

Gewerbemiete Und Teileigentum

6/04

4. Jahrgang

Heft 19 · November/Dezember 2004

S. 201–260

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

U. von Schoenebeck:

„Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“
(„Netzwerk GuT“)

R. Sotelo:

Sieben Thesen zur Stadtplanung –
Urban Management

D. Dingeldey:

Der Pachtvertrag über Internetdomains

W. E. Joachim:

Mietrechtliche AGB-Klauseln und
Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht

Gewerbemiete

Ladenmiete (OLG München – mit Anm. Fellner)

Gaststättenpacht; auffällig überhöhter Pachtzins
(BGH)

Miete; Verlängerungsklausel; Optionsrecht
(OLG Düsseldorf)

Gewerberaumiete; Unterbrechung der
Wasserversorgung (KG)

Verwirkung der Nebenkostenforderung (AG Gießen)

Nutzungsentschädigung bei Teilräumung
(OLG Köln – mit Anm. Wiek)

Kfz-Handel; Bodenkontamination; bodenrechtlicher
Ausgleichsanspruch (BGH)

Betriebspflicht; einstweilige Verfügung (KG)

Teileigentum

Prostitutionsausübung; Nachteil (BayObLG)

Wettbewerb

Marke zum Geschäftsbetrieb;
Übergang auf den Ersteher (BGH)

Besteuerung

Steuerberater; Beratungsleistung (BGH)

Magazin

Inhalt

Beiträge

- U. von Schoenebeck,
**„Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“
(„Netzwerk GuT“)** 203
- R. Sotelo,
**Sieben Thesen zur Stadtplanung –
oder der Versuch einer Definition von
Urban Management** 204
- D. Dingeldey,
Der Pachtvertrag über Internetdomains 205
- W. E. Joachim,
**Neue Rechtsprechung zu mietrechtlichen
AGB-Klauseln und Konkurrenzschutz im
gewerblichen Mietrecht** 207

Gewerbemiete

- Ladenmiete; Strohmangengeschäft; Mietzahlung
durch einen Dritten; Schuldbeitritt
(OLG München – mit Anm. Fellner) 224
- Gaststättenpacht; auffällig überhöhter Pachtzins;
Inventarkauf; fristlose Kündigung (BGH) 225
- Ladenlokal; Miete; Verlängerungsklausel;
Optionsrecht (OLG Düsseldorf) 227
- Gewerberaumiete; Massagepraxis; Zahlungsverzug;
fristlose Kündigung; Unterbrechung der
Wasserversorgung (KG) 228
- Miete; Mangel; Fußbodenbelag; Schadensursache
(KG) 230
- Gaststättenpacht; Verwirkung der
Nebenkostenforderung (AG Gießen) 231
- Grundstücksmiete; Nutzungsentschädigung bei
Teilräumung (OLG Köln – mit Anm. Wiek) 232

- Grundstücksmiete; Erhaltungspflicht; Betrieb eines
Kfz-Handels; Bodenkontamination; bodenrechtlicher
Ausgleichsanspruch (BGH) 233
- Betriebspflicht; Einkaufszentrum; einstweilige
Verfügung (KG) 236
- Bezeichnung der BGB-Gesellschaft als Gläubigerin
im Vollstreckungsbescheid (BGH) 237
- Gebührenstreitwert; Räumung der Geschäftsräume;
Nebenkostenvorauszahlung (KG) 238
- Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc. 239

Teileigentum

- Prostitutionsausübung in einer Teileigentumseinheit;
Nachteil (BayObLG) 239
- Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc. 240

Wettbewerb

- Pacht eines Geschäftsbetriebs; Marke zum
Geschäftsbetrieb; Übergang auf den Ersterher des
Betriebsgrundstücks; Dorf MÜNSTERLAND II (BGH) 242
- Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. 244

Besteuerung

- Steuerberater; Beratungsleistung; Unterrichtung
über Rechtsänderungen nach Berichten in der
Tages- oder Fachpresse (BGH) 245
- BMF-Schreiben: Umsatzbesteuerung bei
Pferdepensionen und Vermietung von Reitpferden 246
- BMF-Schreiben: Umsatzbesteuerung bei
unternehmerisch genutzten Fahrzeugen 246
- Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc. 246

Magazin

- Politik und Recht 248
- Bücher und Veröffentlichungen 259

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

GuT-Einbanddecke

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

Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte
(je 1,50 EUR zzgl. 2,- EUR Versandpauschale zzgl. MwSt)
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn
Telefax: 0228 / 47 09 54 · e-mail: info@prewest.de

Impressum

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ulrich von Schoenebeck, Bonn

„Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“ („Netzwerk GuT“)

Mit dieser Ausgabe November 2004 halten Sie das Heft 19 der seit November 2001 herausgegebenen Fachzeitschrift „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) in Händen.

Die Zeitschrift

Das Anliegen, im weiteren Bereich der Überlassungsverträge den unternehmerisch handelnden Parteien und ihren Beratern, den Gerichten und der Fachöffentlichkeit ein innovatives Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, konnte im Laufe der drei vergangenen Jahre in mehrfacher Hinsicht umgesetzt werden.

- Die Beiträge unserer Autoren und die veröffentlichten Entscheidungen werden in Literatur und Rechtsprechung beachtet sowie in Datenbanken wie etwa juris inhaltlich erschlossen bzw. nachgewiesen. GuT ist insoweit ein „klassisches“ Arbeitsmittel.
- Das Themenspektrum über das Immobilien(miet)recht hinaus berücksichtigt u. a. betriebliche, wettbewerbs- und steuerrechtliche Aspekte zur wirtschaftlichen Betätigung der Parteien. Dem ursprünglich immobilienrechtlich orientierten Berater erschließt sich schrittweise ein zusätzliches Betätigungsfeld.
- Die disziplinübergreifende Behandlung von Themen ökonomischer Provenienz oder zur Urbanisierung/Stadtentwicklung verbindet die vielerorts gegebenen Umstände mit mancherlei Vorstellungen zur Optimierung von Einsatz und Erfolg eines nachhaltigen, entwicklungsorientierten und geschäftlichen Bemühens.
- Die Dokumentation des öffentlichen Umfeldes in Politik und Kultur belegt den Stand des Fortschritts, der die Rahmenbedingungen für Wohlstand, Arbeit, Wohnen, für eine Wertegesellschaft und für eine würdige Existenz prägt.
- Das Informationsangebot an die Leser der GuT unter Einbindung unkomplizierter und so gut wie kostenfreier Computernutzung ist richtungweisend.
- „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) ist bundesweit verbreitet und auch in die Bibliotheken fast sämtlicher ordentlichen Gerichte sowie der Obergerichte eingestellt.
- Eine zusätzliche, sehr weite Verbreitung in der Anwaltschaft, in Verbänden und Politik hat die Zeitschrift GuT im Versand als Beilage zur Fachzeitschrift „Wohnungswirtschaft und Mietrecht“ (WM) gefunden. Die redaktionelle Bearbeitung und Betreuung beider Fachzeitschriften wiederum erfolgte „aus einer Hand“, wodurch das über die Jahre publizierte Informationsangebot der Zeitschriften in Beziehungen gesetzt werden konnte.

An dieser nützlichen Informationsdichte wird sich für die zukünftigen Bezieher beider Zeitschriften nach Beendigung des kombinierten Vertriebs zum Jahresende auch ab Januar 2005 nichts ändern. Jedoch wird „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) noch kräftiger als bisher den eigenen, aus der Thematik begründeten Weg weitergehen.

Das Netzwerk

Die Herausforderungen in dem Arbeitsgebiet, das wir mit dem Begriffspaar „Gewerbemiete und Teileigentum“ verschlagwortet haben, sind sehr vielfältig und sie sind ständig anzugehen. Diese gemeinsame Erfahrung soll den Beteiligten nützen. So sind beispielsweise die wohlverstandenen Interessen der Beteiligten etwa bei der Immobilienüberlassung zu Geschäftszwecken zu betonen. Es ist ein identisches Interesse, ohne Reibungsverluste die

Immobilie arbeitsteilig zu bewirtschaften und solche Störungen abzuwenden, die das gemeinsame Nutzungsinteresse beeinträchtigen oder beeinträchtigen können. Dies verlangt im Verhältnis der (Vertrags-)Beteiligten Konfliktlösungen, z. B. eine Mediation. Es sind geeignete Überlegungen zur Geschäftsgrundlage, zur Risikoverteilung, zur win-win-Lösung anzustellen; eine Wertediskussion ist einzubeziehen. Es ist aufzuzeigen, dass vernünftige und partnerschaftliche Zusammenarbeit kein Gegensatz zu konkurrierender Arbeitsweise ist.

Dies ist in der herkömmlichen Sicht, wie sie z. B. das Gewerbemietrecht prägt, nicht oder allenfalls am Rande erörtert. Diese Sicht garantiert aber nicht länger die allgemeine Prosperität. Es besteht ein Forschungsrückstand, den auch z. B. die Immobilienökonomie nicht isoliert auffangen kann. Entsprechendes gilt zu den mannigfaltigen Problemlagen, die bisher in der Zeitschrift zu publizieren waren. Das Netzwerk soll den Beteiligten daher im kommunikativen Bereich und in praktischer Hinsicht nützlich werden.

Im Außenverhältnis wird ein korporatives Erscheinungsbild der Beteiligten entstehen.

Mit der Zugehörigkeit zu dem „Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“ („Netzwerk GuT“) werden Geschäftspartner ihre Bereitschaft zu erkennen geben, zu vernünftigen Bedingungen miteinander zu wirtschaften. Andere – auch aus den Bereichen der Kommunen und der Verbände – werden mit ihrer Zugehörigkeit z. B. verdeutlichen, dass ihnen an der Entwicklung der Region, in der sie leben, gelegen ist. Weitere werden ihr Interesse auf das politische Umfeld richten. Wiederum andere werden als Berater der Unternehmen und sonstigen Beteiligten ihre Kenntnisse einbringen und die Zugehörigkeit zum „Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“ („Netzwerk GuT“) ähnlich einem persönlichen Markenzeichen zu nutzen verstehen.

Dieses Netzwerk entsteht und wächst in geordneter Bahn. Die Zugehörigkeit zum Netzwerk bedarf der Bestätigung durch den Rechteinhaber und der Gebrauch des Netzwerk-Namens bedarf der Erlaubnis (Lizenzvereinbarung). Lizenznehmer können Personen und Einrichtungen sein, die eine wirtschaftliche Entwicklung auf vernünftiger Grundlage begrüßen und mit ihren Kenntnissen fördern. Die Lizenz kostet 80,- EUR im Jahr 2005. Bei Zugehörigkeit zum „Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“ („Netzwerk GuT“) ist die Lieferung der Zeitschrift GuT Bestandteil des Leistungsangebots. Lizenzgeber ist die Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur Gesellschaft mbH, Bonn.

Weiteres Vorgehen

In diesem Heft (S. 259) ist ein Anforderungs- bzw. Bestell-Muster abgedruckt, das ein weiteres Vorgehen erleichtert. Dazu vorab der Hinweis: Die Zeitschrift „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) wird selbstverständlich auch weiterhin frei gehandelt.

Der Preis des Einzel-Jahresabonnements, voraussichtlich 6 bis 8 Hefte bzw. ca. 220 bis 260 Seiten, beträgt in 2005 für Neuabonnenten 80,- EUR zzgl. 9,- EUR Versand zzgl. gesetzlicher Umsatzsteuer (z.Zt. 7% = 6,23 EUR), insgesamt 95,23 EUR.

Der Preis des Direktabonnements in 2005 für Neuabonnenten aus dem Kreis der WM-Bezieher beträgt 50,- EUR zzgl. 6,- EUR Versand zzgl. Umsatzsteuer (z.Zt. 7% = 3,92 EUR), insgesamt 59,92 EUR.

Sieben Thesen zur Stadtplanung – oder der Versuch einer Definition von Urban Management

Urban Management beinhaltet alle Überlegungen zur Planung, Entwicklung, baulichen Realisation, Betreuung und Bewirtschaftung von Flächen, deren Nutzungen in einem urbanen Zusammenhang stehen mit der Zielsetzung, den Gesamtnutzen grundstücksübergreifend für die Nutzer zu maximieren.

Auf den ersten Blick erscheint diese Definition als unbrauchbar, weil zu weit, weil damit Stadtplanung schließlich insgesamt definiert werden kann, beispielsweise auch im Sinne des § 1 BauGB. Dass diese Betrachtung trotzdem sinnvoll sein kann, soll im Folgenden erläutert werden. Stadtplanung hat sich im Diskurs vom eigenen Gegenstand zunehmend entfernt. Folgend werden zunächst sieben Thesen formuliert, die erläutern, wieso es zu der Isolierung der Stadtplaner trotz notwendiger Stadtplanung gekommen ist.

These 1

Stadtplaner haben sich in der Vergangenheit zu sehr mit bestimmten Leitbildern wie der sicheren Stadt (Mittelalter), der autogerechten Stadt, der Gartenstadt, der kindergerechten Stadt etc. befasst, ohne den Oberbegriff der nutzergerechten Stadt zu entwickeln. Das jeweilige Leitbild entstand dabei primär aus dem Wunsch, erkannte Defizite zu lindern. Vor diesem Hintergrund können die unterschiedlichen Leitbilder auch als Versuch, eine im jeweiligen Zeitgeist nutzergerechte Stadt zu schaffen, interpretiert werden. Das abstrakte Leitbild der nutzergerechten Stadt ist hingegen notwendig, um „gute“ Stadtplanung von weniger guten Stadtplanung zu diskriminieren.

These 2

Wie aus dem Bereich der Konsumgüterindustrie bekannt, erfahren wir zunehmend einen Wandel, wonach nicht mehr das Produkt (Angebot), sondern die Nachfrage knapp ist und sich somit der Produzent vermehrt um die Anforderungen der Konsumenten bemühen, sein Produkt anpassen und schließlich auch im Sinne eines aktiven Marketing vermarkten muss. Die traditionelle Stadtplanung hat diesen Prozess – möglicherweise auch aufgrund ihrer hoheitlichen Stellung in der Gesellschaft – nicht hinreichend realisiert. Stadt im Sinne des Urban Management soll als Produkt interpretiert werden.

These 3

Weil private Investoren stets und im beschriebenen Marktwandel besonders bemüht sind, nutzergerechte Gebäude zu errichten, die wegen externer Effekte in notwendiger Weise im teilweisen Widerspruch zu anderen Nutzungen stehen, wurden Investoren nicht als gleichberechtigte Gesprächspartner von Stadtplanern anerkannt, sondern als stadtfremde Egoisten, denen im Wohle der Stadt Einhalt zu gebieten ist, behandelt. In diesem (notwendigen) Kampf gegen Partikularinteressen von Investoren haben Stadtplaner übersehen, dass sie selbst Konzepte für die „gute“ Stadt als Produkt entwickeln müssen.

These 4

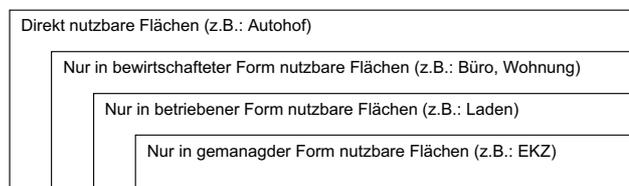
Das Ziel von Stadtplanung war nicht primär die Schaffung einer optimalen (guten), sondern die Verhinderung einer schlechten Stadt. Eine systematische Untersuchung der Nachfrage ist unterblieben. Stadtplanung hat weder hinreichende Kategorien noch Instrumente zur Schaffung „guter“ Stadtstrukturen entwickelt. Die BauNVO ist primär als Beschreibung und Trennung von sich störenden bzw. ausschließenden

Nutzungen ausgelegt. Die Stadtplanung verfügt derzeit nicht über geeignete Kategorien zur Erreichung von Urbanität, die gerade eine geordnete Nutzungsmischung als Voraussetzung hat.

These 5

Stadtplanung beschränkt sich auf die Festlegung von Art und Maß der baulichen Nutzung im Sinne einer Trennung von Nutzungen mit externen Effekten und ist nicht in der Lage, eine Stadt zu betreiben oder zu managen. Mit zunehmendem Wohlstand einer Gesellschaft nehmen Betreuung und Management von Flächen hingegen zu. Abbildung 1 verdeutlicht die Verwendung der Begrifflichkeit.

Abbildung 1



Demzufolge kann Stadtplanung, deren Instrumente bei der direkt nutzbaren Fläche halt machen, nicht hinreichend wirken.

These 6

Insbesondere mit dem besonderen Städtebaurecht hat der Gesetzgeber der Stadtplanung ein weitreichendes Instrumentarium zur Intervention an die Hand gegeben. Wenngleich der Ansatz beispielsweise im Sanierungsrecht ökonomisch und spieltheoretisch begründbar ist, zeigt sich auch, dass mit zunehmenden Einflussmöglichkeiten der Stadtplaner stets auch die Gefahr des Missbrauchs (z. B.: Mietobergrenzen in Berliner Sanierungsgebieten) steigt. Die Vertretung des Souveräns kann schließlich nicht als ein monolithischer Block, der im Sinne der Positiv-Interest-Theory handelt, interpretiert werden, sondern muss eher im Sinne des Public-Choice-Ansatzes begriffen werden. Die im diesem Zuge entstehenden Delegationskosten bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben können zu einem Staatsversagen auf dem Gebiet der Stadtplanung führen und diese damit diskreditieren.

These 7

Stadtplanung nimmt eine Koordinationsfunktion für die Grundstückseigentümer einer Stadt wahr. Aufgrund von externen Effekten können sich unterschiedliche Grundstückseigentümer nicht hinreichend koordinieren. Es kommt bei einer Stadt ohne Stadtplanung schließlich zu einem Marktversagen, welches sich in offensichtlichen Missständen kund tut. Grundstückseigentümer delegieren vor diesem Hintergrund die Koordination der Nutzungen an einen Dritten (Souverän), der die Gesamtinteressen der Eigentümer vertreten soll, was bedeutet, den Gesamtnutzen für die Nutzer zu maximieren, was wiederum einer Maximierung der Bodenwerte der im Planungsgebiet befindlichen Grundstücke gleichkommt.

Historisch hat der Souverän nie die Interessen derjenigen, die ihn mit Befugnissen ausgestattet haben, eins zu eins vertreten. Vielmehr hat es stets Delegationskosten im Sinne von Transaktionskosten gegeben. Hohe Transaktionskosten bei der Delegation von Befugnissen an den Hoheitsträger können als

ein Staatsversagen interpretiert werden. Historisch hat sich schließlich das Volk als Souverän mit einem demokratischen System durchgesetzt. Im Rahmen der Demokratisierung des Souveräns ist es – in Deutschland mit der Beteiligung von „Jedermann“ an beiden Stufen der Bauleitplanung – darüber hinaus zu einer Demokratisierung von Planungsprozessen mit dem Effekt gekommen, das die eigentliche Aufgabe der Stadtplanung, die Koordination der Grundstückseigentümer im Sinne der Nutzer zu optimieren, nunmehr nicht nur von einer demokratisch legitimierten und kontrollierten Instanz vollbracht wird, sondern auch der Planungsprozess selbst demokratisiert worden ist. Damit entfernt sich Stadtplanung zwangsläufig zunehmend von den Interessen der Nutzer einer Stadt, die zwar personenidentisch mit dem „Volk“ sein mögen, sich jedoch in ihrem Konsumverhalten gerade auch bei heterogener Einkommensverteilung im Aggregat anders als die gleichberechtigten politischen Akteure verhalten. Wenn Stadt ein Produkt ist, kann zwar eine Koordination von einem demokratisch legitimierten Dritten erfolgen, die Planung selbst aber nicht basisdemokratisch ablaufen, was sie de facto auch in weiten Teilen nicht tut. Der Dialog zwischen Investoren und Stadtplanern, die Planung als basisdemokratischen Vorgang verstehen, ist naturgemäß schwierig.

Aufgrund des Entwicklungsdrucks in den Städten insbesondere bei Nutzungen, die einer Betreuung und eines Managements bedürfen, ist es zu einer teilweisen Privatisierung von Stadtplanung gekommen. Einkaufszentren können als eine private Stadt begriffen werden, in der der Eigentümer quasi hoheitlich die unterschiedlichen Nutzungen zum Gesamwohl seines Grundstücks koordiniert. Ähnliches kann für den

von der Difa entwickelten Begriffs des City-Quartiers oder für bestimmte Urban Entertainment Centers behauptet werden. Die Teilprivatisierung von Stadt kann hingegen im Einzelfall, ja muss in systematischer Form die Interessen der Gesamtstadt verletzen. Die Entwicklung des Centro-Oberhausen ist ein Paradebeispiel. Als Reaktion haben einzelne Eigentümer der „öffentlichen Stadt“ versucht, sich mittels eines City-Managements und mit staatlicher Unterstützung gegenüber der „privaten Stadt“ zu behaupten. Gerade hier findet sich möglicherweise die Genesis des Begriffs des Urban Managements.

Trotz oder vielleicht sogar mit dem begründeten Rückzug der Stadtplanung als Disziplin ist der Gegenstand Stadtplanung verblieben und verlangt einerseits im Zuge der mit steigendem Wohlstand stetig wachsenden Bedeutung einer „guten“ Stadt, andererseits aber auch wegen der zunehmenden Bedeutung von betriebenen und gemanagten Flächen in einer Stadt nach der wissenschaftlichen Behandlung auch mit dem Ziel, Handlungsempfehlungen für beteiligte Akteure formulieren zu können. Urban Management kann als Versuch interpretiert werden, das Rüstzeug zur Behandlung des Gegenstandes zu liefern. Urban Management befasst sich mit dem gleichen Gegenstand wie Stadtplanung und verwendet dafür in interdisziplinärer Form unterschiedliche Theorieansätze. Urban Management hat den gleichen Gegenstand wie Stadtplanung und integriert neben stadtplanerischen Theorieansätzen weitere, um den (heutigen) Anforderungen an den Gegenstand gerecht zu werden. Während Stadtplanung in ihrer historischen Ausprägung stets auch normativ war, versteht sich Urban Management als positive Herangehensweise an den Gegenstand.

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

Der Pachtvertrag über Internetdomains

Das Internet ist kein Unbekanntes mehr. Die Rede davon und die Erwähnung von Domainnamen ist alltäglich. Die virtuelle Welt des Internet weist gewisse Parallelen zur wirklichen Welt auf. Diese manifestieren sich unter anderem in Domainnamen: Oft werden Domainnamen oder kurz gesagt, Domains, als die virtuellen Grundstücke des Internet benannt. Und genau das trifft für Domains zu. Sobald die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), gerne auch als Internetregierung bezeichnet, neues Bauland durch Einführung neuer Domainendungen (z. B. .biz und .info) freigibt, kommen Grundstücksspekulanten, die Domains registrieren, um sie selbst zu nutzen oder zu verkaufen. Domains werden registriert, ihr Wert wird bemessen, sie werden gehandelt und auch verpachtet.

