Verzichts  
auf das Vermieterpfandrecht.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 3. 4. 2003 – 10 U 70/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten aus den im Einzelnen im Tatbestand des angefochtenen Urteils dargestellten Gründen darüber, ob der Klägerin gegen den Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen ihrer früheren Mieterin ein Anspruch auf Auszahlung von 11 447,83 € Verwertungserlös aus der Veräußerung von dem dem Vermieterpfandrecht der Klägerin unterliegendem beweglichen Anlagevermögen zusteht.

Mit dem angefochtenem Urteil hat das Landgericht Mönchengladbach der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten. Dieser trägt unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens vor, das Landgericht habe zu Unrecht von einer Beweisaufnahme über die behauptete Verzichtsvereinbarung abgesehen. Die Kammer hätte auch beachten müssen, dass jedenfalls nicht alle Gegenstände, die verwertet worden seien, dem Vermieterpfandrecht unterlegen hätten.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat der Klägerin mit zutreffenden Erwägungen einen Anspruch auf Auszahlung des Verwertungserlöses von 11 447,83 € Zug um Zug gegen Abschreibung der in der Insolvenztabelle eingetragenen und im Tenor genannten Forderungen zuerkannt. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine hiervon abweichende Beurteilung. Der Senat folgt den Gründen der angefochtenen Entscheidung nach Maßgabe der folgenden durch das Berufungsvorbringen veranlassten Ausführungen:

1. Mit Recht hat das Landgericht einen Verzicht der Klägerin auf ihr Vermieterpfandrecht verneint, weil das diesbezügliche Vorbringen des Beklagten unsubstanziert ist. An die Annahme eines Verzichts oder Erlassvertrages sind grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Gerade bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsvernichtend gewertet werden sollen, ist das Gebot einer interessengerechten Auslegung zu beachten und haben die der Erklärung zugrunde liegenden Umstände besondere Bedeutung. Wenn feststeht oder davon auszugehen ist, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben (st. Rspr., zuletzt BGH, IX ZR 293/00, Urt. v. 7. 3. 2002; BGH, X ZR 91/00, Urt. v. 15. 1. 2002, WPM 2002, 822). Dementsprechend ist bei der Prüfung der Frage, ob der Vermieter auf eine werthaltige Sicherheit für andernfalls – wie hier wegen einer sich bereits bei Verfahrensbeginn abzeichnenden Masseunzulänglichkeit – nicht durchsetzbare, begründete Ansprüche verzichtet hat oder ob insoweit ein Erlassvertrag zustande gekommen ist, große Zurückhaltung geboten. Ohne nähere Darlegung von Gang und Inhalt des Gesprächs, in dem der behauptete Verzicht erklärt worden sein

soll, ist die von dem Beklagten vorgetragene Schlussfolgerung, die Klägerin habe auf ihr Vermieterpfandrecht verzichtet, nicht verifizierbar. Diesen Anforderungen genügt weder das erstinstanzliche noch das zweitinstanzliche Vorbringen des Beklagten. Die insoweit aufgestellten Erwägungen sind durchweg theoretischer Natur und lassen den konkreten Gesprächsverlauf nicht erkennen. Einer Beweisaufnahme bedarf es hierzu entgegen der Meinung des Beklagten nicht, weil dies auf eine prozessual unzulässige Ausforschung hinausläufe. Auf diesen Mangel seines erstinstanzlichen Vorbringens haben sowohl die Klägerin mit Schriftsatz vom 18.12.2001 als auch die Kammer in der mündlichen Verhandlung vom 13.2.2002 erfolglos hingewiesen.

Soweit der Beklagte sich darüber hinaus darauf beruft, die entsprechende Vereinbarung sei in einem kurz danach zwischen dem Zeugen D. und der Zeugin S. noch einmal bestätigt worden, lässt dies weder einen konkreten Gesprächsinhalt noch erkennen, dass die Zeugin S. eine eigene Verzichtserklärung abgegeben hat oder abgeben wollte.

2. Der Beklagte macht auch ohne Erfolg geltend, die Kammer hätte auch seinen Vortrag beachten müssen, nicht alle Gegenstände, die verwertet worden seien, hätten dem Vermieterpfandrecht unterlegen. Angesichts seines erstinstanzlichen Geständnisses (§ 288 ZPO), dass das in den gemieteten Betriebsräumen bewegliche Anlagevermögen der Schuldnerin zu einem Nettoerlös von 25 000,00 DM verwertet worden ist, hatte die Kammer ohne weitere von dem Beklagten nicht darlegte Umstände allein aus dem Schreiben der Zeugin S. vom 11.4.2001 keine Veranlassung, der Frage nachzugehen, ob und ggf. welche einzelnen Gegenstände (hier: die in dem Schreiben aufgeführten zwei PKW Opel Astra) möglicherweise nicht i. S. des § 559 BGB in die Mieträume eingebracht wurden. Das Vorbringen in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 25.2.2002 hat die Kammer zu Recht nach § 296 a ZPO nicht zugelassen. Zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bestand keine Veranlassung. Soweit das substanzlose Berufungsvorbringen dahingehend zu verstehen sein sollte, dass der Beklagte eine Zugehörigkeit der beiden Fahrzeuge zu dem eingebrachten und damit dem Vermieterpfandrecht der Klägerin unterliegenden Betriebsvermögen der Schuldnerin bestreiten will, ist sein Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§ 276 BGB; § 61 VVG**  
**Kfz-Miete; LKW; Haftungsausschluss zg. des Kunden;**  
**AGB; Verschulden des Mieters**

**1. Der in den AGB eines gewerblichen Kfz-Vermieters dem Kunden eingeräumte Haftungsausschluss orientiert sich am Leitbild der Kaskoversicherung i. S. von § 61 VVG. Der Haftungsausschluss entfällt nur, wenn der Kfz-Vermieter dem Mieter Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachweisen kann. Die Darlegungs- und Beweislast für das Verschulden des Mieters trägt der Vermieter.**

**2. Vom rein Tatsächlichen her sind Erfahrungsschlüsse auf innere Tatsachen, die den Vorwurf groben Verschuldens begründen, möglich. Allein aus dem Durchfahren eines um 1 Meter zu niedrigen Steintores lässt sich allerdings kein entsprechender Erfahrungsschluss ziehen.**

(OLG Rostock, Urteil vom 2.6.2003 – 3 U 166/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Schadensersatz wegen der Beschädigung eines gewerblich vermieteten Lastkraftwagens in Anspruch. Die Beklagten mieteten zur Durchführung eines Umzuges einen LKW Mercedes. Dem Vertrag lagen die auf dessen Rückseite abgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zugrun-

de, die unter Ziffer IV. 2 c und VII. eine Haftungsreduzierung zugunsten des Fahrzeugmieters bis auf eine Selbstbeteiligung i. H. v. 2000,00 DM enthalten. Diese greift nur in Fällen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung des Schadensfalles durch den Mieter nicht ein.

Der Beklagte zu 1) erhielt am 16.6.2000 gegen 6.00 Uhr die Fahrzeugschlüssel des Mietfahrzeuges, das einen Kofferaufbau mit einer Höhe von 3,50 m hat. Gegen 7.15 Uhr führte er den LKW auf der B 105 in der zweispurigen Ortsdurchfahrt in R.-D. aus Richtung R. auf der linken Spur durch das R.er Tor. Die rechte Fahrspur wird nicht durch einen Torbogen o.ä. begrenzt. Das R.er Tor führt in einem gotischen Bogen durch einen massiven historischen Backsteinturm und weist aus der Fahrtrichtung des Beklagten zu 1) gesehen zu beiden Seiten das StVO-Zeichen 165 „Durchfahrthöhe“ 2,50 m auf. In einiger Entfernung vor der sich gabelnden Ortsdurchfahrt befindet sich zudem auf der linken Straßenseite dasselbe Hinweisschild. Der Beklagte zu 1) blieb mit dem LKW aufgrund der für das Fahrzeug zu geringen Durchfahrthöhe in dem Tor stecken, wobei das Fahrzeug am Führerhaus und am Kofferaufbau erheblich beschädigt wurde. Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, aus welchem Grund der Beklagte zu 1) die linke Fahrspur wählte, ob er einem Fahrradfahrer ausweichen musste und ob ihm die Sicht durch ein vorausfahrendes größeres Fahrzeug verdeckt war.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Beklagten könnten sich nicht auf die vertraglich vereinbarte Haftungsreduzierung berufen, weil der Beklagte zu 1) den Schadensfall grob fahrlässig herbeigeführt habe. Die Klägerin hat erstinstanzlich Sachschäden und entgangenen Gewinn i. H. v. 7408,05 € nebst Zinsen geltend gemacht. Das Landgericht Stralsund hat die Beklagten gesamtschuldnerisch antragsgemäß verurteilt.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie Aufhebung des Versäumnisurteils und Klageabweisung erstreben. Zur Begründung tragen sie vor:

Das Landgericht habe zu Unrecht grobe Fahrlässigkeit des Beklagten zu 1) bejaht. Der ihm anzulastende Sorgfaltpflichtverstoß sei nicht in subjektiver Hinsicht schlechthin unverständlich. Allein das Einfahren mit dem LKW in das R.er Tor stelle keine grob fahrlässige Verletzung des in § 41 Abs. 2, 6, 265 StVO angeordneten Verbots der Einfahrt für Fahrzeuge mit einer Höhe von 2 1/2 m dar. Erfahrungsgemäß falle es Personen, die in der Regel nur Personenkraftwagen benutzen, beim Führen eines Lastkraftwagens nicht immer leicht, während der Fahrt an die höheren Aufbauten dieses Fahrzeuges zu denken. Beim Durchfahren von Unterführungen bezögen sie deshalb die Hinweise nur auf eine begrenzte Höhe der Durchfahrt, vielfach nicht auf sich selbst. Der Beklagte zu 1) habe sich in einer Stresssituation befunden. Er habe den Umzug seiner Schwester zu bewältigen gehabt, sowie den eigenen Umzug. Die Strecke sei ihm nicht bekannt gewesen. Er sei arbeitslos und gerade aus Dänemark zugezogen gewesen. Zuvor habe er in Lübeck gewohnt. Eine Einweisung durch die Klägerin sei nicht erfolgt. Die Klägerin habe nicht deutlich sichtbar hinter der Windschutzscheibe ein Hinweisschild auf die Fahrzeughöhe angebracht. Der Beklagte zu 1) habe sich auf ein paar hundert Metern Fahrstrecke mit dem Fahrzeug vertraut machen müssen, einem Fahrradfahrer ausweichen, die Höhe des Fahrzeuges präsent haben und das Tor, welches einen Rundbogen habe, der Höhe nach einschätzen müssen. Derartige Schwierigkeiten beim Einschätzen der Höhe seien keine seltenen Ausnahmereignisse, sondern verhältnismäßig häufig anzutreffen. In der jüngsten Vergangenheit sei es im R.er Tor zumindest zu vier vergleichbaren Unfällen gekommen. Aufgrund dessen sei das Tor gesperrt worden.

Auch die Versicherung der Klägerin sei von keinem grob fahrlässigen Verhalten des Beklagten zu 1) ausgegangen, da sie den Unfallschaden teilweise reguliert habe. Das Landgericht habe zu Unrecht die Zeugen nicht gehört.

Die Klägerin verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages. Das Fahrmanöver des Beklagten zu 1) sei subjektiv unentschuldigbar gewesen, wobei von besonderer Relevanz sei, dass der Beklagte über Ortskenntnis verfüge. Bei der hier vorliegenden Differenz von 1 m zwischen Fahrzeughöhe und freier Durchfahrt des R.er Tores scheidet ein geringfügiges Verschätzen des Beklagten zu 1) aus.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung ist begründet.

Die zulässige Klage hat keinen Erfolg, sodass das Versäumnisurteil des Landgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen ist.

Der Klägerin steht gegen die Beklagten kein Anspruch aus positiver Verletzung des Mietvertrages oder Eigentumsverletzung gemäß § 823 Abs.1 BGB zu. Den Beklagten kommt die vertraglich vereinbarte Haftungsreduzierung aus Ziffer IV. 2. c. der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zugute, da die Klägerin nicht dargelegt und unter Beweis gestellt hat, dass der Beklagte zu 1) den Schaden am 16. 6. 2002 grob fahrlässig herbeigeführt hat.

Das Landgericht hat richtig ausgeführt, dass die in den AGB der Klägerin als gewerblicher Fahrzeugvermieterin geregelte Einschränkung des dem Kunden eingeräumten Haftungsausschlusses den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aufgestellten Anforderungen entspricht (BGH VersR 1991, 349). Die Einschränkung der Haftung orientiert sich am Leitbild der Kaskoversicherung i.S.v. § 61 VVG. Der Haftungsausschluss entfällt nur, wenn der Kfz-Vermieter dem Mieter Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachweisen kann.

Die Beweislast für das Verschulden des Mieters trägt der Vermieter. Der Versicherer bzw. der Vermieter muss auch die Tatsachen, die die subjektive Unentschuldigbarkeit begründen, darlegen und nachweisen (Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band V, Rn. 7 zu § 61 VVG). § 287 ZPO ist zu Gunsten des Versicherers bzw. des Vermieters nicht analog anzuwenden (Baumgärtel, a. a. O., Rn. 15). Allerdings sind vom rein tatsächlichen her Erfahrungsschlüsse auf Tatsachen, die den Vorwurf groben Verschuldens begründen, möglich (Baumgärtel, a. a. O., Rn. 17). Solche Tatsachen hat die Klägerin nicht vorgetragen, bzw. nicht unter Beweis gestellt. Allein aus dem Durchfahren des um 1 m zu niedrigen R.er Tores lässt sich kein entsprechender Erfahrungsschluss ziehen.

Vorsätzliches Handeln kommt hier nicht in Betracht.

Auch grobe Fahrlässigkeit scheidet aus. Darunter ist ein gefahrenträchtiges Verhalten – Handeln oder Unterlassen – zu verstehen, bei dem nach den gesamten Umständen die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt wird und bei dem dasjenige unbeachtet bleibt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Dabei wird in der Regel das Bewusstsein der Gefährlichkeit vorausgesetzt. Aber auch unbewusste Fahrlässigkeit kann grob sein. Für die Schwere des Vorwurfs macht es keinen Unterschied, ob eine Gefahr erkannt, aber unterschätzt wird, oder ob sie aus Gedankenlosigkeit gar nicht erkannt wird. Neben den besonders schweren Verstoß gegen die objektiv erforderliche Sorgfalt tritt der *Vorwurf eines subjektiv nicht entschuldbaren Fehlverhaltens, das erheblich über das gewöhnliche Maß hinausgeht* (BGH NJW 1989, 1354, 1355). Bei einer Konzentration erfordernden Dauertätigkeit – wie bei der gefahren geneigten Arbeit, ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr zu führen – kann auch einem sorgfältigen Kraftfahrer gelegentlich aus einem *Augenblicksversagen* heraus ein Ausrutscher unterlaufen. Es

ist stets zu überlegen, ob es sich um ein bei der menschlichen Unzulänglichkeit *typisches einmaliges Versagen* handelt (BGH a. a. O.).

Danach ist dem Beklagten zu 1) nicht grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Maßgebend ist, dass er keine Erfahrung als Fahrer eines Lastkraftwagens besaß. Dieser Umstand ist als subjektives Entlastungsmoment von wesentlicher Bedeutung (OLG Köln VersR 1982, 1151, 1152 m.w. N.). Auch wenn die Hinweisschilder auf die Durchfahrthöhe vor dem R.er Tor rechtzeitig und gut erkennbar waren, kann dem Beklagten zu 1) aufgrund seiner Unerfahrenheit keine besonders schwerwiegende Schuld vorgeworfen werden, zumal er nach seiner unwiderlegten Behauptung durch das Ausweichmanöver abgelenkt wurde. Der Sorgfaltsverstoß mag objektiv grob gewesen sein, da die Differenz zwischen der möglichen Durchfahrthöhe von 2,50 m und der Höhe des Kraftfahrzeuges von 3,50 m einen Meter betrug. Obgleich dies dem Beklagten zu 1) hätte ins Auge springen müssen, liegen keine subjektiven, in der Individualität des Handelnden begründeten Umstände vor, die den Vorwurf des schweren Verschuldens rechtfertigen. Es ist zu berücksichtigen, dass eine Durchfahrthöhe von 2,50 m auf öffentlichen Straßen sehr selten ist.

Die Beklagten haben einen Tathergang vorgetragen, bei dessen Vorliegen grobe Fahrlässigkeit ausscheidet. Nach ihrem unwiderlegten Vorbringen war dem Beklagten zu 1) die Örtlichkeit nicht bekannt, er war das Führen von Lastkraftwagen nicht gewohnt, er befand sich in einer Stresssituation, er wollte einem Radfahrer ausweichen und fuhr dabei auf die linke Spur der Fahrbahn, wo ihm die Sicht auf das R.er Tor und die Höhenbegrenzungsschilder durch ein vorausfahrendes großes Transportfahrzeug versperrt war. Diese Umstände sind teils unstrittig, teils von der Klägerin nicht widerlegt. Angesichts der oben angegebenen Beweislastverteilung wäre es Sache der Klägerin gewesen, den vom Beklagten zu 1) behaupteten Tathergang zu widerlegen und dafür Beweis anzutreten.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte zu 1) nach seinem unwiderlegten Vortrag zunächst die richtige rechte Spur benutzen wollte, die an dem Tor vorbeiführt. Nur infolge des Ausweichmanövers befuhr er die linke Spur, die unter dem Tor hindurchführt. Wenn der Beklagte zu 1) ursprünglich ordnungsgemäß auf der rechten Fahrspur an dem Tor vorbeifahren wollte, dann war er sich im Zweifel auch

Die

## **GuT-Einbanddecke**

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

für Ihren **Buchbinder**

Möglich ist eine **Vorbestellung bis 19. Dezember 2003**  
(**Subskriptionspreis** 8,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

**Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte**

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

Vorbestellungen / Bestellungen an

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

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

der Tatsache bewusst, dass er die Tordurchfahrt nicht benutzen konnte. Dann spricht sehr viel dafür, dass ein Augenblicksversagen des Beklagten zu 1) das Unfallgeschehen verursacht hat. Ein solches ist gerade nicht in einer derart unentschuldlichen Weise vorwerfbar, dass die Haftungsreduzierung hier nicht eingreift (OLG Düsseldorf NZV 1991, 394).

Die Tatsache, dass es angesichts der konkreten Fahrsituation erkennbar unmöglich war, mit dem Lkw wegen seines hohen Aufbaus die erheblich niedrigere Tordurchfahrt zu durchqueren, zeigt, dass der Beklagte zu 1) nicht etwa leichtfertig versucht hat, die Durchfahrt zu unterfahren. Dies war vielmehr sichtlich nicht möglich. Dies führt zu dem Schluss, dass der Beklagte zu 1) jedenfalls im Augenblick des Geschehens sich der besonderen Höhe des ungewohnten Lastkraftwagens nicht bewusst war. Im Entscheidungsfall lag die Annahme fern, die Fahrt unter dem Torbogen hindurch könne gut gehen. Damit lässt sich ein Augenblicksversagen des Beklagten zu 1) nicht verlässlich ausschließen, womit in subjektiver Hinsicht ein schwerer Schuldvorwurf gegen ihn entfällt (OLG Düsseldorf MDR 1992, 752).

Die Frage, ob der Beklagte zu 1) anlässlich des Abschlusses des Mietvertrages eine Einweisung erhielt, auf Fahrzeugmaße, Höhe und Breite ausdrücklich hingewiesen worden ist und ob in dem LKW ein Hinweis auf die Fahrzeughöhe angebracht war, kann unter diesen Umständen dahinstehen. Angesichts des Fahrmanövers – des durch den Radfahrer verursachten Fahrspurwechsels – kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagte zu 1) sich der Tatsache, dass er das Tor nicht passieren konnte, bewusst war und nur aufgrund des Augenblicksversagens die falsche Fahrspur benutzt hat. Dass dieses Verhalten fahrlässig war, bedarf keiner Erörterung. Das Verschulden des Beklagten zu 1) kann zwar nicht als leicht, aber auch nicht als besonders schwer – wie es für die Annahme einer groben Fahrlässigkeit Voraussetzung ist – eingeschätzt werden.

### § 89 b HGB

**Tankstelle; Tankstellenbetreiber; Tankstellenhalter; Handelsvertreterausgleich; Stammkunden; Provisionen; Betriebskosten; Vertragsbeendigung**

**a) Zur Schätzung des Stammkundenumsatzanteils im Rahmen der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Tankstellenhalters (im Anschluß an BGH, Urteil vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, WPM 2003, 491).**

**b) Aus den Provisionen für werbende Tätigkeit, die der Handelsvertreter infolge der Vertragsbeendigung verliert, sind die Betriebskosten, die dem Handelsvertreter durch seine werbende Tätigkeit entstehen, nicht herauszurechnen; der ausgleichspflichtige Provisionsanteil bemißt sich nicht nach dem Reingewinn des Handelsvertreters (im Anschluß an BGHZ 29, 83).**

**c) Nach Vertragsbeendigung ersparte Betriebskosten können eine Minderung des Ausgleichsanspruchs unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit rechtfertigen, wenn eine besonders hohe Provision für die werbende Tätigkeit vereinbart worden war, um hohe Betriebskosten des Handelsvertreters abzugelten.**

(BGH, Urteil vom 12. 2. 2003 – VIII ZR 130/01)

**Zum Sachverhalt:** Mit Vertrag vom 21. Mai 1993 übernahm die Klägerin ab 1. August 1993 den Geschäftsbetrieb auf einem Grundstück der Beklagten in der K.-straße in M., auf dem eine Tankstelle, ein Getränkemarkt, ein Stehasschank, eine Autowaschstraße und eine Hochdruckreinigungsanlage errichtet sind (im folgenden: Objekt). Nach den vertraglichen Vereinbarungen wurde die Klägerin als selbständiger Kaufmann im Namen und für Rechnung der Beklagten tätig. Ihr

oblag insbesondere die Lagerung, der Verkauf und die Auslieferung oder Übergabe der von der Beklagten gelieferten und überlassenen, im Objekt zu vertreibenden Waren und die Erbringung der sonst durch die Art des Objekts gekennzeichneten Leistungen einschließlich der Einziehung der Barerlöse und der Entgegennahme etwaiger sonstiger Gegenleistungen. Die Klägerin hatte, soweit es der ordnungsgemäße Geschäftsbetrieb des Objekts erforderte, geeignete Mitarbeiter in eigenem Namen und für ihre Rechnung zu beschäftigen und sämtliche Kosten, die mit dem laufenden Geschäftsbetrieb des Objekts verbunden waren, zu tragen. Die Kosten für einen Umbau oder die Modernisierung der Bauten und Anlagen hatte die Beklagte aufzubringen.

Die umsatzabhängige Vergütung der Klägerin, durch die alle von ihr zu erbringenden Leistungen und Verpflichtungen abgegolten wurden, belief sich auf 2 DM je 100 Liter Kraftstoff und 7% des Getränkeumsatzes sowie anfänglich 35% des Umsatzes der Waschstraße und der Reinigungsanlage. Die zuletzt genannte Vergütung wurde ab 1. Januar 1995 erhöht auf 40% des Waschstraßenumsatzes und 60% des Staubsaugerumsatzes. Die Klägerin zahlte ihrerseits der Beklagten für die Überlassung des Objekts eine Vergütung von monatlich 3000 DM und betrieb mit Zustimmung der Beklagten im Getränkemarkt noch einen sogenannten Shop, in dem sie Autozubehör, Tabak und Süßwaren sowie Zeitungen und Zeitschriften im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verkaufte.

Im Jahre 1996 ließ die Beklagte die Tankstelle umbauen und eine neue Autowaschanlage errichten. Die Waschstraße konnte deshalb von Juli bis Oktober 1996 nicht betrieben werden. Als Ausgleich für die dadurch entgangenen Einnahmen zahlte die Beklagte an die Klägerin 85 100 DM.

Die Beklagte sprach mit Schreiben vom 29. Januar 1997 die ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses zum 31. Juli 1997 aus. Sie übertrug den Geschäftsbetrieb auf einen anderen Vertragspartner, der auch das von der Klägerin eingestellte Personal übernahm. Die Klägerin forderte mit Schreiben vom 10. November 1997 Handelsvertreterausgleich in Höhe von 457 873,23 DM brutto.