Dass Domains auch verpachtet werden ist wenig geläufig. Es wird auch viel weniger Gebrauch von der Verpachtung von Domains gemacht, als eigentlich möglich wäre. Noch herrscht der Handel, Kauf und Verkauf von Domains vor. Doch in vielen Fällen ist die Verpachtung von Domains lukrativer. Sie gewährt kalkulierbare, wiederkehrende Einkünfte. Interessenten für dieses Verfahren sind einerseits Inhaber von hervorragenden Domains, die diese aber aus zeitlichen oder anderen Gründen nicht in der Lage sind, zu beackern, und andererseits Interessierte, deren Wunschdomain schon vergeben ist.

Als Beispiel lässt sich der Inhaber der Domain smut.com anführen, der für seine Domain vor einigen Jahren ein hervorragendes Kaufangebot im Bereich bis US\$ 2 Mio. erhalten hatte. Er überlegte sich allerdings, die Domain an potentielle Käufer aus der Erotikbranche zu verpachten und eine

Vereinbarung über eine Beteiligung an den Gewinnen zu treffen. Denn das versprach auf Dauer mehr Geld zu bringen. So schloss er einen Pachtvertrag über 20 Jahre.

Der Begriff Miete ist im Zusammenhang mit Domains verfehlt. Domains stellen ein Nutzungsrecht dar, welches die zuständige Domainsverwaltung, z. B. die DeNIC für .de-Domains, dem Domaininhaber aufgrund des Registrierungsvertrages gewährt. Dieses Nutzungsrecht kann der Domaininhaber verpachten, das heißt dem Pächter den Gebrauch der Domain überlassen und den Genuss der Früchte gewähren. Die Übertragung des Nutzungsrechts erfolgt dann ohne formelle Änderung des Inhabers am Domainnamen (Dietrich Beier, Recht der Domainnamen, München 2004, RN 116). Das OLG Köln (Urteil vom 13. 5. 2002, Az.: 19 U 211/01) hat sich zu dieser Frage ausführlich geäußert. Unter Bezugnahme auf Härting (ITRB 2002, 96, 97 f. m.w.N.) heißt es in den Entscheidungsgründen: „Da die Domain selbst keine Sachqualität hat, dürften dabei die mietrechtlichen Vorschriften über die Vorschrift des § 581 BGB Anwendung finden“.

Der Pachtvertrag ist in §§ 581 ff. BGB geregelt. Über § 581 Abs. 2 BGB finden die gesetzlichen Regeln des Mietrechts Anwendung. Die Pacht einer Domain wird in der Regel zu gewerblichen Zwecken erfolgen. Für diese Fälle bestehen besondere gesetzliche Regeln im Gegensatz zu privaten Miet- und Pachtverträgen: Ein solcher geschäftlicher Vertrag kann nur dann formfrei (mündlich) abgeschlossen werden, wenn er nicht für länger als ein Jahr geschlossen wird. Wird der Ver-

trag für einen längeren Zeitraum geschlossen, muss er schriftlich sein. Für die Domainpacht ist in jedem Falle ein schriftlicher Vertrag unbedingt zu empfehlen.

Wie in der wirklichen Welt gehen mit der Verpachtung Risiken einher, die beide Parteien gleichermaßen betreffen. Prima Vista trägt der Domaininhaber und also Domainverpächter das ungleich höhere Risiko. Das beginnt beim Domainnamen und die unter der Domain hinterlegten Inhalte (Angebot, Impressum) bis zu den Fragen der Haftung von Inhaber und administrativem Kontakt (admin-c). Die mit der Domainverpachtung einhergehenden Risiken sollten im Pachtvertrag – soweit verträglich – auf die jeweilige Vertragspartei abgewälzt werden, in deren Bereich sie fallen.

Der Domainname selbst trägt in sich bereits das Potential einer Rechtsverletzung. Wie sich in der Vergangenheit gezeigt hat, scheuen Rechteinhaber und vermeintliche Rechteinhaber sich nicht, Domaininhaber bei noch so kleinen Anlässen wegen einer Namens- oder Kennzeichnungsrechtsverletzung abzumahnern. Jüngstes Beispiel sind die Versuche des Metro Konzerns, Inhaber von Domainnamen, die den Begriff „metro“ in sich tragen, z. B. metrosexuell.de und metrosexuality.de, in kostenintensive Prozesse zu ziehen (LG Hamburg, Urteil vom 16. 7. 2004, Az.: 416 O 300/03); Domains, die den Begriff „inside“ enthalten, z. B. fotoinside.de, sind Abmahnungsziele des bekannten Prozessorherstellers Intel geworden. Sowohl für den Domaininhaber als auch den Domainpächter gilt deshalb, den Domainnamen einer ausführlichen Prüfung im Hinblick auf mögliche Namens- und Kennzeichnungsrechtsverletzungen zu unterziehen. Der Blick in Online-Datenbanken wie Markenverzeichnisse, Unternehmensverzeichnisse, Telefonbücher, Titelschutzarchive und andere ist dringend anzuraten. Die Investition in eine professionelle Kennzeichnungsrechtprüfung lohnt sich.

Im Domainpachtvertrag sollte sich dies in einer entsprechenden Klausel wiederfinden, der nach der Domaininhaber versichert, eine entsprechende Prüfung vorgenommen und keine mögliche Rechtsverletzung festgestellt zu haben. Eine 100%ige Sicherheit ergibt sich damit freilich nicht, aber die Zuversicht und Wahrscheinlichkeit, im Falle eines Rechtsstreits zu obsiegen, erhöht sich.

Für den Domainnameninhaber, den Verpächter, liegt das Risiko darin, dass er Inhaber des Domainnamens bleibt – mit allen Konsequenzen. Denn er haftet für von der Domain, dem Domainnamen und den hinterlegten Inhalten ausgehenden Rechtsverletzungen, weil er materiell Berechtigter ist. In den DeNIC-Domainrichtlinien Ziffer VII heißt es entsprechend:

„Der Domaininhaber ist der Vertragspartner DENICs und damit der an der Domain materiell Berechtigte.“

Dies bedarf der Klarstellung, da der Domaininhaber seine Domain üblicherweise über einen von der jeweiligen Domainvergabebehörde bzw. Domainverwaltung akkreditierten Domainregistraren registriert. Hier könnte der Eindruck entstehen, der Registrierungsvertrag bestehe zwischen Domaininhaber und dem Registrar. Tatsächlich besteht zwischen diesen ein Auftragsverhältnis und ein Hostingvertrag, der eigentliche Registrierungsvertrag wird jedoch zwischen Domainvergabebehörde und Domaininhaber geschlossen.

In Hinblick auf die Verantwortung für von der Domain ausgehende Rechtsverletzungen tritt immer wieder die Person des admin-c in Erscheinung. Der admin-c ist immer wieder Adressat von Abmahnungen. In aller Regel haftet alleine der Domainnameninhaber. Schon aus diesem Grunde stellt sich die Frage, ob man im Rahmen eines Pachtvertrages den Pächter als admin-c der verpachteten Domain eintragen lässt, nicht. Eine Verlagerung der Haftung auf den Pächter ist alleine inter partes, also im Rahmen des Pachtvertrages möglich. Nach außen hin trägt immer der Domaininhaber die Verantwortung.

Die Frage wurde erst kürzlich in einer Entscheidung des OLG Stuttgart (Beschluss vom 1.9.2004, Az. 2 W 27/03, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030277.htm>) wieder einmal behandelt. Das Gericht sah, entgegen früherer Rechtsprechung, den admin-c unmittelbar aufgrund der DeNIC-Domainrichtlinien in der Verantwortung für Rechtsverletzungen, die von der Domain ausgehen. In seinem Beschluss geht das Gericht davon aus, „dass nach den DE-Registrierungsrichtlinien der administrative Ansprechpartner als Bevollmächtigter des Domaininhabers berechtigt und verpflichtet ist, sämtliche die Domain betreffende Angelegenheiten verbindlich zu entscheiden. [...] Der Beklagte ist danach auf Grund seiner Eigenschaft als administrativer Verwalter ebenfalls passivlegitimiert.“

Der Beklagte hatte in diesem Fall nicht rechtzeitig vorgebracht, dass er lediglich Zustellungsbevollmächtigter sei. Seinen Tatbeitrag als Störer habe er, so das Gericht, durch seinen Willen, sich als admin-c für die Domain einzutragen, geleistet. Der Ansicht des OLG Stuttgart stehen zahlreiche andere Entscheidungen entgegen, die bei gleicher Konstellation die Haftung des admin-c nicht annehmen. So etwa das OLG Koblenz in seinem Urteil vom 25.1.2002 (Az. 8 U 1842/00, http://www.netlaw.de/urteile/olgko_02.htm) über die Domain vallendar.de. Das Gericht meinte, auch nach den neuen DeNIC-Domainrichtlinien „ist der Domain-Inhaber nach wie vor der allein materiell Berechtigte und damit auch Verpflichtete, während der Admin-C lediglich sein Bevollmächtigter ist. Ansprüche wegen der Verletzung von Namensrechten oder sonstiger Rechte Dritter im Zusammenhang mit einer DeNIC-Registrierung können somit nur gegen den Domain-Inhaber geltend gemacht werden.“

Die Auslegung der DeNIC-Domainrichtlinie, wie sie vom OLG Stuttgart vorgenommen wird, ist durch die Richtlinien nicht gedeckt. In den DeNIC-Domainrichtlinien heißt es unter Ziffer VIII:

„Der administrative Ansprechpartner (admin-c) ist die vom Domaininhaber benannte natürliche Person, die als sein Bevollmächtigter berechtigt und verpflichtet ist, sämtliche die Domain betreffenden Angelegenheiten verbindlich zu entscheiden, und die damit den Ansprechpartner DENICs darstellt.“

Der admin-c ist also Bevollmächtigter und Ansprechpartner, in besonderen Fällen auch Zustellungsbevollmächtigter. Als Bevollmächtigter muss er sich allerdings darum kümmern, eine sich per Hinweis oder Abmahnung ankündigende Rechtsverletzung zu prüfen, den Domaininhaber davon in Kenntnis zu setzen und zur Prüfung und Stellungnahme zu bewegen. Kann der Kontakt zum Domaininhaber nicht hergestellt werden, muss der admin-c von sich aus im Sinne des Inhabers handeln.

Für Domainpacht ergibt sich daraus, dass die Eintragung des Pächters als admin-c nicht sinnvoll ist. Erstens bleibt der Domain-Inhaber in der Haftung, zweitens gibt der Domaininhaber dem Pächter zu viele Rechte an die Hand. Da oft genug fälschlicherweise der admin-c adressiert wird, entgehen dem Inhaber unter Umständen wichtige Informationen, und sieht sich schlimmstenfalls unvermittelt einem Rechtsstreit ausgesetzt.

In den Domainpachtvertrag sollte eine Klausel eingefügt werden, demnach der Pächter zusichert, keine Inhalte unter der Domain in das Internet einzustellen, deren Bereitstellung, Veröffentlichung oder Nutzung gegen geltendes Recht verstößt. Denn obgleich aufgrund der aktuellen Gesetzgebung eine Impressumspflicht für gewerbliche Angebote im Internet gilt, geregelt im Teledienstegesetz (TDG) und im Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV), wird auch bei rechtswidrigen Inhalten der Domain-Inhaber als Zielscheibe herhalten müssen.

Der Pachtvertrag muss aufgrund dieser Konstruktion zwingend eine Freistellungserklärung beinhalten, in der der Pächter den Domainnameninhaber von jeglichem Nachteil, der aufgrund seines Handelns herbeigeführt wird, freihält. Ein solcher Nachteil kann sich beispielsweise auch aus einer Markenrechtsverletzung ergeben, die erst eintritt, weil aufgrund der konkreten Nutzung der Domain durch den Pächter eine Branchennähe zu Waren und Dienstleistungen einer eingetragenen Marke hergestellt wird. Im Hinblick darauf sollte sich auch der Pächter – wie der Verpächter zuvor – verpflichten, eine entsprechende Markenrecherche vorzunehmen.

Ein solcher Domainpachtvertrag kann wie jeder Pachtvertrag unbefristet und befristet abgeschlossen werden. Für unbefristete Pachtverträge über Domainnamen gelten §§ 584, 584a BGB; sie sind nur zum Ende eines Pachtjahres kündbar. Die Kündigung hat spätestens am dritten Werktag des halben Jahres zu erfolgen, mit dessen Ablauf die Pacht enden soll. Zudem besteht bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die Möglichkeit der fristlosen Kündigung; sie wird durch § 584 Abs. 2 BGB nicht ausgeschlossen, der sich auf besondere Fälle wie Pachtverträge über 30 Jahre (§ 544 BGB) und das Kündigungsrecht der Erben aufgrund des Todes des

Pächters (§ 580 BGB) bezieht (Palandt-Weidenkaff, § 584 RN 3, in Palandt 63. Auflage, München 2004).

Wird dem Pächter nicht gestattet, die Domain unterzupachten, löst dies kein Kündigungsrecht aus (§§ 584a Abs. 1, 540 Abs. 1 BGB). Der Verpächter hingegen ist nicht berechtigt, den Pachtvertrag zu kündigen, wenn der Pächter verstirbt (§§ 584a Abs. 2, 580 BGB).

Zusammenfassung

Das Verpachten einer Internetdomain ist, trotz der Virtualität ihres Seins, eine handfeste Angelegenheit. Für Verpächter und Pächter bedeutet sie lukrative Prosperation und rechtliche Risiken, die bei überdachter Vorgehensweise gemeistert werden können. In der Haftung steht immer der Domaininhaber, der die Domain verpachtet. Der Pächter sollte nicht als admin-c eingetragen werden. Der Pachtvertrag über eine Internetdomain sollte immer schriftlich sein. Die Parteien sollten von sich aus Kennzeichenrecherchen durchführen und sich gegenseitig bestätigen. Zudem sollte eine Freistellungsklausel zugunsten des Verpächters in einem Domainpachtvertrag nicht fehlen.

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

Neue Rechtsprechung zu mietrechtlichen AGB-Klauseln und Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht*

- I. Einleitung, Problemaufriss
- II. Aktuelle Praxisbeispiele zu mietrechtlichen AGB-Klauseln
 1. Mietsache und deren Gebrauchüberlassung
 2. Wohn- und Nutzfläche
 3. Schönheitsreparaturen
 4. Haftungsbegrenzungen
 5. Mangel der Mietsache
 6. Beidseitiger, befristeter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts
 7. Zurückbehaltungsrecht des Mieters
 8. Schadensersatzanspruch beim Abbruch von Vertragsverhandlungen
- III. Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht
 1. Geringerer AGB-Schutz im Gewerberaummietrecht
 2. Vertragsimmanenter Konkurrenzschutz
 3. Ausdrücklicher Konkurrenzschutz
 4. Besonderheit beim Konkurrenzschutz im Shopping Center
 5. „(Kfz-)Schilderpräger-Entscheidung“ des BGH
- IV. Konsequenzen für die Praxis
 1. Mietrecht und höheres Recht, insbesondere Verfassungsrecht
 2. Kautelarjurisprudenz: Mehr Vertragsfreiheit
 3. Risikobereichseinteilungen und Risikozuweisungen
 4. Billigkeitserwägungen
 5. Individualvereinbarungen
- V. Zusammenfassung und Ausblick

I. Einleitung

„Verba docent, exempla trahunt“, mit dieser Sentenz beschreibt bereits Seneca¹ treffend die Veranschaulichung von Grundsätzen durch Beispiele. Anknüpfend daran werden mietrechtliche Grundsätze anhand von Rechtsprechungsbeispielen

verdeutlicht. Zu ausgewählten Rechtsproblemen steht dabei die Judikatur des VIII. Zivilsenats des BGH zum Wohnraummietrecht und die des XII. Zivilsenats zum Gewerberaummietrecht, welche durch ausgewählte Entscheidungen anderer Spruchkörper, zumeist der Obergerichte, angereichert wird. Verallgemeinernde Aussagen zu aktuellen Rechtsproblemen des Wohnraum- und schwerpunktmäßig des Gewerberaummietrechts werden abgeleitet und Konsequenzen für die Rechts- bzw. Kautelarpraxis aufgezeigt. Die vorgestellten Beispiele verdeutlichen die generelle Tendenz zum Wohnraum-Mieterschutz, namentlich bei Formularmietverträgen. Die grundsätzlich möglichen Individualvereinbarungen müssen das zwingende Mietrecht beachten. Bei der Gestaltung von Gewerberaummietverträgen sind die Gesetzesbestimmungen überwiegend abdingbar.² Im gewerblichen Mietrecht kann und sollte regelmäßig mehr Vertragsfreiheit gewagt werden. Hier geht die Rechtsprechung häufig vom Verhandlungsgleichgewicht der Vertragsparteien aus. Die mietvertraglichen Kardinalpflichten sowie die Grenzen der allgemeinen Rechtsgrundsätze der §§ 138, 242 BGB³ sind stets zu beachten. Zukünftig rücken verstärkt verfassungsrechtliche und vor allem europarechtliche Überlegungen in den Fokus bei der Überprüfung mietrechtlicher AGB-Klauseln.

II. Aktuelle Praxisbeispiele zu mietrechtlichen AGB-Klauseln

Nachfolgend werden ausgewählte, von den Gerichten beurteilte AGB-Klauseln zum Wohnungsmietrecht vorgestellt, welche zugleich grundsätzliche Geltung im Gewerberaummietrecht beanspruchen können, also für Mietverhältnisse

*) Die Ausarbeitung basiert auf einem Vortrag vor der Deutschen Richterakademie in Trier, Oktober 2004

1) Seneca, Briefe an Lucilius, 6, 5, in: Bartels, Geflügelte Worte aus dem Griechischen und Lateinischen, München 1997, S. 188.

2) Leo, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, 2. Aufl. 2003, A Rdn. 227.

3) §§ ohne Angabe sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs, BGB.

über Räume, die keine Wohnräume sind, § 580 Abs. 2. Die Unterschiede zum gewerblichen Mietrecht werden unter Anführung von Praxisbeispielen herausgestellt. Regelmäßig dient eine verstärkte Klauselkontrolle dem effektiven Mieterschutz sowie der Beachtung und Wahrung des Äquivalenzprinzips zwischen den Vertragsparteien. Schwerpunktmäßig wird die soziale Schutzbedürftigkeit des Mieters im Wohnraummietrecht, das „soziale Öl“ des Bürgerlichen Rechts, betont.⁴ Demgegenüber bekräftigen die Gerichte und Lehre im gewerblichen Mietrecht zunehmend die Machtbalance zwischen den Vertragspartnern und das Regelungsgleichgewicht der gestellten, verhandelten und vereinbarten Vertragsbestimmungen.⁵ Die Termini Gewerberaummiete, gewerbliche Mieta und Geschäftsraummieta sind grundsätzlich von gleicher Bedeutung.

1. Mietsache und deren Gebrauchsüberlassung

a) Abgrenzungen: Leihe/Miete zu Werk- und Dienstleistungen

In einem aktuellen Fall der Überlassung eines Airbus-Luftfahrzeugs zu Testzwecken behandelt der XII. Senat die Abgrenzungen des Gebrauchsüberlassungsvertrags und bejaht die Leihe.⁶ Die körperliche Zugriffsmöglichkeit des Entleihers auf die Leihsache ist kein konstitutives Merkmal des Leihvertrags. Gemäß § 598 liegt ein Leihvertrag vor, wenn der Verleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich gestattet. Regelmäßig überträgt der Verleiher dem Entleiher den unmittelbaren Besitz an der Sache. Der Leihvertrag setzt nur voraus, dass dem Entleiher der Gebrauch der Sache gestattet wird, wozu meistens, nicht notwendigerweise die Übergabe, also Besitzverschaffung der Leihsache erforderlich ist. Entscheidend ist, ob der Vertragszweck die Übergabe erfordert oder nicht.⁷ Im vorliegenden Fall sollte die Klägerin der Beklagten ein Flugzeug samt Personal so zur Verfügung stellen, dass diese absprachegemäß die beabsichtigten Rolltests durchführen lassen konnte. Dass die Entleiherin die Maschine nicht selbst bedienen konnte und durfte, steht nicht entgegen. Die Entleiherin konnte über Ort, Zeit und Art der durchzuführenden Roll- und Bremsvorgänge bestimmen, weshalb eine Gebrauchsüberlassung anzunehmen ist.⁸

In ähnlich gelagerten, verallgemeinernd zu erwähnenden Fällen hat der BGH entschieden, bei Gestellung von Geräten mit Bedienungspersonal ist das Personal regelmäßig nicht mehr Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe des Vermieters, sondern des Mieters, weil es dessen Weisungen unterliegt; in solchen Fällen liegt ein Mietvertrag vor. Dass das Personal stets Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfe, mithin Besitzdiener des Mieters sein muss, fordert der BGH nicht.⁹ Er bejaht einen Mietvertrag verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag, weil ein Kran mit Kranführer überlassen wurde und die Tätigkeit des Krans und die Sicherheit der Einsatzstelle in der ausschließlichen Verantwortung des Übernehmers lag. In diesem wie in dem zuvor entschiedenen Tiefeladerfall stellt der BGH keine Mindestvoraussetzungen für eine Gebrauchsüberlassung im Sinne von (i. S. v.) §§ 598 bzw. 535; namentlich fordert er keine sachenrechtliche Beziehung, nur eine Abgrenzung zwischen Dienst- bzw. Werkvertrag einerseits sowie Mietvertrag mit einer Dienstverschaffungspflicht andererseits.

b) Schwerpunkt: Gebrauchsüberlassung

In allen Fällen hat der BGH entschieden, dass das Schwergewicht nicht in der Herstellung eines Werks oder in der Leistung von Diensten, sondern in der Überlassung zum Gebrauch liegt.¹⁰ Daraus folgt: Nach gefestigter Judikatur kommt es für die Abgrenzung von Leih-/Mietvertrag sowie Auftrag, Dienst-, Werkvertrag darauf an, ob über die Überlassung der Sache nebst Bedienungspersonal hinaus die Herstellung eines konkreten Werks oder die Leistung bestimmter Dienste geschuldet ist. Befindet sich der Schwerpunkt – wie in den er-

fassten Fällen – auf der Pflicht zur Überlassung der Sache, greifen die Normen über Leihe/Miete.¹¹ Das Gewährleistungsrecht der §§ 536 ff. hilft dem Mieter oft weiter. Die Beantwortung der fallrelevanten Frage, ob neben der Überlassung weitere Verpflichtungen bestehen und welche davon überwiegen, obliegt tatrichterlicher Auslegung.