Zur Berechnung ihres Anspruchs hat die Klägerin vorgebracht, von den im letzten Vertragsjahr erzielten Provisionsumsätzen der Tankstelle, der Waschstraße und des Getränkemarktes entfielen, wie sich aus entsprechenden Marktuntersuchungen ergebe, mindestens 93,4% auf Geschäfte mit Stammkunden. 45% dieser Stammkunden seien von der Klägerin für die Beklagte neu geworben worden. Davon ausgehend hat die Klägerin – nach Abzug unterschiedlich hoher Provisionsanteile für Verwaltungstätigkeiten in den drei Betriebszweigen und unter Berücksichtigung einer jährlichen Abwanderungsquote von 20% – Provisionsverluste in einer den geltend gemachten Ausgleichsanspruch übersteigenden Höhe errechnet.

Die Beklagte hat demgegenüber die Auffassung vertreten, der Umsatzanteil der von der Klägerin geworbenen Stammkunden könne nicht aufgrund statistischer Marktforschungsergebnisse geschätzt werden, sondern sei von der Klägerin konkret darzulegen. Zudem sei die von der Klägerin für den Anteil der Stammkunden am Tankstellengeschäft herangezogene Allensbach-Studie aus dem Jahre 1987 durch eine neuere Repräsentativbefragung des MAFO-Instituts aus dem Jahre 1996 überholt. Davon abgesehen dürften die Inhaber der Kundenkarte der Beklagten nicht als von der Klägerin geworbene Stammkunden berücksichtigt werden. Jedenfalls seien einem etwaigen Ausgleichsanspruch nicht die an die Klägerin gezahlten Provisionen zugrunde zu legen, sondern nur ein von ihr – nach Abzug aller Betriebskosten – erzielter Gewinn. Gewinn habe die Klägerin jedoch nicht im Agenturgeschäft, sondern nur in ihrem Shop-Geschäft erzielt. Durch die Provisionen – insbesondere die hohe Provision für das Au-

towaschgeschäft – seien nur die Kosten gedeckt worden, welche die Klägerin für den Betrieb der Tankstelle, der Waschstraße und des Getränkemarktes zu tragen gehabt habe. Deshalb stehe ihr ein Ausgleichsanspruch nicht zu. Jedenfalls erscheine es unbillig, der Klägerin einen Handelsvertreterausgleich zuzubilligen, da die Betriebskosten der Tankstelle, der Waschstraße und des Getränkemarktes mit der Vertragsbeendigung für die Klägerin entfallen seien und diese ihren Geschäftsbetrieb auch eingestellt habe.

Das Landgericht München I hat die Beklagte unter Berücksichtigung einer unstreitigen Aufrechnungsforderung der Beklagten von 4604,21 DM zur Zahlung von 358 161,60 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht München hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte verurteilt, 430 709,03 DM nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen. Im übrigen hat das Berufungsgericht die Anschlußberufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

**Aus den Gründen:** A. Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin sei als Handelsvertreter für die Beklagte tätig gewesen. Ihr stehe – ohne Berücksichtigung der unbestrittenen Gegenforderung – ein Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB in Höhe von 435 313,24 DM zu, wovon 60 385,40 DM auf den Verkauf von Kraftstoffen, 245 676 DM auf das Autowaschgeschäft und 129 251,84 DM auf den Getränkeverkauf entfielen.

Grundlage für die Berechnung des Anspruchs seien die von der Klägerin im letzten Vertragsjahr verdienten Provisionen, nicht der Gewinn der Klägerin. Hiervon sei der Anteil zu ermitteln, der auf Umsätze mit von der Klägerin geworbenen Stammkunden entfalle. Als Stammkunden seien auch die Inhaber der Kundenkarte der Beklagten anzusehen. Der Stammkundenumsatzanteil in den drei Betriebszweigen sei auf jeweils mindestens 90% zu schätzen. Davon entfielen nach einer auch insoweit gebotenen Schätzung 45% auf Umsätze mit von der Klägerin neu geworbenen Stammkunden. Von den so errechneten Beträgen seien als nicht ausgleichspflichtiger Verwaltungskostenanteil in Tankstellen- und Getränkemarktgeschäft jeweils 10% abzuziehen, hinsichtlich des Autowaschgeschäfts wegen der höheren Betriebskosten dagegen 50%. Höhere Anteile der verwaltenden im Verhältnis zur werbenden Tätigkeit der Klägerin habe die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht dargetan.

Aus den verbleibenden Beträgen hat das Berufungsgericht Provisionsverluste in Höhe der oben genannten Teilbeträge für die drei Betriebszweige errechnet, die jeweils unterhalb der Kappungsgrenze (§ 89 b Abs. 2 HGB) liegen. Dabei hat es einen Prognosezeitraum von vier Jahren und eine Abwanderungsquote von 20%, jeweils bezogen auf das Vorjahr, sowie eine pauschale Abzinsung von 10% zugrunde gelegt. Weitere Abzüge aus Billigkeitsgründen (§ 89 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB) hat das Berufungsgericht nicht für gerechtfertigt gehalten.

B. Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Ausgleichsanspruch der Klägerin wegen Beendigung des Handelsvertretervertrages halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung hinsichtlich der Schätzung des für den Ausgleichsanspruch maßgeblichen Stammkundenumsatzanteils (§ 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB) nicht stand.

I. 1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Klägerin als Handelsvertreter für die Beklag-

te tätig war. Sie war als selbständige Gewerbetreibende ständig damit betraut, im Namen der Beklagten Kaufverträge über Kraftstoffe und über Getränke sowie Werkverträge mit den Kunden der Autowaschstraße abzuschließen (§ 84 Abs. 1 HGB). Für diese Tätigkeit steht der Klägerin nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ein angemessener Ausgleich unter den in § 89 b HGB genannten Voraussetzungen zu. Dies wird auch von der Beklagten im Revisionsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen. Das von der Klägerin darüber hinaus im eigenen Namen und für eigene Rechnung betriebene Shop-Geschäft innerhalb des Getränkemarktes der Beklagten ist nicht Gegenstand des von der Klägerin geltend gemachten Ausgleichsanspruchs.

2. Vergeblich rügt die Revision, die vom Berufungsgericht vorgenommene Berechnung des Ausgleichs werde den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien insofern nicht gerecht, als die Klägerin ein zusammenhängendes Geschäft mit Tankstelle, Waschstraße und Getränkemarkt betrieben und dafür eine einheitliche Vergütung erhalten habe, während das Berufungsgericht Ausgleichsansprüche für die einzelnen Betriebszweige getrennt ermittelt und zu einem Gesamtanspruch addiert habe. Im Vertrag vom 21. Mai 1993 haben die Parteien selbst für die einzelnen Betriebszweige unterschiedlich hohe Umsatzprovisionen vereinbart. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs entsprechend zu differenzieren und die für die einzelnen Betriebszweige ermittelten Teilbeträge als Rechnungsposten in den Gesamtanspruch einzustellen.

3. Zutreffend ist das Berufungsgericht weiter davon ausgegangen, daß der Berechnung des Ausgleichsanspruchs grundsätzlich die letzte Jahresprovision der Klägerin zugrunde zu legen und davon nur der Teil zu berücksichtigen ist, den die Klägerin für Umsätze mit von ihr geworbenen Stammkunden erhalten hat, weil nur mit diesen Kunden eine Geschäftsverbindung im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB besteht (zum Tankstellenhalter: zuletzt Senatsurteile vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, WPM 2003, 491 unter B I m.w.Nachw. und VIII ZR 158/01, WPM 2003, 499 unter II 1 a; zum Handelsvertreter allgemein: BGHZ 141, 248, 251). Als Stammkunden sind dabei Mehrfachkunden anzusehen, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden (Senatsurteile vom 10. Juli 2002 a. a. O.; BGHZ 141, 248, 252).

a) Ohne Erfolg macht die Revision insoweit geltend, aus der vom Berufungsgericht zugrunde gelegten (letzten) Jahresprovision in den einzelnen Betriebszweigen, deren Höhe unstreitig ist, seien die Provisionsumsätze auszuklammern, die auf Geschäfte mit den Inhabern einer von der Beklagten herausgegebenen Kundenkarte entfallen. Die Auffassung der Beklagten, sie selbst und nicht die Klägerin habe diese Kunden geworben, trifft nicht zu. Geworben im Sinne des § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB ist ein Kunde durch den Handelsvertreter dann, wenn dessen Tätigkeit zumindest mitursächlich für eine Geschäftsverbindung zwischen dem Kunden und dem Unternehmer geworden ist (Senatsurteil vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, a. a. O. unter B I 1 c). Diese Voraussetzung ist, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, auch hinsichtlich der Kunden erfüllt, die mit der Kundenkarte der Beklagten deren Waren und sonstigen Leistungen bargeldlos erwerben und mit denen die Beklagte monatlich abrechnet.

Die Verträge über die Ausgabe und Verwendung der von der Beklagten herausgegebenen Kundenkarte, die zwischen der Beklagten und dem Kunden bereits vor den einzelnen Geschäftsabschlüssen und damit ohne Mitwirkung der Klägerin geschlossen wurden, stellen lediglich Rahmenverträge dar, in denen die Vertragskonditionen – insbesondere die Zahlungsmodalitäten – für zukünftige Geschäfte mit der Kundenkarte

festgelegt sind, verpflichten den Kunden aber nicht dazu, Waren oder sonstige Leistungen der Beklagten zu beziehen. Kauf- und Werkverträge zwischen den Kunden und der Beklagten kommen erst in dem von der Klägerin geführten Betrieb unter deren Mitwirkung zustande. Deshalb ist ihre Tätigkeit für den Abschluß von Kaufverträgen an der Tankstelle und im Getränkemarkt und von Werkverträgen an der Waschstraße auch insoweit mitursächlich, als es um Geschäfte mit den Karteninhabern geht. Erst dadurch und nicht bereits durch den Besitz der Karte wird der Kunde als Vertragspartner der Beklagten für einen konkreten Geschäftsabschluß geworben (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, a. a. O.).

b) Vergeblich rügt die Revision darüber hinaus, daß das Berufungsgericht den auf 45% geschätzten Anteil der letzten Jahresprovision, der auf von der Klägerin geworbene Stammkunden entfällt, fehlerhaft und widersprüchlich ermittelt habe, indem es seiner Schätzung eine Abwanderungsquote von 20%, jeweils bezogen auf den im Vorjahr verbliebenen Altkundenbestand, zugrunde gelegt hat.

Die Annahme einer solchen Abwanderungsquote liegt, wenn ausreichende Anhaltspunkte für die tatsächliche Kundenfluktuation während der Vertragszeit nicht vorliegen, im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens (§ 287 Abs. 2 ZPO) und wird auch von der Revision nicht als erfahrungswidrig angegriffen. Die Revision meint jedoch, die vom Berufungsgericht vorgenommene Berechnung des Anteils neuer Stammkunden stehe im Widerspruch zu der vom Berufungsgericht selbst durchgeführten Kontrollrechnung hinsichtlich des Tankstellengeschäfts, in der das Berufungsgericht alternativ das Vorbringen der Beklagten, daß ein Stammkunde bei seiner Stammtankstelle durchschnittlich 61/2 Jahre bleibe, zugrunde gelegt hat. Ein solcher Widerspruch besteht jedoch nicht. Das Berufungsgericht hat rechnerisch zutreffend dargelegt, daß dem Vorbringen der Beklagten eine gleichmäßige Abwanderung von 15% – jeweils bezogen nicht auf das Vorjahr, sondern auf das Basisjahr – entspricht und eine solche lineare Abwanderung nach vier Jahren Vertragszeit zu einem gleich hohen Anteil neuer Stammkunden führt, wie das Berufungsgericht auf der Grundlage der von ihm zugrunde gelegten Quote errechnet hat. Darauf hat die Revisionserwiderung zutreffend hingewiesen.

Entgegen der Auffassung der Revision ist es auch nicht rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht den Anteil der letzten Jahresprovision, der auf die von der Klägerin neu geworbenen Stammkunden entfällt, nicht nur im Tankstellengeschäft, sondern auch hinsichtlich der Umsätze der Waschstraße und des Getränkemarktes auf der Grundlage einer Abwanderungsquote von 20%, jeweils bezogen auf das Vorjahr, berechnet hat. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang darauf verweist, daß sich die Umsätze der Tankstelle, der Waschstraße und des Getränkemarktes während der Vertragszeit nicht parallel, sondern zum Teil sogar gegenläufig entwickelt hätten, vermag sie selbst nicht aufzuzeigen, welche Folgerung sich daraus für die Abwanderung von Altkunden des Getränkemarktes und im Autowaschgeschäft im Gegensatz zum Tankstellengeschäft ergeben soll und welche Abwanderungsquote in diesen beiden Betriebszweigen sachgerechter wäre als die vom Berufungsgericht zugrunde gelegte.

Den Umsatzrückgang, der in den drei Betriebszweigen insgesamt während der Vertragszeit eingetreten ist, hat das Berufungsgericht darüber hinaus im Rahmen seines Schätzungsermessens zu Lasten der Klägerin angemessen berücksichtigt, indem es den Neukundenanteil von 60%, der sich rechnerisch aus der vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Abwanderungsquote ergibt, nochmals um ein Viertel auf verbleibende 45% reduziert und nur diesen Anteil der Ausgleichsberechnung zugrunde gelegt hat. Dies wird auch von der Revision – als ihr günstig – nicht beanstandet.

II. Zu Recht rügt die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht den Stammkundenumsatzanteil und den entsprechenden Provisionsanteil im Tankstellen- und Autowaschgeschäft im Rahmen einer Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) auf der Grundlage der Ergebnisse von Marktuntersuchungen fehlerhaft berechnet hat.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings dagegen, daß das Berufungsgericht den auf Stammkunden entfallenden Umsatzanteil der Tankstelle, der Waschstraße und des Getränkemarktes nach § 287 Abs. 2 ZPO geschätzt hat. Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht hätte eine Schätzung nicht vornehmen dürfen und die Klage abweisen müssen, weil die Klägerin den Anteil ihrer Stammkunden nicht konkret dargelegt habe. Eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils einer Selbstbedienungs-Tankstelle hat der Senat bereits wiederholt für zulässig erachtet (zuletzt Senatsurteile vom 10. Juli 2002, a. a. O., m. Nachw.). Für das ebenfalls weitgehend anonyme Geschäft einer Autowaschstraße und eines Getränkemarktes gilt insoweit nichts anderes.

Die vom Berufungsgericht vorgenommene Schätzung des Stammkundenumsatzanteils hinsichtlich des Getränkemarktes, bei der sich das Berufungsgericht nicht auf statistisches Material gestützt hat, ist frei von Rechtsfehlern und wird auch von der Revision im einzelnen nicht angegriffen.

2. Nicht zu beanstanden ist auch, daß das Berufungsgericht für die Schätzung des Stammkundenumsatzanteils hinsichtlich der Tankstelle und der Waschstraße auf Ergebnisse von Marktuntersuchungen zurückgegriffen hat.

a) Der Senat hat die Verwertung der vom Berufungsgericht herangezogenen Ergebnisse der MAFO-Studie als Schätzungsgrundlage für den Stammkundenumsatzanteil im Tankstellengeschäft in seinem Urteil vom 10. Juli 2002 (VIII ZR 58/00, a. a. O. unter B I 1 b) gebilligt. Zugleich hat der Senat aber bereits darauf hingewiesen, daß in Zukunft die Darlegung konkreter Anhaltspunkte für eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an einer bestimmten Tankstelle aufgrund fortschreitender elektronischer Erfassung der Zahlungsvorgänge sich weniger schwierig gestalten und daher von dem Tankstellenhalter auch zu verlangen sein wird, so daß sich eine Heranziehung des weniger aussagekräftigen statistischen Materials weitgehend erübrigen kann (dazu näher Senatsurteile vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, a. a. O. unter B I 1 b aa, und VIII ZR 158/01, a. a. O. unter II 1 b dd). Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt, daß die Möglichkeit einer konkreten, fallbezogenen Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an der Tankstelle der Klägerin anhand einer elektronischen Auswertung der Zahlungsbelege bereits bestand. Entgegenstehenden Sachvortrag, den das Berufungsgericht übergangen hätte, zeigt die Revision nicht auf. Das Berufungsgericht durfte deshalb seiner Schätzung des Stammkundenumsatzanteils an der Tankstelle der Klägerin die Ergebnisse der MAFO-Studie noch zugrunde legen.

b) Aus dem gleichen Grund konnte sich das Berufungsgericht auch bei der Schätzung des auf Stammkunden entfallenden Anteils des Umsatzes der Waschstraße auf veröffentlichte Marktforschungsergebnisse über das Autowaschgeschäft stützen. Die Einwände der Beklagten gegen die Verwertung der von der Klägerin hierzu vorgelegten Presseveröffentlichung sind vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei für nicht durchgreifend erachtet worden. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der in einer Fachzeitschrift veröffentlichte Bericht über eine Marktuntersuchung zum Autowaschgeschäft für eine Schätzung des Stammkundenumsatzanteils einer Autowaschstraße ebenso geeignet erscheint wie die MAFO-Studie für den Kraftstoffbereich, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht war deshalb nicht da-

ran gehindert, aufgrund des durch die Presseveröffentlichung gestützten Vorbringens der Klägerin die Überzeugung zu gewinnen, daß im Autowaschgeschäft 80% aller Kunden von Autowaschstraßen Stammkunden einer bestimmten Anlage sind.

3. Die vom Berufungsgericht auf dieser Grundlage vorgenommene Schätzung des Stammkundenumsatzanteils hinsichtlich der Tankstelle und der Waschstraße auf jeweils 90% kann jedoch keinen Bestand haben.

a) Der Senat hat in seinen Urteilen vom 10. Juli 2002 eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm gebilligt, die für das Tankstellengeschäft aus der MAFO-Studie einen Stammkundenumsatzanteil von 58,4% errechnet hat (VIII ZR 58/00, a. a. O. unter B I 1 b dd), und er hat ein Berufungsurteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg aufgehoben, das aus derselben Untersuchung einen Stammkundenumsatzanteil von mindestens 92% hergeleitet hat (VIII ZR 158/01, a. a. O. unter II 1 c aa). Ebenso wie in der zuletzt genannten Entscheidung liegt auch dem Berufungsurteil in der vorliegenden Sache die fehlerhafte Gleichsetzung des in der MAFO-Studie ermittelten prozentualen Anteils der „Stammtanker“ – der befragten Pkw-Fahrer, die an einer oder bis zu drei Stammtankstellen tanken – mit dem prozentualen Anteil der Stammkunden an der Gesamtkundschaft einer einzelnen Tankstelle zugrunde (dazu näher Senatsurteil vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 158/01, a. a. O.).

Auf dieser fehlerhaften Grundlage errechnet das Berufungsgericht in der vorliegenden Sache aus der MAFO-Studie einen Stammkundenumsatzanteil von 92,79%, den es unter Abzug eines Sicherheitsabschlages auf 90% schätzt. Dabei hat das Berufungsgericht nicht beachtet, daß bei einer Übertragung der Ergebnisse der MAFO-Studie auf die Verhältnisse einer einzelnen Tankstelle in Deutschland (einer „Durchschnittstankstelle“) der prozentuale Umsatzanteil, der an dieser Tankstelle auf eine der drei Kundengruppen (Mehrfachkunden mit einer Stammtankstelle, Mehrfachkunden mit zwei oder drei Stammtankstellen, Laufkunden) entfällt, unter den dabei zu unterstellenden Voraussetzungen nicht größer sein kann, als der in der Repräsentativbefragung ermittelte Anteil dieser Kundengruppe an der Gesamtheit der Pkw-Fahrer (näher dazu Senatsurteile vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, a. a. O. unter B I 1 b dd aaa, und VIII ZR 158/01, a. a. O. unter II 1 c aa). Deshalb kann der prozentuale Umsatzanteil, der an einer Durchschnittstankstelle auf „Stammtanker“ im Sinne der MAFO-Umfrage entfällt (also Pkw-Fahrer mit bis zu drei Stammtankstellen), 73% nicht übersteigen. Hinzu kommt, daß auch Stammkunden nicht ihren gesamten Bedarf an ihrer Stammtankstellen decken (können), weil sie (z. B. auf Reisen) einen Teil ihres Bedarfs woanders decken (müssen). Nach der MAFO-Studie tanken auch die Pkw-Fahrer, die eine oder mehrere Stammtankstellen haben, an diesen nur vier von fünfmal. Dieser Umstand rechtfertigt einen entsprechenden Abzug von 20% bei der Berechnung des Stammkundenumsatzanteils auf der Grundlage der MAFO-Studie (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, a. a. O. unter B I 1 b dd bbb).

b) Die vorstehenden Überlegungen, die bei der Verwertung statistischer Ergebnisse der vorliegenden Art zu beachten sind, gelten für die vom Berufungsgericht vorgenommene Schätzung des Stammkundenumsatzanteils hinsichtlich der Waschstraße entsprechend. Hier hat das Berufungsgericht aus dem zugrunde gelegten Untersuchungsergebnis, daß 80% der Kunden im Autowaschgeschäft Stammkunden einer bestimmten Autowaschanlage sind, ebenfalls fehlerhaft gefolgert, daß damit eine durchschnittliche Autowaschstraße 80% Stammkunden und 20% Laufkunden hat und auf die 80% Stammkunden ein Umsatzanteil von 92,3% entfällt. Zu einem höheren Stammkundenumsatzanteil als 80% können die Ergebnisse der von der Klägerin vorgelegten Presseveröffentlichung un-

ter den dabei zu unterstellenden Voraussetzungen nicht führen, wenn man diese Ergebnisse über die gedankliche Brücke einer „Durchschnittswaschstraße“ auf die von der Klägerin betriebene Waschstraße überträgt (näher dazu hinsichtlich des Tankstellengeschäfts: Senatsurteile vom 10. Juli 2002, a. a. O.).

III. Vergeblich rügt die Revision hingegen, das Berufungsgericht habe in zu geringem Umfang vermittlungsfremde Provisionsanteile aus der Berechnung des Ausgleichsanspruchs ausgeklammert.

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur solche Provisionen oder Provisionsanteile zugrunde zu legen sind, die der Handelsvertreter für seine Vermittlungs- und Abschlußtätigkeit erhält, nicht dagegen Provisionen für vermittlungsfremde (sogenannte „verwaltende“) Tätigkeiten (Senatsurteile vom 10. Juli 2002, a. a. O. unter B II bzw. II 2). Deren Anteil hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei in Höhe von 10% der Provisionen für das Tankstellen- und Getränkemarktgeschäft sowie 50% der Provisionen für das Autowaschgeschäft aus der Berechnung des Ausgleichsanspruchs ausgeklammert. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

Die Revision meint, im vorliegenden Fall sei für die Annahme eines die werbende Tätigkeit abgeltenden Vergütungsanteils überhaupt kein Raum, weil es sich bei den an die Klägerin gezahlten Provisionen – insbesondere im Autowaschgeschäft – um einen „reinen Kostendeckungsbeitrag“ der Beklagten gehandelt habe, der nur dazu bestimmt gewesen sei, die hohen Betriebskosten der Klägerin zu decken. Die gezahlten Provisionen seien von diesen „Verwaltungskosten“ im wesentlichen „aufgezehrt“ worden, so daß die Klägerin in den drei Betriebszweigen, die sie als Handelsvertreter übernommen habe, keinen Gewinn erzielt habe. Der Klägerin stehe deshalb kein Ausgleichsanspruch zu.

Mit diesem Vorbringen kann die Revision nicht durchdringen. Sie verkennt, daß sich der Ausgleichsanspruch eines Handelsvertreters nicht nach dem betriebswirtschaftlichen Gewinn bemißt, den der Handelsvertreter mit den Provisionen nach Abzug seiner Betriebskosten als selbständiger Gewerbetreibender erwirtschaftet, und daß diese Betriebskosten, welche die Beklagte als „Verwaltungskosten“ bezeichnet, nicht mit dem nach § 89 b HGB nicht ausgleichspflichtigen Provisionsanteil für „verwaltende Tätigkeiten“ gleichzusetzen sind und von den Provisionen bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs deshalb auch nicht als vermittlungsfremde Provisionsanteile ohne weiteres abgezogen werden können.

1. Für den Ausgleichsanspruch nicht zu berücksichtigende Provisionen oder Provisionsanteile sind nur solche, die der Handelsvertreter für Tätigkeiten erhält, die über seine „werbende“ (vermittelnde, abschließende) Tätigkeit hinausgehen und mit denen der Handelsvertreter zusätzliche, für die Schaffung eines Kundenstammes nicht ausschlaggebende Aufgaben erfüllt, die ihm der Unternehmer überträgt und vergütet (Senatsurteil vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, a. a. O. unter B II 1 m. Nachw.). Für die Erfüllung solcher zusätzlicher Aufgaben hat sich in der Rechtsprechung der Begriff „verwaltende Tätigkeiten“ herausgebildet (zuletzt Senatsurteile vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00 a. a. O. unter B II 2 a bb m. Nachw. und vom 25. September 2002 – VIII ZR 253/99, WPM 2003, 504 = NJW 2003, 290 unter B II 3 b aa). Ob und inwieweit in der Provision eines Handelsvertreters auch Vergütungsanteile für vermittlungsfremde Tätigkeiten enthalten sind, richtet sich grundsätzlich nach der vertraglichen Vereinbarung, die der Tätigkeit des Handelsvertreters zugrunde liegt (st. Rspr., BGH, Urteil vom 15. November 1984 – I ZR 79/82, NJW 1985, 860 unter II 4; Urteil vom 28. April 1988

– I ZR 66/87, NJW-RR 1988, 1061 = WM 1988, 1204 unter II 2 b; zuletzt Senatsurteil vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, a. a. O. unter B II 2 b).