Damit schafft der BGH ein praxistaugliches, allerdings für den Mietrechtspraktiker im Vorfeld schwer einzuschätzendes Beurteilungsschema nach der jeweiligen Gestaltung des Lebenssachverhalts. Entscheidend kommt es an auf die Vertragsauslegung. Sie wird vom BGH grundsätzlich nur einer eingeschränkten Überprüfung unterzogen, die sich darauf erstreckt, ob

- 1) der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist,
- 2) gesetzliche oder
- 3) allgemein anerkannte Auslegungsregeln,
- 4) die Denkgesetze oder
- 5) allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder
- 6) die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Fehler beruht.¹²

Somit bedient sich der BGH eines flexiblen Revisionsinstrumentariums, um über 1.) die Anwendbarkeit des Mietrechts sowie 2.) die jeweilige relevante Sachverhaltsgestaltung zu einem billigen, also einzelfallgerechten Einzelfallergebnis zu gelangen. Dem sollte der Rechtsanwender bei der Erstellung vorformulierter Gebrauchsüberlassungsverträge Rechnung tragen.

c) Mietsache und Schriftform

Große Sorgfalt ist auf die exakte Beschreibung der Mietsache zu richten; widrigenfalls droht ein Verstoß gegen die Schriftform des § 550 mit der Folge, dass der nach Parteiwillen für längere Zeit befristete Vertrag nach Ende des ersten Mietjahres mit gesetzlicher Frist i. S. v. § 580 a Abs. 2 kündbar ist.¹³ So besteht ein „Ausstiegsszenario“. Die herrschende Auffassung sieht als Zweck der Formvorschrift vorrangig den Schutz des Erwerbers und daneben den Schutz vor Übereilung und die Beweisfunktion.¹⁴ Der BGH lockert seine Rechtsprechung zur Schriftform in deutlicher Tendenz.¹⁵ Der XII. Zivilsenat sieht die Schriftform eines langfristigen Mietvertrags als gewahrt an, wenn die Vertragsbestimmungen in einem unterzeichneten Schreiben der einen Partei niedergelegt sind, das die andere – mit oder ohne einen das „uneingeschränkte¹⁶ Einverständnis“ erklärenden Zusatz – ihrerseits

4) Dauner-Lieb/Dötsch, NZM 2004, 641, 647 „in dem von dem berühmten ‚sozialistischen (?) Öl‘ überquellenden Mietrecht.“

5) Leo, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, A Rdn. 228 „Klärung der Verhandlungsposition“.

6) BGH, Urteil vom 28. 7. 2004 – XII ZR 153/03, GuT 2004, 152; Leo, A Rdn. 241 Abgrenzung Mieta zur Leihe.

7) BGH, GuT 2004, 152, 153; zum Mietvertrag BGB, Urteil vom 1. 2. 1989 – VIII ZR 126/88, NJW-RR 1989, 589 = WM 1989, 229; Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Aufl. 1998, § 536 Rdn. 15; MünchKomm/Voelksow, BGB, 3. Aufl. 1995, §§ 535, 536 Rdn. 41; Leo, A Rdn. 242.

8) BGH, GuT 2004, 152, 153.

9) BGH, Urteil vom 14. 7. 1970 – VI ZR 203/68, VersR 1970, 934; BGH, Urteil vom 28. 11. 1984 – VIII ZR 240/83, JZ 1985, 386 = WM 1985, 290; BGH, GuT 2004, 152, 153.

10) BGH, VersR 1970, 934; JZ 1985, 386 = WM 1985, 290; GuT 2004, 152, 153; zur Abgrenzung Leo, A Rdn. 241 f.

11) Zuletzt BGH, GuT 2004, 152, 153.

12) So z. B. BGH, GuT 2004, 152, 153.

13) Dazu Leo, A Rdn. 258.

14) BGH, NJW 2003, 1248 = GuT 2003, 131; OLG Rostock, OLG-Report 2002, 179; ZMR 2001, 27; OLG Köln, ZMR 1999, 760 = WM 1999, 521.

15) So Scheffler, Der Mietvertrag unter besonderer Berücksichtigung von Schriftformproblemen, Referat vor der deutschen Richterakademie in Trier im Oktober 2004, 9 ff; Reimann, Immobilien Zeitung Nr. 19 v. 16. 9. 2004, 11.

16) In ähnlicher Diktion unter Verwendung von „Füllwörtern“ findet sich in manchen Klauseln die Wendung: „Voll(?) inhaltlich einverstanden“ – gibt es etwa „halb voll(?)“ in diesem Zusammenhang?

unterzeichnet hat. Der nochmaligen Unterzeichnung durch die eine Partei unterhalb der Gegenzeichnung der anderen bedarf es nicht; damit löst sich der BGH von einer RG-Entscheidung unter Verzicht auf (zu starke) Förmelerei und unter Betonung der wirtschaftlichen Gegebenheiten und eines von den Parteien gewollten pragmatischen Ergebnisses: Die Schriftform ist eingehalten; die Gegenzeichnung ist entbehrlich.¹⁷

Hat sich der Mieter bei mündlichem Abschluss des Vertrags hinsichtlich der Formbedürftigkeit dazu verpflichtet, die Beurkundung nachzuholen, kann er sich auf den Formmangel und ein darauf gestütztes „Ausstiegsszenario“ nicht berufen.¹⁸ Regelmäßig verpflichtet eine einfache salvatorische Klausel im Mietvertrag nicht zur Nachholung der Schriftform, wohl aber eine qualifizierte Klausel, auch „Nachholklausel“ genannt.¹⁹ Wenn auch noch nicht höchstrichterlich entschieden, dürfte in der Tendenz die standardmäßig verwendete AGB-Klausel wirksam sein, wonach die Parteien verpflichtet sind, alles zu tun, damit der Mietvertrag formwirksam zustande kommt, und sich bis dahin nicht auf die Formunwirksamkeit des Vertrags zu berufen. Eine solche Klausel lautet:

„Den Vertragsparteien sind die besonderen Formerfordernisse der §§ 578, 550, 126 für langfristige Mietverträge bekannt. Die Parteien verpflichten sich gegenseitig, jederzeit alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem Schriftformerfordernis zu genügen, und bis dahin den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen. Dies gilt insbesondere, aber nicht abschließend, im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrags sowie dem Abschluss von Nachtrags-, Änderungs- und Ergänzungsvereinbarungen erforderlichenfalls inhaltsgleich neu abzuschließen.“

Vorrangiger Zweck des § 550 ist der Schutz des Grundstückserwerbers, der in bestehende Verträge eintreten muss und sich über die bestehenden Bindungen unterrichten soll; der Interessenausgleich zwischen Mieter und Vermieter steht daher hier nicht im Vordergrund.²⁰ Demzufolge könnte vortretende Klausel wirksam sein und im Fall der wirksamen Verwendung der ausstiegswilligen Partei die Berufung auf ein solches „Szenario“ verwehren.²¹

d) Vertragsgemäßer Gebrauch

Für den Mietrechtsberater erweist sich der Begriff des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache i. S. v. § 535 Abs. 1 S. 2 als Zentralbegriff, welcher für die Festlegung von Art und Umfang der beiderseitigen Rechte und Pflichten von Vermieter und Mieter richtungsweisend ist. Der Mieter darf die Mietsache nur in dem Rahmen nutzen, der im Vertrag festgelegt ist und zumeist beim Mietzweck zum Ausdruck kommt. Die Zweckbestimmung regelt die Ausgestaltung der Nutzungsmöglichkeiten des Mieters, zugleich den vom Vermieter zu erbringenden Leistungsumfang, z. B. hinsichtlich der baulichen und sonstigen Anforderungen, um zu gewährleisten, dass die vermietete Sache für den vertraglich vorgesehenen Gebrauch geeignet ist und bleibt.²²

2. Wohn- und Nutzfläche

Im Mietrecht ist die exakte Definition der Wohn- und Nutzfläche von entscheidender Bedeutung, z. B. für die genaue Erfassung der Mietsache, die Gewährung und Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs nach § 535 Abs. 1 S. 2, Gewährleistungen wie Minderung, Kündigung usw. Vorliegend ist zu ermitteln, wie die Flächen definiert werden und welche Rechtsfolgen ab welcher Flächenabweichung eingreifen.

a) Transparenzgebot

Bei der Klauselformulierung und -kontrolle erlangt das Transparenzgebot von § 307 Abs. 1 S. 2 steigende Bedeutung, wonach eine unangemessene Benachteiligung auch daraus resultieren kann, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Die Gestalter von Wohn-, vor allem Gewerbemiet-

verträgen, müssen zukünftig umdenken; beispielsweise Definitionen und Standards, auf welche die Vertragsschließenden Bezug nehmen, sind in dem Mietvertrag zu verankern und zudem umfassend darzustellen, so dass die Parteien beim Vertragsschluss hinreichend Klarheit über die rechtliche Tragweite der Vertragsregelungen erlangen können.²³

In konsequenter Befolgung des Transparenzgebots ist es erforderlich, bei Verwendung der DIN 277 Teil 1 ebenso wie der Richtlinien zur Berechnung der Mietfläche für Büroraum (MF-B) und für Handelsraum (MF-H) der gif, Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung, Wiesbaden, derartige Werke grundsätzlich dem Mietvertrag als Anlage beizufügen. So können die Parteivorstellungen für Dritte nachvollziehbar werden. Denn bei Flächen existiert weder für Wohn- noch für Gewerberaum eine Gesetzesdefinition, und es besteht keine übereinstimmende Anschauung der Marktteilnehmer.²⁴ In vorformulierten Verträgen finden sich häufig Regelungen, wonach auf Parteienantrag ein Aufmaß über die vermieteten Flächen durch einen von der zuständigen Architektenkammer oder IHK benannten Sachverständigen zu erstellen ist. Dazu bedarf es allerdings konkreter Vertragsangaben, was der Sachverständige wie zu messen hat: Sind die Funktions- und die Konstruktionsflächen bei Büroräumen ganz oder teilweise Mietfläche? Soll von Außen- zu Außenkante oder von Achse zu Achse gemessen werden? Zählen nicht ortsgebundene Wände zur Mietfläche? Eine diese Hinweise aufgreifende „Muster“-Formulierung²⁵ lautet:

„Die Mietfläche hat ca. ... qm zzgl. eines Gemeinschaftsflächenanteils von ca. ... qm gem. dem beigefügten Plan. Anlage ... Auf Antrag einer Vertragspartei, den diese spätestens 2 Monate nach Übergabe stellen kann, ist durch einen von der Architektenkammer/IHK ... zu benennenden Sachverständigen ein Aufmaß zu erstellen. Dabei hat dieser die Haupt- und Nebennutzflächen und von den Verkehrsflächen die innenliegenden Flure/Gänge, Erschließungsflure, die Eingangshalle, den Empfangsbereich und die Aufzugsvorräume i. S. der Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für Büroraum (MF-B), Stand April 1996 der gif Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e.V., Wiesbaden – Anlage ... – zu Grunde zu legen. Maßgebend sind die Innenseiten – nach Putz – der ortsgebundenen Wände. Nicht ortsgebundene Wände werden übermessen.“

17) BGH, Urteil vom 14. 7. 2004 – XII ZR 68/02, NJW 2004, 2962 = WM 2004, 534 = GuT 2004, 185/186 KL, Aufgabe von RGZ 105, 60, 62; zuvor BGH, NJW 1998, 58 = WM 1997, 667; NJW 1999, 1104 = WM 1999, 286; NJW 2000, 354; NZM 2001, 43; NZM 2002, 20; NJW 2003, 1248 = GuT 2003, 131.

18) OLG Düsseldorf, NZM 2004, 143 = GuT 2004, 60; OLG Rostock, NZM 2001, 427; Scheffler, Schriftformprobleme, 11.

19) BGH, NZM 2003, 61; NZM 2002, 823; Sigelmann, WM 1964, 184; Scheffler, Schriftformprobleme, 11 f.

20) Scheffler, a. a. O.; Reimann, a. a. O.

21) In diese Richtung weist ebenso, wenn auch vorsichtig unter Hinweis auf die Rechtsprechung Reimann, a. a. O.

22) Aktuell Ostermann, GuT 2003, 39; zuvor Fritz, Gewerberaummietrecht, 3. Aufl., Rdn. 71; Bub, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, III A Rdn. 980; Blank, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl. 2003, Vor § 535 Rdn. 78; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 535 Rdn. 179.

23) BGHZ 106, 259 = NJW 1989, 582; Heinrichs, NZM 2003, 6; Schumacher, NZM 2003, 13; Kappus, NZM 2003, 322; Schmidt, NZM 2003, 505, 506.

24) Zum Wohnraum BGH, NJW 1997, 2874, 2875 = WM 1997, 625; zum Gewerberaum BGH, NZM 2001, 234, 236; dazu und zu Konsequenzen näher Kraemer, NZM 1999, 165; ders., NZM 2000, 1121; Scheffler, NZM 2003, 17; Schmidt, NZM 2003, 505, 507 m. w. N.

25) Im Anschluss an Schmidt, NZM 2003, 505, 507; vgl. ferner aus der einschlägigen Kautelarjurisprudenz Schultz, Gewerberaummietrecht, 2. Aufl., S. 46; Hörndler, Anwaltscheckbuch Gewerberaummietverträge, S. 92; Treumann, in: Schulte-Nölke/Frenz/Flohr, Formularbuch Vertragsrecht, 2003, S. 566, 572; Borutzki-Pasing, in: Beck'sches Formularbuch Mietrecht, 2003, S. 104, 112, insbes. Anm. 4, 5.

Abweichungen von plus/minus 3% haben keinen Einfluss auf die Miethöhe. Ist die Abweichung größer, ändert sich die Miete entsprechend der tatsächlichen Fläche mit Wirkung ab dem auf die Feststellung der tatsächlichen Mietfläche folgenden Monat. Bereits erstellte Nebenkostenabrechnungen werden nicht geändert. Die so ermittelten Flächen werden Gegenstand einer Nachtragsvereinbarung zum Mietvertrag.“

b) Flächenabweichung

Die Rechtsprechung hat sich in neuerer Zeit wiederholt mit der Mietfläche und den Folgen der Abweichung befasst. Zur Wohnflächenermittlung bei einer Maisonette-Wohnung bemerkt der VIII. Zivilsenat: „Für die Beantwortung der Frage, ob die anrechenbare Wohnfläche einer Mietwohnung von der im Mietvertrag angegebenen Fläche in erheblicher Weise abweicht, können im Regelfall auch im frei finanzierten Wohnraum die Bestimmungen der §§ 42-44 der II. BerechnungsVO als Maßstab herangezogen werden.“²⁶ Ab dem 1. 1. 2004 greift die neue Wohnflächenverordnung ein, welche die bisher geltenden Vorschriften der §§ 42-44 der II. BerechnungsVO ersetzt.²⁷ Dem BGH zufolge kann auch ein anderer Maßstab bei der Wohnflächenermittlung herangezogen werden, um den besonderen Anforderungen der Mietsache im Einzelfall gerecht zu werden. Mangels eindeutigen Sprachgebrauchs für den Begriff der „Wohnfläche“ können die Mietvertragsparteien bei dessen Verwendung – etwa weil dies ortsüblich ist oder wegen der Eigenart der Mietwohnung, wie im Fall: einer Maisonette-Wohnung, näher liegt – diesem Begriff eine von rechtlichen bzw. gesetzlichen Wertungen bzw. Vorgaben abweichende Bedeutung beimessen. So kann bei einer Maisonette-Wohnung mit Dachschrägen im ausgebauten Spitzboden der Begriff „Wohnfläche“ auch bezogen auf die reine Grundfläche nach DIN 277 verwendet worden sein, also ohne Abzug für Schrägen.²⁸

Im Formularmietvertrag sollten präzise Angaben zur Mietflächenbestimmung und -berechnung enthalten sein.²⁹ Für gewerblich genutzte Flächen können die Grundflächen angesetzt werden, ohne dabei einen Abzug von Flächen mit einer lichten Höhe unter 2 m vorzunehmen. Im „Maisonette-Fall“ beträgt die tatsächliche Grundfläche der angemieteten Wohnung unstreitig 109,03 qm, so dass – bei unterstellter Vereinbarung über die Berechnung nach der Grundfläche – gegenüber der angegebenen Fläche von 110 qm nur eine unerhebliche Abweichung vorliegt, die nicht zur Minderung führt, § 536 Abs. 1 S. 2. Nach den §§ 42-44 der II. BerechnungsVO bzw. der neuen Wohnflächenverordnung beträgt die Wohnfläche dagegen nur 89 qm und führt zur erheblichen Mietminderung.³⁰

Die im konkreten Fall gegebene Wohnflächendifferenz von rund 20 qm und ca. 17,6% führt zur Annahme eines Mangels. Die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch setzt voraus, dass sie mit der vertraglich vereinbarten Größe nutzbar ist. Weist eine gemietete Wohnung eine Wohnfläche auf, die mehr als 10% unter der im Mietvertrag angegebenen Fläche liegt, stellt dieser Umstand grundsätzlich einen Mangel der Mietsache i. S. des § 536 Abs. 1 S. 1 dar, der den Mieter zur Minderung der Miete berechtigt. Einer zusätzlichen Darlegung des Mieters, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist, bedarf es nicht.³¹ Unerheblich ist, wenn dem Mieter die geringere Wohnfläche über einen längeren Zeitraum nicht aufgefallen war. Die Mietminderung erstreckt sich auf den vollen Umfang der Flächendifferenz. Seine Rechtsprechung hat der VIII. Senat jüngst in einem Fall einer überhöhten Wohnflächenangabe im Mieterhöhungsverlangen bekräftigt; danach ist eine Flächenabweichung von mehr als 10% erheblich.³²

c) Rechtsfolgen der Flächenabweichung

Nach der Rechtsprechung sieht die rechtliche Einordnung der Flächenabweichungsproblematik³³ wie folgt aus:

Im Regelfall stellt die Mietflächenangabe im Mietvertrag keine Eigenschaftszusicherung gem. § 536 Abs. 2 dar. Regelmäßig bestimmt sie die Anforderungen an die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch nach § 536 Abs. 1 S. 1, die sog. Sollbeschaffenheit. Nach dem im Mietrecht herrschenden subjektiven Mangelbegriff³⁴ liegt ein solcher vor, wenn die Fläche tatsächlich kleiner ist als im Vertrag festgeschrieben. § 536 Abs. 1 S. 2 zufolge ist der Mieter zur Minderung der Miete berechtigt, es sei denn, es handelt sich nur um eine unerhebliche Beeinträchtigung, § 536 Abs. 1 S. 3 BGB. Die Bagatellabweichung liegt überwiegend Meinung zufolge bei maximal 5% der Mietfläche.³⁵ In der gewerblichen Mietpraxis werden Mietverträge bereits im Planungsstadium der Immobilie geschlossen, um die sog. – angestrebte – Voll-Vermietung im Rahmen der Projektentwicklung zu erreichen. Diese sog. „Vermietung vom Reißbrett“ enthält des öfteren Klauseln, wonach bereits bei einer Abweichung von 3% der tatsächlichen von der vertraglich ausbedungenen und kalkulatorisch angesetzten Fläche eine Mietanpassung ergeht.³⁶ Schon ab 3%, mindestens ab 5%, in jedem Fall bei 10% Abweichung ist stets ein wesentlicher Mangel zu bejahen.³⁷ Aus Klarstellungsgründen ist eine Vertragsregelung erforderlich.³⁸

Die konkrete Beeinträchtigung des Mietgebrauchs aufgrund der Minderfläche muss nach überwiegender Auffassung nicht dargelegt werden.³⁹ Die erhebliche Minderfläche stellt stets einen sog. quantitativen Mangel dar.⁴⁰ Bei einem wesentlichen Mangel ist die Minderung nach der prozentualen Flächenabweichung zu berechnen.⁴¹

Bei aufgrund der erheblichen Flächenunterschreitung zu viel gezahlter Miete steht dem Mieter grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 ein Anspruch gegen den Vermieter auf Rück-

26) BGH, Urteil vom 24. 3. 2004 – VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230 = WM 2004, 337.

27) Wohnflächenverordnung, BGBl. I 2003, S. 2346; dazu Langenberg, NZM 2004, 41; im Überblick Zürn, AnwaltInfo Mietrecht, AIM 2004, 8.

28) BGH, NJW 2004, 2230 = WM 2004, 337.

29) Leo, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, A Rdn. 308 f; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, VI 1 Anm. 5.

30) BGH, NJW 2004, 2230, 2231 = WM 2004, 337; BGH, NZM 2004, 456 = WM 2004, 268 (keine Maßtoleranz).

31) BGH, Urteil vom 24. 3. 2004 – VIII ZR 295/03, AIM 2004, 114 = WM 2004, 336; zuvor OLG Karlsruhe, NZM 2002, 218 = GuT 2002, 179; OLG Frankfurt, NZM 2003, 431 = WM 2003, 25; eine erhebliche Flächendifferenz und die konkrete Gebrauchseinschränkung forderten zuvor OLG Dresden, ZMR 1998, 417, 420 = WM 1998, 144; LG Berlin, NZM 1999, 412; eingehend Scheffler, NZM 2003, 17; Junker, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, D Rdn. 129.

32) BGH, Urteil vom 7. 7. 2004 – VIII ZR 192/03, NZM 2004, 699, 700 = WM 2004, 485.

33) Im Anschluss an Scheffler, NZM 2003, 17, 18 f m.w.N.; Kraemer, NZM 2000, 1121; Borutzki-Pasing, VI 1 Anm. 5.

34) Aktuell König, Mietmängellexikon, 2004, Rdn. 3, 178 m.w.N.; Derleder, NZM 2002, 2002, 676; Kraemer, NZM 2000, 1121.

35) Ggf. auch zwischen 5 bis maximal 10%, BGH, AIM 2004, 114 = WM 2004, 336; zur Minderfläche der verkauften Wohnung von 10% BGH, NJW 1997, 2874 = WM 1997, 625; vgl. auch Schul/Wichert, ZMR 2002, 633, 638; OLG Karlsruhe, NZM 2002, 218 = GuT 2002, 179, Toleranzgrenze von 10%; Borutzki-Pasing, zieht die Grenze bei 10% in seinem Muster, VI 1 Anm. 5.

36) Dazu Schmidt, NZM 2003, 505, 507; Scheffler, NZM 2003, 17, 18.

37) So im Anschluss an die BGH-Rechtsprechung BGH, NZM 2004, 699, 700 = WM 2004, 485; NZM 2004, 453 = NJW 2004, 1947 = WM 2004, 336.

38) Die sorgfältige Beratung bei der Flächenfestschreibung betont Junker, D Rdn. 130 f; Borutzki-Pasing, a. a. O.

39) BGH, AIM 2004, 114 = WM 2004, 336; Kraemer, NZM 1999, 156, 160; Scheffler, NZM 2003, 17, 18; Junker, D Rdn. 130.

40) So Kraemer, NZM 1999, 156; Scheffler, NZM 2003, 17, 18.