In dem Vertrag vom 21. Mai 1993 und den Zusatzvereinbarungen zu diesem Vertrag haben die Parteien jedoch keine Vereinbarung darüber getroffen, mit welchem Anteil der an die Klägerin zu zahlenden Provisionen werbende Tätigkeiten der Klägerin einerseits und verwaltende Tätigkeiten andererseits vergütet werden. Nach der Bestimmung unter III Nr. 6 des Vertrages sollen vielmehr durch die – im folgenden nach den einzelnen Betriebszweigen aufgeschlüsselte – umsatzabhängige Vergütung, welche die Klägerin erhält, alle von ihr im Rahmen des Vertrages zu erbringenden Leistungen und Verpflichtungen abgegolten werden, ohne daß an dieser oder einer anderen Stelle des Vertrages eine Aufteilung der Provision in Vergütung für werbende und Vergütung für verwaltende Leistungen der Klägerin erfolgt. Es ist deshalb davon auszugehen, daß nach der Vorstellung der Parteien die Provisionsanteile dem tatsächlichen Verhältnis von werbenden zu verwaltenden Tätigkeiten entsprechen sollen (st. Rspr., Senatsurteile vom 6. August 1997 – VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66 unter B I 3, und VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71 unter B I 1 a; zuletzt Senatsurteil vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 58/00, a. a. O.).

a) Für die Agenturtätigkeit eines Tankstellenhalters hat der Senat entschieden, daß Lagerung und Auslieferung, aber auch das Inkasso keine (nur) verwaltenden Tätigkeiten darstellen, sondern der Vermittlungstätigkeit des Handelsvertreters zuzurechnen sind, weil diesen Tätigkeiten jedenfalls auch eine werbende Funktion zukommt, was für eine Berücksichtigung der auf sie entfallenden Vergütungsanteile im Rahmen des Ausgleichsanspruchs ausreichend ist (zuletzt Senatsurteil vom 10. Juli 2002, a. a. O. unter B II 2 b m. Nachw.). Dies bedeutet, daß auch die bei dem Tankstellenhalter für Lagerung, Auslieferung und Inkasso anfallenden Personal- und sonstigen Betriebskosten im Rahmen des § 89 b HGB nicht aus der Vergütung des Handelsvertreters herauszurechnen sind.

Die Vergütung, die ein Handelsvertreter als selbständiger Unternehmer für seine werbende Tätigkeit erhält, dient stets auch dazu, die dem Handelsvertreter hierfür entstehenden Betriebskosten zu decken (BGHZ 29, 83, 92). Für den Tankstellenhalter gilt nichts anderes. Mit der an ihn gezahlten Provision deckt auch er Kosten ab, die ihm durch seine werbende Tätigkeit entstehen. Von der Gesamtprovision ist deshalb für den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB als Vermittlungsprovision der Vergütungsanteil, der auf werbende Tätigkeit des Tankstellenhalters entfällt und damit auch die für Lagerung, Auslieferung und Inkasso entstehenden Kosten abdeckt (z. B. Personalkosten), voll zu berücksichtigen. Nicht dagegen ist in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs, wie die Revision meint, nur der Vergütungsanteil einzubeziehen, der dem Tankstellenhalter – nach Abzug seiner gesamten Betriebs- und Personalkosten – als Gewinn verbleibt. In dem Verhältnis zwischen Handelsvertreter und Unternehmer, auf das es in § 89 b HGB ankommt, ist nicht auf die Nettoeinnahme des Handelsvertreters abzustellen, die sich aus der Gesamtprovision nach Abzug der Unkosten ergibt, sondern auf dessen Bruttoprovision (BGHZ 29, 83, 92; BGHZ 41, 129, 134). Selbst wirtschaftliche Verluste bei der Führung des Geschäftsbetriebs schließen einen Ausgleichsanspruch im allgemeinen nicht aus (BGH, Urteil vom 2. Juli 1987 – I ZR 188/85, WPM 1987, 1462 unter II A 5). Nur ausnahmsweise können besonders hohe, den Verdienst schmälernde Betriebskosten, die der Handelsvertreter nach Vertragsbeendigung erspart, zu einer Kürzung seines Ausgleichsanspruchs unter Billigkeitsgesichtspunkten führen (dazu unter IV).

b) Für den von der Klägerin als Handelsvertreter der Beklagten neben der Tankstelle übernommenen Betrieb der Waschstraße und des Getränkemarktes gilt im Grundsatz

nichts anderes. Auch hier sind die Personal- und sonstigen Betriebskosten, die dadurch anfallen, daß die Klägerin durch das Offenhalten der betriebsbereiten Waschstraße und des Getränkemarktes um Kunden für die Beklagte wirbt, ein aus der Provision nicht herauszurechnender Teil der Vergütung für werbende Tätigkeit der Klägerin in diesen Geschäftsbereichen.

Das Berufungsgericht hat hinsichtlich des Autowaschgeschäfts zugunsten der Beklagten berücksichtigt, daß in diesem Betriebszweig – anders als im Tankstellen- und Getränkemarktgeschäft – besonders kostenintensive verwaltende Tätigkeiten anfielen und daß die Klägerin zur Abdeckung der damit verbundenen Kosten eine besonders hohe Umsatzprovision von zunächst 35% und später 40% erhielt. Daraus hat das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten hergeleitet, daß der Berechnung des Ausgleichsanspruchs, soweit es um die Provisionen für die Umsätze der Waschstraße geht, ein Verwaltungsanteil von nicht lediglich 20%, wie ihn die Klägerin zugestanden hat, sondern von 50% zugrunde zu legen ist. Damit hat das Berufungsgericht die Besonderheiten der vertraglichen Vereinbarungen hinsichtlich des Autowaschgeschäfts zugunsten der Beklagten in diesem Zusammenhang ausreichend berücksichtigt. Das Vorbringen der Revision, der Verwaltungsanteil sei noch höher – mit 100% – zu veranschlagen, weil die bei der Klägerin anfallenden Betriebskosten im Autowaschgeschäft vollständig von der Provision abzuziehen seien und diese „aufgezehrt“ hätten, ist – wie dargelegt – im rechtlichen Ansatz unzutreffend und deshalb hier unerheblich. Für eine Bestimmung der Höhe des Vergütungsanteils für werbende Tätigkeit einerseits und des nicht ausgleichspflichtigen Vergütungsanteils für verwaltende Tätigkeit andererseits kommt es auf die Nettoeinnahmen des Handelsvertreters nicht an.

2. Davon abgesehen hat das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten, die bei der Klägerin anfallenden Betriebskosten im Autowaschgeschäft seien insgesamt der verwaltenden Tätigkeit zuzuordnen und ebenso hoch gewesen wie die an die Klägerin für diesen Betriebszweig gezahlte Provision, zu Recht als auch in tatsächlicher Hinsicht unsubstantiiert angesehen. Dies geht zu Lasten der Beklagten.

a) Ohne Erfolg hält die Revision dem entgegen, es sei Sache der Klägerin und nicht der Beklagten, darzulegen und zu beweisen, in welchem Umfang die von der Klägerin vereinbarte Gesamtprovision als Entgelt für werbende Tätigkeiten anzusehen war.

Wenn – wie hier – in dem von dem Unternehmer vorgegebenen Vertrag nicht geregelt ist, in welchem Umfang mit den Provisionen bestimmte Tätigkeiten vergütet werden, dann obliegt es dem Unternehmer, im Fall einer Auseinandersetzung um die Auslegung des von ihm vorformulierten Vertrages im einzelnen darzulegen, welche Aufteilung der Provision nach dem Vertrag angemessen ist, wenn er von der Beurteilung seines Vertragspartners abweichen will (st. Rspr., zuletzt Senatsurteile vom 10. Juli 2002 – VIII ZR 158/01, a. a. O. unter II 2, und 25. September 2002 – VIII ZR 253/99, a. a. O. unter B II 3 b bb). Die Beklagte hätte deshalb substantiiert darlegen müssen, welche Aufteilung der an die Klägerin gezahlten Vergütung auf die vertraglich übernommenen „verwaltenden“ Tätigkeiten der Klägerin und die mit diesen Tätigkeiten verbundenen und durch die Provision abgegoltenen Betriebskosten einerseits und die werbende Tätigkeit der Klägerin (einschließlich der darauf entfallenden und mit der Provision abgegoltenen Betriebskosten) andererseits dem tatsächlichen Verhältnis von werbenden Tätigkeiten (einschließlich Betriebskostenanteil) zu verwaltenden Tätigkeiten (einschließlich Betriebskostenanteil) entspricht. Daran fehlt es jedoch.

b) Übergangenen Sachvortrag der Beklagten, aus dem herzuweisen wäre, daß auf verwaltende Tätigkeiten der Klägerin

höhere Vergütungsanteile entfallen als die vom Berufungsgericht zugunsten der Beklagten angesetzten jeweils 10% im Tankstellen- und Getränkemarktgeschäft sowie 50% im Autowaschgeschäft, zeigt die Revision nicht auf. Sie rügt vergeblich, daß sich das Berufungsgericht nicht mit dem Vorbringen der Beklagten in deren Schriftsatz vom 18. Oktober 2000 auseinandergesetzt habe (§ 286 ZPO). Hieraus ist ein höherer Vergütungsanteil für verwaltende Tätigkeiten, als ihn das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten angesetzt hat, schon deshalb nicht herzuleiten, weil die Beklagte die Betriebskosten für werbende und verwaltende Tätigkeiten nicht trennt, sondern – wie dargelegt – in rechtlich verfehlter Weise insgesamt der verwaltenden Tätigkeit der Klägerin zuschlägt. Es bedarf deshalb keiner näheren Prüfung, welche der von der Klägerin in II Nr. 4 und 5 des Vertrages vom 21. Mai 1993 übernommenen Verpflichtungen im einzelnen der verwaltenden und nicht auch der werbenden Tätigkeit der Klägerin zuzuordnen sind.

IV. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif und deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht Gelegenheit hat, die Schätzung des Stammkundenumsatzanteils im Tankstellen- und Autowaschgeschäft erneut vorzunehmen.

Hinsichtlich der Billigkeitsprüfung nach § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB weist der Senat auf folgendes hin:

1. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht hätte anspruchsmindernd berücksichtigen müssen, daß die Beklagte das Objekt mit hohem Kostenaufwand modernisiert und der Klägerin die umbaubedingten Einnahmeverluste durch Zahlung von 85 100 DM ausgeglichen habe. Die Beklagte hat nicht dargelegt, inwiefern die Klägerin von dieser Modernisierungsmaßnahme in einer Weise profitiert haben soll, die eine Kürzung ihres Ausgleichsanspruchs rechtfertigen würde. Dagegen spricht, daß die Beklagte den Vertrag mit der Klägerin bereits kurz nach dem Umbau des Objektes gekündigt hat.

2. Das Berufungsgericht hatte entgegen der Auffassung der Revision im Rahmen der Billigkeitsprüfung auch nicht nochmals zu berücksichtigen, daß die vierjährige Geschäftstätigkeit der Klägerin durch einen Rückgang des Gesamtumsatzes um 25% geprägt war. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin bereits bei der Ermittlung der von der Klägerin neu erworbenen Stammkunden erheblich gekürzt (oben unter I 3 b).

3. Ebenfalls zu Unrecht meint die Revision, ein Ausgleichsanspruch stehe der Klägerin unter Billigkeitsgesichtspunkten deshalb nicht zu, weil die Klägerin ihren Geschäftsbetrieb nach Vertragsbeendigung eingestellt habe. Dieser Umstand schließt einen Ausgleichsanspruch nicht aus (BGH, Urteil vom 2. Juli 1987 – I ZR 188/95, WPM 1987, 1462 unter II A 4). Der Berechnung des Ausgleichsanspruchs liegt die Fiktion zugrunde, daß der Handelsvertreter seine Tätigkeit für den Unternehmer fortgesetzt hätte, wenn der Vertrag nicht beendet worden wäre (st.Rspr.; BGHZ 24, 223, 227; BGHZ 141, 248, 253 m. Nachw.).

4. Hinsichtlich des Autowaschgeschäfts weist die Revision aber zu Recht darauf hin, daß die Klägerin infolge der Vertragsbeendigung erhebliche Betriebskosten erspart habe und dies vom Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt worden sei. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß die Ersparnis von Betriebskosten, die den Verlust des Handelsvertreters nach Vertragsbeendigung mildert, im Rahmen der Billigkeit anspruchsmindernd zu berücksichtigen ist, wenn die während der Vertragsdauer vom Handelsvertreter zu tragenden Betriebskosten, die nunmehr entfallen, besonders hoch waren (BGHZ 41, 129, 135; BGHZ 56, 242, 249). Dabei ist allerdings auch im Rahmen der Billigkeitserwägungen nicht auf den Reinverdienst des Handelsvertreters etwa in der Wei-

se abzustellen, daß alle Betriebskosten abzusetzen wären (BGHZ 41, 129, 134 f.).

Das Berufungsgericht hat sich bei der Billigkeitsprüfung zwar mit der Ersparnis von Betriebskosten auseinandergesetzt, eine Kürzung des Ausgleichsanspruchs unter diesem Gesichtspunkt aber nicht für geboten erachtet, weil ein hoher Verwaltungsanteil von 50% bereits bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs für die Waschanlage abgesetzt worden sei. Bei der erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht aber zu erwägen haben, ob darüber hinaus eine weitere Kürzung des Ausgleichsanspruchs der Klägerin für das Autowaschgeschäft unter dem Gesichtspunkt ersparter Betriebskosten angemessen und billig ist. Im Autowaschgeschäft hat die Klägerin eine Provision von zuletzt 40% erhalten, deren außergewöhnliche Höhe darauf beruht, daß die Klägerin nach der vertraglichen Vereinbarung alle laufenden Betriebskosten der Waschanlage zu tragen hatte. Auch nach Abzug des Verwaltungsanteils von 50% verbleibt im Autowaschgeschäft eine Vermittlungsprovision von 20% des Umsatzes in diesem Betriebszweig, die im Vergleich zur Höhe der Vermittlungsprovision in den beiden anderen Betriebszweigen aus dem Rahmen fällt. Dies legt die Annahme nahe, daß mit der weiterhin hohen Vermittlungsprovision im Autowaschgeschäft auch hohe Betriebskosten für die werbende Tätigkeit der Klägerin in diesem Betriebszweig abgegolten wurden, deren Ersparnis eine Minderung des Ausgleichsanspruchs unter den Gesichtspunkten der Angemessenheit und Billigkeit rechtfertigen kann. Das Berufungsgericht war deshalb nicht, wie es gemeint hat, daran gehindert, im Rahmen seiner Billigkeitsprüfung zu erwägen, ob sich nicht die jetzt entfallenden hohen Betriebskosten im Autowaschgeschäft – bezogen auf den Vergütungsanteil für werbende Tätigkeit der Klägerin – nochmals anspruchsmindernd auswirken.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 823, 833, 254 BGB; § 7 VSG 4.4; § 8 VSG 2.1  
Unfallverhütungsvorschriften; Verkehrssicherungspflicht für einen Jagd-Hochsitz**

**Der für einen Hochsitz Verkehrssicherungspflichtige haftet nicht für den Schaden, der dadurch entsteht, dass ein Pferd (hier: Fohlen) mit dem Vorderlauf in die unteren Sprossen der Hochsitzleiter gerät und wegen der Verletzungen getötet werden muss, die es bei den erfolglosen Befreiungsversuchen erleidet.**

(OLG Koblenz, Urteil vom 2.10.2003 – 5 U 757/03)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger begehrt vom Beklagten Schadensersatz für ein Fohlen. Dessen linker Vorderlauf hatte sich in den Sprossen des vom Beklagten auf dem Grundstück des Klägers unterhaltenen Hochsitzes verfangen. Dabei oder bei den Befreiungsversuchen des Tiers verletzte sich das Pferd derart, dass es getötet werden musste.

Das Landgericht Trier hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, es handele sich um einen Unglücksfall, mit dem der Beklagte nicht habe rechnen müssen. Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung unter Wiederholung und Ergänzung seines Sachvortrags.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Der Senat nimmt auf die in jeder Hinsicht zutreffenden Erwägungen der angefochtenen Entscheidung Bezug (§ 540 Abs.1 Nr. 2 ZPO) und bemerkt ergänzend:

1. Die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen hat der Senat seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit

oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen, bestehen nicht (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Soweit der Kläger einzelne Feststellungen des Landgerichts als unzutreffend rügt, hätte er einen Tatbestandsberichtigungsantrag stellen müssen. Die hierfür maßgebliche Zweiwochenfrist ist verstrichen (§ 320 ZPO).

2. Die von der Landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft herausgegebene Unfallverhütungsvorschrift Jagd (VSG 4. 4.) vom 1. Januar 2000 regelt die Gestaltung von Hochsitzen in § 7. Dieser Bestimmung ist genügt. § 7 verweist unter anderem auf die Unfallverhütungsvorschrift „Arbeitsstätten, bauliche Anlagen und Einrichtungen“ (VSG 2. 1). Hier ist § 8 einschlägig, der die Beschaffenheit fest angebrachter Leitern und Steigeisen regelt. Auch dieser Vorschrift ist genügt. Eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht wegen Nichtbeachtung dieser Vorschriften scheidet daher aus.

3. Der Kläger weist auf den Spieltrieb junger Pferde und die daraus sich ergebenden Gefährdungen hin. Um Art und Ausmaß dieser Gefährdungen wusste jedoch niemand besser als der Kläger selbst, der Pferdezüchter ist. Was sich dem Kläger als Pferdefachmann in Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten als Sicherungsmaßnahme für das Fohlen nicht aufdrängte, musste sich dem Beklagten erst recht nicht aufdrängen. Folgt man der Berufung, waren wirksame und auf Dauer angelegte Schutzmaßnahmen erst geboten, als die Jungpferde auf die Weide mit dem Hochsitz gebracht wurden. Um Fohlen vor den Folgen ihrer dem Kläger bekannten Unbesonnenheit und Unerfahrenheit zu bewahren, hätte der Kläger sein von der Berufung behauptetes Wissen um die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen dem Beklagten mitteilen müssen. Erst hiernach musste der Beklagte mit spielerisch unbesonnenem Verhalten von Fohlen auf dem fraglichen Gelände rechnen und die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen treffen. Ohne dieses Wissen war der Unfall für den Beklagten nicht vorhersehbar.

4. Die von der Berufung behauptete „stillschweigende Vereinbarung“, Schäden aller Art zu regulieren, scheidet als Anspruchsgrundlage aus. Vereinbarungen durch „Stillschweigen“ sind dem BGB fremd. Das Berufungsvorbringen ist in diesem Punkt derart unsubstanziert, dass die Vernehmung der Zeugin auch aus diesem Grund unterbleiben musste.

5. [...] Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Streitwert: 13. 246,76 €

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

Die

## GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

für Ihren **Buchbinder**

Möglich ist eine **Vorbestellung bis 19. Dezember 2003**

(**Subskriptionspreis** 8,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

**Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte**

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

Vorbestellungen / Bestellungen an

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

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

### § 13a BJagdG; § 584 BGB Jagdpacht; Kündigung; Mitpächter

**§ 13a BJagdG gibt nicht das Recht, ein Jagdpachtverhältnis nur gegenüber einzelnen Mitpächtern ordentlich zu kündigen.**

(OLG Celle, Urteil vom 28. 3. 2001 – 7 U 115/00)

**Hinw. d. Red.:** Die (redigierte) Entscheidung steht für unsere Leser kostenfrei bereit unter

[www.GuT.prewest.de/GuT1350](http://www.GuT.prewest.de/GuT1350)

**§§ 95, 929, 854, 858 BGB; § 20 LJG RP; § 18 BJJ  
Jagdpacht; Jagdhütte als Scheinbestandteil  
des Grund und Bodens; Herausgabeanspruch des  
nachfolgenden Jagdausübungsberechtigten gegen den  
früheren Pächter; Landesrechte**

**Zum Herausgabeanspruch betreffend eine Jagdhütte gegenüber dem Jagdpächter nach Ablauf des Jagdpachtvertrages.**

(LG Landau (Pfalz), Urteil vom 12. 7. 2002 – 3 S 366/01)

**Hinw. d. Red.:** Die vollständige (redigierte) Entscheidung steht für unsere Leser kostenfrei bereit unter

[www.GuT.prewest.de/GuT1304](http://www.GuT.prewest.de/GuT1304)

**§ 652 BGB  
Maklerleistung; Provisionsanspruch;  
abweichender Hauptvertrag; Kausalität der Leistung**

**1. Fehlt die erforderliche inhaltliche Kongruenz bzw. wirtschaftliche Gleichwertigkeit zwischen dem nach dem Maklervertrag vorausgesetzten und dem tatsächlich abgeschlossenen Mietvertrag, ist ein Provisionsanspruch des Maklers nicht entstanden. Maßgebend ist nicht, ob die Abweichung für den Maklerkunden günstig ist oder nicht, sondern ob eine erhebliche Abweichung vom Maklervertrag vorliegt. Eine konkludente Änderung des Maklervertrags folgt nicht aus dem bloßen Ausnutzen der nicht vertragsgemäß erbrachten Maklerleistung.**

**2. Der Makler erwirbt nur dann einen Provisionsanspruch, wenn sich der Hauptvertrag zumindest auch als Ergebnis einer (hier:) für den Erwerb wesentlichen Maklerleistung – Nachweis oder Vermittlung – darstellt; es genügt nicht, dass die Maklertätigkeit für den Erfolg auf anderem Weg adäquat kausal geworden ist.**

(OLG Hamburg, Urteil vom 30. 4. 2003 – 13 U 10/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Maklerfirma, verlangt von der Beklagten die Zahlung von Maklercourtage für den Nachweis bzw. die Vermittlung von Verträgen über das Gewerbeobjekt in der Ba. 16 in Hamburg. Zum einen macht sie einen Teilbetrag von DM 10 000,- wegen des Mietvertrages zwischen der Beklagten und der Fa. B., hilfsweise wegen des späteren Mietvertrages zwischen der Beklagten und dem Insolvenzverwalter T., und zum anderen einen Teilbetrag von DM 70 000,- wegen des nachfolgenden Kaufvertrages zwischen der Beklagten und dem Insolvenzverwalter T. geltend.

Das Landgericht Hamburg hat durch Urteil vom 23. 11. 2001 (322 O 197/00) die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt und begründet.

Sie trägt vor, die vom Landgericht unterstellte Nichterfüllbarkeit des gültigen Mietvertrages mit der B. stehe dem Courtageanspruch nicht entgegen. Zudem sei die Eigentümerin, die Fa. T., mit der Vermietung durch die B. einverstanden gewesen.

Der vermittelte sei mit dem vermieteten Mietgegenstand inhaltlich identisch. Die wirtschaftliche Kongruenz sei auch dann gegeben, wenn sich ein Vermietungsangebot von 12,50 DM/m<sup>2</sup> im sanierten Zustand in ein solches von 8,50 DM/m<sup>2</sup> im unrenovierten Zustand ändere. Jedenfalls sei der Maklervertrag von den Parteien abgeändert worden. Im Rahmen aller Gespräche sei Gegenstand der Diskussionen der Mietpreis von 12,50 DM/m<sup>2</sup> gewesen. Die zur Alternative gestellten Angebote seien entweder 12,50 DM/m<sup>2</sup> bei zusätzlichen Leistungen der Fa. B. oder 8,50 bis 9,- DM/m<sup>2</sup> ohne zusätzliche Leistungen gewesen.

Hinsichtlich des Mietvertrages mit dem Insolvenzverwalter habe sie eine Nachweis- und Vermittlungstätigkeit erbracht. Dieser habe sie ausdrücklich um die Mitwirkung bei der Neuvermietung und um Daten der Beklagten gebeten.

Ihr stehe auch eine Verkaufsprovision zu. Die vom Landgericht fehlerhaft gewürdigte Beweisaufnahme habe den Zugang des Exposés bei der Beklagten ergeben. Sie habe nicht nur das Objekt, sondern auch den potentiellen Vertragspartner benannt. Der Umstand, dass nur Rechtsanwalt T. nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Vertragspartner habe werden können, ändere nichts daran, dass er vor der Eröffnung eine Verfügung der Fa. T. hätte genehmigen müssen. Zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Insolvenzverwalter, bestehe eine derartige Nähe, die einer Identität gleichkomme, dass es formalistisch wäre, zwischen diesen zu unterscheiden.

Der Bundesgerichtshof habe entschieden, dass eine Bekanntgabe des Verkäufers in Ausnahmefällen nicht erforderlich sei, wenn es – wie hier – auf die Person des Verkäufers nicht wesentlich ankomme. Die Beklagte habe bereits vor ihrer Maklerleistung im August wegen der Benennung des vorläufigen Insolvenzverwalters durch Herrn B. gewusst, dass in jedem Fall Herr T. als vorläufiger oder selbständiger Insolvenzverwalter Ansprechpartner sei. Sie habe den Geschäftsführer der Beklagten, Herrn K., nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Fa. T. und Einsetzung von Herrn T. als Insolvenzverwalter darauf hingewiesen, dass ein „Mitspieler“ in das Geschehen eingetreten sei, nämlich dass der Insolvenzverwalter jetzt das Sagen über das Grundstück habe. Dies habe sie ihm im Juni/Juli, jedenfalls definitiv vor August 1999 gesagt.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden, dass die Klägerin gegen die Beklagte weder wegen des Mietvertrages mit der Fa. B. (Ziff. 1) oder mit dem Insolvenzverwalter (Ziff. 2) noch wegen des Kaufvertrages mit dem Insolvenzverwalter (Ziff. 3) einen Courtageanspruch gem. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB hat.

#### 1. Mietvertrag mit der Fa. B.

a. Ein Provisionsanspruch der Klägerin ist entgegen der Ansicht des Landgerichts zwar nicht dadurch entfallen, dass die Fa. B. bei Abschluss des Mietvertrages vom 6. 7. 1999 nicht Eigentümerin des vermieteten Grundstücks war, später auch nicht wurde und sie somit den Vertrag nicht durchführen konnte. Denn nach § 652 Abs. 1 S. 1 BGB wird die Maklerprovision bereits durch das gültige Zustandekommen des Hauptvertrages verdient. Auf die Erfüllungsberechtigung bzw. *Durchführbarkeit des Hauptvertrages* kommt es gerade nicht an (BGH NJW 1997, 1581). Das Risiko der Vertragsdurchführung trägt vielmehr der Maklerkunde (Palandt-Sprau, BGB, 62. Aufl., § 652 BGB Rn. 34).

Der Mietvertrag war – entgegen der Ansicht des Landgerichts in der Parallelsache 328 O 23/00 – *wirksam*. Dass sie das Mietobjekt nicht der Beklagten überlassen konnte, ist lediglich eine anfängliche subjektive Unmöglichkeit (Unver-

mögen). Diese führt – anders als eine anfängliche objektive Unmöglichkeit – nicht nach § 306 BGB a. F. zur Unwirksamkeit des Mietvertrages.

Einem *Nachweis* steht ebenfalls nicht entgegen, dass die Fa. B. weder zu diesem noch zu einem späteren Zeitpunkt Eigentümerin des Grundstücks war. Denn ein Nachweis i. S. d. § 652 Abs. 1 BGB kann auch dadurch geführt werden, dass der Makler den Kaufinteressenten als Verkäufer eine Person benennt, die das Kaufobjekt noch erwerben muss, jedoch hierzu und zur Weiterveräußerung bereit ist (BGH NJW 1996, 113 und WPM 1991, 643, 645; ebenso OLGR Köln 2001, 25 ff.; a. A. KG OLGZ 1985, 367, 369, OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 508 f., die eine wirtschaftliche Gleichwertigkeit des nachgewiesenen und des abgeschlossenen Vertrages verneinen, dagegen BGH NJW 1996, 113). Das muss erst Recht für den hier vorliegenden Fall gelten, in dem die Fa. B. zum Zeitpunkt der Benennung durch die Klägerin an den Beklagten noch nicht Eigentümerin des Grundstücks war, sie dieses aber – wie der Kaufvertrag mit der Fa. T. zeigt – von der Fa. T. erwerben und – wie der Abschluss des Mietvertrages mit der Beklagten belegt – auch vermieten wollte.

b. Jedoch fehlt es an der erforderlichen inhaltlichen Kongruenz bzw. *wirtschaftlichen Gleichwertigkeit* zwischen dem nach dem Maklervertrag vorausgesetzten und dem tatsächlich abgeschlossenen Mietvertrag.

Nach § 652 BGB steht dem Makler ein Provisionsanspruch nur dann zu, wenn der Vertrag, mit dessen Herbeiführung der Makler beauftragt war, tatsächlich zustande kommt. Führt die Tätigkeit des Maklers zum Abschluss eines Vertrages mit anderem Inhalt, so entsteht kein Anspruch auf Maklerlohn. Dabei ist hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung allerdings nicht vollständige Identität des zustande gekommenen mit dem beabsichtigten Hauptvertrag erforderlich. Entscheidend ist vielmehr, ob durch den Hauptvertrag der vom Auftraggeber des Maklers erstrebte wirtschaftliche Erfolg eintritt (BGH NJW-RR 2000, 57 f. und NJW 1998, 2277, 2278 m.w.N.). Das ist hier nicht der Fall.

Die Klägerin war nach dem Maklervertrag mit der „Herbeiführung“ (Nachweis bzw. Vermittlung) eines Mietvertrages über Produktions-, Lager- und Büroflächen in der Ba. 16 u. a. zu einem Mietpreis für „Lager/Produktion“ von DM 12,50/m<sup>2</sup> zzgl. *Nebenkosten* verpflichtet. Die Klägerin hat der Beklagten mit Exposé von Januar 1999 ihre Dienste als Maklerin bei der Anmietung von Produktions-, Lager- und Büroflächen in der Ba. 16 u. a. zu einem Mietpreis für „Lager/Produktion“ von DM 12,50/m<sup>2</sup> zzgl. *Nebenkosten* gegen Zahlung einer Courtage von 3 Bruttomonatsmieten angeboten. Dieses Angebot hat die Beklagte durch schlüssiges Verhalten angenommen. Sie hat sich nach Zusendung des Exposés an die Klägerin gewandt, mit dieser Besichtigungstermine vereinbart und durchgeführt. Durch diese Inanspruchnahme einer weiteren Leistung der Klägerin hat sie dem im Exposé enthaltenen Angebot zugestimmt.

Der Mietvertrag mit der Fa. B. wurde aber unstreitig nur zu einem Mietpreis von 8,50 DM/m<sup>2</sup> abgeschlossen. Die Differenz zwischen dem mit dem im Maklervertrag beabsichtigten und dem tatsächlich realisierten Mietpreis beträgt 32%, also fast 1/3. Das ist eine derart erhebliche Abweichung, dass von der erforderlichen inhaltlichen Identität zwischen den beiden Geschäften auch bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise keine Rede mehr sein kann (ebenso LG Köln WM 1991, 114, 115, bei einer dem Maklerkunden nachteiligen Mietpreis-Differenz von 33%; OLG Bamberg NJW-RR 1998, 565, 566, bei einer dem Maklerkunden günstigen Kaufpreis-Differenz von 23,46%; OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 1272, 1273, bei einer dem Kunden vorteilhaften Kaufpreis-Differenz von 22,22%).

Dem steht nicht entgegen, dass der tatsächlich vereinbarte Mietpreis isoliert betrachtet für die Beklagte nicht nachteilig, sondern billiger war. Zwar soll nach dem 4. Zivilsenat des OLG Hamburg (NJW-RR 1987, 175) wirtschaftliche Identität trotz des abweichenden Preises vorliegen, weil jedenfalls das nachgewiesene Objekt gekauft worden sei (ähnlich LG Hamburg, AIZ A 110, Bl. 57 NJW-RR 1987, 175, unter Berufung auf das OLG Hamburg: ein Preisnachlass verändere einen Grundstückskauf in seinem Wesen nicht). Diese Entscheidung lässt jedoch außer Acht, dass es nicht allein darauf ankommt, ob das nachgewiesene Objekt erworben wird. Vielmehr muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der geführte Nachweis dem Maklerauftrag entsprechen und die nachgewiesene Gelegenheit muss mit der tatsächlich wahrgenommenen identisch sein (BGH NJW-RR 1990, 1008), was hier gerade nicht der Fall ist.

Ferner hat zwar das OLG Hamm entschieden, dass die wirtschaftliche Gleichwertigkeit nicht zweifelhaft sei, wenn ein Maklerkunde das Objekt zu einem niedrigeren Kaufpreis, als er Gegenstand des Nachweises war, und damit jedenfalls nicht zu drückenderen wirtschaftlichen Bedingungen erworben hat (NJW-RR 1998, 1070, 1071). Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden. Maßgebend ist nicht, ob die Abweichung für den Maklerkunden günstig ist oder nicht, sondern allein, ob eine erhebliche Abweichung vom Maklervertrag vorliegt. Dem entsprechend haben das OLG Bamberg (a. a. O.) und das OLG Düsseldorf (a. a. O.) ebenfalls in Fällen, in denen der Käufer bzw. Mieter das Objekt zu einem günstigeren als nach dem Maklervertrag vorausgesetzten Preis erworben bzw. gemietet hatten, eine wirtschaftliche Kongruenz wegen der erheblichen Differenz verneint. Selbst Gerichte, die die wirtschaftliche Gleichwertigkeit bei einer dem Maklerkunden günstigen Preisabweichung bejaht haben, taten dies nicht schon mit dem Argument, die Abweichung sei für den Kunden günstig, sondern allein aufgrund einer wertenden Einzelfallbetrachtung, namentlich wegen der relativ geringfügigen Differenz zwischen dem vorausgesetzten bzw. nachgewiesenen und dem tatsächlichen Preis (OLG Frankfurt AIZ 133, Bl. 22, 2,72%; BGH NJW 1999, 1255, 1256, 3,75%; OLG Braunschweig MDR 1993, 951, 6,66%; OLG München NJW-RR 1995, 1524, 16,66%).

Zudem muss die Klägerin sich daran festhalten lassen, dass sie selbst den Mietpreis von DM 12,50 im Exposé vorgegeben hat, ohne diesen mit einer Einschränkung, wie „ca.“ (so aber bei der m<sup>2</sup>-Angabe) „Verhandlungsbasis“, „Höchstmiete“ oder „abhängig von den Verhandlungen“ zu versehen. Je konkreter der Gegenstand des beabsichtigten Hauptvertrages festgelegt ist, desto eher kommt eine relevante Abweichung in Betracht (Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl. Rn. 387). Die von ihr selbst vorgenommene Konkretisierung muss daher zu ihren Lasten gehen. Das gilt selbst dann, wenn sie im Exposé nur die Angaben der Fa. B. wiedergegeben hat. Denn sie hätte sich bei dieser erkundigen können, ob nur dieser Preis oder unter bestimmten Umständen ein anderer alternativer Preis in Betracht kommt.

Die Verbindlichkeit der Preisangabe wird durch die pauschale Angabe in den Geschäftsbedingungen, „bei aller Sorgfalt können wir keine Gewähr dafür übernehmen, dass alle Angebotsangaben richtig sind“, nicht relativiert. Damit („Gewähr“) sollen erkennbar nur etwaige Schadensersatzansprüche wegen unrichtiger Angaben ausgeschlossen, nicht jedoch ein Provisionsanspruch auch bei abweichenden Vertragsbedingungen des Mietvertrages begründet werden. Wenn die Klägerin dies gewollt hätte, hätte sie dies unmissverständlich zum Ausdruck bringen müssen.

Unerheblich ist, ob – wie es die Klägerin behauptet – während der Mietvertragsverhandlungen alternativ von 12,50 DM/m<sup>2</sup> für eine renovierte und von DM 8,50 für eine nicht

renovierte Mietsache gesprochen wurde. Denn es kommt nicht auf den Gegenstand der Verhandlungen zwischen den Vertragspartnern des Hauptvertrages an, sondern – sowohl beim Nachweis- als auch beim Vermittlungsmakler – allein auf den Gegenstand des Maklervertrages und dessen Übereinstimmung mit dem Hauptvertrag. In dem Maklervertrag wurde aber ein Mietpreis von 12,50 DM/m<sup>2</sup> vorausgesetzt; von 12,50 DM/m<sup>2</sup> für eine renovierte Mietsache war ebenso wenig die Rede wie alternativ von 8,50 DM/m<sup>2</sup> für eine nicht renovierte Mietsache.

Selbst wenn der Beklagten der Zustand der Mietsache gleichgültig war, besteht ein erheblicher wirtschaftlicher Unterschied zwischen der teuren Anmietung einer modernisierten Mietsache und einer billigen Anmietung einer nicht modernisierten Mietsache.

Dass die Beklagte den Mietvertrag nur deshalb über 8,50 DM/m<sup>2</sup> und damit treuwidrig abschloss, um einer Maklerprovision zu entgehen, hat die Klägerin nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich.

c. Von einer *konkludenten Abänderung des Maklervertrages* zum Nachweis bzw. zur Vermittlung eines Mietvertrages zu einem Mietpreis von 8,50 DM/m<sup>2</sup> für eine nicht renovierte Fläche kann nicht ausgegangen werden. Die Klägerin behauptet dies zwar nunmehr nach dem Hinweis des Senats in der Verhandlung vom 9.4.2003, wonach eine schlüssige Abänderung nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich sei. Jedoch reicht zur Annahme eines stillschweigend abgeschlossenen Änderungsvertrages das bloße Ausnutzen der nicht vertragsgemäß erbrachten Maklerleistung keinesfalls aus – genauso wenig, wie die bloße Nutzung der unverlangten Nachweis- oder Vermittlungsleistung die Annahme eines damit verbundenen erstmaligen Maklervertragsangebots bedeutet –, ansonsten wäre die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der Abweichung des zustande gekommenen vom beabsichtigten Hauptvertrag für die Frage der Provisionszahlungspflicht gleichgültig. Will der Makler auch für den nicht vertragsgemäßen Nachweis bzw. die nicht vertragsgemäße Vermittlung Provision erhalten, so muss er die Änderung des Maklervertrages zumindest stillschweigend anbieten und die Annahme des Angebots abwarten, bevor er seine Leistung erbringt. Eine solche konkludente Vertragsänderung kommt etwa dann in Betracht, wenn sich der Auftraggeber eine weitere Tätigkeit des Maklers gefallen lässt, obwohl bereits feststeht, dass das ursprünglich beabsichtigte Geschäft nicht oder nicht zu den in Aussicht genommenen Bedingungen zustande kommen kann (vgl. zum Ganzen BGH NJW-RR 2000, 57 ff.). Daran fehlt es hier.

Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin stand nach dem Abschluss des Maklervertrages gerade nicht fest, dass der Mietvertrag nicht zu dem im Maklervertrag vorgesehenen Preis von 12,50 DM/m<sup>2</sup> abgeschlossen werden konnte. Im Gegenteil: der Mietpreis war nach ihrem Vortrag während der gesamten Verhandlungen vielmehr stets variabel bzw. hätte der Mietvertrag jederzeit weiterhin zu einem m<sup>2</sup>-Preis von DM 12,50 abgeschlossen werden können und nicht nur zu einem m<sup>2</sup>-Preis von DM 8,50. Im übrigen hat die Klägerin mit Ausnahme ihrer pauschalen Behauptung zur Abänderung des Maklervertrages und ihres Vortrags zum Gegenstand der Verhandlungen keine Umstände dargetan, aus denen geschlossen werden könnte, dass sie der Beklagten eine Änderung des Maklervertrages antragen wollte bzw. die Beklagte ihr Verhalten so verstehen konnte und dass die Beklagte ein solches Angebot annehmen wollte bzw. ihr Verhalten dahingehend verstanden werden musste.

## 2. Mietvertrag mit dem Insolvenzverwalter

Der hilfweise geltend gemachte Provisionsanspruch wegen des Mietvertrages mit dem Insolvenzverwalter vom 30.9.1999

besteht ebenfalls nicht. Jedenfalls fehlt es auch insoweit wegen der erheblichen Mietpreisdifferenz an der wirtschaftlichen Identität zwischen dem nach dem Maklervertrag vorausgesetzten und dem abgeschlossenen Hauptvertrag (oben Ziff. 1).

### 3. Kaufvertrag mit dem Insolvenzverwalter

Der Klägerin steht schließlich kein Provisionsanspruch hinsichtlich des Kaufvertrages vom 30.12.1999 zwischen dem Insolvenzverwalter T. und der Beklagten zu. Dabei kann die vom Landgericht verneinte Frage offen bleiben, ob zwischen den Parteien im August 1999 ein Maklervertrag über den Ankauf des Objekts zustande gekommen ist. Denn jedenfalls hat die Klägerin den Kaufvertrag mit dem Insolvenzverwalter weder nachgewiesen (a.) noch vermittelt (b.).

a. Die nach § 652 BGB dem Nachweismakler obliegende Leistung besteht in dem „Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages“. Damit ist eine Mitteilung des Maklers an seinen Kunden gemeint, durch die dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten. Der Hinweis auf ein mögliches Vertragsobjekt genügt allein nicht. § 652 BGB verlangt zwar nicht, dass der Hauptvertrag im Einzelnen dem als möglich nachgewiesenen Vertrag entspricht. Auch wenn der Hauptvertrag hinsichtlich der Person des Vertragspartners von diesem abweicht, kann er unter besonderen Umständen als Erfolg des Maklernachweises anzusehen sein mit der Folge, dass der Makler einen Provisionsanspruch erwirbt. Erforderlich ist jedoch immer, dass sich der Hauptvertrag zumindest auch als Ergebnis einer für den Erwerb wesentlichen Maklerleistung, d. h. also Nachweis oder Vermittlung, darstellt; es genügt nicht, dass die Maklertätigkeit für den Erfolg auf anderem Weg adäquat kausal geworden ist. Wenn nichts anderes vereinbart ist, wird der Makler belohnt für seine vertragsgemäße Tätigkeit, falls diese den mit dem Maklervertrag angestrebten Erfolg erreicht hat. Er wird nicht belohnt für den Erfolg schlechthin, sondern für einen Arbeitserfolg. Maklertätigkeit und darauf begründeter Erfolgseintritt haben als Anspruchsvoraussetzungen gleiches Gewicht (zum Ganzen BGH WPM 1988, 725 f. und BB 1988, 1623, 1634).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Klägerin der Beklagten die Gelegenheit des Abschlusses eines Kaufvertrages mit dem Insolvenzverwalter nicht nachgewiesen. Sie hat mit Schreiben vom 11. 8.1999 nur die Gelegenheit eines Kaufs von der Fa. T. nachgewiesen. Diese Gelegenheit hat die Beklagte nicht genutzt. Sie hat sich nach dem Besichtigungstermin von Mitte August 1999 nicht mehr bei der Klägerin gemeldet. Die Beklagte hat die nachgewiesene Gelegenheit zum Kauf von der Fa. T. wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Bestellung von Rechtsanwalt T. zum Insolvenzverwalter am 1. 9.1999 auch nicht mehr nutzen können. Damit war die Verfügungsbefugnis der Fa. T. gem. § 80 Abs.1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen. Die von der Klägerin nachgewiesenen Kaufverhandlungen mit der Fa. T. waren daher gescheitert. Das Objekt konnte nur noch der Insolvenzverwalter – in Abstimmung mit der Gläubigerversammlung – verkaufen. Dessen Verkaufsbereitschaft hat die Klägerin dem Beklagten indes nicht nachgewiesen. Vielmehr hat der Zeuge T. nach seiner Aussage beim Landgericht von sich aus den Geschäftsführer der Beklagten auf die Möglichkeit des Ankaufs des von der Beklagten gemieteten Grundstücks angesprochen. Die Gelegenheit, die von der Beklagten ausgenutzt wurde, war folglich eine andere als die von der Klägerin nachgewiesene, nicht mehr bestehende Gelegenheit.

Dem kann die Klägerin nicht entgegenhalten, zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Insolvenzverwalter, der auch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Verfügung der Gemeinschuldnerin hätte genehmigen müssen, bestehe eine derartige Nähe, die einer Identität gleichkomme, dass es for-

malistisch wäre, zwischen diesen zu unterscheiden. Von einer formalen Betrachtungsweise kann keine Rede sein. Denn die Vertragsbereitschaft ist eine höchstpersönliche psychologische Tatsache (Staudinger-Reuter, BGB, 12. Aufl., §§ 652, 653 Rn.106), die nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Fa. T. auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist. Der Insolvenzverwalter musste vielmehr seine eigene Willensentschließung treffen, die wiederum die Klägerin der Beklagten hätte mitteilen müssen.

Aus demselben Grund kann die Klägerin sich nicht darauf berufen, die Beklagte habe bereits vor ihrer Maklerleistung wegen der Benennung des vorläufigen Insolvenzverwalters durch Herrn B. gewusst, dass in jedem Fall Herr T. als vorläufiger oder selbständiger Insolvenzverwalter Ansprechpartner sei. Nicht sie, sondern Herr B. von der Fa. T. hat die Beklagte über den vorläufigen Insolvenzverwalter in Kenntnis gesetzt. Im übrigen hat die Klägerin nicht dargetan, dass der vorläufige Insolvenzverwalter bereits im August 1999 bereit war, das Grundstück an die Beklagte zu verkaufen, er also schon zu diesem Zeitpunkt die Absicht hatte, entweder einen Verkauf durch die Fa. T. vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu genehmigen oder im Fall der Eröffnung und seiner Bestellung zum Insolvenzverwalter das Grundstück eigenhändig an die Beklagte zu verkaufen.

Nicht gefolgt werden kann ferner der Behauptung der Klägerin in der Verhandlung vom 9. 4. 2003, ihr Inhaber, Herr P., habe den Geschäftsführer der Beklagten, Herrn K., nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Einsetzung des Insolvenzverwalters darauf hingewiesen, dass jetzt der Insolvenzverwalter das Sagen über das Grundstück habe. Zum einen kann dies nicht – wie sie ebenfalls behauptet – „definitiv“ vor August 1999 gewesen sein. Denn Rechtsanwalt T. wurde erst am 1. 9.1999 zum Insolvenzverwalter bestellt. Zum anderen hat sie für ihre von der Beklagten bestrittene Behauptung keinen Beweis angeboten. Im übrigen gilt, dass sie die Beklagte durch eine bloße Benennung des Insolvenzverwalters nicht über dessen etwaige Verkaufsbereitschaft informiert hätte.

Die Klägerin kann sich schließlich nicht auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofes berufen (WPM 1987, 23 f., und NJW 1987, 1628,1629), wonach ein Nachweis auch bei Unterlassen der Bekanntgabe des Verkäufers durch den Makler vorliegen kann, wenn es auf die Person des Verkäufers nicht ankommt. Die entschiedenen Fälle sind mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Die Klägerin hatte der Beklagten den Namen des Verkäufers gerade nicht vorenthalten, sondern in ihrem Schreiben vom 11. 8.1999 als Eigentümer Herrn B. und damit die Fa. T. benannt.

### b. Eine Vermittlung scheidet ebenfalls aus.

Die Vermittlung setzt eine Einwirkung auf die Willensentschließung des anderen Teils voraus (BGH NJW 1990, 2744 f.) Die Klägerin hat die Bereitschaft des Insolvenzverwalters zum Abschluss eines Kaufvertrages mit der Beklagten jedoch nicht gefördert. Nach der Aussage des Zeugen T. und auch dem jetzigen Vortrag der Klägerin hat sie dem Zeugen nicht die Beklagte als Kaufinteressentin benannt.

Dass die Klägerin an den Kaufverhandlungen zwischen dem Zeugen und der Beklagten in irgendeiner Weise fördernd beteiligt war, behauptet sie nicht.

Nach allem mag die frühere Tätigkeit der Klägerin zwar „irgendwie“ mitursächlich dafür gewesen sein, dass die Beklagte das Objekt von dem Insolvenzverwalter gekauft hat. Dieser Erfolg beruhte indes nicht auf einer Maklerleistung der Klägerin.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 13. ZS des OLG Hamburg

**§§ 750, 885 ZPO****Räumungsvollstreckung; Titel gegen den Untermieter**

**Gegen einen Untermieter kann die Räumungsvollstreckung nicht aufgrund des gegen den Hauptmieter ergangenen Titels betrieben werden.**

(BGH, Beschluss vom 18. 7. 2003 – IXa ZB 116/03)

**Zum Sachverhalt:** In einem vor dem Landgericht Stuttgart abgeschlossenen Vergleich verpflichtete sich die Schuldnerin, vom Gläubiger angemietete Gewerberäume bis spätestens 30. Juni 2002 zu räumen und an diesen herauszugeben. Auf der Grundlage dieses Vergleiches betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung.