41) BGH, AIM 2004, 114 = WM 2004, 336; OLG Karlsruhe, NZM 2002, 218 = GuT 2002, 179; Kraemer, NZM 1999, 156; Scheffler, NZM 2003, 17, 18.

zahlung zu; dies gilt auch für die aufgrund eines Mieterhöhungsverlangens zuviel gezahlte Miete.⁴²

Zu überlegen ist, ob dem Mieter ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zusteht.⁴³ Nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 kann der Mieter den Mietvertrag aus wichtigem Grund außerordentlich kündigen, wenn ihm der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht gewährt oder wieder entzogen wird. Davon ist auszugehen, wenn die Mietsache einen Mangel nach § 536 Abs. 1 S. 2 aufweist, den der Vermieter trotz Fristsetzung gem. § 543 Abs. 3 S. 1 nicht beseitigt. Da der Vermieter bei Flächenabweichung regelmäßig keine Abhilfe schaffen kann, ist die Fristsetzung nach § 543 Abs. 3 S. 1 entbehrlich. Wegen §§ 543 Abs. 4 S. 1, 536 b S. 1, 2 ist die Kündigung regelmäßig nicht wegen Kenntnis des Mieters vom Mangel ausgeschlossen, weil er vor Vertragsabschluss zumeist die Mietsache in leerem Zustand besichtigt und die Vermieterangaben schwerlich überprüfen kann, abgesehen von Evidenzfällen z. B. einer doppelt so großen Flächenangabe des Vermieters als tatsächlich vorhanden; solche Fallkonstellationen legen die Arglist des Vermieters nahe.

Eine Differenzierung erscheint angezeigt, wenn der Mieter während des bereits seit längerem laufenden Mietverhältnisses die Einschränkung des Mietgebrauchs ohne für ihn fühlbare Beeinträchtigung hingenommen hat. Die auf das gerechte Einzelfallergebnis abzielende Billigkeit gebietet es, einem solchen Mieter bei einem erheblichen Mangel das Minderungsrecht zu gewähren, das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zu versagen.⁴⁴ Das Vorliegen eines besonderen Interesses an der Kündigung nach § 542 Abs. 2 a. F. ist in § 543 Abs. 2 Nr. 1 nicht übernommen worden. Das Erfordernis der Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ist aus der Generalklausel des § 543 Abs. 1 S. 2 heranzuziehen. Dies könnte als stillschweigendes Tatbestandsmerkmal der Kündigungsgründe des § 543 Abs. 2 Nr. 1 dogmatisch hergeleitet werden.⁴⁵ Eleganter ist es, nicht zuletzt unter Würdigung der Vorgehensweise des modernen Gesetzgebers und seiner Verwendung der Regelbeispieltechnik § 543 Abs. 2 Nr. 1 als Regelbeispiel des wichtigen Grundes nach § 543 Abs. 1 S. 1 aufzufassen.⁴⁶ Will der Mieter aufgrund der Flächenabweichung aus wichtigem Grund kündigen, muss er konkrete Umstände darlegen, die ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses trotz des bestehenden Anspruchs auf Mietminderung unzumutbar erscheinen lassen. Demgemäß kann er nur im Ausnahmefall nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 kündigen, falls er in der abgelaufenen Mietzeit die Mietsache ohne konkrete Beeinträchtigung genutzt hat.⁴⁷ Zu überlegen ist, ob die Rechtsprechung des VIII. Senats auf das Gewerbemietrecht übertragbar ist. Grundsätzlich dürfte davon auszugehen sein, und zwar unter Berücksichtigung der Flexibilität dieses Rechts.

3. Schönheitsreparaturen

Der Mietrechtspraktiker befasst sich im Wohn- und Gewerberaummietrecht ständig mit der Gestaltung und Auslegung von Schönheitsreparaturklauseln. Bisweilen fragt er sich, ob und wenn ja, wie genau „die Schönheit überhaupt repariert“ werden kann? Genau betrachtet spricht man weniger von „Reparaturen“, sondern eher von – um bei der „Schönheit“ zu bleiben – „Kosmetik“, „um einen üblicherweise als unansehnlich bewerteten Zustand der Dekoration des Mietobjekts (-sache) zu beseitigen.“⁴⁸ Der Begriff scheint in sich bereits nicht stimmig zu sein. Gleichwohl gehen Rechtsprechung und Lehre von ihm wie selbstverständlich aus und streiten sich über Einzelheiten. Bezeichnenderweise ist dieser Bereich im Mietrecht überaus konflikträchtig und umkämpft.

a) Begriff und Inhalt der Schönheitsreparaturen

Auch bei preisfreiem Wohnraum ist die direkt nur für preisgebundene Wohnungen einschlägige Definition von § 28 Abs. 4 S. 4 II. BerechnungsVO heranzuziehen; § 7 Abs. 2 BMJ-Mustermietvertrag 1976 ist gleichlautend.

In einer aktuellen Entscheidung bejaht der VIII. Zivilsenat die Bestimmtheit formularmäßiger Überbürdung der Schönheitsreparaturlast. Die Mietvertragsklausel, wonach der Mieter die „Kosten die Schönheitsreparaturen trägt“, ist ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht als bloße Kostenübernahmeregelung zu verstehen, sondern dahin auszulegen, dass der Mieter – entsprechend der im Wohnraummietrecht üblichen Handhabung – zur Ausführung der Schönheitsreparaturen verpflichtet ist.⁴⁹ Die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist, wenn dies auch weiterhin der Vereinbarung bedarf, Verkehrssitte geworden, und die Parteien eines Wohnraummietvertrags erachten es als selbstverständlich, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen zu tragen hat; regelmäßig wird diese Belastung des Mieters bei der Kalkulation der Miete berücksichtigt.⁵⁰ In diesem Zusammenhang stellt der Senat ab auf den „Empfängerhorizont eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Mieters“⁵¹, um vermittels eines vermeintlich objektivierten (?) Maßstabs ein gewolltes und für gerecht erachtetes Ergebnis konsensbegründend darlegen zu können. Wälzt eine Klausel in allgemein rechtlich zulässiger Weise die Schönheitsreparaturen auf den Mieter ab, ist ihr Inhalt durch Auslegung zu ermitteln und so aufzufassen, dass die Arbeiten nach § 28 II. BerechnungsVO angesprochen sind.⁵² Sie beinhalten nur das „Tapezieren, Anstreichen oder Kalken (?) der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen“. Fußböden werden überwiegend mit Teppichböden ausgelegt, so dass an die Stelle des Streichens die Teppichreinigung getreten ist.⁵³ Nach allgemeiner Ansicht gilt vorstehende Definition ebenso für Gewerberaum, wobei z.T. streitig ist, ob die Erneuerung von Bodenbelägen, vor allem Teppichböden, dazu zählt.⁵⁴ Beim Gewerberaum ist es zulässig, dass der Vermieter die Ausführung der Schönheitsreparaturen nur durch einen Fachbetrieb vorschreibt.⁵⁵ Zur Vermeidung von Streitigkeiten sollte im Gewerbemietvertrag eine begrifflich klare und abschließende Aufzählung von Art und Umfang der Schönheitsreparaturen enthalten sein.

b) Summierungseffekt von Schönheitsreparatur- und unwirksamer Endrenovierungsklausel

Eine unangemessene Benachteiligung einer Vertragspartei – und damit eine Unwirksamkeit der Gesamtregelung – kann sich aus dem Zusammenwirken zweier Formulklauseln auch dann ergeben, wenn eine dieser Klauseln schon für sich ge-

42) BGH, NZM 2004, 699 = WM 2004, 485.

43) Zum Folgenden näher Scheffler, NZM 2003, 17, 18 f. m.w.N.

44) Diese Differenzierung trifft Scheffler, NZM 2003, 17, 18 f.

45) So Kraemer, NZM 2001 553, 559.

46) Im Anschluss an Scheffler, NZM 2003, 17, 18; a.A. Kraemer, NZM 2001, 553, 558.

47) Scheffler, NZM 2003, 17, 19.

48) So Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 80.

49) BGH, Urteil vom 14. 7. 2004 – VIII ZR 339/03, NJW 2004, 2961 = WM 2004, 529.

50) BGH, NJW 2004, 2961, 2962 = WM 2004, 529; BGHZ 92, 363, 368 = NJW 1985, 480 = WM 1985, 46; BGHZ 101, 253, 262 = NJW 1987, 2564 = WM 1987, 306; zum Recht der Schönheitsreparaturen aktuell Börstinghaus, NZM Heft 21/2004.

51) BGH, NJW 2004, 2961, 2962 = WM 2004, 529.

52) BGH, RE vom 30. 10. 1984, BGHZ 92, 363 = NJW 1985, 480 = WM 1985, 46; ständige Senatsrechtsprechung, aktuell BGH, NZM 2004, 497 = WM 2004, 333 mit Anm. Wiek; NJW 2004, 2961 = WM 2004, 529; eingehend Langenberg, Schönheitsreparaturen bei Wohnraum und Gewerberaum, 2. Aufl. 2001; ders., NZM 2000, 1125; Börstinghaus, a. a. O.; Gather, Schönheitsreparaturen und kleine Instandhaltungen, 1996, S. 42; Riecke/Schütt, Schönheitsreparaturen, 1999, S. 19; zugespitzt aus Sicht der Verbände: Stürzer, WM 2004, 512 (Haus & Grund); Goch, WM 2004, 513 (Mieterbund).

53) Langenberg, NZM 2000, 1125; Gather, a. a. O.; Riecke/Schütt, a. a. O.

54) Bejahend OLG Düsseldorf, NJW-RR 1989, 663 = WM 1989, 508; verneinend OLG Celle, NZM 1998, 158; OLG Stuttgart, NJW-RR 1985, 1101; Langenberg, NZM 2000, 1125.

55) Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 88.

sehen unwirksam ist.⁵⁶ Nach der Rechtsprechung des VIII. Senats ist eine Regelung in einem vom Vermieter verwendeten Formularmietvertrag, die den Mieter verpflichtet, die Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme der letzten Schönheitsreparaturen renoviert zurückzugeben, wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters – jetzt – nach § 307 unwirksam. Etwas anderes gilt dann, wenn die Fristen seit Ausführung der letzten Schönheitsreparaturen bei Vertragsende bereits abgelaufen waren. Im Vertrag des vorliegenden Falls heißt es gegenteilig, dass die Renovierung bei Beendigung der Mietzeit ohne Rücksicht auf den für Schönheitsreparaturen vereinbarten Zeitablauf zu erfolgen hat.

Dem VIII. Senat zufolge können jeweils für sich unbedenkliche Klauseln einen Summierungeffekt aufweisen und in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen. Diese Gesamtschau greift bei Beurteilung 1.) der Schönheitsreparaturregelung während und 2.) der Beendigungsbestimmungen am Ende des Mietverhältnisses, kann zur Kollision von Bedarfs- und Endrenovierungsklausel und somit zur Unwirksamkeit der Gesamtregelung führen. Zudem dürfte eine unangemessene Benachteiligung aus dem Zusammenwirken zweier Klauseln daraus resultieren, wenn eine dieser Klauseln für sich betrachtet unwirksam ist und eine Unwirksamkeit der Gesamtregelung nach sich zieht.⁵⁷ Die vom Senat entwickelte „Infizierungstheorie“ kann Regelungszusammenhänge zwischen verschiedenen Formularvertragsklauseln herstellen und zur Unwirksamkeit von Schönheitsreparatur-, Instandhaltungs-, Instandsetzungs-, Bedarfs- und Endrenovierungsklauseln sowie sonstigen Beendigungsbestimmungen führen. Ein „Kaskadeneffekt der Klauselunwirksamkeit“ drängt sich auf. Dem kann der Mietrechtler nur durch sorgfältige Vertragsgestaltung unter Beachtung der Rechtsprechung zu entgehen suchen. Komplizierte Regelungen können zudem bei Berücksichtigung des „durchschnittlichen Teilnehmers am Mietrechtsverkehr“ vor dem Hintergrund des an Bedeutung zunehmenden Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 S. 2 zur Klauselunwirksamkeit führen.⁵⁸ Daraus erwächst die Forderung, Mietvertragsformulare insofern transparenter zu gestalten, dass die Renovierungspflichten des Mieters in einer zentralen Klausel konzentriert werden.⁵⁹

c) „Bedarfsklausel“

Flexible Schönheitsreparaturfristen und eine eingeschränkte Endrenovierungsklausel können wirksam sein. In diesem Sinn hat der VIII. Senat entschieden⁶⁰: Eine Mietvertragsklausel zur Tragung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter, wonach die schlichte Abwälzung derselben flankiert wird mit einer Fußnote „Im Allgemeinen werden Schönheitsreparaturen in den Mieträumen in folgenden Zeitabständen erforderlich sein: in Küchen, Bädern und Duschen alle 3 Jahre, in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle 5 Jahre, in anderen Nebenräumen alle 7 Jahre“, die kombiniert ist mit der weiteren Klausel „Hat der Mieter die Schönheitsreparaturen übernommen, hat er spätestens bis Ende des Mietverhältnisses alle bis dahin je nach dem Grad der Abnutzung oder Beschädigung erforderlichen Arbeiten auszuführen, soweit nicht der neue Mieter sie auf seine Kosten – ohne Berücksichtigung im Mietpreis – übernimmt oder dem Vermieter die Kosten erstattet ...“ hält der Inhaltskontrolle – jetzt – nach § 307 stand.

Der Senat erachtet die Klausel als hinreichend transparent, weil in der oben angeführten Fußnote in einem Fristenplan die „im Allgemeinen“ angemessenen zeitlichen Abstände für die erforderlichen Renovierungsarbeiten in den verschiedenen Räumen einer Wohnung festgelegt werden. Das Verständnis der im Zusammenhang zu lesenden Klausel überfordert den Mieter dem BGH zufolge nicht.⁶¹ Ein anderes zu

begründendes Ergebnis hätte vermutlich eine Überforderung des „Durchschnittsmieters“ nach sich gezogen.

Im Fall konstatiert der Senat eine eingeschränkte Endrenovierungsklausel, welche mit den anderen Mietvertragsregelungen im Zusammenhang zu erfassen ist. Daraus folgt für den BGH unmissverständlich, dass der Mieter bei Ende des Mietverhältnisses nicht unbedingt und ohne Rücksicht auf die seit Mietbeginn oder der letzten Renovierung verstrichenen Fristen eine vollständige Endrenovierung der Wohnung vorzunehmen hat. Hier ist der Mieter nur insoweit verpflichtet, als nach dem Abnutzungszustand unter Berücksichtigung des Fristenplans ein Bedürfnis besteht. Eine derart eingeschränkte Renovierungspflicht erfasst in angemessener und ausgewogener Weise sowohl die Belange des Mieters, von einer starren, über den eigenen Abnutzungszeitraum hinausreichenden Renovierungslast verschont zu bleiben, als auch das Interesse des Vermieters an der Erlangung einer rechtlich und wirtschaftlich als Teil des Entgelts für die Gebrauchsüberlassung der Wohnung anzusehenden Leistung des Mieters.⁶²

Nach der Senatsrechtsprechung ist eine formularmäßige Abgeltungsklausel mit § 307 vereinbar, die den Mieter zur Zahlung eines dem seit Mietbeginn oder der letzten turnusmäßigen Schönheitsreparatur verflommenen Zeitraum entsprechenden prozentualen Anteils an den geschätzten Renovierungskosten verpflichtet. Im Fall scheidet eine solche zeitanzeilige Quotelung der Renovierungslast und deren finanzielle Abgeltung aus, weil die konkrete Klausel nur davon spricht, der Mieter habe „die erforderlichen Arbeiten auszuführen“.⁶³

Bei dieser Klausel greift die Verpflichtung zur Endrenovierung nur dann ein, wenn die Fristen für die turnusmäßigen Schönheitsreparaturen „unerledigt“ abgelaufen sind. Dadurch unterscheidet sich diese Klausel von der unbedingten bzw. starren Endrenovierungspflicht, welche der Klauselkontrolle eben nicht standhält. Der Sinn und Zweck der Klausel bestätigt die Auslegung: Wenn der Mieter schon nicht die turnusmäßigen Erhaltungsarbeiten vornimmt, soll er bei Beendigung des Mietverhältnisses seine vertragliche Renovierungspflicht erfüllen; anderenfalls würde er entgegen den Mietvertragsregelungen ungerechtfertigt bereichert, und dem Vermieter entginge ein Teil des kalkulierten Entgelts der Gebrauchsüberlassung der Wohnung.⁶⁴ Da die Pflicht zur Endrenovierung nicht unabhängig von den erwähnten Fristen, sondern erst nach deren Ablauf besteht, wird der Mieter nicht unangemessen benachteiligt.⁶⁵ Im Fall ergibt sich die Unwirksamkeit der Klausel auch nicht wegen der aus dem Summie-

56) BGH, Urteil vom 14. 5. 2003 – VIII ZR 308/02, NJW 2003, 2234 = WM 2003, 436; Bestätigung von BGHZ 127, 245, 253 f = NJW 1995, 254 = WM 1995, 28; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 179.

57) BGH, NJW 2003, 2234, 2235 = WM 2003, 436; zuvor BGH, NJW 1998, 3114 = NZM 1998, 710 = WM 1998, 592; BGH, NJW 1993, 532 = WM 1993, 175; BGHZ 101, 253, 268 f = NJW 1985, 2564 = WM 1987, 306.

58) Zur Aufwertung des Transparenzgebots und den Konsequenzen für das Mietrecht Schumacher, NZM 2003, 13; Schmidt, NZM 2003, 505, 506; Pfeiffer, in: Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Änderung AGB-rechtlicher Vorschriften, Stand: Januar 2002, Rdn. 25.

59) Kappus, NZM 2002, 761, 762, das GdW-Muster kritisierend; dagegen Erwidung aus dem GdW von Bachmann, NZM 2002, 768; zwischenzeitlich änderte der GdW sein Formular nach dem „Kappus-Katalog“, vgl. NZM-aktuell, Heft 6/2003, S. V; Anm. der Schriftleitung, NJW 2003, 2235.

60) BGH, Urteil vom 28. 4. 2004 – VIII ZR 230/03, NZM 2004, 497 = WM 2004, 333 mit Anm. Wiek.

61) BGH, NZM 2004, 497 = WM 2004, 333.

62) BGH, NZM 2004, 497, 498 = WM 2004, 333; zuvor Senat, BGHZ 105, 71, 79 = NJW 1988, 2790 = WM 1988, 294.

63) BGH, NZM 2004, 497, 498 = WM 2004, 333; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 182 ff.

64) BGH, a. a. O.

65) BGH, a. a. O.; OLG Bremen, NJW 1983, 689 = WM 1982, 317; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 163, 183.

rungseffekt folgenden unangemessenen Benachteiligung des Mieters.⁶⁶

d) Wirksamkeit einer „Quotenklausel“

Eine mietvertragliche Formalklausel, die den Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses vor Ablauf der Fristen zur Ausführung von Schönheitsreparaturen zu einer zeitanteiligen Kostenbeteiligung verpflichtet und ihm die Wahl zwischen der Zahlung und einer fachgerechten Renovierung überlässt, benachteiligt den Mieter nicht unangemessen. Einhergehend damit kann der Mieter zur Erstattung von Gutachterkosten verpflichtet sein, wenn der Vermieter einen Sachverständigen mit der Feststellung des Zustands der Mietwohnung beauftragt, weil der Mieter seine Zahlungspflicht aus einer solchen Kostenabgeltungsklausel bestreitet.⁶⁷

Die Abgeltungsklausel ergänzt die Vertragspflicht des Mieters zur Durchführung der Schönheitsreparaturen nach dem Fristenplan. Sie soll dem Vermieter, der von dem ausziehenden Mieter mangels Fälligkeit der Schönheitsreparaturen keine Endrenovierung verlangen kann, zumindest einen prozentualen Anteil an Renovierungskosten für den Abnutzungszeitraum während der Mietzeit sichern. Zugleich kann es dem Interesse des Mieters entsprechen, seiner Zahlungspflicht durch eine Renovierung in – fachgerechter – Eigenleistung zuvorzukommen.⁶⁸ Dieser Interessenlage trägt die vorliegende „Quotenklausel“ Rechnung. In dieser Auslegung hält die Abgeltungsklausel der Inhaltskontrolle stand.

In dem vorliegenden Fall bekräftigt der VIII. Senat die Auffassung, dass Kosten, die dem Vermieter dadurch erwachsen, dass er nach Auszug des Mieters einen Sachverständigen mit der Feststellung des Zustands der Wohnung beauftragt, im Rahmen eines bestehenden Schadensersatzanspruchs erstattungsfähig sind.⁶⁹ Gelegentlich diskutierte Einschränkungen dieses Anspruchs unter den Gesichtspunkten der Erforderlichkeit bzw. der Schadensminderungspflicht erachtet der BGH regelmäßig nicht als gerechtfertigt. Der Vermieter hat in der Regel ein dringendes und berechtigtes Interesse, vorhandene Mängel alsbald beseitigen zu lassen, um die Wohnung möglichst rasch wieder vermieten zu können. Er muss sich zur Rechtsdurchsetzung grundsätzlich nicht aus Kostengründen auf andere, im konkreten Fall ggf. weniger geeignete Beweismittel, etwa Zeugen mit nicht zu prognostizierendem Erinnerungsvermögen oder die Vorlage von Lichtbildern verweisen lassen, sondern kann zur Beweissicherung auf das Gutachten eines Sachverständigen als ein objektives und geeignetes Beweismittel zurückgreifen.⁷⁰

Der Senat bemerkt allgemeingültig zur Auslegung von mietrechtlichen AGB: Sie sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen sind.⁷¹

Darüber hinaus bestätigt der Senat allgemeine Feststellungen zu Art und Umfang sowie Beweislast bei Schönheitsreparaturen. Aus Sicht einer verständigen Mietpartei ist die Klausel dahin auszulegen, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen auch nur in einzelnen Räumen der Wohnung ausführen und er hierdurch seine Zahlungspflicht aus der Abgeltungsklausel entsprechend verringern kann. Der Wirksamkeit der Klausel steht nicht entgegen, dass der Mieter eine unrenovierte Wohnung übernommen hat, da nach der Klausel die maßgeblichen Fristen jedenfalls nicht vor dem Anfang des Mietverhältnisses zu laufen beginnen. Der Klausel zufolge sind Schönheitsreparaturen stets fachgerecht in mittlerer Art und Güte auszuführen, § 243 Abs. 1.⁷² Die Beweislast für das Abwälzen trägt der Vermieter, für deren ordnungsgemäße Erfüllung trifft sie den Mieter.⁷³

e) Unwirksamkeit von „starren“ Schönheitsreparaturfristen

Vorformulierte Fristenpläne für die Ausführung von Schönheitsreparaturen müssen, um der Inhaltskontrolle standzuhalten, so abgefasst sein, dass der durchschnittliche, verständige Mieter ohne weiteres erkennen kann dass der Fristenplan nur ein Näherungswert ist, von dem wegen des guten Erhaltungswert der Mieträume – namentlich wegen der Verwendung „langlebiger“ Materialien – auch nach oben abgewichen werden kann. Die Formulierung „im Allgemeinen“ aus dem Mustermietvertrag 1976, die die Verständnismöglichkeiten des Mieters nicht überfordert, ist für diesen Zweck ausreichend.⁷⁴ Im aktuellen Fall ist der Fristenplan nicht als Richtlinie, sondern vielmehr als „starre“ Fälligkeitsregelung zu sehen. Nach dem Wortlaut sind die Schönheitsreparaturen „wenn erforderlich, mindestens aber“ nach dem dort aufgeführten Fristenplan auszuführen. Diese Regelung ist unwirksam, weil sie dem Mieter ein Übermaß an Renovierungspflichten auferlegt. Zwar kann der Vermieter die ihn grundsätzlich treffende Gebrauchserhaltungspflicht, wozu auch die Pflicht zur Ausführung der Schönheitsreparaturen zählt, – selbst durch AGB – auf den Mieter übertragen. Jedoch ist eine formularvertragliche Regelung, die den Mieter mit Renovierungsarbeiten belastet, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen, mit der gesetzlichen Regelung in § 535 Abs. 1 S. 2 unvereinbar. Sie würde dem Mieter eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegen, als der Vermieter dem Mieter ohne vertragliche Abwälzung der Schönheitsreparaturen schulden würde. Obwohl ein Renovierungsbedarf tatsächlich nicht besteht, ist ein Interesse des Vermieters, den Mieter zur Wohnungsrenovierung zu verpflichten, nicht schützenswert. Mithin muss sich eine wirksame Klausel am tatsächlichen Renovierungsbedarf ausrichten. Demnach müssen die Räume nach Ablauf der Fristen von zwei bzw. fünf Jahren nicht zwangsläufig renovierungsbedürftig sein. Daran kann es fehlen, wenn der Mieter die Wohnung oder einzelne Räume wenig nutzt, z. B. infolge längerer Abwesenheit, oder wenn er die Räume mit besonders „langlebigen“ Tapeten oder Farben versehen hat.⁷⁵ Der Senat arbeitet die Interessen der Parteien heraus und bewertet sie nachvollziehbar.