Der zuständige Gerichtsvollzieher lehnte die zwangsweise Räumung ab, nachdem ein Rechtsanwalt mit Schreiben vom 5. August 2002 unter Vorlage eines Mietvertrages zwischen der Schuldnerin und der GmbH (vormals R. GmbH) mitgeteilt hatte, daß die GmbH seit 1. November 1999 mit Zustimmung des Gläubigers Untermieterin der Räume sei und gegen sie mangels eines Titels nicht vollstreckt werden könne.

Gegen die Weigerung des Gerichtsvollziehers, den Räumungsauftrag auszuführen, hat der Gläubiger Erinnerung eingelegt, die das Amtsgericht Stuttgart mit Beschluß vom 15. Oktober 2002 zurückgewiesen hat. Seine sofortige Beschwerde ist vor dem Landgericht Stuttgart ohne Erfolg geblieben. Hiergegen wendet sich der Gläubiger mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

**Aus den Gründen:** II. Das gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im übrigen zulässige Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts ist die Weigerung des Gerichtsvollziehers berechtigt. Die zwangsweise Räumung des Mietobjekts könne nur gegen die Schuldnerin erfolgen, gegen die sich die vollstreckbare Ausfertigung des gerichtlichen Vergleichs richte. Für die Zwangsvollstreckung gegen die GmbH als Untermieterin sei ein gegen diese gerichteter Titel erforderlich. Da das Besitzrecht der GmbH nicht evident zweifelhaft sei, könnten die mit der Rechtmäßigkeit der Untervermietung im Zusammenhang stehenden Fragen im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens nicht geklärt werden. Die Klärung müsse in einem Erkenntnisverfahren erfolgen. Die Gefahr einer rechtsmißbräuchlichen Verzögerung der Räumungsvollstreckung trage der Gläubiger.

2. Demgegenüber macht die Rechtsbeschwerde geltend, das Beschwerdegericht sei ohne ausreichende Anhaltspunkte vom Gewahrsam der GmbH an den Mieträumen ausgegangen; diese hätte ihren Gewahrsam durch Erinnerung oder Vollstreckungsgegenklage geltend machen müssen. Für die Räumungsvollstreckung gegen die GmbH sei ein gegen diese gerichteter Räumungstitel nicht erforderlich, weil sie nach materiellem Recht zur Herausgabe unzweifelhaft verpflichtet sei. Aus der Rechtmäßigkeit der Untervermietung lasse sich kein Besitzrecht des Untermieters ableiten. Das schutzwürdige Interesse des Gläubigers an einer effektiven Wahrung seines Vollstreckungsinteresses verbiete es, einen gegen den Untermieter gerichteten Titel zu verlangen.

3. Die Meinung der Rechtsbeschwerde vermag nicht zu überzeugen.

a) Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht vom Gewahrsam der GmbH an den Mieträumen ausgegangen. Denn diese hat einen Untermietvertrag vorlegen lassen und mit dem Schreiben des Rechtsanwalts vom 5. August 2002 unter Hinweis auf ihr Besitzrecht als Untermieterin ausdrücklich der zwangsweisen Räumung widersprochen.

b) Mit Recht hat sich das Beschwerdegericht der fast einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur angeschlossen (vgl. OLG Celle NJW-RR 1988, 913; LG Hamburg NJW-RR 1991, 1297; MünchKomm-ZPO/Schilken, 2. Aufl. § 885 Rn. 7, Zöller/Stöber, ZPO 23. Aufl. § 885 Rn. 12; Musielak/Lackmann, ZPO 3. Aufl. § 885 Rn. 9; Baumbach/Lauerbach/Albers/Hartmann, ZPO 61. Aufl. § 885 Rn. 17), daß für die Räumungsvollstreckung gegen einen Untermieter ein gegen diesen gerichteter Vollstreckungstitel erforderlich sei.

Gegen einen Untermieter kann die Räumungsvollstreckung nicht aufgrund des gegen den Hauptmieter ergangenen Titels betrieben werden. Denn gemäß §§ 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann die Zwangsvollstreckung nur gegen eine Person begonnen werden, die im Titel und in der Vollstreckungsklausel als Schuldner bezeichnet ist. Gewährleistet wird damit, daß staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs erfolgt, und zwar für und gegen die im Titel genannten Personen (vgl. Zöller/Stöber, a. a. O. § 750 Rn. 3).

Diese allgemeine Voraussetzung jeder Zwangsvollstreckung kann nicht durch materiellrechtliche Erwägungen oder Gesichtspunkte der Billigkeit (so aber HansOLG MDR 1993, 274 [= WM 1992, 548]; KG Grundeigentum 2002, 799; AG Lübeck DGVZ 1995, 92) außer Kraft gesetzt werden. Daher ist es für die zu entscheidende Rechtsfrage ohne Bedeutung, ob der Untermieter nach materiellem Recht gemäß § 546 Abs. 2 BGB n. F. (= § 556 Abs. 3 BGB a. F.) zur Herausgabe der Mietsache an den Hauptvermieter verpflichtet ist (vgl. Becker-Eberhard FamRZ 1984, 1296, 1298). Diese materiellrechtliche Frage wird im Erkenntnisverfahren und nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren geprüft. Dem Gläubiger ist es zuzumuten, die durch die erforderliche Räumungsklage gegen den Untermieter eintretenden Nachteile zu tragen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 940, 888 ZPO; § 535 BGB  
Durchsetzung der Betriebspflicht;  
einstweilige Verfügung**

**Zur Durchsetzung einer mietvertraglichen Betriebspflicht.**

(LG Hamburg, Beschluss vom 20. 12. 2002 – 307 O 233/02)

**Die Durchsetzung einer mietvertraglichen Betriebspflicht kann grundsätzlich in einstweiligen Verfügungsverfahren verfolgt werden.**

(OLG Hamburg, Beschluss vom 6. 1. 2003 – 4 W 1/03)

(LG Hamburg, Urteil vom 4. 2. 2003 – 307 O 233/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren über die Durchsetzung einer Betriebspflicht in einem angemieteten Ladenlokal.

Mit gewerblichem Mietvertrag vom 19. April/12. Mai 2000 haben die Antragsteller an die Antragsgegnerin ein Ladenlokal in der „K.-Passage“ mit einer Nutzfläche von 60,43 m<sup>2</sup> vermietet. Gemäß § 3 Nr. 1 dieses Mietvertrages besteht eine Betriebspflicht des Mieters. Das Mietverhältnis kann ausweislich § 4 Nr. 2 des Mietvertrages frühestens zum 31. Mai 2011 gekündigt werden.

Die Antragsgegnerin betreibt ein Franchise-Unternehmen und hat Läden an verschiedenen Standorten in Hamburg.

Mit Schreiben vom 3. Juli 2002 hat die Antragsgegnerin das Mietverhältnis fristlos – vorsorglich fristgemäß zum 31. Dezember 2002 – gekündigt mit der Begründung, vermietet-

seitig sei eine Zusage gemacht worden, es werde ein unmittelbarer Durchgang zur O.-Straße geschaffen werden, welche nicht eingehalten worden sei.

Mit Schreiben vom 4. Dezember 2002 kündigte die Antragsgegnerin an, den Ladenbetrieb im Laufe des Monats Dezember 2002 einzustellen und das Mietobjekt bis Ende 2002 an die Antragsteller herauszugeben.

Die Antragsgegnerin ist in Abänderung des Beschlusses des Landgerichts Hamburg vom 20.12.2002 mit Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 6. Januar 2003 im Wege der einstweiligen Verfügung verpflichtet worden, den Betrieb des von ihr gemieteten Ladenlokals in der K.-Passage als Einzelhandelsgeschäft für Tabakwaren, Rauchartikel, Zeitungen, Zeitschriften, Süßwaren, Lotto-Toto sowie Geschenkartikel über den 31. Dezember 2002 hinaus fortzusetzen.

### Aus den Gründen:

#### Landgericht Hamburg Beschluss vom 20.12.2002:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zurückzuweisen, da ein den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung rechtfertigender Verfügungsgrund (§§ 935, 940 ZPO) nicht gegeben ist.

Es kann dahinstehen, ob die Durchsetzung der mietvertraglichen Betriebspflicht im einstweiligen Verfügungsverfahren bereits deshalb nicht verfolgt werden kann, weil eine solche vertragliche Verpflichtung weder als vertretbare Handlung nach § 887 ZPO noch als unvertretbare Handlung nach § 888 ZPO vollstreckt werden kann (in letzterem Sinne OLG Naumburg NJW-RR 1998, 873; OLG Hamm NJW 1973, 1135; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 7. Aufl., §§ 535, 536 BGB Rd. 186; a. A. Jendrek, NZM 2000, 526 ff., 530). Denn jedenfalls handelt es sich bei der im Mietvertrag geregelten Betriebspflicht nicht um die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs, sondern um eine eigenständige Leistungsverpflichtung (so auch Jendrek a. a. O. Seite 528 f.). Die Erfüllung eines Leistungsanspruchs im Rahmen des auf Sicherung gerichteten einstweiligen Verfügungsverfahrens kann indes nur ausnahmsweise erlangt werden, wenn das mit dem ordentlichen Klageweg verbundene Zuwarten zu untragbaren Beeinträchtigungen führen würde (vgl. etwa Bub/Treier/Fischer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., VIII. Rd. 117). Diese allgemeinen Grundsätze gelten auch für den einstweiligen Rechtsschutz zur Sicherung einer Betriebspflicht (so auch LG Hamburg, ZK 7, Beschluss vom 28. Dezember 2000 – 307 O 160/00; LG Hamburg, ZK 34, Beschluss vom 9. April 2001 – 334 O 50/01; a. A. offenbar – allerdings ohne Begründung – Stornel, Mietrecht, 3. Aufl., II. Rd. 276). Im vorliegenden Fall haben die Antragsteller nicht hinreichend dargetan und glaubhaft gemacht, dass ein solcher Ausnahmetatbestand vorliegt und sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile auf den Erlass der einstweiligen Verfügung zur Durchsetzung der Betriebspflicht angewiesen sind. Trotz der Schließung des Ladengeschäfts bleibt die Antragsgegnerin zur Fortzahlung des Mietzinses verpflichtet (§ 537 Abs. 1 Satz 1 BGB) und schuldet gegebenenfalls auch Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung (vgl. BGH NJW-RR 1992, 1032,

1034). Falls die Antragsteller den „Imageschaden“ des Einkaufszentrums durch den Leerstand des Ladengeschäfts verhindern wollen, bleibt es ihnen unbenommen, das Mietverhältnis mit der Antragsgegnerin fristlos wegen Verletzung der Betriebspflicht zu kündigen und anschließend neu zu vermieten.

#### Oberlandesgericht Hamburg:

Die gem. §§ 567, 569 ZPO zulässige Beschwerde ist begründet.

Die Antragsteller haben gegen die Antragsgegnerin einen Anspruch auf Fortsetzung des Ladenbetriebes gem. § 3 Abs. 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages. Sie haben glaubhaft gemacht, dass dieser Vertrag durch das Kündigungsschreiben vom 3. 7. 2002 nicht erloschen ist, indem sie eine eidesstattliche Versicherung des Herrn M. eingereicht haben, wonach dieser seinerzeit den Mietvertrag verhandelt, aber keine Zusagen bezüglich eines Nebendurchganges gemacht habe. Eine ordentliche Kündigung ist im Hinblick auf § 4 Abs. 2 des Mietvertrages ausgeschlossen.

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung ist erforderlich zur Abwendung wesentlicher Nachteile der Antragsteller (§ 940 ZPO).

Bei dem geltendgemachten Anspruch handelt es sich um einen Leistungsanspruch auf Erbringung einer nicht vertretbaren Handlung, der nach § 888 ZPO zu vollstrecken ist (so auch Stornel, Mietrecht 3. Aufl., II Rn. 276; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rn. 657).

Zwar mag es zweifelhaft sein, ob die Erfüllung einer Betriebspflicht in allen Fällen allein von dem Willen des Verpflichteten abhängt, weil zum Betreiben eines Geschäftes oft die Mitwirkung Dritter, insbesondere der Angestellten und Lieferanten erforderlich ist. Dem gemäß ist in Einzelfällen entschieden worden, dass § 888 ZPO nicht anwendbar sei, wobei in diesen Fällen feststand, dass zur Erfüllung der Betriebspflicht die Mitwirkung Dritter notwendig aber nicht durchsetzbar war (so insbesondere OLG Naumburg NJW-RR 1998, 873; OLG Hamm NJW 1973, 1135).

Anhaltspunkte für einen entsprechenden Sachverhalt liegen im vorliegenden Fall indessen nicht vor.

Die Antragsteller haben vorgetragen, dass es sich bei der Antragsgegnerin um ein Franchiseunternehmen handelt, das an verschiedenen Standorten in Hamburg Läden betreibt. Dass ihr die Fortsetzung des Ladenbetriebs nicht möglich wäre, ist nicht ersichtlich.

Nach dem glaubhaft gemachten Vortrag der Antragsteller droht ein nicht unerheblicher Schaden, wenn der angemietete Laden bis zur Klärung der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung leer stünde. Es ist gerichtsbekannt, dass ein erhebliches wirtschaftliches Interesse aller Mieter eines Einkaufszentrums besteht, keine Leerstände in der Nachbarschaft hinzunehmen, weil sich dies auch auf die Umsätze der übrigen Geschäfte niederschlägt. Dem gemäß sind die Antragsteller den anderen Mietern gegenüber gehalten, die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht durchzusetzen.

Die Antragsteller haben ferner auch ein eigenes Interesse an der Fortsetzung des Geschäftsbetriebes, weil davon auszugehen ist, dass die Weitervermietung eines nicht betriebenen Ladens schwieriger ist als diejenige eines in Betrieb befindlichen. Insoweit würden auch im Falle einer fristlosen Kündigung der Antragsteller für den Fall der Weigerung der Mietfortzahlung durch die Antragsgegnerin den Antragstellern allein durch den Leerstand zusätzliche Nachteile entstehen.

Wenn die Antragsteller zur Durchsetzung ihres vertraglichen Anspruchs auf das ordentliche Klagverfahren verwiesen würden, würde die Betriebspflicht in Fällen wie dem vorliegenden tatsächlich leer laufen, weil die bis zur endgültigen

## Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter [www.zvab.com](http://www.zvab.com)  
Pfad: Antiquariate–Antiquariatsname→Prewest

Telefax: 02 28 / 47 09 54,

e-mail: [antiquariat@prewest.de](mailto:antiquariat@prewest.de)

Klärung eingetretenen Nachteile nicht rückgängig zu machen wären und Schadensersatzansprüche schon aufgrund von Beweisschwierigkeiten regelmäßig kaum durchsetzbar sein dürften.

#### Landgericht Hamburg Urteil vom 4. 2. 2003:

*Zum Sachverhalt:* Gegen diesen Beschluss hat die Antragsgegnerin Widerspruch eingelegt. Die mietvertragliche Formalklausel hinsichtlich der Betriebspflicht sei unwirksam, zumindest sei die Berufung auf die Betriebspflicht im Streitfall treuwidrig gemäß § 242 BGB, da die K.-Passage vom Publikum nicht angenommen werde und es in der Vergangenheit wiederholt zu Leerständen gekommen sei. Hiervon abgesehen werde durch die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen glaubhaft gemacht, dass zugesagt worden sei, es werde ein Zugang zur O.-Straße errichtet werden. Die Antragstellerin macht geltend: Die Durchsetzung der Betriebspflicht sei nicht rechtsmissbräuchlich. Entgegen der Darstellung der Antragsgegnerin seien die umliegenden Gewerbeeinheiten gut vermietet. Die Schaffung eines weiteren Zugangs zur S.-Straße bzw. zur O.-Straße sei nicht zugesagt worden.

*Aus den Gründen:* Die einstweilige Verfügung vom 6. Januar 2003 ist unter Berücksichtigung des Widerspruchsvorbringens der Parteien zu bestätigen.

Ein die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung rechtfertigender Verfügungsanspruch folgt aus § 3 Nr. 1 des Mietvertrages, wonach der Mieter ohne schriftliche Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt ist, das Geschäftslokal zu schließen oder den Geschäftsbetrieb einzustellen. Die Vereinbarung einer derartigen Betriebspflicht ist bei der Geschäftsraummiete auch formularvertraglich möglich und wirksam (vgl. Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rd. 938 m. w. N.). Sie kann zwar zu einer nicht unerheblichen Belastung des Mieters führen, wenn er im Falle geschäftlicher Verluste den Betrieb fortführen muss, obwohl dessen Schließung unter Fortzahlung des in jedem Falle gemäß § 552 BGB bis zum Ende der Mietzeit zu entrichtenden Mietzinses für ihn vorteilhafter wäre. Dies fällt jedoch grundsätzlich in die unternehmerische Risikosphäre des Geschäftsraummieters (vgl. Bub/Treier/Kraemer a. a. O.).

Die in Rede stehende Betriebspflicht der Antragsgegnerin erweist sich auch im vorliegenden Falle nicht als treuwidrig im Sinne von § 242 BGB. Wie sich aus der auch seitens der Antragsgegnerin nicht im einzelnen bestrittenen Aufstellung gemäß Anlage VK 1 ergibt, sind die in der Nähe des Ladenlokals der Antragsgegnerin liegenden Mieteinheiten gegenwärtig durchweg vermietet. Kürzere Leerstandszeiten einzelner Geschäfte in der Vergangenheit sind auch in anderen Ladenpassagen nicht unüblich und vermögen nichts an der Beurteilung zu ändern, dass die Antragsteller ein besonderes Interesse an der Fortsetzung des Geschäftsbetriebes der Antragsgegnerin haben, weil davon auszugehen ist, dass die Weitervermietung eines nicht betriebenen Ladens schwieriger ist als diejenige eines in Betrieb befindlichen. Da die Antragsgegnerin nach dem nicht weiter bestrittenen Vortrag der Antragsteller zudem ein Franchise-Unternehmen betreibt und Läden an verschiedenen Standorten in Hamburg hat, ist auch davon auszugehen, dass der Antragsgegnerin die Fortsetzung des Ladenbetriebs möglich wäre und die Vollstreckung des Leistungsanspruchs auf Erbringung einer nicht vertretbaren Handlung nach § 888 ZPO erfolgen könnte.

Die aus § 3 Nr. 1 des Mietvertrages resultierende Betriebspflicht der Antragsgegnerin ist auch nicht durch eine wirksame fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1, 536 Abs. 2 BGB entfallen. Denn die Antragsgegnerin hat nicht hinreichend glaubhaft machen können, es sei ihr als Mieterin wirksam zugesichert worden, es werde ein weiterer Zugang zur O.-Straße bzw. zur S.-Straße geschaffen werden. [...]

Mitgeteilt von RAen Brolich, Groenewold und Husemann, Hamburg

**Anm. d. Red.:** Vgl. OLG Düsseldorf GuT 2002, 47; OLG Hamburg GuT 2003, 57.

**§§ 5, 9 AGBG; §§ 305c, 307 BGB**  
**Franchise; Weitergabe von Einkaufsvorteilen;**  
**Kündigung aus wichtigem Grund; Apollo-Optik**

**Die in einem vom Franchisegeber formularmäßig verwendeten Franchisevertrag enthaltene Klausel, der Franchisegeber leite „Vorteile ... zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge“ an die Franchisenehmer weiter, verpflichtet den Franchisegeber jedenfalls in ihrer nach § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) maßgeblichen „kundenfreundlichsten“ Auslegung zur Weitergabe sämtlicher Einkaufsvorteile an die Franchisenehmer, die er in Rahmenvereinbarungen mit Lieferanten der von den Franchisenehmern zu beziehenden Waren für deren Einkäufe ausgehandelt hat. Mit dieser Vertragspflicht ist es nicht zu vereinbaren, wenn der Franchisegeber die Lieferanten durch geheimgehaltene Absprachen veranlaßt, den Franchisenehmern geringere als die in den Rahmenabkommen ausgehandelten Preisnachlässe zu gewähren und den Unterschiedsbetrag jeweils als „Differenzrabatt“ an ihn, den Franchisegeber, abzuführen.**

**Die in einem vom Franchisegeber formularmäßig verwendeten Franchisevertrag enthaltene Klausel**

**„Ohne daß ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes vorliegt, kann ... jede Partei diesen Vertrag mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende dann kündigen, wenn das Vertrauensverhältnis ernsthaft gestört ist ...“**

**ist gemäß § 9 AGBG (jetzt: § 307 BGB) unwirksam.**

(BGH, Urteil vom 20. 5. 2003 – KZR 19/02)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Vorinstanzen LG München I/OLG München. Die vollständige (redigierte) Entscheidung steht für unsere Leser kostenfrei bereit unter

[www.GuT.prewest.de/GuT1302](http://www.GuT.prewest.de/GuT1302)

Ebenso zu Leits. 1 in einer weiteren Apollo-Optik-Sache BGH, Urteil vom 20. 5. 2003 – KZR 29/02, Vorinstanzen LG Mainz/OLG Koblenz.

**§ 14 GWB**  
**Preisbindung durch Franchisegeber II; Apollo-Optik**

**Wirbt ein Franchisegeber, der Waren oder Dienstleistungen teils über ein Franchisesystem, teils über eigene Filialen vertreibt, unter Angabe fester Endverkaufspreise, ohne die Preisangaben auf die eigenen Filialen zu beschränken oder auf deren Unverbindlichkeit für die Franchisebetriebe hinzuweisen, so kann von dieser Werbung ein wirtschaftlicher Druck auf die Franchisenehmer zur Übernahme der beworbenen Preise ausgehen, der einer nach § 14 GWB verbotenen Preisbindung gleichkommt (Bestätigung von BGHZ 140, 342 – Preisbindung durch Franchisegeber I).**

(BGH, Urteil vom 20. 5. 2003 - KZR 27/02)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Vorinstanzen LG/OLG Frankfurt a. M. Die vollständige (redigierte) Entscheidung steht für unsere Leser kostenfrei bereit unter [www.GuT.prewest.de/GuT1303](http://www.GuT.prewest.de/GuT1303)

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

**§ 9 AGBG – Summierungseffekt; AGB**

Zur Unwirksamkeit zweier die Renovierungspflicht des Mieters betreffender Klauseln in einem Mietvertrag.

(BGH, Versäumnisurteil vom 25. 6. 2003 – VIII ZR 335/02)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WM) 2003, 561.

**§ 14 MHG; § 27 II. BV; § 526 ZPO – Revisionszulassung; Wohnungsmiete; Betriebskosten; Entgelt für die Wärmelieferung; NBL**

a) Zur Zulassung der Revision durch den Einzelrichter.

b) Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 MHG durften in den neuen Ländern bei Mietverträgen, die vor dem 11. Juni 1995 abgeschlossen worden waren, bis zum 31. Dezember 1997 unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen Betriebskosten im Sinne des § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung durch schriftliche Erklärung auf die Mieter umgelegt werden. In diesen Fällen ist § 4 Abs. 2 Satz 2 MHG, wonach die Erklärung nur wirksam ist, wenn in der Erklärung der Grund für die Umlage bezeichnet und erläutert wird, nicht heranzuziehen.

c) Zum Entgelt für die Wärmelieferung bei der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme im Sinne von Nr. 4c der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der Zweiten Berechnungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Oktober 1990 zählen die kompletten vom Versorgungsunternehmen berechneten Kosten, einschließlich der darin enthaltenen Investitions- und Verwaltungskosten und auch der Unternehmervergewinn des Lieferanten.

(BGH, Urteil vom 16. 7. 2003 – VIII ZR 286/02)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2003, 501 mit Anm. d. Red. – Zur Zulassung der Rechtsbeschwerde durch den Einzelrichter vgl. BGH WM 2003, 637.

**§ 130 BGB – GmbH; Zugang einer Willenserklärung**

Eine Willenserklärung geht der GmbH auch dann zu, wenn das Schriftstück in ein privates Postfach ihres Geschäftsführers gelegt wird.

(BGH, Beschluss vom 31. 7. 2003 – III ZR 353/02)

**§§ 823, 249, 254 BGB – Einkaufszentrum; Verkehrssicherungspflicht; an den Parkplatz anschließende Laderampe**

1. Eine Laderampe, deren Anfang Teil einer Parkplatzfläche ist, die den Besuchern eines Einkaufszentrums zur Verfügung steht, ist mit Markierungen und Warnhinweisen zu sichern. Ein Gittertor am Ende der Rampe, das nicht verschließbar ist und deshalb offen stehen bleiben kann, reicht als Sicherung nicht aus.

2. Der Eigentümer eines Einkaufszentrums kann die zur Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht erforderlichen Maßnahmen Dritten, etwa den Mietern der Geschäfte, überlassen. Ihn trifft aber weiterhin eine allgemeine Aufsichtspflicht in Form einer fortlaufenden Überwachung. Diese Überwachungspflicht besteht von Anfang an und nicht erst, wenn Zweifel an der Zuverlässigkeit des Dritten bestehen.

3. Der Fahrer eines Kraftfahrzeugs, der wegen der tiefen Sitzposition im Fahrzeug den Verlauf einer – vermeintlichen – Abfahrtsrampe nicht übersehen kann, hat sich mit äußerster Vorsicht – höchstens mit Schrittgeschwindigkeit – zu nähern und muss notfalls aussteigen, um die ihm unbekanntere Örtlichkeit näher zu erkunden.

(OLG Nürnberg, Urteil vom 18. 11. 2002 – 5 U 2703/02)

**§§ 781, 138, 1353 BGB; §§ 794, 795, 767 ZPO – Geschäftsbetrieb eines Ehegatten; Sittenwidrigkeit eines Schuldanerkenntnisses zur Sicherung einer Bankforderung gegen den Ehepartner**

1. Ein notarielles Schuldanerkenntnis, das den Versprechenden finanziell krass überfordert und ausschließlich gegen den Ehepartner bestehende Bankansprüche sichert, ist nichtig. Ausreichende Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit schließen eine derartige Überforderung nicht aus, wenn sie auf dem Geschäftsbetrieb gründen, für den die Bankkredite gezahlt wurden.

2. Nach Scheidung der Ehe kann auch das Interesse der Bank, Vermögensverschiebungen zu begegnen, einem derartigen Schuldanerkenntnis nicht mehr den Makel der Sittenwidrigkeit nehmen.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 1. 9. 2003 – 5 W 568/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 19. 12. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Vgl. auch BGH-Pressemeldung Nr. 116/2003 in GuT 2003, 242 (in diesem Heft).

**§§ 129 ff. InsO; §§ 929, 930, 158 BGB; § 398 ZPO – Anfechtbarkeit einer insolvenznahen Sicherungsübereignung**

1. Für die Anfechtbarkeit von Verträgen, die lediglich in der Krisensituation des Insolvenzschuldners in Kraft treten sollen, ist nicht der Abschluss, sondern der Zeitpunkt des Wirksamwerdens maßgeblich.

2. Eine Sicherungsübereignung ist keine unentgeltliche Leistung i. S. v. § 134 InsO. Zur Abgrenzung zwischen sofortiger und aufschiebend bedingter Sicherungsübereignung.

3. Einer wiederholten Beweisaufnahme bedarf es nicht, wenn das Berufungsgericht weder die Glaubwürdigkeit eines Zeugen noch die Glaubhaftigkeit seiner Aussage anders beurteilt und die Aussage auch nicht anders versteht als die angefochtene Entscheidung. Neue rechtliche Schlussfolgerungen mit gegenläufigem Ergebnis sind ohne Wiederholung der Beweisaufnahme statthaft.

(OLG Koblenz, Urteil vom 18. 9. 2003 – 5 U 520/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 19. 12. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

**§§ 3, 31, 52 BRAGO; § 49 b BRAO; §§ 812, 675, 667, 276, 260, 261 BGB; § 254 ZPO – Rückforderung von Anwaltshonorar; Gebührenfolge einer unsachgemäßen Aufspaltung von Räumungs- und Zahlungsklage**

1. Eine die Rückforderung des gezahlten Anwaltshonorars ausschließende freiwillige Leistung des Mandanten (§ 3 Abs. 1 Satz 2 BRAGO) ist nur gegeben, wenn der Auftraggeber weiß, dass seine Zahlung die gesetzliche Vergütung des Anwalts übersteigt. Für die Kenntnis ist der Rechtsanwalt beweispflichtig.

2. Getrennte Räumungs- und Zahlungsklagen gegen einen Mieter können pflichtwidrig sein mit der Rechtsfolge, dass dem Rechtsanwalt des Vermieters gegen seinen Auftraggeber nur die Vergütung aus dem fiktiven Streitwert eines einheitlichen Verfahrens zusteht. Zur Gebührenberechnung in einem derartigen Fall.

3. Ein nicht postulationsfähiger Anwalt erhält für die gleichwohl wahrgenommene mündliche Verhandlung keine Gebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO.

4. Vollstreckungstitel muss ein Rechtsanwalt seinem Mandanten herausgeben. Erweist sich ein derartiges, im Rahmen

einer Stufenklage erhobenes Herausgabeverlangen mangels Konkretisierung der Titel als unbegründet, ist die Herausgabeklage nicht abweisungsreif, wenn eine das Auskunftsbegehren erschöpfende gerichtliche Entscheidung noch aussteht.

(OLG Koblenz, Urteil vom 22. 9. 2003 – 5 U 763/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 19.12. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

**KL-Mitteleiter:** RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Maihold, Nürnberg; RiOLG Weller, Koblenz.

## Wettbewerb

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

#### §§ 1, 2 UWG – Tiefpreisgarantie

Die werbliche Ankündigung „Die M. M. Tiefpreisgarantie hält, was andere versprechen“ enthält keine i. S. v. § 1 UWG wettbewerbswidrige, weil pauschale Herabsetzung der Mitbewerber.

(OLG Hamburg, Urteil vom 30.10. 2002 – 5 U 75/02)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 19.12. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

**KL-Mitteleiter:** Die Mitglieder des 5. ZS des OLG Hamburg

#### §§ 3, 1 UWG; Art. 2, Art. 5 GG – Wettbewerb; UNICEF-Aktion „Bringt die Kinder durch den Winter“

Eine Werbung, mit der an die Gefühle der Umworbenen appelliert wird, ist als solche nicht wettbewerbswidrig (vgl. BVerfG WRP 2002, 430). Verspricht ein Unternehmen in seiner Werbung, für jeden gekauften Gegenstand einen – nicht konkretisierten – Betrag an eine bestimmte gemeinnützige Einrichtung weiterzuleiten, so ist dies im Regelfall nicht zu beanstanden, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen werden, dass der Hilfsbeitrag z. B. tatsächlich nicht abgeführt wird oder derart gering ist, dass eine nennenswerte Unterstützung des sozialen Hilfszwecks hierdurch nicht erreicht werden kann.

(OLG Hamburg, Urteil vom 2.10. 2002 – 5 U 43/02)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 19.12. 2003 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## Teileigentum

### § 15 WEG; § 1004 BGB Mitbenutzung der Sondernutzungsfläche eines Teileigentümers als Betriebszufahrt des weiteren Teileigentümers; Tankstelle und Werkstatt

Wird einem Wohnungseigentümer in der Teilungserklärung das Sondernutzungsrecht an in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden Flächen eingeräumt, hat dies grundsätzlich zur Folge, dass der Sondernutzungsberechtigte die betreffenden Flächen allein, also unter Ausschluss der übrigen Miteigentümer benutzen darf. Das Recht des Sondernutzungsberechtigten unterliegt jedoch immanenten Schranken, die sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungs- bzw. Teileigentümer ergeben und die für das Gemeinschaftseigentum aus anderen Gründen, insbesondere auf Grund des Rechts zum Mitgebrauch bestehen. Daraus kann sich im konkreten Einzelfall ergeben, dass ein Miteigentümer zwar zu unterlassen hat, die dem anderen zugeordneten Sondernutzungsflächen in bestimmter Weise mitzubeneutzen, andererseits aber eine teilweise Mitbenutzung insoweit verlangen kann, als er sonst keinen ausreichenden Zugang zu einem gewerblich genutzten Sondereigentum hätte.

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 2. 7. 2003 – 20 W 154/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten zu 1) und 2) bilden die Eigentümergemeinschaft. Die Beteiligte zu 3) begründete als ursprüngliche Alleineigentümerin durch die Teilungserklärung vom 3. 8. 1999 mit einem Nachtrag vom 31. 8. 1999 Wohnungs- und Teileigentum an dem Grundstück. Durch Kaufvertrag vom 3. 8. 1999 erwarb der Antragsteller die Teil- und Wohnungseigentumseinheit Nr. 1, zu der eine Tankstelle mit Waschanlage gehört. Dem Miteigentumsanteil des Antragstellers sind laut Teilungserklärung das alleinige Sondernutzungsrecht an den im Freiflächenplan rot umrandeten und schraffierten Grundstücksflächen zugeordnet. Der Antragsgegner erwarb im Frühjahr 2000 die Einheit Nr. 2, zu der laut Teilungserklärung auch ein Kfz-Werkstatttraum gehört und der das alleinige Sondernutzungsrecht an den im Freiflächenplan grün eingezeichneten Flächen umfasst.

Die Beteiligten zu 1) und 2) streiten um die Mitbenutzung der dem Sondernutzungsrecht des Antragstellers unterfallenden Freiflächen durch den Antragsgegner. Sie haben der Beteiligte zu 3) als Verkäuferin der Miteigentumsanteile den Streit verkündet. Diese hat mit Schriftsatz vom 7. 9. 2001 vor dem Amtsgericht ihren Beitritt erklärt und sich am landgerichtlichen Verfahren beteiligt, ohne ihm beizutreten.

Auf Antrag des Beteiligten zu 1) hat das Amtsgericht Groß-Gerau mit Beschluss vom 12. 11. 2001 den Antragsgegner ver-

pflichtet, das Abstellen von eigenen und Kundenfahrzeugen auf den Sondernutzungsflächen des Antragstellers zu unterlassen sowie diese Flächen für An- und Abfahrt zu benutzen. Den Gegenantrag des Beteiligten zu 2) hat es zurückgewiesen. Dieser war auf die Gestattung der Nutzung der dem Antragsteller zugewiesenen Sondernutzungsflächen im Bereich zwischen Straße und Werkstatt durch den Antragsgegner zur variablen Zu- und Abfahrt gerichtet bei Vermeidung jeglicher Störung des Geschäftsbetriebs des Antragstellers.

Das Landgericht Darmstadt hat nach Inaugenscheinnahme der Örtlichkeit und Vornahme von Fahrproben auf die Beschwerde des Antragsgegners den amtsgerichtlichen Beschluss abgeändert und dem Gegenantrag insoweit stattgegeben, dass dem Antragsgegner gestattet worden ist, dass Kunden, Besucher oder in seiner Werkstatt bearbeitete oder zu bearbeitende Fahrzeuge auf einer bestimmten Fläche zwischen Straße und Werkstatthalle, die auch dem Antragsteller zugewiesene Sondernutzungsflächen umfasst, zum Zweck der Zu- und Abfahrt bei Meidung jeglicher Störung des Geschäftsbetriebs des Antragstellers fahren.

Gegen den landgerichtlichen Beschluss haben Antragsteller und Antragsgegner sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Sie sind dem Rechtsmittel der Gegenseite jeweils entgegengetreten.

Der Antragsteller begehrt die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung. Er wiederholt seinen bisherigen Vortrag, dass dem Antragsgegner kein Anspruch auf Mitbenutzung der dem alleinigen Sondernutzungsrecht des Antragstellers unterliegenden Freiflächen zustehe. Entsprechende Zusagen seien nicht gemacht worden. Durch Zusagen seitens der Beteiligten zu 3) bzw. eine Fehlberatung des Urkundsnotars – beides bestreitet der Antragsteller – sei keine entsprechende Verpflichtung des Antragstellers begründet worden. Duldungspflichten des Antragstellers seien durch das dem Eigentum gleiche Recht auf Sondernutzung ausgeschlossen. Der Antragsteller werde auch durch die vom Landgericht gestattete Nutzung in Form der sogenannten Winkellösung beeinträchtigt.

Der Antragsgegner verfolgt seinen Gegenantrag weiter und wiederholt seinen Vortrag und die Beweisantritte zu angeblichen Zusagen des Antragstellers hinsichtlich uneingeschränkter Zu- und Abfahrt über das Tankstellengelände zur Werkstatt. Auf diese Zusagen habe sich die Verkäuferin verlassen und sie an den Antragsgegner weitergegeben. Er behauptet, auch die vom Landgericht vorgesehene „Winkellösung“ bedeute eine einschneidende Einschränkung des Reparaturbetriebes, die eine wirtschaftliche Rentabilität ausschließe.

**Aus den Gründen:** Die form- und fristgerecht eingelegten (§ 45 Abs. 1 WEG, §§ 21, 22 Abs. 1, 29 FGG) sofortigen weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 2) sind zulässig, in der Sache aber erfolglos, denn die landgerichtliche Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 45 WEG, 27 FGG, 546 ZPO).

Gegenstand der weiteren Beschwerde des Antragstellers ist die Gestattung der Mitbenutzung von Teilen der Freifläche, an denen dem Antragsteller ein Sondernutzungsrecht zusteht, im Umfang der vom Landgericht vorgesehenen „Winkellösung“ zur Zu- und Abfahrt zu der im Sondereigentum des Antragsgegners stehenden Werkstatthalle.

Nach den Feststellungen des Landgerichts, das die Grundakten beigezogen hatte, sind die jeweiligen Sondernutzungsrechte entsprechend dem Lageplan, der als Anlage zu dem Nachtrag zur Teilungserklärung beigelegt ist, Grundbuchinhalt geworden. Durch ein Sondernutzungsrecht kann das jedem Miteigentümer nach § 13 Abs. 2 WEG zustehende Recht auf Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums oder Tei-

len davon dahin eingeschränkt werden, dass einem Miteigentümer in einer besonderen Art und Weise das Recht zum ausschließlichen Gebrauch unter Ausschluss des Mitbenutzungsrechts der anderen Miteigentümer eingeräumt wird. Auch wenn der Inhaber eines Sondernutzungsrechts grundsätzlich befugt ist, die anderen Miteigentümer vom Mitgebrauch auszuschließen, entspricht es jedoch ganz einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, dass Sondernutzungsrechte immanenten Schranken unterliegen, die für das Gemeinschaftseigentum aus anderen Gründen, insbesondere auf Grund des Rechts zum Mitgebrauch, bestehen. Die für jedes Eigentum geltenden, letztlich auf der Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG beruhenden Schranken gelten innerhalb des in besonderer Weise von gegenseitigen Rücksichtnahme- und Treuepflichten geprägten Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümergeinschaft noch verstärkt (OLG Stuttgart WM 2001, 293; BayObLG DWE 1995, 28 [= WM 1996, 642]; KG ZMR 1990, 151 [= WM 1990, 125]; Bärmann/Pick/Merle: WEG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 17; Müller: Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., Rdnr. 80, 81; Niefenführ/Schulze: WEG, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 8; Staudinger/Kreuzer: WEG, 12. Aufl., § 15 Rdnr. 77). Weil diese Schranken auf dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer beruhen, sind sie unabhängig von einer Verlautbarung im Grundbuch (OLG Stuttgart a. a. O., Seite 294), aber auch von individuellen Zusagen, deren Abgabe der Antragsteller bestreitet.

Es ist deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht grundsätzlich von einer Einschränkung des Sondernutzungsrechtes des Antragstellers ausgegangen ist, auch der vom Landgericht tenorierte Umfang der Duldungspflicht des Antragstellers begegnet keinen Bedenken. Die Inaugenscheinnahme der Örtlichkeit durch den Kammervorsitzenden und die vorgenommenen Fahrversuche belegen als Tatsachenfeststellung für den Senat bindend, dass es allein unter Nutzung der dem Antragsgegner zugewiesenen Sondernutzungsfläche nicht möglich ist, in die Werkstatthalle zu gelangen, und der Antragsgegner in dem festgestellten Umfang auf die Mitbenutzung der Sondernutzungsfläche des Antragstellers angewiesen ist, um sein Sondereigentum bestimmungsgemäß und wirtschaftlich zu nutzen. Unabhängig von dem tatsächlichen Zustand der Werkstatthalle und den vom Antragsteller vorgetragenen Nutzungsabsichten der Beteiligten zu 3) im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen ist in der auch den Antragsteller bindenden Teilungserklärung bei der Beschreibung des Miteigentumsanteils Nr. 2 u. a. von „1 KFZ-Werkstatt-Raum“ die Rede. Aus der Zweckbestimmung in der Bezeichnung der Räume laut Teilungserklärung können sich schon Gebote einer bestimmten Nutzungsart des Sondereigentums im Sinn von § 15 Abs. 1 WEG ergeben (Palandt/Bassenge: WEG, 62. Aufl., § 15 Rdnr. 12; Niefenführ/Schulze, a. a. O., § 15 Rdnr. 5). Es war daher von vornherein für den Antragsteller ersichtlich, dass die vereinbarungsgemäße Nutzung der Werkstatthalle für einen Kfz-Reparatur-Betrieb vorgesehen war, also auch die Nutzung der Freifläche vor der Halle bis zur Straße für eine Zu- und Abfahrt sowohl von Fahrzeugen des Miteigentümers, als auch von Besuchern und Kunden erforderlich würde. Für einen langjährigen Tankstellenspächter wie den Antragsteller dürfte auch von vornherein erkennbar gewesen sein, dass die rechtwinklige Zufahrt entsprechend der dem Miteigentumsanteil Nr. 2 zugeordneten Sondernutzung unzureichend war. Andererseits fehlt ein konkreter Vortrag des Antragstellers und es sind auch sonst keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, worin auch bei der in der angefochtenen Entscheidung tenorierten Winkellösung seine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung bestünde. Durch Zu- und Abfahrten in diesem Bereich wird der engere Tankstellenbereich, insbesondere die Benutzung der Zapfsäulen und der Servicestation nur gering tangiert, wie durch die erstinstanzlich und die mit dem Schriftsatz vom 30. 6. 2003 vom Antragstel-

ler selbst vorgelegten Lichtbildern belegt wird. Die vom Landgericht vorgenommene Abwägung der Rechte und Interessen ist daher im Hinblick auf die Rechte des Antragstellers nicht zu beanstanden.

Dies gilt auch, soweit der Antragsgegner mit seiner weiteren Beschwerde über die ihm zugesprochene Mitbenutzung in Form der „Winkellösung“ hinaus die Gestattung einer variablen Zu- und Abfahrt im Bereich zwischen Straße und Werkstatt begehrt. Die dafür vorgetragene Begründung, auch die ihm in der angefochtenen Entscheidung zugestandene Form der Mitbenutzung führe zu einer einschneidenden Einschränkung des Reparaturbetriebes, die eine wirtschaftliche Rentabilität ausschließe, ist so wenig substantiiert, dass sie auch unter Berücksichtigung des Amtsermittlungsprinzips nicht Grundlage eigener Aufklärung durch das Gericht sein kann. In echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu denen Wohnungseigentumssachen gehören, ist die Ermittlungspflicht des Gerichts durch die Darlegungs- und Förderungslast der Beteiligten begrenzt (Palandt/Bassenge, a. a. O., § 43 Rdnr. 16; Niedenführ/Schulze, a. a. O., vor §§ 43 ff. Rdnr. 145). Darüber hinaus wäre im Rechtsbeschwerdeverfahren neuer Sachvortrag grundsätzlich unbeachtlich. Schließlich ist auch abstrakt nicht nachvollziehbar, dass jemand die Beauftragung einer Kraftfahrzeugwerkstatt entscheidend von der Art und Weise der Zufahrt und nicht von der Qualität der Arbeit und dem Preis-Leistungsverhältnis abhängig machen sollte.

Wie oben im Rahmen der weiteren Beschwerde des Antragstellers bereits ausgeführt, gelten für die Beteiligten zu 1) und 2) besondere Rücksichtnahme- und Treuepflichten aus dem Wohnungs- bzw. Teileigentumsverhältnis. Diese wirken sich auch insoweit aus, als auch der Antragsgegner bei der ihm zugestandenen Mitbenutzung darauf verwiesen werden kann, sich zunächst auf der Grundlage eigener Rechtspositionen um eine wirtschaftliche Lösung seines Zugangsproblems zu bemühen, bevor er eine Mitbenutzung des dem Antragsteller zustehenden Sondernutzungsrechtes über den unbedingt erforderlichen Umfang hinaus verlangt. Dies bedeutet, dass er sich schon bei Verpachtung des von ihm erworbenen Grundstücks Flurstück Nr. 58/2, das sich laut Flurkarte direkt an die nördliche Grundstücksgrenze der Liegenschaft und damit dem streitgegenständlichen Zufahrtsbereich anschließt, eine eigene Nutzung hätte vorbehalten können und müssen, bzw. diese jetzt noch vorrangig verfolgen muss.

Zu Recht ist das Landgericht auch nicht dem Vortrag und den Beweisangeboten des Antragsgegners zu den von ihm behaupteten Zusagen einer uneingeschränkten Mitbenutzung des Tankstellengeländes nachgegangen, denn diese spielen für das hier zu beurteilende Rechtsverhältnis der Beteiligten zu 1) und 2) keine Rolle. Dass der Antragsteller ihm gegenüber

derartige Zusagen gemacht habe, hat der Antragsgegner selbst nicht behauptet. Wenn der Antragsteller gegenüber der Beteiligten zu 3) Zusagen gemacht haben sollte, was er bestreitet, so haben diese jedenfalls keinen Niederschlag in der Teilungserklärung gefunden, die die Grundlage der Rechtsbeziehungen der Beteiligten zu 1) und 2) ist. Wenn ein uneingeschränktes Mitbenutzungsrecht des Teileigentümers Nr. 2 an allen Freiflächen gewollt gewesen wäre, hätte dies einfach dadurch erreicht werden können, dass keine Sondernutzungsrechte am Gemeinschaftseigentum begründet wurden. Mit der Abgeschlossenheitsbescheinigung, auf die die Behauptung des Antragsgegners offenbar zielt, die Sondernutzungsrechte seien nur „pro forma“ begründet worden, hat dies nichts zu tun, denn dabei geht es um die Abgrenzung des dinglichen Herrschaftsbereichs des Sondereigentümers über Räume gegenüber dem Gemeinschaftseigentum (Niedenführ/Schulze, a. a. O., § 58 Rdnr. 3). Auf die behaupteten Zusagen der Beteiligten zu 3) kann der Antragsgegner allenfalls ihr gegenüber Schadensersatzansprüche stützen, im Verhältnis zum Antragsteller sind sie nicht rechtserheblich.

Da über die weiteren Beschwerden bereits in der Hauptsache entschieden werden konnte, ist der beantragte Erlass einer einstweiligen Anordnung für die Dauer des Verfahrens nicht mehr erforderlich.

### § 16 WEG

#### **ehemaliger Kinosaal in der Wohnanlage; Änderung des Kostenverteilungsschlüssels**

**Ein Anspruch auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssels wegen grober Unbilligkeit ist nicht gegeben, wenn die Kostenverteilung von dem teilenden Eigentümer in der Teilungserklärung geregelt worden ist und er wegen der Verzögerung eines von ihm geplanten weiteren Ausbaues von Wohnungs- oder Teileigentum keine Sonderregelung getroffen hat. Die Erwerber der anderen Wohnungen dürfen sich auf die nach der Teilungserklärung vorgesehene Kostenregelung verlassen.**

(KG, Beschluss vom 1. 9. 2003 – 24 W 285/02)

Mitgeteilt von Frau RiLG C. Dobrikat-Klotz, Berlin

**Hinw. d. Red.:** Die vollständige (redigierte) Entscheidung steht für unsere Leser kostenfrei bereit unter

[www.GuT.prewest.de/GuT1301](http://www.GuT.prewest.de/GuT1301)

### §§ 21, 45 WEG; § 20 FGG

#### **(Rechts)Beschwerdebefugnis der Wohnungseigentümer auf Antragsgegnerseite; Eigentümerbeschluss über die Entlastung des Verwalters**

**Die Wohnungseigentümer, die der Anfechtung eines Eigentümerbeschlusses im Verfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG entgegnetreten, sind hinsichtlich einer gerichtlichen Entscheidung, mit der der Eigentümerbeschluss für ungültig erklärt worden ist, auch dann zur Beschwerde bzw. Rechtsbeschwerde befugt, wenn sie durch die gerichtliche Entscheidung keine persönlichen Nachteile erleiden.**

**Ein Eigentümerbeschluss, mit dem einem Verwalter Entlastung erteilt wird, steht nicht grundsätzlich im Widerspruch zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung, sondern erst dann, wenn Ansprüche gegen den Verwalter erkennbar in Betracht kommen und nicht aus besonderen Gründen Anlaß besteht, auf die hiernach möglichen Ansprüche zu verzichten.**

(BGH, Beschluss vom 17. 7. 2003 – V ZB 11/03)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung ist vollständig veröffentlicht in WM 2003, 650.