66) Zum Summierungseffekt zuletzt VIII. Senat, NZM 2003, 594 = NJW 2003, 2234 = WM 2003, 436; NZM 2003, 755 = NJW 2003, 3192 = WM 2003, 561 = GuT 2003, 234 KL; NZM 2004, 497 = WM 2004, 333; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 177 ff. Zur Unwirksamkeit „starrer“ Schönheitsreparaturfristen LG Hamburg, NZM 2004, 295 = WM 2004, 194.

67) BGH, Urt.v. 26. 5. 2004 – VIII ZR 77/03, NZM 2004, 615 = WM 2004, 466; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 329 ff.

68) BGH, NZM 2004, 615, 616 = WM 2004, 466; zuvor BGHZ 105, 71, 77, 84 = NJW 1988, 2790 = WM 1988, 294; diesen Gesichtspunkt betont Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 195 ff u. a. in kritischer Auseinandersetzung mit der BGH-Rspr.

69) BGH, NZM 2004, 615, 616 = WM 2004, 466; OLG Hamburg, WM 1990, 75; OLG Hamm, NJW 1983, 1332 = WM 1983, 76; KG, GE 1985, 249; 1995, 1011, 1012; OLG Köln, NJW-RR 1994, 524 = WM 1994, 274; Scheuer, in: Bub/Treier, V Rdn. 180; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Aufl. 2003, § 535 Rdn. 73; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 329; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., II Rdn. 1452.

70) BGH, NZM 2004, 615, 616 f = WM 2004, 466; Scheuer, in: Bub/Treier, V Rdn. 180; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 331.

71) Ständige Rechtsprechung des VIII. Senats, NZM 2004, 615 = WM 2004, 466; zuvor BGHZ 102, 384, 389 f = NJW 1988, 1261; kritisch Hensen, NZM 1998, 937; ders., NZM 1999, 151, 152, 155 f.

72) Vgl. nur Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 81 m.w.N.

73) BGH, NZM 2004, 615, 616 f = WM 2004, 466; BGHZ 105, 71, 78, 84 ff = NJW 1988, 2790 = WM 1988, 294; NZM 1998, 710 = NJW 1998, 3114 = WM 1998, 592; OLG Celle, NZM 2001, 850 = WM 2001, 393; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 378 ff.

74) BGH, Urteil vom 23. 6. 2004 – VIII ZR 361/03, NZM 2004, 653 = WM 2004, 463; zuvor aktuell Senat, NZM 2004, 497 = NJW 2004, 2087 = WM 2004, 333.

75) BGH, NZM 2004, 653, 654 = WM 2004, 463; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 223 f; AG Gießen, ZMR 2002, 828 = WM 2002, 212, 213; Häublein, ZMR 2000, 139, 141; zu den unterschiedlichen Haltbarkeitszeiten bei Tapezier- und Malerarbeiten Lützenkirchen, ZMR 1998, 605, 606.

Im vorliegenden Fall zieht die Unwirksamkeit der „starr“⁷⁶ Fristenbestimmung die Unwirksamkeit der ganzen Schönheitsreparaturverpflichtung nach sich. Die Zurückführung der Klausel auf das gerade noch zulässige Maß durch Streichen der Worte „mindestens aber in der nachstehenden Zeitfolge“ wäre eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion der Formulklausel.⁷⁶

f) Vorschussanspruch auf Schönheitsreparaturen im laufenden Mietverhältnis

Der Vermieter hat auch während des laufenden Mietverhältnisses einen Anspruch auf Vorschuss für die erforderlichen Kosten der Schönheitsreparaturen, wenn der Mieter damit in Verzug geraten ist. Dieser Anspruch besteht selbst dann, wenn eine Substanzgefährdung der Mietsache noch nicht eingetreten ist.⁷⁷

g) Schönheitsreparaturklausel bei der Geschäftsraummiete

Die Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Gewerbemietnehmer ist durch Formulklausel möglich.⁷⁸ Fraglich ist die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des VIII. Senats auf die Gewerberaummietsache. Eine Schönheitsreparaturklausel in einem Geschäftsraummietvertrag ist einer neueren Entscheidung des KG zufolge nach der BGH-Rechtsprechung zum Wohnraummietrecht auszulegen. Es gilt daher auch ohne Angaben die Fristenregelung in § 7 des Mustermietvertrags 1976 und wegen des Umfangs der Arbeiten § 28 Abs. 4 S. 5 der II. BerechnungsVO. Der Fristenplan greift auch für das Streichen der Türen, Fenster und Heizungsrohre. Der Nachweis, dass die Durchführung der Arbeiten nicht notwendig ist, steht dem Mieter zu.⁷⁹ Das KG folgt dem VIII. Senat des BGH zum Wohnraummietrecht. Dem ist unter Hinweis auf die nötige Flexibilität, welche die gewerblich Tätigen bei der Vertragsgestaltung benötigen, grundsätzlich zuzustimmen.

Im Gewerberaum kann die Außenwirkung und Attraktivität der gesamten Immobilie durch die Art und Weise der Schönheitsreparaturen des Mieters in seinem Laden, d. h. seiner Mietsache, betroffen sein. Deshalb hat der Vermieter einer Ladenzeile oder eines Einkaufszentrums einen Erfüllungsanspruch, der auf eine dauernde und einheitliche bzw. vom Vermieter vorgegebene Vornahme der Arbeiten gerichtet ist, um das einheitliche Erscheinungsbild der Gewerbeimmobilie während der Vertragslaufzeit durchgängig zu erhalten; ggf. kann er die Arbeiten koordinieren, einheitlich ausführen (lassen) und eine Kostenabwälzung auf den Mieter vornehmen.⁸⁰

In einem weiteren aktuellen Fall aus dem Gewerberaummietrecht betont das OLG Celle die Besonderheiten der Gewerberaummietsache. Das Gericht erachtet neben der formularmäßigen Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen eine zusätzliche Schlussrenovierungsklausel in einem Mietvertrag über Gewerberäume als wirksam. In Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung zum Wohnungsrecht setzt sich das OLG Celle darüber bewusst hinweg, und zwar unter Hinweis darauf, dass ein gewerblicher Mieter nicht wie ein Wohnungsmieter sozial schutzbedürftig sei. Zudem könne er sich bei den üblicherweise langfristig abgeschlossenen Gewerberaummietverträgen durch entsprechende Kalkulation seiner Einkünfte auf die Schlussrenovierung einstellen. Die Vereinbarung kürzerer Fristen als beim Wohnraum für die Durchführung der Arbeiten ist anerkanntermaßen beim Gewerberaum zulässig, und zwar namentlich unter Hinweis auf die unterschiedlich starke Abnutzung der Mietsache, z. B. bei einer Gaststätte im Jahresturnus.⁸¹ Korrekturen im Einzelfall nimmt das OLG Celle bei extrem kurzem Abstand seit der letzten Renovierung über den Einwand des Rechtsmissbrauchs i. S. v. § 242 vor.⁸² Da nach dieser Entscheidung verschiedene BGH-Judikate zur Einschränkung der Wirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln ergangen sind, ist grundsätzlich Vorsicht geboten. Die Haltung des im Gewerberaummietrecht zu-

ständigen XII. Senats bleibt abzuwarten. Allerdings greifen die Obergerichte zu Recht die regelmäßig weiterreichende Gestaltungsfreiheit im Gewerberaum- gegenüber dem Wohnraummietrecht auf, nicht zuletzt unter Hinweis auf die grundsätzlich bei der Gewerberaummietsache nicht von vornherein zu bejahende Schutzbedürftigkeit des Mieters. Der Rechtspraktiker legt den Gedanken der Beherrschung der Einfluss- und Risikosphäre bei der Mietsache zugrunde: Welche Partei soll für etwas einstehen, weil sie es beherrschen und beeinflussen kann? Welche Partei hat den nahen Zugriff? Welche Partei kann die daraus folgende finanzielle Belastung tragen? Unter Heranziehung und Beantwortung solcher und ähnlicher Fragen kann der Gewerbemietnehmer auch für die Pflege und Erhaltung des Fußbodens der Mietsache zuständig und einstandspflichtig sein.

Festzuhalten ist, dass bei der Gewerberaummietsache starre Fristen vermieden, flexible Klauseln, z. B. Abgeltung, zugrundegelegt werden sollen. Der Vertrag sollte Art, Umfang, Zeitplan und Endrenovierung exakt regeln.

4. Haftungsbegrenzungen

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG), das Mietrechtsreformgesetz (MRG) und das Schadensrechtsänderungsgesetz (SchadÄG) beinhalten Konkretisierungen und tendenziell Begrenzungen von vermietetseitigen Schadens- und Haftungsfreizeichnungsklauseln. Angesichts des – europarechtlich gestärkten – Verbraucherschutzes und eines effektiven Mieterschutzes sind derartige Klauseln grundsätzlich eng auszulegen. Sie sind zu werten vor den Schranken für

- Pauschalierungen von Schadensersatzansprüchen gemäß § 309 Nr. 5,
- den unzulässigen Haftungsausschluss nach § 309 Nr. 7, und zwar
 - bei sog. Integritätsverletzungen von Leben, Körper, Gesundheit, § 309 Nr. 7 a) und
 - über § 253 Abs. 2 von Freiheit und sexueller Selbstbestimmung sowie
 - bei grobem Verschulden, § 309 Nr. 7 b); ferner sind ausdrückliche Verbote zu beachten, im Wesentlichen
- das Verbot überraschender Klauseln i. S. v. § 305 c,
- das in seinem Anwendungsfeld zunehmende Transparenzgebot von § 307 Abs. 1 S. 2,
- das weitreichende Verbot unangemessener Benachteiligung des § 307 Abs. 2.

Zwar mag im Gewerberaummietrecht dem Grundsatz der Vertragsfreiheit bei Vertragspartnern – in etwa – gleich verteilter wirtschaftlicher Verhandlungsmacht („bargaining po-

76) BGH, NZM 2004, 653, 654 = WM 2004, 463; aktuell LG Hamburg, NZM 2004, 295 = WM 2004, 194; LG Duisburg, NZM 2004, 63 = NJW-RR 2004, 161; zuvor LG Berlin, WM 2002, 668; ZMR 2003, 487 = GE 2003, 124; LG Hamburg, WM 1992, 476; LG Köln, WM 1989, 506; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 203, 221; a. A. Häublein, ZMR 2000, 139, 142 f.; Lützenkirchen, ZMR 1998, 605, 608; zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion BGH, NJW 1982, 2309; Sonnenschein, NJW 1980, 1713, 1720; Langenberg, a. a. O.

77) BGHZ 111, 301 = NJW 1990, 2376 = WM 1990, 496; aktuell LG Berlin, NZM 2004, 655 = WM 2004, 465; zuvor LG Berlin, GE 2001, 137; GE 2002, 1198.

78) Fritz, Gewerberaummietrecht, 3. Aufl. 2000, Rdn. 222 f.; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 11 f., 24 ff., 77 ff.; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch, VI 1 Anm. 40.; Leo, A Rdn. 384 f.; Treumann, Formularbuch, S. 576 f.

79) KG, GuT 2004, 172.

80) Neuhaus, NZM 2000, 222; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 235; Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 21.

81) BGH, NJW 1983, 446; OLG Düsseldorf, ZMR 1988, 174; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 226.

82) OLG Celle, AIM 2004, 77; OLG Düsseldorf, NZM 2004, 501 = GuT 2004, 83 zu einer grundsätzlich bejahten Auszugsrenovierung von Räumen einer Anwaltskanzlei.

wer“) mehr Flexibilität an Pflicht- und Haftungsfreizeichnung zukommen.⁸³ Jedoch fragt sich der kritische Teilnehmer am „Mietrechtsverkehr“ bei der Rechtsgestaltung und -beratung: „Was geht überhaupt noch? Und, falls ja, wie weit?“⁸⁴

a) Freizeichnungsklauseln

Einen Schwerpunkt in der Kautelarpraxis stellen Freizeichnungsklauseln dar. Sie unterteilen sich in Haftungsausschluss und Haftungsbegrenzung.⁸⁵ Bei ersteren wird der Anspruchsgrund erfasst und so bereits die Anspruchsentstehung gehindert. Beispielfhaft sind die Abbedingung von Ansprüchen oder das Abwälzen von Pflichten zu erwähnen. Dieser weitgehende Ansatz wird in der Literatur zunehmend kritisch gesehen.⁸⁶ Bei der Haftungsbegrenzung bleibt die Anspruchsentstehung dem Grunde nach unberührt; der Haftungsumfang wird beschränkt. Beispielsweise sind zu nennen: Ausschluss der Haftung für einfache/leichte Fahrlässigkeit, summenmäßige Haftungsbeschränkungen, Haftungsbegrenzungen auf Personen- oder Sachschäden, Abbedingung der Haftung für entgangenen Gewinn, Ausschluss des nicht vorhersehbaren Schadens, Ausgrenzung des Mangelfolgeschadens. Ferner erscheinen Regelungen, durch die der Vermieter die Haftung subsidiär eintreten lässt oder die Haftung zeitlich festlegend beschränkt.

b) Zulässigkeit und Unwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln

Gegenstand der Freizeichnung sind jegliche Schadenersatzansprüche. Sie können ausgeschlossen oder beschränkt werden, soweit der konkurrierende vertragliche Anspruch der Freizeichnung unterliegt.⁸⁷

Im Gewerberaum sind derartige Klauseln individualvertraglich in den Grenzen von Treu und Glauben sowie der guten Sitten zulässig. Möglich ist auch ein Haftungsausschluss, der den Vermieter weitgehend von Instandsetzungsarbeiten freistellt, und zwar dann, wenn Verantwortlichkeit und Risiko des Mieters bei der Mietkalkulation berücksichtigt wurden.⁸⁸ Bei Formularklauseln sind Haftungsausschluss und -begrenzung spiegelbildlich im selben Umfang unwirksam, wie eine entsprechende Übertragung von Erhaltungspflichten unzulässig wäre. Ausschlüsse, die eine Aushöhlung der Kardinalpflichten des Vermieters i. S. v. § 535 Abs. 1 nach sich ziehen und ohne deren Erfüllung die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung nicht erfolgen kann, sind gemäß § 307 unwirksam. Die Haftungsbegrenzung auf einfache Fahrlässigkeit ist mit Ausnahme sog. Integritätsverletzungen grundsätzlich möglich, § 307 Nr. 7.⁸⁹

Bei Wohnraummietverhältnissen stoßen individual- wie formularvertragliche Abmachungen auf eine Grenze, die durch die sog. relativ zwingenden Normen errichtet ist; damit sind Regelungen gemeint, von denen zu Lasten des Mieters nicht abgewichen werden darf. Hervorgehoben sei § 536 Abs. 4, wonach Vereinbarungen, die das Minderungsrecht des Mieters beeinträchtigen, unwirksam sind. Das Minderungsrecht tangierende Haftungsausschlüsse und -begrenzungen haben daher keine Gültigkeit. Die grundsätzlich mögliche Ausnahme der Haftung für Schäden, die auf einfacher Fahrlässigkeit beruhen, § 307 Nr. 7, erstreckt sich nicht auf Mangelfolgeschäden an eingebrachten Sachen des Mieters, gegen die er sich regelmäßig nicht versichern kann. Dies hat der BGH im sog. „Wassereintrichsfall“ unlängst entschieden. Eine solche Haftungsbegrenzung verstößt gegen die Haupt- bzw. Kernpflicht des Vermieters, dem Mieter eine vertragsgemäße und entsprechend zu erhaltende Mietsache zur Verfügung zu stellen, indem sie den damit verbundenen Mieteranspruch mittelbar einschränkt.⁹⁰ Angezeigt ist nach dem BGH eine zweistufige Prüfung:

– Festzustellen ist, dass eine vertragstypische/-wesentliche Pflicht (Kern-/Kardinalpflicht) eingeschränkt wird;

– sodann ist zu prüfen, ob dadurch im jeweiligen Fall die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird.⁹¹

c) Garantiehaftung

Die Garantiehaftung des Vermieters nach § 536 a Abs. 1 1. Alt. betrifft anfängliche Mängel der Mietsache. Sie kann als für das gesetzliche Haftungssystem untypische Norm nach Rechtsprechung und herrschender Lehre grundsätzlich ausgeschlossen werden.⁹² Eine Grenze findet die Abdingbarkeit der Haftung, d. h. Haftungsausschluss und -begrenzung, für alle Arten von Mietverträgen bei arglistigem Verschweigen des Mangels in § 536 d, bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit nach § 309 Nr. 7 b) sowie bei Integritätsverletzungen gemäß § 309 Nr. 7 a) i. V. m. § 253 Abs. 2. Den formulärmäßigen Gewährleistungsausschluss für anfängliche Mängel billigt der BGH im aktuellen Fall „Schadstoffbelastetes Kasernengelände“ bei grundsätzlich für möglich gehaltener gesundheitsgefährdender Schadstoffbelastung der Mieträume, im Fall: eine ehemalige Kaserne.⁹³

d) (Zukünftig noch) Mögliche Haftungsfreizeichnungen in der Gewerberaummieta

Die Gewerberaummieta ermöglicht gegenüber der Wohnraummiete eine differenziertere, teilweise flexiblere Betrachtungsweise und Vertragsgestaltung. Die aufgelisteten Reformgesetze, Grundgedanken des Mietrechts sowie die erfassten und künftigen Grundsatzjudikate schälen einen „freizeichnungsfesten Formulierungsraum“ heraus.⁹⁴ Dieser erstreckt sich auf folgende Bereiche und Gestaltungsmöglichkeiten:

– Garantiehaftung; unter Beachtung der aufgezeigten Grenzen ist eine Freizeichnung insoweit grundsätzlich möglich.

- 83) Joachim, AIM 2003, 66 zu Freizeichnungsklauseln bei der Wohnraummiete; ders., AIM 2004, 142, zu Schadens- und Haftungsbegrenzungen in der Gewerberaummieta; zuvor ders., WM 2003, 183; ders., NZM 2003, 387; zu einem wirksam vereinbarten Haftungsausschluss König, Mietmängelllexikon Rdn. 38 f.
- 84) Fritz, NZM 2002, 713; zuvor Hensen, NZM 1999, 151; Joachim, WM 2003, 183; ders., AIM 2004, 142.
- 85) Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 9 f; Joachim, AIM 2004, 142.
- 86) Borutzki-Pasing, NZM 2004, 161, 168; Heinrichs, NZM 2003, 6, 10; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 10; Joachim, AIM 2003, 66, 69; ders., AIM 2004, 142, 143.
- 87) Palandt-Weidenkaff, BGB, 63. Aufl. 2004, § 307 Rdn. 44; Joachim, AIM 2003, 66, 67; ders., AIM 2004, 142.
- 88) BGH, NZM 2002, 655 = GuT 2002, 136 = WM 2002, 484; NJW 1984, 2404; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 11.
- 89) BGH, RE vom 24.10.2001, BGHZ 149, 89 = NJW 2002, 673 = NZM 2002, 116 = WM 2002, 141 = ZMR 2002, 184 = MDR 2002, 330 m. Anm. Lützenkirchen = GuT 2002, 45 download GuT328; Fritz, NZM 2002, 713, 717; Jendrek/Beuermann, Münchener Prozessformularbuch, 2003, B. III. Nr. 9; Schmitz-Reischauer, NZM 2002, 1019; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 12; Treuman, in: Formularbuch Vertragsrecht, S. 578.
- 90) BGHZ 149, 89 = WM 2002, 141 = GuT 2002, 45; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 13 f.
- 91) BGHZ 149, 89 = NZM 2002, 116, 117 = WM 2002, 141 = GuT 2002, 45; Joachim, AIM 2004, 142, 144.
- 92) BGH, NZM 2002, 784 = GuT 2003, 8; NJW-RR 1993, 519; OLG Düsseldorf, NZM 2000, 188; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rdn. 1384; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536a Rdn. 33, 164, 169 ff; Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Aufl. 1998, Emmerich, NZM 2002, 362; Graf v. Westphalen, NZM 2002, 368; Schmitz-Reischauer, NZM 2002, 1019; Borutzki-Pasing, NZM 2004, 161, 167; Leo, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, A Rdn. 431; Joachim, NZM 2003, 387; ders., AIM 2004, 142, 144; a.A. Sternel II Rdn. 689.
- 93) BGH, NZM 2002, 784 = GuT 2003, 8; Schmitz-Reischauer, NZM 2002, 1019; Borutzki-Pasing, NZM 2004, 161, 167; Joachim, NZM 2003, 387, 389; ders., NZM 2004, 142, 144.
- 94) Wolf/Eckert/Ball, § 536a Rdn. 383; Bub, in: Bub/Treier, II Rdn. 521; Kraemer, in: Bub/Treier, III Rdn. 1293; Leo, A Rdn. 432; Treumann, in: Form. Vertragsr., S. 578; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 Rdn. 386 ff.