*Dokumentation, Analyse,  
Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

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

**§§ 5, 10, 15 WEG; § 1004 BGB – Vermietung der Teileigentumsräume an einen Verein als Begegnungsstätte**

Ist Sondereigentum in der ursprünglichen Teilungserklärung als „Räume“ bezeichnet, in denen nach der Gemeinschaftsordnung die Ausübung eines freien Berufes oder Gewerbes von der Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht wird, die nur unter eingeschränkten Voraussetzungen verweigert werden darf, und werden die Räume dann in einem Nachtrag zur Teilungserklärung als „Ausstellungs- und Verkaufsräume“ bezeichnet, so wird durch diese Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter auch die in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Gebrauchsregelung insoweit abgeändert.

(BayObLG, Beschluss vom 3. 4. 2003 – 2Z BR 11/03)

**§§ 12, 24, 26 WEG; § 29 GBO – Zustimmungspflichtige Veräußerung des Wohnungseigentums; Nachweis der Verwaltereigenschaft**

Erklärt der Verwalter die nach der Teilungserklärung erforderliche Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums zwar rechtzeitig, jedoch ohne den Nachweis seiner Verwaltereigenschaft in grundbuchmäßiger Form zu erbringen, so ist er dem Veräußerer zum Schadensersatz (hier: Zinsschaden) aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung (nunmehr: Pflichtverletzung) verpflichtet.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. 8. 2003 – 3 Wx 176/03)

**Hinw. d. Red.:** Auszugsweise Veröffentlichung in WM 2003, 644.

**§§ 16, 21 WEG; § 80 InsO – Zurückhaltung der Eigentümergemeinschaft in der Beurteilung schwieriger Rechtsfragen; Freigabe durch Insolvenzverwalter; Wohngeldverfahren; Änderung des Passivrubrum**

Der Streit des Wohnungseigentümers mit dem Insolvenzverwalter (früher: Konkursverwalter) um die Wirksamkeit ei-

ner Freigabe seiner Wohnungen aus der Insolvenzmasse und die wirtschaftlichen Folgen je nach dem Zeitpunkt der wirklichen Freigabe hat der Wohnungseigentümer mit dem Insolvenzverwalter auszutragen, nicht aber mit der Eigentümergemeinschaft. Es widerspricht deshalb nicht Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die Eigentümermehrheit eine Weisung an den WEG-Verwalter ablehnt, ein gerichtliches Wohngeldverfahren nicht mehr gegen den Wohnungseigentümer, sondern wegen nichtiger Freigabe gegen den Insolvenzverwalter zu führen.

(KG, Beschluss vom 20. 8. 2003 – 24 W 142/02)

**§ 25 WEG; § 741 BGB – einheitliche Stimmrechtsausübung; Vollmachtsnachweis**

Steht ein Wohnungseigentum mehreren Bruchteilseigentümern gemeinschaftlich zu und gibt nur einer der Mitberechtigten in der Wohnungseigentümerversammlung seine Stimme ab, so ist diese Stimmabgabe ungültig, wenn an der Ermächtigung durch den/die übrigen Mitberechtigten Zweifel bestehen und eine Vollmacht nicht vorgelegt wird.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. 7. 2003 – 3 Wx 119/03)

**§§ 47, 48 InsO – Insolvenz des Wohnungsverwalters; Mietzahlungen auf das Konto des Verwalters; Aussonderungsrecht des Vermieters**

Erteilt der Wohnungseigentümer als Vermieter dem Verwalter den Auftrag, auf einem von ihm einzurichtenden Konto die von den Mietern geschuldeten Zahlungen einzuziehen, und verwendet der Verwalter dieses Konto zugleich zur Abwicklung eigener Zahlungsvorgänge, so steht dem Vermieter in der Insolvenz des Verwalters an den vor Insolvenzeröffnung auf dem Konto eingegangenen Mietzahlungen weder ein Aussonderungs- noch ein Ersatzaussonderungsrecht zu.

(BGH, Urteil vom 24. 6. 2003 – IX ZR 120/02)

**KL-Mitteleiter:** RiBayObLG Demharter, München; RiOLG Dr. Schütz, Hünxe; VRiKG Dr. Briesemeister, Berlin; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

**Besteuerung**

**Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Steuerabzug vom Arbeitslohn 2002 (Lohnsteuer-Änderungsrichtlinien 2004 – LStÄR 2004) vom 8. Oktober 2003**

– BStBl I S. 455 –

**Hinw. d. Red.:** Bei der Redaktion GuT kann bis zum 19. 12. 2003 eine kostenfreie Fax-Zusendung bestellt werden.

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

**§§ 8, 12, 19, 42 d; § 2 LStDV – Betriebsfeier; Geburtstag eines Arbeitnehmers; Lohnsteuer**

Lädt ein Arbeitgeber anlässlich eines Geburtstags eines Arbeitnehmers Geschäftsfreunde, Repräsentanten des öffentlichen Lebens, Vertreter von Verbänden und Berufsorganisationen sowie Mitarbeiter zu einem Empfang ein, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob es sich um ein Fest des Arbeitgebers (betriebli-

che Veranstaltung) oder um ein privates Fest des Arbeitnehmers handelt.

(BFH, Urteil vom 28. 2. 2003 – VI R 48/99)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG (EFG 1999, 552)

– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 724 –

**Art. 13 Teil B Buchstabe b der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG RL – Mehrwertsteuerrichtlinie; Vermietung und Verpachtung von Grundstücken; Eingehen einer Mietsverpflichtung**

1. Eine Person, die ursprünglich kein Recht an einem Grundstück hat, aber gegen Zahlung eines Geldbetrages seitens des Vermieters einen Mietvertrag über dieses Grundstück mit dem Vermieter abschließt und/oder ein Mietangebot des Vermieters annimmt, erbringt keine Dienstleistung im Sinne des Artikels 13 Teil B Buchstabe b der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage.

2. Eine Person, die ursprünglich kein Recht an einem Grundstück hat, aber in einer Optionsvereinbarung derart, wie sie dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, gegen Zahlung eines Betrages seitens des Vermieters, der als Sicherheit für die Verpflichtungen aus der Optionsvereinbarung in einem Sonderkonto verbleibt, eine Option auf die Anmietung dieses Grundstücks übernimmt, und die später diese Option gemäß der Optionsvereinbarung ausübt und das Mietangebot für das Grundstück gegen die Freigabe des Geldes im Sonderkonto annimmt, erbringt zu keiner Zeit eine Dienstleistung im Sinne des Artikels 13 Teil B Buchstabe b der Sechsten Richtlinie 77/388.

(EuGH, 6. Kammer, Urteil vom 9.10.2001 – C-409/98)

**Hinw. d. Red.:** Die elektronische Fassung der Texte des Gerichtshofes ist im Internet kostenlos zur Information der Öffentlichkeit verfügbar. An dieser Fassung sind noch Änderungen möglich. Die allein verbindliche und bei Abweichungen von der elektronischen Fassung ausschlaggebende endgültige Fassung dieser Texte wird in der „Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz“ veröffentlicht.

### § 9 EStG; § 255 HGB – Stellplatz-Ablösung nach Nutzungsänderung im Gebäude; früheres Ladengeschäft als Gaststätte; Werbungskosten % Herstellungskosten

Aufwendungen für die Ablösung der Verpflichtung zur Herstellung von Stellplätzen wegen (Nutzungs-)Änderung des Gebäudes (§ 39 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 5 LBO BW a. F. = § 37 Abs. 2 LBO BW n. F.) zählen zu den Herstellungskosten, wenn die zur Änderung führende Baumaßnahme als Herstellung i. S. von § 255 Abs. 2 HGB anzusehen ist (Ergänzung zum BFH-Urteil vom 8. März 1984 IX R 45/80, BFHE 141, 237, BStBl II 1984, 702).

(BFH, Urteil vom 6. 5. 2003 – IX R 51/00)

Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg  
– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 710 –

**Anm. d. Red.:** Aus II. 2. c) der Gründe:

»c) Entsteht die Verpflichtung zur Herstellung von Stellplätzen aber nicht wegen der Errichtung einer baulichen Anlage, sondern wegen deren *Änderung oder Nutzungsänderung*, so zählen Aufwendungen zu deren Ablösung nicht in jedem Fall zu den Herstellungskosten. Denn diese Aufwendungen fallen schon dann an, wenn sich lediglich die Nutzung des Ge-

bäudes ändert und dadurch ein zusätzlicher Bedarf an Stellplätzen ausgelöst wird (vgl. § 39 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 5 der für das Streitjahr maßgebenden Landesbauordnung für Baden-Württemberg (LBO) vom 28. November 1983 (Gesetzblatt – GBl – 1983, 770; entspricht § 37 Abs. 2 LBO vom 8. August 1995 (GBl 1995, 617)). Deshalb besteht ein Zusammenhang mit der Herstellung nur dann, wenn die zur Änderung oder Nutzungsänderung der baulichen Anlage führende Baumaßnahme als Herstellung i. S. von § 255 Abs. 2 HGB anzusehen ist (vgl. BFH-Urteil vom 2. Oktober 1984 IX R 94/82, **nicht veröffentlicht** (Hervorhebung d. Red.), juris-Dokument StRE845075760).«

### § 14b BerlinFG 1987 – Geschlossener Immobilienfonds; Berlinförderung; Modernisierungsmaßnahme; erhöhte Absetzungen; gewerblich genutzter Gebäudeteil

1. Erhöhte Absetzungen nach § 14b Abs. 1 BerlinFG 1987 für eine einzelne Modernisierungsmaßnahme i. S. des § 14b Abs. 3 BerlinFG 1987, die Teil einer einheitlichen, mehrere Modernisierungsmaßnahmen umfassenden Baumaßnahme ist, sind nicht erst nach Beendigung aller geplanten Arbeiten, sondern bereits nach Fertigstellung der einzelnen, sachlich abgrenzbaren Modernisierungsmaßnahme zu berücksichtigen.

2. Erhöhte Absetzungen nach § 14b Abs. 1 BerlinFG 1987 können auch insoweit geltend gemacht werden, als sie anteilig auf den gewerblich genutzten Teil eines mindestens für die Dauer von drei Jahren nach Beendigung der Modernisierungsarbeiten zu mehr als 66 2/3 v. H. Wohnzwecken dienenden Gebäudes entfallen.

(BFH, Urteil vom 25. 6. 2002 – IX R 10/98)

Vorinstanz: FG Berlin (EFG 1998, 715)

– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 690 –

### §§ 48, 48a, 48b EStG; § 114 FGO; §§ 81, 91, 129 InsO – Bauabzugsteuer; Insolvenz des Bauunternehmers; Steuergläubiger als Insolvenzgläubiger; Freistellungsbescheinigung

1. Wird Bauabzugsteuer an das FA abgeführt, nachdem über das Vermögen des leistenden Bauunternehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, so kann das FA den abgeführten Betrag nicht außerhalb des Insolvenzverfahrens vereinnahmen. Vielmehr steht dem Steuergläubiger auch in diesem Fall für seinen Steueranspruch gegenüber dem Bauunternehmer nur die nach Insolvenzrecht zu ermittelnde Verteilungsquote zu.

2. Ist über das Vermögen eines Bauunternehmers das Insolvenzverfahren eröffnet worden, so darf dem Insolvenzverwalter eine Freistellungsbescheinigung gemäß § 48b EStG regelmäßig nicht versagt werden.

3. Eine Regelungsanordnung i. S. des § 114 Abs. 1 Satz 2 FGO kann erlassen werden, wenn zwar nicht die Existenz des Antragstellers von der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abhängt, aber die Rechtslage klar und eindeutig für die begehrte Regelung spricht und eine abweichende Beurteilung in einem etwa durchzuführenden Hauptverfahren zweifelsfrei auszuschließen ist. In diesem Fall steht auch der Gesichtspunkt einer Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache dem Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht entgegen.

(BFH, Beschluss vom 13.11.2003 – I B 147/02)

Vorinstanz: FG Berlin (EFG 2002, 1066)

– Veröffentlichung in BStBl II 2003, 716 –

**Hinw. d. Red.:** Zu diesem BFH-Beschluss siehe BMF-Schreiben vom 4. 9. 2003 (IV A 5 – S 2272 b – 20/03), BStBl I 2003, 431. – Möglichkeit der Anforderung bei der Redaktion GuT zur kostenfreien Fax-Zusendung bis 19.12.2003.

Die

## GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

für Ihren **Buchbinder**

Möglich ist eine **Vorbestellung bis 19. Dezember 2003**

(**Subskriptionspreis** 8,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

**Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte**

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

Vorbestellungen / Bestellungen an

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

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

**Politik und Recht**

**11. Bekanntmachung der für den Vollzug des Arzneimittelgesetzes zuständigen Behörden, Stellen und Sachverständigen. Vom 18. August 2003.** Beilage Nr. 183a zum Bundesanzeiger vom 30. 9. 2003. 72 Seiten DIN A4, 13,20 €.

**Bekanntmachung der Verordnung über die Berufsausbildung zum Investmentfondskaufmann/zur Investmentfondskauffrau nebst Rahmenlehrplan. Vom 12. Juni 2003.** Beilage Nr. 184a zum Bundesanzeiger vom 1.10. 2003. 24 Seiten DIN A4, 9,70 €.

**Bekanntmachung der Neufassung der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) – Fassung 2003 – . Vom 5. August 2003.** Beilage Nr. 178a zum Bundesanzeiger vom 23. 9. 2003. 8 Seiten DIN A4, 9,70 €.

**Bundeskartellamt: Bekanntmachung Nr. 124/2003 vom 4. 8. 2003 zur Anwendung des § 20 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (Angebot unter Einstandspreis)**

Diese Bekanntmachung tritt an die Stelle der Bekanntmachung Nr. 147/2000 vom 12. Oktober 2000 (BAnz. S. 20 897).

Quelle und Abdruck der Bekanntmachung in BAnz. Nr. 152 v. 16. 8. 2003 S.18674.

**Bundeskartellamt: Bekanntmachung Nr. 109/2003 vom 8. 7. 2003 über die Neufassung der Empfehlung „Mietvertrag für Baugeräte“**

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., Berlin, und der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V., Berlin haben am 4. Juli 2003 gemeinsam die Neufassung der Empfehlung „Mietvertrag für Baugeräte“ Fassung 07/2003 nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beim Bundeskartellamt angemeldet.

Quelle und Abdruck des empfohlenen Musters in BAnz. Nr. 131 v. 18. 7. 2003 S.15718 ff.

**Bundeskartellamt: Bekanntmachung Nr.10/2003 vom 27.1. 2003 über die Neufassung der Empfehlung „Vertragsbedingungen für den Güterkraftverkehrs-, Speditions- und Logistikunternehmer (VBGL)“**

Der Bundesverband Güterkraftverkehr Logistik und Entsorgung (BGL) e.V., Frankfurt/Main, hat am 20. Januar 2003 die Neufassung der Empfehlung „Vertragsbedingungen für den Güterkraftverkehrs-, Speditions- und Logistikunternehmer (VBGL)“ nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beim Bundeskartellamt angemeldet.

Quelle und Abdruck der empfohlenen AGB in BAnz. Nr. 25 v. 6. 2. 2003 S. 2133 ff.

**Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit  
Richtlinie zur Förderung von Forschung und Entwicklung (FuE) bei Wachstumsträgern in benachteiligten Regionen INNOVATIVE-WACHSTUMSTRÄGER/  
INNO-WATT. Vom 15. August 2003.** BAnz. v. 4. 9. 2003, S. 20133.

Ziel des Förderprogramms ist es, kleine und mittlere Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft und externe Industrieforschungseinrichtungen in benachteiligten Regionen (Land Berlin und neue Bundesländer) bei der Entwicklung neuer Erzeugnisse und Verfahren zu unterstützen. Dadurch sollen diese ihre Innovationskraft stärken, durch Vermarktung der FuE-Ergebnisse ihre Wettbewerbsfähigkeit erhöhen und so zu Wachstumsträgern ihrer Region werden.

**Meister-BAföG kommt gut an:  
KfW vergibt 200 000stes Darlehen und erreicht  
Kreditvolumen von über 1 Mrd EUR**

Seit Start des „Meister-BAföG“ im Jahr 1996 hat die KfW Bankengruppe über 200 000 Darlehen im Volumen von 1091 Mio. EUR vergeben. Auch die Konditionen des KfW-Darlehens konnten seit Anfang des Jahres weiter verbessert werden. Deutlich gestiegene Antragszahlen bestätigen die Attraktivität des Kreditprogramms: Seit 1.1. 2002 hat die KfW gut 65 000 Darlehen im Volumen von 332 Mio. EUR vergeben.

Die Förderung besteht aus einem KfW-Darlehensanteil und einem rückzahlungsfreien Zuschussanteil. Der Darlehensanteil wird sehr niedrig verzinst und deckt 65 Prozent der Maßnahmekosten, die Prüfungsgebühren, die Kosten des Meisterstücks sowie weitere Lebensunterhaltungskosten (– die restlichen 35 Prozent werden als Zuschuss durch das jeweilige Bundesland gewährt). Für maximal sechs Jahre ab Beginn der Fortbildung werden die Zinsen für das Darlehen von Bund und Bundesland des Antragstellers übernommen.

Macht sich der „Meisterschüler“ selbständig, können bis zu 75 Prozent des Darlehens erlassen werden, vorausgesetzt der frischgebackene Meister schafft Arbeitsplätze.

Mit dem seit 1996 bestehenden Fortbildungsförderungsgesetz (AFBG), im Volksmund auch Meister-BAföG genannt, wurde ein Rechtsanspruch auf Förderung der Aufstiegsfortbildung, vornehmlich bei Meisterkursen, eingeführt.

Anspruch auf Leistungen haben Handwerker, Techniker und andere Fachkräfte, die einen rechtlich geregelten Abschluss anstreben, der über dem Niveau einer beruflichen Erstausbildung steht. Die Anträge auf Förderung werden bei den zuständigen Landesbehörden gestellt. Dies sind in der Regel die kommunalen Ämter für Ausbildungsförderung.

Quelle: KfW Bankengruppe Presseerklärung v. 8.10. 2003

**BVerfG-Pressemitteilung Nr. 70/2003 vom 4. 9. 2003  
Werbung von Zahnärzten im Internet**

Die Verfassungsbeschwerde (Vb) zweier Zahnärzte, die sich gegen ihre berufsgerichtliche Verurteilung zu einer Geldbuße wegen unzulässiger Werbung im Internet und in den „Gelben Seiten“ wehrten, war erfolgreich. Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 26. 8. 2003 – 1 BvR 1003/02) hob das Urteil des Landesberufsgerichts für Zahnärzte in Stuttgart auf, weil es die Beschwerdeführer (Bf) in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verletzt. Das Verfahren wurde an das Landesberufsgericht für Zahnärzte zurückverwiesen.

Zum Sachverhalt: Die Bf und ein weiterer Zahnarzt betreiben eine Gemeinschaftspraxis. In einer vom Bf zu 2 erstellten Internetpräsentation der Praxis wurden die in der Praxis tätigen Zahnärzte in bunten Lichtbildern nebst Angaben u. a. zu ihrem Ausbildungsgang, den Schwerpunkten ihrer zahnärztlichen Betätigung in der Gemeinschaftspraxis und ihren Hobbies wiedergegeben. Die Homepage, die den Hinweis enthielt, man könne in der Praxis den regionalen Dialekt sprechen, stellte weiter die übrigen Mitarbeiter der Gemeinschaftspraxis vor und beschrieb verschiedene zahnärztliche Behandlungen. Schließlich wurden auch die Behandlungszimmer sowie die Ausstattung dieser Räumlichkeiten unter Verweis auf einzelne Geräte, zum Teil unter Angabe des Herstellers, dargestellt. Der Bf zu 2 veranlasste ferner einen Eintrag der Gemeinschaftspraxis im Telefonbuch „Gelbe Seiten“ 2000/2001 unter der Rubrik „Zahnärzte: Implantologie“, was die Bf zu 1 duldete. Das Bezirksberufsgericht für Zahnärzte

verurteilte die Bf wegen berufsunwürdigen Verhaltens zu unterschiedlich hohen Geldbußen. Ihre Berufungen vor dem Landesberufsgericht blieben erfolglos. Mit der Vb rügen die Bf die Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Aus den Gründen der Entscheidung geht hervor: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dem Arzt lediglich die berufswidrige Werbung verboten. Interessengerechte und sachangemessene Information, die keinen Irrtum erregt, ist im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr zulässig. Die vom Landesberufsgericht herangezogenen Rechtsgrundlagen begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, sie sind jedenfalls verfassungskonformer Auslegung zugänglich. Im Einzelnen führt die Kammer dazu aus:

Die Berufsordnung der Landeszahnärztekammer Baden-Württemberg untersagt dem Zahnarzt jede berufswidrige Werbung und Anpreisung. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die – durch Enumeration von erlaubten Angaben engere Grenzen ziehende – Regelung der Berufsordnung zur Internetwerbung ist verfassungskonform dahin auszulegen, dass auch insoweit nur die berufswidrige Werbung im Internet unzulässig ist. Die Wahl des Mediums Internet rechtfertigt nicht, die Grenzen enger zu ziehen, zumal sich Internetwerbung als passive Darstellungsplattform nicht unaufgefordert potenziellen Patienten aufdrängt. Die berufsrechtliche Bestimmung, die dem Zahnarzt verbietet, seine zahnärztliche Berufsbezeichnung für gewerbliche Zwecke zu verwenden oder ihre Verwendung für gewerbliche Zwecke zu gestatten, und eine Werbung für berufsfremde Tätigkeiten oder Produkte in den Praxisräumen für unzulässig erklärt, ist mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Sie dient einem beachtlichen Gemeinwohlbelang. Der Patient soll darauf vertrauen können, dass der Arzt sich nicht von kommerziellen Interessen leiten lässt. Die weitere Regelung der Berufsordnung, wonach der Zahnarzt nur von der Kammer anerkannte Gebietsbezeichnungen führen darf, ist nur bei entsprechender Auslegung verfassungskonform. Eine Berufsfeldangabe darf lediglich mit Rücksicht auf anzuerkennende Gemeinwohlbelange verboten werden.

Dem so beschriebenen Prüfungsmaßstab des Art. 12 Abs. 1 GG wird die angegriffene Entscheidung nicht in jeder Hinsicht gerecht. Das Landesberufsgericht hat Sinn und Zweck der Angabe der „Implantologie“ im Branchentelefonbuch im konkreten Einzelfall unberücksichtigt gelassen. Der wahrheitsgemäße Hinweis auf dieses Betätigungsfeld bedeutet für den Patienten, der sich einer solchen Behandlung unterziehen will, einen wertvollen Suchhinweis im Telefonbuch, da dieses Verfahren nicht von allen Zahnärzten gleichermaßen beherrscht und praktiziert wird. Auch die Beurteilung der Internetwerbung durch das Landesberufsgericht ist verfassungsrechtlich zu beanstanden. Ein Patient hat ein legitimes Interesse an Informationen über den beruflichen Werdegang und die Praxiserfahrungen von Zahnärzten. Sie sind daher als sachangemessen zu qualifizieren. Auch der Hinweis auf das Beherrschen des einheimischen Dialekts ist bedenkenfrei. Für die vertrauensbildende Verständigung ist der Arzt auf eine gute Kommunikation mit dem Patienten angewiesen. Dies gilt auch für die örtliche Sprechweise. Der Sympathiewerbung mit privaten Hobbies fehlt es zwar am Sachzusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit oder Qualifikation der Zahnärzte. Gemeinwohlbelange, die ein Verbot solcher Angaben im Rahmen der passiven Werbung im Internet rechtfertigen könnten, sind jedoch nicht ersichtlich.

Soweit die angegriffene Entscheidung den Bf einen Verstoß gegen das Fremdwerbverbot anlastet, ist sie verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dieser Verstoß vermag jedoch den Umfang der ausgesprochenen Verurteilung nicht zu tragen.