- Inhaltskontrolle; die Klauselverbote der §§ 308, 309 gelten für die Gewerberaummieter gegenüber Unternehmern gemäß §§ 310 Abs. 1, 14 nicht unmittelbar; die Inhaltskontrolle greift ein über § 307, wonach die Einschlägigkeit der Klauselverbote die Unwirksamkeit bei der Gewerberaummieter zu indizieren vermag.
- Vertragszweckgefährdung; die Beeinträchtigung wesentlicher Pflichten des Gewerberaumvermieters führt zu der – widerleglichen – Vermutung, dass die jeweilige Klausel gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 verstößt. Die Gebrauchsgewährungs- und -erhaltungspflicht des Vermieters erlangt bei der Gewerberaummieter oft besonderes Gewicht, verbringt der Mieter typischerweise wertvolle Gegenstände in die Mietsache⁹⁵, deren Gefährdung bzw. Beschädigung existenzielle Auswirkungen für den Mieter zeitigen können.
- Kardinal- bzw. Kernpflicht; davon kann sich der Klauselverwender nicht mehr wirksam freizeichnen.⁹⁶ Dazu zählen nicht nur Hauptpflichten wie § 535 Abs. 1; hinzukommen können im Einzelfall Nebenpflichten, wie Schutz- und Fürsorgepflichten, z. B. wenn der Mieter einer repräsentativen Büroanlage sich vertraglich Empfangs-, Sicherheits- und Versorgungsdienste ausbedungen hat und dafür eine zusätzliche Miete zahlt. Die Pflicht zur rechtzeitigen Herstellung der Mietsache findet sich öfters in Bau-Projektentwicklungsfällen und einem dabei abgeschlossenen Mietvertrag (z. B. Mietsache vom „Reißbrett“). Die wertende Einteilung bedeutet zugleich, dass Freizeichnungsklauseln – außerhalb des (eng zu fassenden) Bereichs des vorhersehbaren typischerweise eintretenden Schadens – unwirksam sind.⁹⁷
- Risikozuweisungen; ähnlich werden wertende Betrachtungen angestellt bei Zuweisung von Verantwortlichkeiten wegen der möglichen und zumutbaren Beeinflussung und Beherrschung von Räumlichkeiten und Risikosphären, z. B. der Mietsache, Außenanlagen, öffentlichen Flächen. Der Rechtsanwender ergreift im jeweiligen Fall tatsächliche Möglichkeiten, auf den Risikobereich schadensvermeidend einzuwirken oder potenzielle Risiken vorausschauend zu erkennen und zu beherrschen („Wer ist näher dran-Test“). Demnach kann der Gewerberaummieter für die von ihm tatsächlich beherrschbare Mietsache eher einstehen als für die „Außenhaut“ der Mietsache, „Dach und Fach“, zumal dann, wenn es sich um ein komplexes Gebäude, z. B. ein Shopping-Center, handelt.⁹⁸
- Versicherungsschutz; die Unangemessenheit eines Haftungsausschlusses kann gegeben sein, wenn der Vermieter anders als der Mieter typischerweise das relevante Risiko durch eine verkehrssübliche Versicherung hätte abdecken können.⁹⁹

Unter – vorsichtiger – Beantwortung der eingangs aufgeworfenen Frage: „Was geht überhaupt noch an Haftungsfreizeichnung?“ sollte der Kautelarjurist vorrangig bei Zweifelsfragen eine Individualvereinbarung treffen. Auch dabei sind die „Grenzen der drei Grundfestungen“ zu beachten, und zwar:

- 1) Kardinal- bzw. Kernpflichten,
- 2) Integritätsverletzungen,
- 3) Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit als Verschuldensformen.

5. Mangel der Mietsache

a) Subjektiver Mangelbegriff

Ein Mangel i. S. v. § 536 Abs. 1 ist nach dem herrschenden subjektiven Mangelbegriff die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten Zustand, wobei tatsächliche Umstände und rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache in Betracht kommen.¹⁰⁰ Bestimmte äußere Einflüsse oder

Umstände können einen Mangel darstellen, z. B. die Behinderung des beschwerdefreien Zugangs zu einem gemieteten Ladenlokal. Um Ausuferungen des Mangelbegriffs wirksam zu begegnen, ist stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Mietsache erforderlich; Umstände, welche die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, sind nicht als Mängel einzustufen.¹⁰¹

b) Unmittelbarkeit als Abgrenzungskriterium

Die Verwendung des Unmittelbarkeits-Kriteriums bei der Mangelbegründung bzw. -verneinung vermag dem Rechtsanwender ein Argumentationstopos an die Hand zu geben, vermöge dessen er ein gerechtes Einzelfallergebnis konsensbegünstigend erzielen kann. Der BGH praktiziert diese Abgrenzung nicht nur im Mietrecht bei Behandlung des Mangelbegriffs, sondern beispielsweise auch im Wohnungseigentums- und Versicherungsrecht bei Festlegung des Haftpflichtversicherungsumfangs bei der Hausschwammsanierung im Wohnungseigentum. Der Risikoausschluss für „Schäden am Gemeinschafts-, Sonder- und Teileigentum“ nimmt nur den unmittelbaren Sachschaden, nicht jedoch Folgeschäden von der Leistungspflicht aus.¹⁰² Gleichwohl enthält diese Lehrformel kaum Aussagekraft.¹⁰³ Dessenungeachtet wird sie von der Rechtsprechung immer wieder herangezogen; diese Argumentation unterstützt die Risikobereichseinteilung¹⁰⁴.

c) Konkretisierung des Mangels und Ausschluss der Mängelrechte

Um der ständigen Ausuferung des Mangelbegriffs entgegenzuwirken, widmet sich die Judikatur ständig der inhaltlichen Ausformung des Mangelbegriffs. Dabei stellt sie ab auf die konkrete Gefährdung des Mieters durch die Mietsache und/oder durch deren Bestandteile. So kommt eine mangelbedingte Mietminderung wegen gesundheitsgefährdender Schadstoff-Konzentration im Holzschutzmittel der Mietsache in Betracht. Bereits das Fehlen der gesundheitlichen Unbe-

95) BGH, NJW 1985, 914; Joachim, NZM 2003, 387; ders., AIM 2004, 142, 145; zust. Borutzki-Pasing, NZM 2004, 161, 167; ders., in: Beck'sches Formularbuch Mietrecht, A VI 1 Anm. 23.

96) Kraemer, in: Bub/Treier, III Rdn. 1214; Leo, A Rdn. 432 m. w. N.; Treumann, S. 578; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536a Rdn. 171; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, A VI 1 Anm. 23.

97) BGH, NJW 1993, 335; Graf v. Westphalen, NJW 2004, 1993, 2000; Joachim, AIM 2004, 142, 145.

98) BGHZ 149, 89 = WM 2002, 141 = GuT 2002, 45; Schmitz-Reischauer, NZM 2002, 1019, 1020; Schlemminger/Tachezy, NZM 2000, 416; Joachim, GuT 2003, 166; ders., ZGS 2003, 177; ders., NZM 2000, 785; Ostermann, GuT 2003, 39; Heinz, GuT 2004, 79.

99) BGHZ 149, 89 = WM 2002, 141 = GuT 2002, 45; Schmitz-Reischauer, NZM 2002, 1019; Borutzki-Pasing, NZM 2004, 161, 167; Joachim NZM 2003, 387; ders., AIM 2004, 142, 146.

100) BGH, Urteil vom 16. 2. 2000 – XII ZR 279/97, NZM 2000, 492 = NJW 2000, 1714 = WM 2000, 593; dazu die Bespr. Emmerich, LM H. 10/2000 § 537 Nr. 51; Eckert, EWiR § 537 1/2000, 469; Leo, MDR 2000, 821; zuvor BGH, NJW-RR 1991, 204 = WM 1990, 546; aktuell OLG Rostock, NZM 2003, 282, 283; OLG Naumburg, NZM 1998, 373 = WM 1997, 675; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rdn. 1328 ff; ders., NZM 2000, 1121; Derleder, NZM 2002, 676; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 Rdn. 16; König, Rdn. 3 ff, 178 ff; Wolf/Eckert, Rdn. 218 ff, 224 ff; Joachim, NZM 2000, 785, 793 ff.

101) BGH, NZM 2000, 492, 493 = WM 2000, 593; NJW 1981, 2405; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rdn. 1342; Staudinger/Emmerich, Vorb. § 537 Rdn. 32; Ostermann, GuT 2003, 39, 40; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 Rdn. 386.

102) BGH, Urt. v 11.12. 2002 – IV ZR 226/01, NZM 2003, 197, 199 = WM 2003, 226 = GuT 2003, 100 L; Eisenschmid, in: Futterer-Blank, § 536 Rdn. 12 f.

103) Koller, NJW 1982, 201; Joachim, BB 1988, 779; ders., NZM 2000, 785, 793 ff; ders., GuT 2003, 166; Ostermann, GuT 2003, 39, 41; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, VI 2 Anm. 5 f.

104) So z. B. das OLG Bamberg bei der Beurteilung einer nicht vertragsgemäßen Zufahrt zum Supermarkt als Mangel, dazu und allgemein zu dieser Argumentation Joachim, BB 1988, 779, 780 ff.

denklichkeit kann als Mangel aufgefasst werden.¹⁰⁵ Bei der Behandlung von Gesundheitsgefahren und deren Einordnung als Mangel der Mietsache Wohnung gewährt die Rechtsprechung grundsätzlich effektiven Mieterschutz. So können auf den Vermieter bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses Aufklärungspflichten zukommen; bei der Gewerberaummiete wird eine solche Pflicht verneint bei möglichen Gesundheitsgefahren durch elektromagnetische Wellen.¹⁰⁶ Für den Mangelbegriff ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses grundsätzlich relevant. Ausnahmen werden bei veränderter Risikobeurteilung aufgrund von neueren wissenschaftlichen Erkenntnissen zugelassen, z. B. Beurteilung der Gefährlichkeit eines Baustoffes.

Im gewerblichen Mietrecht stellt man demgegenüber auf die konkrete Situationsgebundenheit der Mietsache ab, namentlich auf die unmittelbare Nachbarschaft, in der das Ladenlokal belegen ist. So ist die Miete nicht wegen Baulärms gemindert, wenn bereits bei Vertragsschluss erkennbar ist, dass in der näheren und weiteren Umgebung des Mietobjekts mit Bautätigkeiten zu rechnen ist. Ob dieses Baulärmrisiko in die Mietpreisberechnung eingegangen ist, spielt nach dem KG keine Rolle; entscheidend ist, dass der Ladenmieter mit der Bautätigkeit hätte rechnen müssen, was bei der älteren Baubsubstanz der Mietsache und ihrer Umgebung nahe liegt.¹⁰⁷ Abgesehen vom Mängelrechtsausschluss wegen Kenntnis des Mieters vom Mangel bei Vertragsschluss oder Annahme der Mietsache, § 536 b, verneint das Gericht das Überschreiten der Wesentlichkeitsgrenze i. S. v. § 536 Abs. 1 S. 3 durch die Störungen, weil diese vom Mieter im Fall nur subjektiv ohne Faktenfundierung wiedergegeben waren. Wird der innerstädtische Platz der Mietsache faktisch in eine „Baugrube“ verwandelt, können wesentlicher Mangel, Gewährleistungs- und Kündigungsrechte des Ladenmieters gegeben sein, dessen Geschäft monatlang nur über Holzstege für Kunden erreichbar ist.¹⁰⁸

Mietminderungsausschluss-Klauseln bei Gewerberäumen erachtet die Rechtsprechung als grundsätzlich wirksam, solange die Kardinalpflichten des Vermieters nicht tiefgreifend angetastet oder sogar aufgehoben werden, die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen und sie in diesem zu erhalten. Demgemäß wird der Minderungsausschluss bei Störungen der Versorgung mit Wärme, Strom, Gas oder Wasser oder Störungen der Entwässerung, die nicht vom Vermieter zu vertreten sind, für zulässig angesehen.¹⁰⁹ Das OLG Hamburg baut diese Judikatur aus und verneint einen Verstoß gegen § 307 hinsichtlich einer Klausel, wonach eine Mietminderung ausgeschlossen ist, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z. B. Verkehrsumleitung, Straßensperren, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw.), die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird und z. B. zu Umsatz- und Geschäftsrückgang führt.¹¹⁰ Damit werden Überlegungen der Beherrschbarkeit von Mängeln, namentlich von Bauarbeiten, Ver- und Entsorgungsenpässen, angeführt.

d) Anwendung der Rechtsgrundsätze auf ein vom Kunden nicht angenommenes Shopping-Center

Diese Rechtsgrundsätze hat der XII. Zivilsenat wiederholt angewendet bei der Anmietung eines Ladenlokals in einem (noch zu erstellenden) Einkaufszentrum (EKZ), wenn dies nach der Eröffnung nicht in der erwarteten Weise von den Kunden angenommen wird.¹¹¹ Umstände, die in den Fällen behandelt werden, wie das Vorhandensein eines überdachten Zuwegs vom Hauptbahnhof zum Shopping-Center (SC), der Bestand von Parkplätzen in ausreichender Zahl, das Vorhandensein anderer attraktiver Mieter, der EKZ-typische Branchennmix, die Vollvermietung des Centers, scheiden als rechtsrelevanter Mangel aus. Die fehlende Akzeptanz des EKZ beim Kunden und die nicht während der gesamten Laufzeit des Mietvertrags vorhandene Vollvermietung stellen weder einen Mangel nach § 536 Abs. 1 noch eine zusicherungs-fähige Ei-

genschaft i. S. v. § 536 Abs. 2 dar. Die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 greifen in den beurteilten Fallkonstellationen nicht ein, weil der Mieter regelmäßig das Verwendungsrisiko der Mietsache zu tragen hat.

e) Aufnahme des SC-Vermietungsstands in die Präambel des SC-Vertrags – gesetzliche Risikoverteilung

Einer neuen BGH-Entscheidung zufolge kann nicht von der Zusicherung der Vollvermietung eines SC ausgegangen werden, wenn die Parteien den gegenwärtigen Vermietungsstand in die Präambel des Mietvertrags aufgenommen haben. Weder in der Präambel noch sonst im Mietvertrag ist eine Vollvermietung über die gesamte Vertragslaufzeit zugesichert. Vielmehr billigt der XII. Senat die Auslegung des OLG Jena, wonach die Parteien nur den Vermietungsstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beschrieben haben. Eine Haftung des Vermieters wegen Verschuldens bei Vertragsschluss, namentlich kodifiziert in §§ 311 Abs. 2, 3 i. V. m. 241 Abs. 2, scheidet im Fall aus. Unter Umständen könnte eine Aufklärungspflichtverletzung Grund für eine fristlose Kündigung nach § 543 darstellen. Auch dafür bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte. Die bloße Beschreibung der Mietsituation zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ohne jede Garantie, dass diese Situation auf Dauer bestehen bleibt, ist dem BGH zufolge rechtlich möglich. Der zugrundeliegende SC-Vertrag enthält keine Rechtsfolgen bei Änderung der Belegungssituation. Folglich durfte der SC-Mieter nach Treu und Glauben nicht von einer Änderung der gesetzlichen Risikoverteilung ausgehen.¹¹²

f) Vertragliche Risikoverteilung

Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trägt letzterer grundsätzlich stets das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Es fällt daher regelmäßig in seinen Verantwortungsbereich, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen und die Folgen des Geschäftsverlaufs zu tragen.¹¹³ An dieser Risikoverteilung wird auch im Gewerberaummietrecht in der Regel festgehalten.

Allerdings können die EKZ-Parteien die Risikozuweisung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäfts- bzw. Verwendungsrisiko des Mieters ganz oder teilweise übernimmt, was einzelfallbezogen durch Auslegung der Vertragsregelungen zu ermitteln ist. Geradezu vorbildlich setzt sich das OLG Rostock mit den center-relevanten Umständen auseinander.¹¹⁴ Folgende EKZ-spezifische Bestimmungen stellen keine ungewöhnlichen Abmachungen dar, welche eine vertragliche Risikoverlagerung nach sich ziehen:

- 105) BVerfG, Beschl. 4. 8. 1998 – BvR 1711/94, NZM 1999, 302 = WM 1998, 657; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 Rdn. 20.
- 106) OLG Karlsruhe, NJW 1994, 2100; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 535 Rdn. 142.
- 107) KG, NZM 2003, 718.
- 108) BGH, MDR 1982, 135; OLG Dresden, ZMR 1999, 241 = WM 1999, 158; OLG Düsseldorf, OLGR 1998, 109; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rdn. 1342; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, VI 2 Anm. 6 f.
- 109) BGH, WM 1976, 152 = ZMR 1976, 279; OLG Hamburg, GuT 2004, 168; Bub, in: Bub/Treier, II Rdn. 518; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 Rdn. 306; Borutzki-Pasing, a. a. O.
- 110) OLG Hamburg, GuT 2004, 168, 169.
- 111) Jüngst BGH, Urteil vom 26. 5. 2004 – XII ZR 149/02, NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; NZM 2000, 492 = WM 2000, 593; NJW 1981, 2405; OLG Rostock, NZM 2004, 460; NZM 2003, 282; OLG Dresden, NZM 2004, 461; allg. Joachim, NZM 2000, 785, 793 ff; Ostermann, GuT 2003, 39.
- 112) BGH, NZM 2004, 618, 619 = GuT 2004, 164; OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461; NZM 2003, 282; allg. Fritz, NJW 1996, 2068; Keckemeti, NZM 1999, 115; Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 10 ff; Leo, A Rdn. 504 ff.
- 113) BGH in st. Rechtspr., NZM 2004, 618 = GuT 2004, 164; NJW 2000, 1714 = WM 2000, 593; NJW 1981, 2405; OLG Düsseldorf, GuT 2004, 165.
- 114) OLG Rostock, NZM 2003, 282, 283 f; Borutzki-Pasing, VI 2 Anm. 8, V, VI 3 Anm. 10 ff.

- Sortimentsbeschränkung,
- Betriebspflicht während der (üblichen) Ladenöffnungszeiten, ggf. vertragsstrafenbewehrt,¹¹⁵
- Pflichtmitgliedschaft in der SC-Werbegemeinschaft,
- Nebenkostentragungspflicht auch für die SC-Gesamtanlage,
- Verpflichtung zur Umsatzmitteilung,
- Festlegung des Mietzwecks,
- Einrichtung eines Center-Managements.

Für den BGH kommt es entscheidend darauf an, ob der SC-Vermieter durch die Begründung eines Gesamtkonzepts, in das die einzelnen Mieter finanziell und mit Betriebspflichten vertraglich eingebunden werden, eine Gesamtverkaufsstrategie entwickelt, mit der er über die übliche Verwaltung und Koordinierung eines EKZ hinaus ein eigenes unternehmerisches Risiko für alle Einzelgeschäfte übernimmt. Das kann äußerlich durch einheitliche Gestaltung der Geschäfte und unternehmerisch durch ein Gesamtmanagement der Anlage geschehen. Der BGH gibt verschiedene, wenn auch nicht in jedem Fall griffige Parameter zur anderweitigen vertraglichen Risikoverteilung im SC an die Hand. Der SC-Praktiker hat sich darauf einzurichten. Die im vorliegenden SC-Mietvertrag getroffenen Festlegungen halten sich sowohl einzeln als auch bei einer Gesamtwürdigung insgesamt im üblichen Rahmen einer Regelung über die allgemeinen organisatorischen Grundlagen eines EKZ.¹¹⁶ Eine Risiko(mit)übernahme durch den Vermieter greift nur im Ausnahmefall.

g) „Ausstiegsszenario“ angesichts der schwierigen Wirtschaftslage

Die Rechtsentwicklung im SC spiegelt die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland und Europa wider. Mancher Mieter erwägt und beschreitet ein „Ausstiegsszenario“ aus dem Mietvertrag, indem er Mängel der Mietsache und des Umfelds anführt, die evtl. zur Mietminderung, vielleicht zur Kündigung aus wichtigem Grund wegen Aufklärungspflichtverletzung des Vermieters berechtigen. Dabei stellt der BGH verstärkt Überlegungen zur Risikosphärenbildung der SC-Parteien an und betont, dass das Verwendungsrisiko nach der gesetzlichen Risikoverteilung grundsätzlich beim Mieter anzusiedeln ist und nur in Ausnahmefällen der vertraglichen Risikozuweisung nach aufgrund eines detaillierten Gesamtkonzepts auf den Vermieter als für alle Mieter verantwortlichen SC-Betreiber übergehen kann. Der BGH hebt ab auf eine umfassende SC-Vertragsauslegung.

6. Beidseitiger, befristeter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts

Eine Bestimmung in einem Wohnraum-Formularmietvertrag, wonach die ordentliche Kündigung innerhalb der ersten zwei Jahre nach Vertragsschluss für beide Seiten ausgeschlossen ist, ist nicht nach § 307 unwirksam. In einem aktuellen Urteil bekräftigt der VIII. Zivilsenat seine bisherige Rechtsprechung.¹¹⁷ Er behandelt hier ein typisches „Ausstiegsszenario“ aus dem Wohnraummietrecht unter Berücksichtigung der derzeitigen Lage auf dem deutschen Wohnungsmarkt. Die beiden Wohnungsmieter zahlten für die ab 1. 8. 2002 angemietete Wohnung im August und September 2002 nur einen Teil der geschuldeten Miete; weitere Mietzahlungen erfolgten nicht. Im November 2002 teilte die klagte Mieterin mit, dass sie und der beklagte Mieter sich trennen hätten und beide das Mietverhältnis kündigten. Der klagende Vermieter kündigte seinerseits im Dezember 2002 wegen unstreitig bestehender Zahlungsrückstände fristlos, ließ nach Räumungsfristablauf die Wohnung öffnen, lagerte die zurückgelassenen Gegenstände der Beklagten ein, tauschte den Schließzylinder aus und konnte die Wohnung erst zum 1. Mai 2003 anderweitig vermieten. Amts- und Landgericht kürzten einige Schadensersatzpositionen des Klägers, ver-

neinten einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Monatskaltmiete von 250 Euro für April 2003, bejahten ein Ende der regulären Mietzeit bereits Ende März 2003 und gaben der Klage im übrigen statt. Der VIII. Senat stellt fest: Der dem klagenden Vermieter aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten zustehende Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich auf den Zeitraum beschränkt, bis zu dem der Mieter erstmalig ordentlich hätte kündigen können.¹¹⁸ Im Fall erachtet der VIII. Senat den Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts des Mieters als wirksam; mithin war die Verpflichtung der Mieter zum Schadensersatz nicht bis zum 31. 3. 2003 begrenzt, sondern umfasste auch den vom Kläger begehrten April.

Der BGH bejaht erneut die Frage, ob ein zeitlich befristeter Verzicht des Mieters auf eine ordentliche Kündigung zulässig ist. Diese Ansicht verstößt nicht gegen § 575 Abs. 4, weil diese Norm zum Zeitmietvertrag nur eine automatische Beendigung des Mietverhältnisses durch bloßen Zeitablauf verhindern soll. Sie dient nicht dem Mieterschutz vor einer längeren Vertragsbindung. Dem BGH zufolge ändert an der Wirksamkeit der Bestimmung auch die Tatsache nichts, dass der zeitlich befristete ordentliche Kündigungsausschluss durch Formularvertrag vereinbart worden ist; in der früheren BGH-Entscheidung lag eine Individualvereinbarung zugrunde.¹¹⁹ Weil die Formulklausel für beide Parteien gilt, liegt im Fall keine unangemessene Benachteiligung der beklagten Mieter i. S. v. § 307 vor. Der BGH rekurriert auf den Willen des Gesetzgebers, dass nach der Mietrechtsreform – ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf – die Möglichkeit besteht, einen unbefristeten Mietvertrag zu schließen und für einen bestimmten, vertraglich fixierten Zeitraum das Recht zur ordentlichen Kündigung auszuschließen. Damit liegt bereits keine Abweichung von der Gesetzesregelung i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 vor. Auch § 307 Abs. 2 Nr. 2 greift nicht ein; der Schutzzweck des § 573 c Abs. 4 gebietet namentlich keine Einschränkung der Zulässigkeit eines Kündigungsverzichts, wenn – wie im vorliegenden Fall – sich der Vermieter in gleicher Weise bindet.