## **BGH-Pressmitteilung Nr. 97/2003 vom 22. 7. 2003**

### **Zum kreditfinanzierten Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds**

Der Beklagte und Revisionskläger hatte bei der Klägerin, einer Kreissparkasse, ein Darlehen aufgenommen, das der Finanzierung des Anteilserwerbs an einem geschlossenen Immobilienfonds dienen sollte. Nachdem die Fondsgesellschaft ihre Ausschüttungen an den Beklagten eingestellt hatte, kündigte der Beklagte seine Gesellschaftsbeteiligung wegen arglistiger Täuschung fristlos und stellte die Zins- und Tilgungsleistungen an die Klägerin ein. Das Berufungsgericht gab der Klage der Klägerin auf Rückzahlung des Darlehens statt und wies die Widerklage des Beklagten auf Erstattung der bis zur Zahlungseinstellung geleisteten Zahlungen ab. Mit Urteil vom 21. Juli 2003 – II ZR 387/02 – hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die Revision des Beklagten das Urteil des Oberlandesgerichtes aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Nach Auffassung des Senates stellt der kreditfinanzierte Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds ein Verbundgeschäft nach § 9 Abs. 3, Abs. 4 VerbrKrG dar, wenn, wie hier, der Vermittler der Fondsbeteiligung zugleich unter Verwendung von Formularen der Bank die Finanzierung des Anteilserwerbs anbietet. Folge des Verbundgeschäftes ist es, daß die Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung wegen arglistiger Täuschung sowohl dazu berechtigt, die Zahlungen auf das Darlehen einzustellen, als auch in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG dazu, die Rückzahlung der an die Bank bis zur Kündigung geleisteten Zahlungen zu verlangen. Allerdings gilt dies nur insoweit, als die Fondsbeteiligung des Anlegers nicht schon durch Verluste, die von ihm anteilig mitzutragen sind, gemindert ist. Die Bank ist daher gehalten, nach Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung und damit zugleich des Darlehensvertrages das Geschäft abzurechnen. Im Ergebnis kann sie ihr Darlehen von dem Anleger damit nur insoweit zurückfordern, wie die Darlehenssumme das ihr überlassene Abfindungsguthaben des Anlegers übersteigt. Hat der Anleger auf das Darlehen bereits mehr zurückgezahlt als den der Bank danach zustehenden Betrag, so kann der Anleger diesen Mehrbetrag sogar von der Bank zurückfordern.

## **BGH-Pressmitteilung Nr. 107/2003 vom 19. 9. 2003**

### **Streit um Internetangebot in privatem Kabelnetz (Auszug)**

Der u. a. für das Grundstücksrecht zuständige V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hatte sich mit der Klage eines Kabelnetzbetreibers gegen einen Anbieter eines kabelgestützten Hochgeschwindigkeits-Internetzugangs zu befassen (Urteil vom 19. 9. 2003 – V ZR 319/01).

Die Klägerin hat auf Grund eines Vertrages mit dem Grundstückseigentümer in einer Wohnanlage in München ein Kabelnetz angelegt, das den Mietern in dieser Wohnanlage den antennenlosen Empfang von Fernsehprogrammen und anderen digitalen Diensten ermöglicht. Das Programmangebot bezieht die Klägerin aus einem von der Deutschen Telekom AG errichteten Kabelnetz, mit deren Netz sie ihr Kabelnetz verbunden hat. Das Programmangebot in dem von der Deutschen Telekom AG errichteten Netz wiederum wird von Fernsehanstalten und anderen Anbietern in dieses Netz eingespeist. Einer dieser Anbieter ist die Beklagte. Sie bietet ein digitales Fernsehprogramm und einen kabelgestützten Hochgeschwindigkeits-Internetzugang an.

Das Programmangebot der Beklagten wird auf vertraglicher Grundlage in das von der Deutschen Telekom AG errichtete Kabelnetz eingespeist und ist, da die Klägerin keine Filter eingebaut hat, in vollem Umfang auch in deren Netz verfügbar. Das macht sich die Beklagte zunutze, indem sie Kunden der Klägerin gegen den Abschluß eines Nutzungs-

vertrags die zur Nutzung ihres Internetzugangs erforderlichen Modems zur Verfügung stellt. Das will die Klägerin nur hinnehmen, wenn die Beklagte ihr dafür ein Entgelt zahlt. Da die Beklagte hierzu nicht bereit ist, verlangt die Klägerin von ihr sicherzustellen, daß ihr Angebot in ihrem Netz nicht verfügbar ist, hilfsweise, daß sie ihren Kunden nicht ohne ihre Zustimmung den Empfang und die Nutzung dieses Angebots ermöglicht.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt sicherzustellen, daß ihr Programmangebot im Netz der Klägerin nicht verfügbar ist. Dem ist der V. Zivilsenat nicht gefolgt. Er sieht in der Verfügbarkeit des Programmangebots der Beklagten für sich genommen keine Verletzung der Rechte der Klägerin. Denn die Verfügbarkeit beruhe allein darauf, daß die Klägerin selbst ihr Netz uneingeschränkt für das Angebot in dem von der Deutschen Telekom AG errichteten Netz und damit auch für das Angebot der Beklagten geöffnet habe. Entscheidend sei, daß die Beklagte die kostenlose Nutzung dieser technischen Möglichkeit zum Abschluß einträglicher Verträge mit den Kunden der Klägerin nicht ohne deren Zustimmung in Anspruch nehmen dürfe. Eine solche Zustimmung habe die Klägerin nicht schon durch die Einspeisung des Programmangebots in ihr Netz erteilt. Der Senat hat die Beklagte deshalb entsprechend dem Hilfsantrag verurteilt. Damit gelten für Anbieter digitaler Programme und Internetzugänge und Kabelnetzbetreiber klare Spielregeln: Wer fremde Programmangebote in seinem Netz nicht vorhalten will, muß bei deren Verbindung mit anderen Netzen selbst entsprechende Filter vorsehen. Wer aber fremde Netze für die Vermarktung seines Programmangebots nutzen will, muß die Zustimmung der Betreiber dieser Netze einholen, die dafür auch ein Entgelt verlangen dürfen.

#### **BGH-Pressemitteilung Nr.110/2003 vom 26. 9. 2003**

##### **Lärm durch Rockkonzert**

Der u. a. für das Nachbarrecht zuständige V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat über die Zulässigkeit von Lärmimmissionen anlässlich einmal im Jahr stattfindender Volksfeste entschieden (Urteil vom 26. 9. 2003 – V ZR 41/03).

Die Kläger wenden sich gegen Lärm, der von einem alljährlich ausgerichteten Sommerfest eines Sportvereins, und dabei insbesondere von einem Rockkonzert ausgeht.

Die Kläger sind Eigentümer eines in einem allgemeinen Wohngebiet gelegenen Grundstücks. Auf dem Nachbargrundstück, das der beklagten Stadt gehört, befinden sich ein Bolzplatz, eine Sporthalle und ein Fußballfeld. Die Stadt hat das Gelände einem Sportverein für Vereinsaktivitäten (Sportveranstaltungen, Trainingsbetrieb) überlassen. Einmal im Jahr veranstaltet der Sportverein ein Sommerfest, bei dem in einem Abstand von ca. 60 m vom Wohnhaus der Kläger ein Festzelt errichtet wird. Im Festzelt finden Musikveranstaltungen statt, darunter am Freitagabend ein Rockkonzert, welches bis weit nach Mitternacht dauert.

Das Landgericht hat die beklagte Stadt verurteilt, dafür zu sorgen, daß von ihrem Grundstück bei Festen und ähnlichen Veranstaltungen keine Geräusche ausgehen, die näher bestimmte Dezibelwerte überschreiten. Diese Werte sind den „Hinweisen des Länderausschusses für Immissionsschutz zur Beurteilung der durch Freizeitanlagen verursachten Geräusche“ (sog. LAI-Hinweise oder Freizeitlärmrichtlinie) entnommen. Danach gelten bei „seltenen Störereignissen“ folgende, vor den Fenstern (im Freien) gemessenen Richtwerte: tagsüber außerhalb der Ruhezeit (bis 20 Uhr) 70 dB(A), innerhalb der Ruhezeit (6 bis 8 Uhr und 20 bis 22 Uhr) 65 dB(A), nachts (22 bis 6 Uhr) 55 dB(A).

Die Berufung der Stadt hatte keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht ließ jedoch die Revision zu, weil höchstrichterlich

nicht geklärt sei, ob Lärmbelästigungen, die von einem im Rahmen eines mehrtägigen Vereinsfests abgehaltenen Rockkonzert ausgingen, von den Anwohnern hinzunehmen seien.

Die Revision der Stadt war teilweise erfolgreich. Nach der Entscheidung des V. Zivilsenats können Nachbarn bei Veranstaltungen, die für eine Stadt oder eine Gemeinde von besonderer Bedeutung sind und nur einmal jährlich stattfinden, auch nach 22 Uhr über die genannten Richtwerte hinausgehende Lärmbelästigungen zuzumuten sein.

Die LAI-Hinweise berücksichtigen zwar die Seltenheit eines Ereignisses, indem sie für Veranstaltungen, die an nicht mehr als zehn Tagen oder Nächten im Kalenderjahr abgehalten werden (sog. seltene Störereignisse), höhere Richtwerte für Lärmimmissionen vorsehen. Jedoch dürfen diese Richtwerte, die dem Richter nur eine Orientierung geben sollen, nicht schematisch angewandt werden. Handelt es sich um eine Veranstaltung, die nur einmal jährlich stattfindet und von besonderer Bedeutung ist, sind im Einzelfall auch höhere Lärmeinwirkungen hinzunehmen. Besondere Bedeutung in diesem Sinn können Volks- und Gemeindefeste, traditionelle Umzüge und ähnliche Veranstaltungen haben, die zu den herkömmlichen, allgemein akzeptierten Formen gemeindlichen und städtischen Lebens gehören. Von ihnen dürfen im Einzelfall auch zur Nachtzeit (ab 22 Uhr) richtwertüberschreitende Störungen ausgehen. Mit Rücksicht auf den Schutz der Nachtruhe gilt das in aller Regel aber nur bis Mitternacht.

Für den konkreten Fall hat der V. Zivilsenat entschieden, daß von dem Rockkonzert bis Mitternacht Lärmimmissionen bis zur Höhe der für die Tageszeit geltenden Richtwerte der LAI-Hinweise ausgehen dürfen. Die klagenden Nachbarn müssen daher bis 24 Uhr Lärmimmissionen von 70 dB(A) (sog. Beurteilungspegel) hinnehmen. Nach Mitternacht ist dagegen der Richtwert für seltene Störereignisse von 55 dB(A) einzuhalten.

#### **BGH-Pressemitteilung Nr.116/2003 vom 14.10. 2003**

##### **Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Sittenwidrigkeit einer Arbeitnehmerbürgschaft**

Der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte über die Wirksamkeit einer Bürgschaft zu entscheiden, die ein Arbeitnehmer gegenüber einem Kreditinstitut als Sicherheit für einen seinem Arbeitgeber eingeräumten Kontokorrentkredit übernommen hatte (Urteil vom 14.10. 2003 – XI ZR 121/02).

Der Beklagte war seit Anfang 1991 bei der neugegründeten, in Mecklenburg-Vorpommern ansässigen H. GmbH i.G. (nachfolgend: Hauptschuldnerin) als Bauleiter angestellt. Sein monatliches Nettoeinkommen betrug ab Mai 1991 2222,70 DM. Ende 1991 geriet die Hauptschuldnerin in finanzielle Schwierigkeiten und beantragte bei der klagenden Sparkasse einen kurzfristigen Kontokorrentkredit von 200 000,- DM. Nachdem die Klägerin sich zur Gewährung des Kredits nur unter der Voraussetzung bereit erklärt hatte, daß die Hauptschuldnerin ausreichende Sicherheiten stellte, übernahm der Beklagte am 6. Januar 1992 zusammen mit zwei anderen Arbeitnehmern eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 200 000,- DM. Kurze Zeit später gab die Hauptschuldnerin das von ihr betriebene Baugeschäft auf und stellte im April 1992 einen Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens, der mangels Masse abgelehnt wurde. Die Klägerin kündigte das Darlehen im Mai 1992. Mit der Klage hat sie den Beklagten aus dem Bürgschaftsvertrag auf Zahlung eines Teilbetrages von 70 000,- DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Dieser hat geltend gemacht, die Bürgschaft sei wegen krasser finanzieller Überforderung und anderer Umstände sittenwidrig. Er habe die Bürgschaft allein aus Sorge um den Erhalt seines Arbeitsplatzes übernommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht ihr stattgegeben.

Der Bundesgerichtshof hat auf die Revision des Beklagten das Berufungsurteil aufgehoben und das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt. Er hat die übernommene Bürgschaft als sittenwidrig und damit nichtig angesehen.

Allerdings folgt die Sittenwidrigkeit nicht aus der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten widerleglichen Vermutung, daß ein kraß finanziell überforderter, dem Hauptschuldner persönlich nahestehender Bürge die Bürgschaft nur aus einer durch die emotionale Verbundenheit mit dem Hauptschuldner bedingten unterlegenen Position heraus übernommen und der Gläubiger dies in verwerflicher Weise ausgenutzt hat. Diese Vermutung, die für ruinöse Bürgschaften für einen Ehe- oder Lebenspartner, einen engen Verwandten oder Freund gilt, ist mangels eines entsprechenden persönlichen Näheverhältnisses auf die von einem Arbeitnehmer zugunsten des Arbeitgebers übernommene Bürgschaft nicht zu übertragen.

Der Bundesgerichtshof konnte offenlassen, ob sich eine Vermutung für die Sittenwidrigkeit der Arbeitnehmerbürgschaft unter anderen Gesichtspunkten ergeben kann.

Denn im konkreten Fall kamen jedenfalls zu einer krassen finanziellen Überforderung des Beklagten erschwerende, der Klägerin zuzurechnende Umstände hinzu, die die Sittenwidrigkeit begründeten. Die Hauptschuldnerin befand sich im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme bereits in ernststen Liquiditätsschwierigkeiten. Der Beklagte, der nur über ein mäßiges Nettoeinkommen verfügte, wurde ohne Gewinnbeteiligung und ohne irgendeine Gegenleistung in einem Umfang mit dem wirtschaftlichen Risiko der Arbeitgeberin und dem Kreditrisiko belastet, der geeignet war, ihn für den Rest seines Lebens wirtschaftlich zu ruinieren. Er hatte – für die Klägerin erkennbar – die Bürgschaft allein aus Angst um seinen Arbeitsplatz übernommen, wofür der Bundesgerichtshof in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit, wie sie seit längerer Zeit vor allem auch in den neuen Ländern herrscht, eine tatsächliche Vermutung annimmt.

**Anm. d. Red.:** Vgl. OLG Koblenz – 5 W 568/03 – in GuT 2003, 234 KL (in diesem Heft) mit Abrufmöglichkeit.

#### **OLG Köln / AG Köln – Pressemitteilung zum Elektronischen Handelsregister „RegisSTAR“ (Auszug)**

Der Präsident des OLG Köln Dr. Armin Lünterbusch und der Präsident des AG Köln Johannes Schultz haben Bundesjustizministerin Brigitte Zypries und NRW-Justizminister Wolfgang Gerhards im Gebäude des Oberlandesgerichts Köln begrüßt. Der Besuch diente der Information über das elektronische Handelsregister „RegisSTAR“.

Das von der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen in Zusammenarbeit mit dem Freistaat Bayern entwickelte System ist beim Amtsgericht Köln seit Juni 2001 im Echtbetrieb. Es ermöglicht nicht nur die automatisierte Erstellung und Speicherung der Daten des Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts- und Vereinsregisters, sondern auch die jederzeitige Einsichtnahme durch die Bürger über das Internet. Den Teilnehmern an diesem Verfahren, die sich bei dem Amtsgericht Hagen anmelden können, wird damit die Möglichkeit geschaffen, an sieben Tagen in der Woche rund um die Uhr vom PC aus alle Registerdaten des Landes Nordrhein-Westfalen einzusehen.

Mit der Umstellung auf EDV geht die Konzentration der künftig nur noch elektronisch geführten Handelsregister einher. Ziel ist die Registerführung durch wenige Gerichte, die über die nötige Ausstattung und Spezialisierung verfügen. Das Amtsgericht Köln ist beispielsweise für die Handelsregister-sachen des gesamten Bezirks des Landgerichts Köln zuständig. Die Übernahme der Handelsregister der hierzu gehörenden Amtsgerichte und die damit einhergehende Konzentration auf das Amtsgericht Köln ist bereits abgeschlossen. Auch die Konzentration der Handelsregistersachen in den zum

OLG-Bezirk Köln gehörenden Landgerichtsbezirken Aachen und Bonn ist vollzogen. Der Bezirk des Oberlandesgerichts Köln ist damit als erster in Nordrhein-Westfalen flächendeckend auf das elektronische Handelsregister umgestellt.

Das elektronische Handelsregister trägt zu rationelleren und schnelleren Verfahrensabläufen bei. Es dient – wie eine Vielzahl weiterer Vorhaben – nicht nur der Schaffung einer modernen und leistungsfähigen Justiz, sondern sorgt zudem für eine größere Bürgernähe.

#### **OLG Köln – Pressemitteilung vom 15. 9. 2003 (Auszug) Erster Spatenstich für den Neubau der Zentralen Mahnabteilung des Amtsgerichts Euskirchen (ZEMA II)**

Die ZEMA II ist für alle Mahnverfahren aus dem Bezirk des Oberlandesgerichts Köln sowie bundesweit für sämtliche Mahnverfahren der Deutschen Telekom und der Postbank zuständig. Sie bewältigt im Wege der automatisierten Bearbeitung ein Antragsvolumen von über 1,2 Millionen Mahnverfahren pro Jahr. Die 99 Beschäftigten sind derzeit in einem Mietobjekt untergebracht. Der vom Bau- und Liegenschaftsbetrieb Aachen geplante Neubau wird über einen Gang mit dem 1995 fertiggestellten Hauptgebäude des Amtsgerichts verbunden. Die Gesamtfläche von 2940 m<sup>2</sup> wird Raum schaffen für die ZEMA II, eine Bücherei zur gemeinsamen Nutzung mit dem Amtsgericht sowie eine gemeinsame Poststelle. Das Gebäude wird über den Haupteingang des Amtsgerichts erschlossen. Der Neubau bringt damit erhebliche organisatorische Vorteile mit sich und beendet die bisherige räumliche Trennung. Er wird zudem den Sicherheitsbelangen für Bedienstete und Publikum Rechnung tragen.

#### **OLG Köln – Pressemitteilung vom 14.10. 2003 (Auszug)**

##### **Mer scannen d'r Dom en Kölle Zur Umstellung der Kölner Grundbücher in elektronische Form**

Im Rahmen eines Pressetermins, an dem der Präsident des Oberlandesgerichts Köln Dr. Armin Lünterbusch, der Präsident des Amtsgerichts Köln Johannes Schultz, der Geschäftsführer der Fa. autinform dms GmbH Wolfgang Sandmaier sowie der Unit Leiter Dokumentenmanagement der Fa. Deutsche Post Direkt GmbH Ferdinand Kühner teilnahmen, wurde am 17. Oktober 2003 im „Umstellungszentrum Köln“ in Anwesenheit des Domprobstes Bernard Henrichs das Grundbuch der Liegenschaft des bekanntesten Bauwerks Kölns, des Kölner Doms eingescannt und elektronisch erfasst. Bis Anfang November werden Altdaten von rund 30 000 bislang in Papierform geführten Grundbüchern der Gemarkung Köln-Innenstadt und bis Anfang 2004 alle rund 270 000 Grundbücher des Amtsgerichtsbezirks Köln in elektronische Form übertragen.

Die Arbeiten stehen im Zusammenhang mit der Einführung des elektronischen Grundbuchs in Nordrhein-Westfalen. Hierzu werden die ca. 5,86 Mio. Grundbuchblätter in NRW, die ca. 38 Mio. DIN A3-Einlegebogen enthalten, bis zum Jahre 2006 in eine elektronisch speicher- und abrufbare Form überführt. Die Umstellung erfolgt mittels Scannens in zwei eigens für diesen Zweck eingerichteten Grundbuchumstellungszentren, und zwar in Köln (für die Bezirke der Oberlandesgerichte Düsseldorf und Köln) und Unna (für den Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm). Das „Umstellungszentrum Köln“ ist Ende 2001 eröffnet worden.

Die Umstellungszentren werden betrieben von der Deutschen Post Direkt, die zusammen mit der Fa. autinform dms den Zuschlag für die Altdatenumstellung erhalten hat. In den Umstellungszentren sind auch Justizbedienstete tätig. So kontrollieren in Köln zur Zeit zehn Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Präsidenten des Amtsgerichts Köln, dem die auf den Justizbereich entfallenden Aufgaben des Umstellungszentrums Köln übertragen worden sind, den Arbeitsablauf. Sie

# GuT

G 58438

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

geben die neuen Grundbücher frei, bevor diese an das Gemeinsame Gebietsrechenzentrum des Landes NRW nach Hagen übermittelt werden.

**Die BGH-Pressemitteilung** Nr. 103/2003 (vom 3. 9. 2003; neuer Richter am BGH Gerhard Vill, IX. ZS)

und

die **OLG Köln – Pressemitteilung** vom 24. 9. 2003 (neue Vorsitzende Richterin am OLG Köln Dr. Petra Diederichs, 12. ZS)

stehen in redigierter Fassung für unsere Leser kostenfrei bereit unter [www.GuT.prewest.de/GuT1339](http://www.GuT.prewest.de/GuT1339)

## Zahlen und Statistik

### Die Meldungen des Statistischen Bundesamts

- Beschäftigung und Umsatz im Handwerk im Jahr 2002 – Vorläufiges Ergebnis –
- Die Großhandelsumsätze im 1. Halbjahr 2003 – Vorläufiges Ergebnis –
- Beschäftigungsentwicklung im Gastgewerbe, im Einzel- und Großhandel im 1. Halbjahr 2003
- Der Umsatz im Gastgewerbe im 1. Halbjahr 2003 – Vorläufiges Ergebnis –
- Die Zimmerauslastung in den Beherbergungsstätten im 1. Halbjahr 2003
- Die Zahl der Insolvenzen im 1. Quartal 2003
- Die Zahl der Insolvenzen im 1. Halbjahr 2003
- Nettoeinkommen der privaten Haushalte im Jahr 2002
- Weitere Ergebnisse der Flächenerhebung – Siedlungs- und Verkehrsfläche im Jahr 2001 –
- Baugenehmigungen für Nichtwohngebäude im 1. Quartal 2003
- Baugenehmigungen für Nichtwohngebäude im 1. Halbjahr 2003

stehen in redigierter Fassung für unsere Leser kostenfrei bereit unter [www.GuT.prewest.de/GuT1333](http://www.GuT.prewest.de/GuT1333)

Werner Dieball Prewest Verlag

## Gerhard Schröder



**Körpersprache**  
Wahrheit oder Lüge?

Der „Schröder-Effekt“ wird erstmals auf wissenschaftlicher Grundlage beschrieben, analysiert und mit zahlreichen Photographien aus dem Archiv Darchinger belegt. Vom Fingerrollchen bis zum drehenden Schnabel. Seit der Juso-Zeit. Seine Körpersprache ist das Geheimnis des Medienkanzlers. Werner Dieball entschlüsselt für uns das Alphabet der Körpersprache: Abwehrbewegung, Dominanzgesten, Kleidersprache, Präzisionszeichen, Tefloneffekt, Zeigefinger. 208 Seiten, 17,90 €, sFr 27,- ISBN 3-9808302-0-9

Prewest Verlag Pressedienste  
Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn  
[www.prewest.de](http://www.prewest.de) [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)

## Bücher und Veröffentlichungen

**Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Union 2002.** Europäische Kommission, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Luxemburg 2003. 644 Seiten, Preis in Luxemburg ohne MWSt. 38 EUR, ISBN 92-894-4686-2. Vertrieb in Deutschland: Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln.

Das Jahr 2002 war für die Europäische Union besonders ereignisreich: Es begann im Januar mit der Einführung des Euro-Bargeldes und endete im Dezember mit dem Abschluss der Beitrittsverhandlungen mit zehn Kandidaten-Ländern. Dieses und alles, was zwischen diesen „Meilensteinen“ lag, ist in dem von der Europäischen Kommission herausgegebenen Bericht dokumentiert. Bereits beim Durchblättern eröffnet sich die ganze Bandbreite der Europäischen Politik, vom Naturschutz bis hin zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP). Ein zuverlässiges Nachschlagewerk. Dank der vielen Verweise - auch auf Fundstellen im Internet - ein unverzichtbares Hilfsmittel für alle, die sich intensiver mit EU-Politik befassen möchten.

Ass. Werner Gömmel, Bonn

### VD-BW für Studenten in Baden-Württemberg kostenlos

Unter <http://www.vd-bw.de> können alle Studenten an Universitäten, Fachhochschulen und Berufsakademien in Baden-Württemberg die Vorschriften- und Entscheidungsdatenbank des VD-BW kostenlos für 2 Jahre nutzen.

Der Vorschriftendienst Baden-Württemberg (VD-BW) ist ein Onlinedienst, der das Bundesgesetzblatt und die Verkündungsblätter aus BW enthält. Die dort neu veröffentlichten oder geänderten Vorschriften können mit den eingearbeiteten Änderungen im Rechtsdienst genutzt werden. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg und der vier Verwaltungsgerichte sind mit den Rechtsvorschriften verlinkt.

Interessierte Studenten übersenden ihre Immatrikulationsbescheinigung mit der Angabe über das Ende der Studienzzeit und ihrer E-Mail Adresse direkt an VD-BW.

Weitere Infos unter Internet: <http://www.vd-bw.de>



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