Der BGH bejaht den beidseitigen befristeten Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts. Damit betont er die Vertragsparität zwischen den Parteien. Ferner verschafft er dem vom Gesetzgeber gewollten Reformziel Geltung, wonach die Vertragsparteien eigenverantwortlich Mietvertragsregelungen eingehen sollen. Den Vereinbarungscharakter hat der VIII. Senat zuvor hervorgehoben bei der formularvertraglichen Wiederholung gesetzlicher Kündigungsfristen der alten Gesetzesfassung; danach ist § 573 c Abs. 4 auf Formulklauseln in einem vor dem 1. 9. 2001 abgeschlossenen Mietvertrag, die wegen der Kündigungsfristen die damalige gesetzliche Regelung wörtlich oder sinngemäß wiedergeben, nach Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB nicht anzuwenden.¹²⁰ Zugleich leistet der BGH mit seinen die Vertragsfreiheit stärkenden Entscheidungen einen Beitrag zur – teilweisen – Überwindung, zumindest Erschwerung eines vertragswidrigen Wegzugs und

115) So OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461.

116) BGH, NZM 2000, 492, 496 = WM 2000, 593; ausführlich OLG Rostock, NZM 2003, 282, 283 f; Ostermann, GuT 2003, 39, 41 f; Eisen Schmid, in: Schmidt-Futterer, § 535 Rdn. 179 ff und § 536 Rdn. 11 f; Joachim, NZM 2000, 785, 793 ff.

117) BGH, Urteil vom 30. 6. 2004 – VIII ZR 379/03, EBE/BGH 2004, 295 = WM 2004, 542; Fortführung des Senatsurteils vom 22. 12. 2003 – VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448 = AIM 2004, 55 = WM 2004, 157.

118) BGHZ 82, 121, 129 f; EBE/BGH 1997, 383 = NJW 1998, 372; aktuell EBE/BGH 2004, 295, 296 = WM 2004, 542; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Aufl., § 543 Rdn. 27; noch enger Borutski-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, A VI 1, Anm. 48, durch die aktuelle Rechtsprechung relativiert bzw. überholt.

119) EBE/BGH 2004, 295, 296 = WM 2004, 542; BGH, NJW 2004, 1448 = WM 2004, 157.

120) BGH, Urteil vom 18. 6. 2003 – VIII ZR 240/02, NZM 2003, 711 = WM 2003, 505.

des verstärkt um sich greifenden „Miet(er)-Nomadentums“, gleichsam nach dem verbreiteten U.S. amerikanischen Prinzip: „They (i.e. the tenants) move on and leave their credit (and debts) behind!“

Anknüpfend daran trägt der Berater bei zur Eindämmung gewillkürter „(Mieter) Ausstiegsszenarien“, indem er den Abschluss des ordentlichen Kündigungsrechts für beide Parteien ihren Interessen zufolge befristet fixiert. Nach § 580 a Abs. 2 gelten für Geschäftsräume längere Kündigungsfristen. Ferner kann der Kautelarjurist durch Sicherheitsbestellungen, Kautionsleistungen, Abstandssummenzahlungen und Verpflichtungen zur Gestellung adäquater Nachmieter zusätzliche Absicherungen schaffen. Gleichwohl erweist es sich auch im Gewerberaummietrecht als schwierig und im Ergebnis als wenig lohnend, „Reisende aufzuhalten!“

7. Zurückbehaltungsrecht des Mieters

Der XII. Zivilsenat befasst sich mit dem Zurückbehaltungsrecht des Gewerbemieters bei unterlassener Ausstattung der Mietsache, im Fall einer Freihalle mit Büroräumen und fehlender Brandschutzwand.¹²¹ Der formularvertragliche Abschluss von mietvertraglich begründeten Zurückbehaltungsrechten kann sich auch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB erstrecken; vorsorglich sollte dies im Vertrag klar gestellt werden.¹²² Die Mietvertragsklausel lässt ein solches Recht wegen unbestrittener Forderungen unberührt. Da der Anspruch auf Herstellung der Brandmauer unstrittig ist, besteht die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 320 gegenüber der gesamten Miete im vorliegenden Fall. Der Mieter verstößt u.U. gegen Treu und Glauben, wenn er die Einrede erhebt und gegenüber der Miete vollumfänglich geltend macht. Die Angemessenheit hängt vorrangig von den Einzelfallumständen und dem tatrichterlichen Ermessen ab.¹²³ Die Literatur hebt ab auf das Drei- bis Fünffache des Minderungs Betrags oder des jeweils zur Reparatur erforderlichen Betrags.¹²⁴ Ein Zurückbehaltungsrecht nur in dieser Höhe mag dem BGH zufolge im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn dem Mieter zuzumuten ist, die Reparatur – nach erfolgloser Fristsetzung – selbst zu tätigen. Die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts in dreifacher Höhe der Herstellungskosten ist in dem Fall, in dem sich der Vermieter zum Mauerbau verpflichtet hat, vom BGH nicht als übersetzt eingestuft worden.¹²⁵ Mit den Rechten aus §§ 273, 320 stehen dem Mietrechtspraktiker flexible „Druckausübungsinstrumente“ zu Gebot, die Herstellung und Beibehaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs zu bewirken. In wirtschaftlich harten Zeiten kann die Miete mitunter flexibel „angepasst“ werden. Überdies kann der auszugswillige Mieter mit einer „Langzeitstrategie der gezielten Nadelstiche“ ein „Auszugsszenario“ entwerfen, über die Ausübung von Zurückbehaltungsrechten untermauern und des öfteren verwirklichen.

8. Schadensersatzanspruch beim Abbruch von Mietvertragsverhandlungen

Ein Schadensersatzanspruch wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen, nunmehr kodifiziert in §§ 311 Abs. 2, 3, 241 Abs. 2, kommt nicht in Betracht, wenn ein triftiger Grund für den Nichtabschluss des ins Auge gefassten Vertrags bestand, wobei an dessen Vorliegen keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Grundsätzlich steht es den Verhandlungsbis zuletzt frei, den Vertrag abzuschließen oder nicht. Nur dann, wenn bei Verhandlungen in zurechenbarer Weise das Vertrauen des Partners auf das Zustandekommen des Vertrages geweckt worden ist, kommt ein Schadensersatzanspruch des Vertrauenden in Betracht.¹²⁶ Im Rahmen von Vertragsverhandlungen über die Anmietung eines Steakhouse-Restaurants brachten die potentiellen Mieter keine ordnungsgemäßen Zahlungsgarantien bzw. Bürgschaften bei; folglich verneint das OLG Düsseldorf einen Schadensersatzanspruch der frustrierten Mietinteressenten. Der Anspruch aus culpa in

contrahendo gewährt ein flexibles Instrumentarium zum Erfassen von krassen Ausnahmefällen, bei denen z. B. der eine Partner das Zustandekommen des Vertrags als sicher, gleichsam nur noch als „Formsache“ darstellt, den anderen zu umfangreichen Aufwendungen veranlasst und sodann ohne sachlichen Grund, „aus heiterem Himmel“, die Verhandlungen schuldhaft abbricht. Insoweit kann auf ein „vorvertragliches Ausstiegsszenario“ angemessen reagiert werden.

III. Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht

1. Geringerer AGB-Schutz im Gewerberaummietrecht

Zunächst ist davon auszugehen, dass bei der Geschäftsräummierte flexibler bei der Vertragsgestaltung verfahren und unter Annahme einer grundsätzlichen Macht- und Verhandlungsbalance der Vertragsparteien vorformulierte Vertragsklauseln nicht stets einen vermeintlich sozial Schwächeren schützen müssen. Der Mieter eines Ladens legt grundsätzlich darauf Wert, dass nicht in derselben Immobilie ein Mitbewerber mit gleichem Warenangebot auftritt. Konkurrenzschutz ist im gewerblichen Miet- und Pachtrecht im Grundsatz üblich.¹²⁷ Die konkrete Ausgestaltung kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen, wenn eine Vielzahl von Mietern mit gleicher oder ähnlicher Dienstleistungs-, Waren- und Sortimentsstruktur vom Vermieter Konkurrenzschutz begehren.

2. Vertragsimmanenter Konkurrenzschutz

Auch ohne ausdrückliche Vertragsregelung zählt zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache i. S.v. § 535 Abs. 1, dass der Vermieter im selben Haus oder auf seinem angrenzenden Grundstück keinen Konkurrenzbetrieb (auch nicht eines anderen, bereits vorhandenen Mieters) zulässt oder gar selbst eröffnet. Weil ein Fernhalten jeder Konkurrenz nicht geboten ist, erstreckt sich der vertragsimmanente Konkurrenzschutz nicht auf sämtliche in der Mietsache geführten Artikel und angebotenen Leistungen, vielmehr nur auf den Kern der Angebotspalette, also die sog. Hauptartikel, d. h. solche, die den Stil des Geschäfts bestimmen und ihm das Gepräge verleihen.¹²⁸ So ist eine Bäckerei durch Back-, Teig- und Süßwaren geprägt. Eine in derselben Immobilie tätige Drogerie führt vereinzelt im Nebensortiment Diät-Schokoladenprodukte; die Drogerie-, Körperpflege- und Kinderernährungsprodukte stellen u. a. ihr Kernsortiment dar. Ohne besondere vertragliche Regelung kann der Drogeriemarkt nicht

121) BGH, Urteil vom 26. 3. 2003 – XII ZR 167/01, NZM 2003, 437 = GuT 2003, 144 = WM 2003, 439.

122) BGH, NZM 2003, 437 = GuT 2003, 144; zuvor Senat, NJW-RR 1993, 519, 520; DB 1972, 868; OLG Düsseldorf, NZM 2002, 953; GuT 2004, 118; Bub, in: Bub/Treier, II Rdn. 404; Leo, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, A Rdn. 353; Junker, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, D Rdn. 118 f; Individualvereinbarung im Gewerberaummietrecht; Borutzki-Pasing, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, A VI 1 Anm. 22.

123) BGH, NZM 2003, 437 = GuT 2003, 144.

124) Staudinger/Emmerich, § 537 Rdn. 81; Joachim, DB 1986, 2649.

125) BGH, NZM 2003, 437 = GuT 2003, 144.

126) Neuerdings OLG Düsseldorf, GuT 2004, 119, 120; Leo, A Rdn. 504 ff; Palandt/Heinrichs, § 311 Rdn. 34; einschränkend auch zu Recht Scheffler, Schriftformprobleme, 16 f und zur Beweislast, 17.

127) Neuerdings OLG Frankfurt zum Umfang des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes bei der Verpachtung von Gewerbebetrieben an einer Autobahn-Raststätte, NZM 2004, 706; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rdn. 1240; aus der Kautelarpraxis: Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 3; Leo, A Rdn. 283, 436 ff; Treumann, S. 578 f.

128) Zum Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht aus der Rechtsprechung: BGH, NJW 1979, 1404, 1405 = WM 1979, 144; NJW-RR 1989, 1422; OLG Frankfurt, NZM 2004, 706, 707; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 459; OLG Düsseldorf, NZM 1998, 307 = WM 1997, 642 KL; NZM 2001, 1033 = WM 2001, 577 KL; OLG Köln, ZMR 1998, 347 = WM 1998, 342; Kraemer, in: Bub/Treier, III B Rdn. 1240; Jendrek/Richter, NZM 2000, 229; Jendrek, NZM 2000, 526 u. 1116; Stobbe/Tachezy, NZM 2002, 557; Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 3 mit instruktiven Beispielen; Leo, A Rdn. 436; Eisenschmid, in: Schmidt-Futrerer, § 535 Rdn. 507 ff; Joachim, Beil. 6 BB 1986, 9; ders., ZIP 1991, 966, 968 ff; ders., NZM 2000, 785, 797; ders., NZM 2004, 57, 59.

unter Konkurrenzschutzgesichtspunkten gegen den Backwarenladen vorgehen und ihm das Feilhalten von jedweder Schokolade, insbesondere Diätschokolade, verbieten.

Fraglich ist, ob die grundsätzliche Unterscheidung in Haupt- und Nebenartikel heutzutage noch zeitgemäß und vor allem juristisch praktikabel ist. Die Vielgestaltigkeit im Einzelhandel scheint bereits dagegen zu sprechen. Hinzu kommen ständige Sonderaktionen sowie saisonale Besonderheiten, die eine klare Unterteilung erschweren, wenn nicht gar unpraktikabel erscheinen lassen. Manche vermeintliche Hauptartikel sind nur im Sommer „en vogue“ und als solche zu betrachten. Vielleicht erscheint es bei der Beantwortung der Fragen, ob im vorliegenden Fall eine wirksame Konkurrenzsituation gegeben und evtl. von einer Konkurrenzschutzverletzung auszugehen ist, sinnvoller, an die Nachhaltigkeit der Konkurrenzsituation hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit des betroffenen Mieters anzuknüpfen.¹²⁹ Entscheidung abzustellen ist auf nachhaltige und deutlich dokumentierbare Umsatz- und Ertragseinbrüche beim betroffenen Mieter. Regelmäßig bedarf es dazu nachvollziehbarer und sachverständiger Darlegungen von Wirtschaftsprüfern oder anderer Berufsträger zur Nachhaltigkeit der Konkurrenzsituation und der Konkurrenzschutzverletzung.

3. Ausdrücklicher Konkurrenzschutz

Legt der Geschäftsraummieter besonderen Wert auf die Gewährung von Konkurrenzschutz für sämtliche Artikel und Leistungen, mithin alle Waren seines Haupt- und Nebensortiments, sollte er mit seinem Vermieter eine ausdrückliche und detaillierte Konkurrenzschutzabrede treffen.¹³⁰ Auch die Beschränkung auf das Haupt- bzw. Kernsortiment sollte exakt vertraglich fixiert werden, insbesondere dann, wenn mehrere Warengruppen erfasst werden sollen. Häufig möchte der Mieter neben seinem Kernsortiment ergänzende Waren, namentlich Saisonartikel mit vom Konkurrenzschutz erfasst aufgenommen wissen. So legen beispielsweise Lotto-, Toto- bzw. Oddset-Annahmestellen, Zeitungen- und Zeitschriften-Verkaufsläden sowie Rauch- und Tabakwarenläden verstärkt darauf Wert, Saison- und Aktionsware, Sonderangebote, z. B. CDs, ausgewählte Bekleidung, Getränke und Süßwaren mit in ihre Angebotspalette aufzunehmen. Ein so reichhaltiger und aus Wettbewerbsgründen flexibel gestalteter Sortimentsaufbau sollte vom Ladenbetreiber einer weitreichenden Konkurrenzschutzregelung zugeführt werden. Maßgebend sind regelmäßig die jeweilige Einzelfallkonstellation, die Vertragsabreden, deren Auslegung und Handhabung in dem tatsächlich durchgeführten Geschäftsalltag.

4. Besonderheiten beim Konkurrenzschutz im Shopping-Center

Bei der Gewährung von vertragsimmanentem Konkurrenzschutz übt die Mietrechtspraxis grundsätzlich Zurückhaltung. Dies gilt umso nachhaltiger für einen – wie auch immer im Einzelfall gearteten – Konkurrenzschutz im EKZ. Bei derartigen Frequenz- und Event-Immobilien mit zahlreichen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetrieben, die darauf angelegt sind, „Menschen-Massen“ zu mobilisieren und anzuziehen,¹³¹ kann der Mieter grundsätzlich nicht vom Konkurrenzschutz ausgehen. Definitionsgemäß findet im SC ein „concurrere“, ein Zusammenkommen von Anbietern und Abnehmern geradezu sinnstiftend statt. Der Mieter begibt sich aufgrund seiner Standort-, Markt- und Wirtschaftsanalyse bewusst in ein solches Zentrum, welches zielgerichtet von Angebot und Vielfalt der Waren und Dienstleistungen sowie vom Wettbewerb zahlreicher Anbieter „wächst, blüht und gedeiht“. Professionelle SC-Betreiber schließen jeden Konkurrenzschutz aus, und zwar klarstellend und vorsorglich durch eine ausdrückliche Vertragsregelung. Der stets attraktiv zu gestaltende Branchenmix und notwendige Umstrukturierungen im Lauf der „Lebenszeit“ eines SC ziehen notwendigerweise die

Aufnahme bzw. Erweiterung von Einzelhändlern und -unternehmungen nach sich, welche gegebenenfalls im Wettbewerb miteinander stehen.¹³² Daran anknüpfend lauten einschlägige SC-Vertragspassagen:

„Der Mieter ist berechtigt, das übliche Sortiment des genannten Geschäfts zu führen. Die Führung anderer Artikel bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters. Die vorherige schriftliche Zustimmung des Vermieters benötigt der Mieter zudem, wenn er unter Verwendung der Firma oder des Kennzeichens/der Marke eines anderen Unternehmens, das unter dieser Firma bzw. diesem Kennzeichen Einzelhandel betreibt, Waren anbieten oder vertreiben will, z. B. Depots.“¹³³

Die Rechtsprechung erkennt grundsätzlich die im EKZ geltenden Besonderheiten an, und zwar auch im Hinblick auf den – in der Tendenz: eingeschränkten – Konkurrenzschutz. Dabei sieht sie das Zusammenspiel der verschiedenen center-spezifischen Vertragsklauseln und versagt diesen regelmäßig nicht die Wirksamkeit.¹³⁴ Die durch vorformulierte Vertragsklausel dem Mieter eines Ladenlokals im SC auferlegte Betriebspflicht benachteiligt ihn auch dann nicht unangemessen, wenn der Vermieter zugleich den Konkurrenzschutz ausschließt. Die hier hervorgehobene Betriebspflicht kann sogar dem OLG Rostock zufolge vertragsstrafenbewehrt ausgestaltet sein.¹³⁵

Bei der Konkretisierung der relevanten Angaben des in Aussicht genommenen Untermieters, eines „Asia-Sonderpostenladens“ im EKZ stellt das OLG Dresden ab auf die Besonderheiten in einem solchen SC unter Hervorhebung des evtl. bestehenden Konkurrenzschutzes. Der Centerbetreiber, der zudem Betriebspflichten vereinbart hat, muss auch den anderen Mietern im Center dafür Gewähr bieten, dass die für einen erfolgreichen Gesamtbetrieb unabdingbaren Voraussetzungen – Branchenmix, einheitliche Öffnungszeiten, Konkurrenzschutz, Sortimentsbindung sowie Konstanz im Bereich der Mieter, Vermeidung von Leerstand – kontinuierlich gegeben sind.¹³⁶ Um solche komplexen Situationen angemessen behandeln zu können, sollte der Konkurrenzschutz vom Centerbetreiber einheitlich geregelt und angepasst werden, und zwar auch und gerade im Hinblick auf einen allzeit attraktiven Branchenmix. Tendenziell ist die Einschränkung von Konkurrenzschutz im EKZ angezeigt.

Zusammengefasst legen die Eigenheiten des EKZ einen Abschied vom Konkurrenzschutz nahe, wengleich marktmächtige SC-Mieter ihre Sortimente vertraglich zu schützen wissen.

5. „Schilderpräger-Entscheidung“ des BGH

Der Kartellsenat des BGH kreiert Ausschreibungspflichtigen marktbeherrschender SC-Vermieter.¹³⁷ Im Fall wehrt sich ein

129) Ähnliche Überlegungen wurden vorgetragen vom stellv. Vors. Richter des OLG Köln, Schmitz-Justen, vor der deutschen Richterakademie in Trier im Oktober 2004 bei Erörterung des Konkurrenzschutzes.

130) Zum ausdrücklichen Konkurrenzschutz Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 3; Leo, A Rdn. 283, 436 f; Treumann, S. 578 f; Eisenschmid, a. a. O.

131) Dazu näher Joachim, Frequenzimmobilien – Alles unter einem Dach, Immobilien-Manager 1999, 10–22.

132) Hacker, in: Usinger, Immobilienrecht und Steuern, 3. Aufl. 2004, S. 931; Jendrek, NZM 2000, 526, 529; Leo, A Rdn. 439; Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 3 ff; Kraemer, in: Bub/Treier, III Rdn. 1244; Joachim, Bei. 6 zu BB 1986, 9; ders., ZIP 1991, 966, 968 f; ders., NZM 2000, 785, 797; ders., NZM 2004, 57, 59.

133) Beispiel bei Joachim, NZM 2000, 785, 797; Leo, A Rdn. 440; ausführlich Borutzki-Pasing, VI 3 Anm. 6.

134) Aktuell OLG Rostock, NZM 2004, 460; OLG Dresden, NZM 2004, 461.

135) OLG Rostock, NZM 2004, 460, 461.

136) OLG Dresden, NZM 2004, 461, 462 ff; dazu die Entscheidungsrezension von Joachim, NZM 2004, Heft 21, zugleich zu Art und Umfang der Untervermietung im Shopping Center.

137) BGH, Urteil vom 8. 4. 2003 – KZR 39/99, NZM 2003, 597 = GuT 2003, 193 = WM 2003, 602 KL; dazu Emmerich, LMK 2003, 169; Fl. Wagner, EWIR § 20 GWB 4/2003, 867; Joachim, NZM 2004, 57.

im EKZ ansässiger (Verkehrs)Schilderpräger aufgrund seines ihm vom privaten SC-Vermieter mietvertraglich ausdrücklich gewährten Konkurrenzschutzes gegen die Ansiedlung eines Konkurrenten in demselben EKZ. Zwischen Kfz-Schilderprägern kommt es an lukrativen Standorten bisweilen zu erbitterten Auseinandersetzungen und zu Exzessen im Konkurrenzkampf; das OLG Düsseldorf billigt den Ausspruch einer fristlosen Kündigung gegenüber dem Mieter, der sich gewaltsam Zutritt in die an einen Schilderpräger-Wettbewerber überlassenen Mieträume verschaffte¹³⁸, um dort Gegenstände auszuräumen.

Der BGH bekräftigt im aktuellen Fall die Verpflichtung des SC-Vermieters, der Klägerin als einzigem Unternehmen die Herstellung und den Verkauf von amtlichen Kfz-Schildern in den Räumen des SC zu erlauben. Durch Auslegung des SC-Mietvertrags kommt der Kartellsenat zur Bejahung des Konkurrenzschutzes und zur grundsätzlichen Zubilligung des begehrten Unterlassungsanspruchs. Daran anknüpfend fordert der BGH, dass marktbeherrschende gewerbliche Vermieter die von ihnen zu vermietenden Räumlichkeiten regelmäßig in einem zeitlichen Abstand von ca. fünf Jahren erneut ausschreiben müssen, damit alle Interessenten eine faire Chance erhalten, einmal als Mieter dieser Mietsache zum Zuge zu kommen.¹³⁹ Auch andere Vermieter mit einem „pole-position-Standort“, vornehmlich SC-Betreiber in zentraler Lage, haben sich bei einer entsprechenden Marktmachtstellung auf diese Judikatur einzurichten. Das gilt jedenfalls stets dann, wenn die eigengewerbliche Leistung des Mieters unmittelbar mit der Inanspruchnahme staatlicher Leistungen (Monopole) verbunden ist, z. B. bei den erwähnten Kfz-Schilderprägern, aber auch bei Friedhofsgärtnereien, Hochzeitsausrüstern etc.¹⁴⁰

Zu dieser Entscheidung ist u. a. fraglich, wieso der Kartellsenat die Grenze bei fünf Jahren zieht und nicht bei sieben, zehn usw. Manche Gewerbemietverträge, auch solche in den immer mehr an Zahl, Substanz und Bedeutung zunehmenden SC, weisen eine Laufzeit von zehn und mehr Jahren auf. Zudem enthalten sie oft Verlängerungsoptionen um weitere fünf bzw. zehn Jahre, bisweilen hin zur Grenze von § 544 S.1, wonach jede Vertragspartei nach Ablauf von dreißig Jahren nach Überlassung der Mietsache das Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen kann. Trotz eines Trends zu kürzeren Vertragslaufzeiten handelt es sich bei der Festsetzung der Grenze von fünf Jahren um einen Dezinismus, gleichsam eine einseitige (Rechts-)Festsetzung ohne nachvollziehbare, logische, zudem konsensstiftende Begründung.¹⁴¹

Fragen bei der tatsächlichen Handhabung und Umsetzung der BGH-Entscheidung stellen sich. Die erfassten Center-Betreiber bzw. -Vermieter können demzufolge verpflichtet sein, turnusgemäß eine Bedarfsfeststellung durch Ausschreibung bei der Erstvermietung eines neu errichteten bzw. revitalisierten EKZ vorzunehmen und – zusätzlich stets zu beachten – die Wiederholung dieses Vorgehens in Zeitabständen von fünf Jahren zu veranlassen. Damit geht ein erheblicher Planungs- und Projektaufwand einher. Überdies fragt sich der in die Pflicht genommene SC-Manager: Wie soll die Ausschreibung technisch durchgeführt werden? Ist sie (über)regional oder gar (inter)national vorzunehmen? Hat sich der Vermieter eines professionellen Maklers zu bedienen? In welcher konkreten Form unter Einhaltung welchen Verfahrens hat die Ausschreibung zu erfolgen? Wer trägt die Kosten? Die praktische Handhabbarkeit dieser Entscheidung in der SC-Praxis ist einstweilen nicht erkennbar, geschweige denn durchführbar. Vielleicht kann die Rechtsprechung eine konkretisierende, klarstellende und einschränkende Folge-Entscheidung erlassen.¹⁴²

Hat der Kartellsenat die Auswirkungen auf das Gewerberaummietrecht angemessen erfasst und bedacht? Stellt er sich

der „Folgen-Diskussion“ seiner Entscheidung? Dabei sollte er nicht nur sein Rechtsgebiet, sondern auch die durch sein Judikat Betroffenen in sein Blickfeld einbeziehen.

IV. Konsequenzen für die Praxis

1. Mietrecht und höheres Recht, insbesondere Verfassungsrecht

Die vorstehenden Ausführungen unterstreichen, dass das Mietrecht „im Fluss“ ist und durch die Reformgesetze teilweise neue „Flussbahnen“ bzw. „-bette“ vorgegeben, jedoch durch die vielgestaltigen Lebenssachverhalte gerade im Gewerberaummietrecht ständig neues Material bzw. „neues Quellwasser“ erhält. Zukünftig dürfte das Verfassungsrecht verstärkt einwirken. Beim Zusammenleben und -arbeiten von Vermieter und mehreren Mietern können verschiedene Grundrechte tangiert sein. Diese Grundrechte wirken anerkannter Maßen auch im Privatrecht.¹⁴³ Bei der Bestimmung, welche Regelungen noch angemessen sind, haben die Gerichte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – wie auch sonst bei der Auslegung und Anwendung der maßgeblichen gesetzlichen Normen des einfachen Rechts – die durch die Grundrechte gezogenen Grenzen zu beachten. Die Gerichte müssen die im Gesetz aufgrund verfassungsgemäßer Grundlagen zum Ausdruck kommenden Interessenabwägungen in einer Weise nachvollziehen, dass deren wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt.¹⁴⁴ Die Grundrechte der Achtung der Menschenwürde, Freiheits- und Gleichbehandlungsrechte, Berufsausübungs- und Eigentumsrechte sind auch im Mietrecht zu beachten, Art. 1, 2, 3, 12, 14 GG. Im Mietrecht ist besonders zu berücksichtigen, dass das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung Eigentum i. S.v. Art. 14 Abs. 1 GG ist. Daher ist bei der Auslegung und Bestimmung mietvertraglicher Pflichten neben Art. 14 Abs. 1 GG auch Art. 13 Abs. 1, Unverletzlichkeit der Wohnung zu beachten, ebenso Art. 2 Abs. 1 GG, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und freie Entfaltung der Persönlichkeit.¹⁴⁵ Im Anschluss daran verstoßen Klauseln, die jegliche Tierhaltung unter einen vorübergehenden schriftlichen Erlaubnisvorbehalt stellen, zumeist gegen § 307 wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters.¹⁴⁶ Bei der Abwägung der zumeist beiden Vertragsparteien zustehenden Grundrechtspositionen ist regelmäßig eine richterliche Interessenabwägung angezeigt, welche die relevanten Einzelfallumstände angemessen heranzieht und zur Geltung bringt. So kann der Vermieter aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall verpflichtet sein, die Haltung einer Katze unter bestimmten vom Mieter zu erfüllenden Auflagen zu erlauben.¹⁴⁷

Darüber hinaus hat der Mietrechtspraktiker den ständig wachsenden Einfluss des Europarechts bei Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts zu beachten, z. B. der Fortbewegungs- und Niederlassungsfreiheiten, vor allem beim Gewerberaummietrecht. Bei der Auslegung des deutschen Mietrechts sind die übergeordneten Rechte zu berücksichtigen.

138) OLG Düsseldorf, GuT 2004, 174.

139) BGH, NZM 2003, 597 = GuT 2003, 193.

140) Zu den Schlussfolgerungen für die Praxis (wenn auch provokant) Joachim, NZM 2004, 57, 60; ders., F.A.Z. v. 8. 4. 2004, S. 49 „Die freie Vermietung von Gewerbeflächen wird eingeschränkt“.

141) Kritisch insoweit Joachim, NZM 2004, 57, 60.

142) Joachim, NZM 2004, 57, 60 f.

143) So AG Hamburg, Urteil vom 14. 5. 2003 – 46 C 552/02, WM 2003, 558, 559 bei der Tierhaltung in einer Mietwohnung; ebenso AG Hamburg, Urteil vom 30. 6. 2004 – 46 C 208/03.

144) Grundlegend BVerfGE 7, 198, 208 f; BVerfG, Beschluss vom 6. 12. 2002, 1 BvR 802/00; BVerfG, Beschluss vom 16. 1. 2004, 1 BvR 2285/03 = WM 2004, 80.

145) BVerfG, a. a. O.

146) AG Hamburg, Urteil vom 30. 6. 2004 – 46 C 208/03 unter Bezugnahme auf die Rechtspr. des BVerfG.

147) LG Hamburg, AIM 2004, 55, 56.

So muss der Gewerbevermieter nicht nur deutsche, sondern alle EU-Mietinteressenten bei den Verhandlungen über eine eventuelle Neu- bzw. Folgebemietung gleich behandeln.

Zur Verdeutlichung der Anwendbarkeit höherrangigen Rechts bei Erfassung mietrechtlicher Probleme wird eine aktuelle Gerichtsentscheidung aus dem Shopping-Center-Bereich angeführt. Nach dem OLG Hamburg kann eine Beitrittspflicht des gewerblichen Mieters in einem EKZ zu einer Werbegemeinschaft formularvertraglich nicht wirksam vereinbart werden. Zwar mag die gemeinsame Werbung in SC-Mietverträgen vereinbart werden; jedoch verstößt eine Zwangsmitgliedschaft in einer SC-Werbegemeinschaft gegen die durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete Entscheidungsfreiheit, einer privaten Vereinigung beizutreten oder fernzubleiben.¹⁴⁸

2. Kautelarjurisprudenz: Mehr Vertragsfreiheit

Eingedenk der den Parteien im gewerblichen Mietrecht eingeräumten größeren Flexibilität gegenüber dem Wohnraummietrecht sollten sie mehr Vertragsfreiheit wagen. Andererseits gelangen Formulklauseln auch im Gewerbevermietrecht zunehmend auf den AGB- bzw. BGB-Prüfstand der §§ 305 ff. Daher sollten klare Abmachungen verhandelt und getroffen werden, die z. B. dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 genügen. Wenn die Parteien etwas Neues regeln wollen, sollten sie dies klar vertraglich fixieren. Beispielsweise ist international gebräuchlicher Terminologie zufolge auch in Deutschland von „Triple-Net-Mietverträgen“ die Rede. Dann sollten die Partner klar ausdrücken, dass der Vermieter die Miete dreimal „netto“, nämlich frei von Steuern bzw. Abgaben, von Versicherungskosten sowie von Instandsetzungs-, Instandhaltungs-, Ersatzbeschaffungs- und Unterhaltungskosten einstreichen soll; diese Kosten sind vom Mieter zu tragen.¹⁴⁹ Überdies erhalten gewerbliche Mietverträge zukünftig ein „face-lifting“ dahingehend, dass in der Praxis gebräuchliche Definitionen, Standards und Bezugnahmen für Rechtsklarheit sorgen können; derartige Definitionskataloge, z. B. über „Dach und Fach“, Mietsache, Nutzfläche etc. müssen sodann sorgfältig ausformuliert und Vertragsbestandteil werden. Ebenso müsste bei der Heranziehung von DIN-Vorschriften und Standards z. B. zur Mietflächenberechnung vorgegangen werden.¹⁵⁰ Die Mitgliedschaft zur Werbegemeinschaft im SC kann nach verbreiteter Literaturmeinung individualvertraglich begründet werden.¹⁵¹

3. Risikobereichseinteilungen und Risikozuweisungen

Im Gewerbevermietrecht werden Zuständigkeiten der Parteien nach Verantwortungs-, Beherrschungs- und Einflussmöglichkeiten zugewiesen. Die Behandlung des Mangels der Mietsache orientiert sich – wie gezeigt – zunehmend an derartigen Risikoüberlegungen. „Wer ist näher dran?“ „Wer hat die ‚tieferen Taschen‘ vorzuweisen?“ Ähnliches gilt für die Zuerkennung anderer Rechtspositionen, z. B. Änderung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage, Kündigung aus wichtigem Grund, Aufklärungspflichtverletzung, Eigenschaftszusicherung, Garantieabgabe bzw. -übernahme usw. Der BGH bedient sich dieser Argumentationsmuster, um den Einzelfall gerecht zu entscheiden und dies möglichst konsensbegründend und -stiftend zu fixieren. Der Rechtsberater setzt sich damit auseinander und versucht in Anlehnung daran eventuelle Streitpotentiale im Vorfeld zu entschärfen.

4. Billigkeitserwägungen

Bei der Durchsicht zahlreicher Entscheidungen zu gewerblichen Formulklauseln stößt der Mietrechtspraktiker auf Billigkeitserwägungen, die darauf abzielen, ein für gerecht „ermitteltes“ und mitunter auch „erfühltes“ Ergebnis des konkreten Rechtsfalls für die Rechtsgemeinschaft nachvollziehbar zu begründen und zugleich als Entscheidungs- und Argumentationsmuster für künftige Fälle zu verwenden. Mit ihnen werden Weichen gestellt, den konkreten Fall einzelfall-

gerecht zu entscheiden, zugleich „Handlungsanweisungen“ für die Behandlung künftiger Streitfälle vorzuhalten. Typischerweise beinhalten sie die im Mietrecht vermehrt anzutreffenden Risikobereichseinteilungen und Risikotragungsregeln, welche sich nach räumlichen Zuständigkeits- und Bereichseinteilungen sowie Verantwortungssphären bemessen. In nicht abschließender Aufzählung sollen die nachfolgenden Kriterien erfasst und in Form eines Topoi-Katalogs¹⁵² zur Diskussion gestellt werden:

- Sachverhaltsgestaltung;
- Auslegung des konkreten Mietvertrags nebst Anlagen, Definitionen, Standards etc.;
- Einschlägiges deutsches Gesetzes- und Verfassungsrecht, Europarecht;
- Räumliche Bereichsvorstellungen, -einordnungen;
- „Unmittelbarkeits-Formel“;
- Risikobeeinflussung und -erhöhung;
- Risikobereichseinteilungen und -zuweisungen;
- Verantwortungsbereiche bzw. -sphären;
- Verschulden, Abstufungen bei den Verschuldensformen („fuer semper in mora!“);
- Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Risikos;
- „Verständiger bzw. vernünftiger (Ver)Mieter“; ähnlich: „verständiger Versicherungsnehmer“;¹⁵³
- „Empfängerhorizont eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Mieters“;¹⁵⁴
- Versicherbarkeit der Gefahr, des Risikos;
- „Verkehrsanschauung“, ähnliche (vermeintlich) objektivierte Maßstäbe;
- Schutzwürdigkeit und Vertrauensschutz;
- Motivation, „innere Sphäre“;
- Zumutbarkeit;
- Relevante (sämtliche?) Einzelfallumstände;
- Besondere (wertend ermittelte) Einzelfallumstände;
- Interessenfeststellung, -bewertung und -abwägung;
- Regel- und Ausnahmecharakter; („krasser“ Ausnahmefall);
- Folgenkontrolle (Auswirkungen auf die Mietparteien);
- Existenzgefährdung bzw. -vernichtung als Grenze; ein das „Rechtsgefühl befriedigendes Ergebnis“;
- Billigkeitsbeurteilung und -begründung eines (nicht) erwünschten Ergebnisses.

5. Individualvereinbarungen

Angesichts der zahlreichen gesetzlichen, insbesondere AGB-rechtlichen Hürden sollten bei für die Mietvertragsparteien wichtigen und gefahrträchtigen Regelungskomplexen Individualabreden getroffen werden, welche Vorrang vor AGB haben, § 305 b. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen bekanntlich nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, § 305 Abs. 1 S. 3. Selbstverständlich stellt sich für den Praktiker wiederholt das grundsätzlich lösbare Problem, eine wirksame Individualvereinbarung zu gestalten und zu dokumentieren; die

148) OLG Hamburg, GuT 2004, 162, 163; zur Problematik der „Zwangsmitgliedschaft“ Leo, A Rdn. 426.

149) Dazu Moeser, NZM 2003, 425 m.w.N.

150) Schmidt, NZM 2003, 505 m.w.N.

151) Fritz, Rdn. 127 a; Leo, A Rdn. 426.

152) So Joachim, GuT 2003, 16 bei der Beurteilung von Hotel-AGB; ähnlich zuvor ders., BB 1988, 779.

153) BGH, NZM 2003, 197, 198 = WM 2003, 226 = GuT 2003, 100 L.

154) BGH, NJW 2004, 2961, 2962 = WM 2004, 529.

mietrechtliche Kautelarpraxis erörtert Strategien und Vorgehensweisen, den Individualvertrag durch Aushandeln zu schließen.¹⁵⁵ Gelingt dies, können einige der vorstehend aufgezeigten Problempassagen erfasst werden. Die Mietsache und der vertragsgemäße Gebrauch sowie exakte Flächenangaben unter Zugrundelegung anerkannter Definitionen und Standards können zwischen den Parteien ausgehandelt werden. Haftungsausschluss und -begrenzung sind individualvertraglich innerhalb der Grenzen von § 242 und § 138 Abs. 1 möglich. Der Vermieter vermag sich durch individuelle Regelung der Instandsetzungsarbeiten zu entledigen, wenn Zuständigkeit, Verantwortlichkeit und Risikotragung durch den Mieter bei den Vertragsverhandlungen erwähnt und bei der Mietkalkulation eingeflossen sind.¹⁵⁶

V. Zusammenfassung und Ausblick

Im Mietrecht, vor allem im Wohnraum-, aber auch im Gewerberaummietrecht, nimmt die AGB-Klauselkontrolle zu. Namentlich das Transparenzgebot als ausdrücklicher gesetzlicher Maßstab in § 307 Abs. 1 S. 2 erlangt eine tragende Rolle, deren Bedeutung zukünftig eher zu-, denn abnimmt. Zahlreiche Ausschnitte aus dem Mietrecht sind zwischen den Parteien besonders umkämpft und unterliegen gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten einer verstärkten Gerichtskontrolle. Hingewiesen sei auf die fein ziselierte Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH zu den Schönheitsreparaturen und zu Flächenabweichungen der Mietsache. Die ständige Senatsrechtsprechung zum möglichen (formular- und individual)vertraglichen, beiderseitigen ordentlichen Kündigungsausschluss hebt der Mietrechtsberater besonders hervor. Entgegen diverser „Anfeindungen“ in der Literatur und teilweise durch den Gesetzgeber in Form eines Referentenentwurfs sollte sich der Spruchkörper nicht von seinem konsequent eingeschlagenen Weg abbringen lassen, unter Wahrung des mietrechtlichen Äquivalenzprinzips und des Transparenzgebots die Vertragsparteien zur Regelung ihrer Angelegenheiten durch einen ausführlichen Mietvertrag anzuhalten. Die Mietrechtsberater stehen motiviert und hilfreich zur Seite.

Der für das gewerbliche Mietrecht zuständige XII. Senat befasst sich des öfteren mit Fallgestaltungen zu Shopping-Centern. Eingedenk der nach wie vor angespannten Wirtschaftslage und des (Über-)Angebots an attraktiven Mietsachen zu entsprechenden Konditionen, die sich „lohnen“, bemühen die Vertragsparteien „Ausstiegsszenarien“ über (Sonder-)Kündigungsrechte und deren (befristeten) formular- und individualvertraglichen Ausschluss. Insbesondere beim EKZ stellen die Parteien ab auf vermeintliche Zusicherungen von Voll-Vermietungen und knüpfen Rechtsfolgen daran, wenn das Center nicht oder nicht so vom Publikum angenommen wird. In der erwünschten Deutlichkeit weist der BGH dem Mieter regelmäßig das Verwendungsrisiko an der Mietsache zu. Sofern nicht ein nachhaltiges Gesamtkonzept des Center-

Betreibers und/oder ausdrückliche Vertragspassagen zu einer Risikoübernahme durch den Vermieter führen, verbleibt es bei dem Rechtsgrundsatz, wonach der Mieter für Gewinn und Verlust seines Gewerbebetriebs einstandspflichtig ist.

Die mit der (Kfz-)Schilderpräger-Entscheidung des Kartellsenats verbundene Ausschreibungspflicht des vermeintlich marktbeherrschenden Center-Vermieters bei der (Neu- bzw. Wieder-)Vermietung von (Schilderpräger-)Ladenlokalen in Top-Standorten ist in ihren zahlreichen Auswirkungen, auch auf andere Rechtsgebiete, derzeit nicht gänzlich einzuordnen. Hier sind weitere Konkretisierungen erforderlich.

Der Mietrechtspraktiker achtet sorgsam auf die höchstgerichtlichen Entscheidungen des VIII. und XII. Senats, u. a. auch auf deren Vereinbarkeit untereinander. Er wünscht sich, dass die für das Wohnraum- und Gewerberaummietrecht (bis auf weiteres?) zuständigen Gerichte das nachhaltig im Fluss befindliche Mietrecht gemeinsam richtungsweisend gestalten und voranbringen. Mehrere dabei einschlägige Rechtsprinzipien geben dafür eine tragfähige Argumentationsplattform ab, wenn sie bisweilen auch im Spannungsverhältnis zueinander stehen; erinnert sei an Verbraucher- und Mieterschutz, bei denen der berühmte „Tropfen sozialen Öls“ des Gesetzgebers spürbar ist, ferner an Machtbalance und Geschmeidigkeit bei der Vertragsgestaltung und -(Konflikt)behandlung angesichts komplexer Lebenssachverhalte und wirtschaftlicher Schwierigkeiten. Dazu mögen die Senate – mit Verlaub – nicht wie eine zaudernde und sich streitende „Laokoongruppe“ agieren, sondern durch konsensorientierte Kommunikation und dauerhaften Dialog im Wege „praktischer Konkordanz“ zusammenwirken und sich in wissenschaftlicher Auseinandersetzung anregen und befruchten, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung – auch bei zwei Senaten – zu wahren.¹⁵⁷ Die Mietrechtswissenschaft beobachtet diesen dynamischen Diskurs nicht nur, sondern versucht ihn mit eigenen Beiträgen zu verdeutlichen und voranzutreiben.

Bei den umfangreichen Vertragsverhandlungen und -gestaltungen eröffnen sich der Kautelarjurisprudenz neben schwerpunktmäßig nach räumlichen Bereichsvorstellungen und Verantwortungssphären vorzunehmenden Risikobereichseinteilungen und -zuweisungen neue Herausforderungen und Aktivitäten; hingewiesen sei auf die wegen ihrer Anforderungen schwierig darzustellende, zu dokumentierende und im Streitfall zu beweisende, gleichwohl mögliche und gezielt einzusetzende Individualvereinbarung. Die Partner und Berater des Gewerberaummietvertrags sollten die verschiedenen Angebote des Reformgesetzgebers sowie der höchstgerichtlichen Rechtsprechung aufgreifen und nachhaltig „mehr Vertragsfreiheit wagen“. Bekanntlich bedeutet „Aushandeln“ mehr als „Verhandeln“, setzt voraus, dass der Verwender den gesetzestremden Kerngehalt seiner Bestimmungen zur Disposition stellt, sich mithin deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklärt und dem Partner Gestaltungsfreiheit zur eigenen Interessenwahrung gewährt.¹⁵⁸ Wenn es bisweilen auch schwierig sein kann, die jeweilige Individualabrede zu beweisen, sollte der Kautelarjurist dennoch in regelungsbedürftigen Zweifelsfragen „den (individuellen) Wurf wagen“.

GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

(9,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte

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

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

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

155) Ausführlich Lützenkirchen, in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, A Rdn. 41 ff „Wege zum Individualvertrag“.

156) BGH, NJW 1984, 2404; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, § 538 Rdn. 11; Fritz, NZM 2002, 713, 717; Joachim, NZM 2003, 387, 392; ders., AIM 2004, 142, 146.

157) In menschlich wie fachlich vorbildlicher Diskussionsweise betonten die zuständigen Richter des VIII. und XII. Zivilsenats des BGH diese Vorgehensweise anlässlich der Tagung zum gewerblichen Mietrecht vor der deutschen Richterakademie in Trier im Oktober 2004.

158) BGH, NJW 2003, 1805; Scheffler, Schriftformprobleme, 12.

Gewerbemiete

§§ 535, 267 BGB

Ladenmiete; Strohmangengeschäft; Mietzahlung durch einen Dritten; Schuldbeitritt

Zahlt ein Dritter über einen längeren Zeitraum die Miete für den Mieter direkt an den Vermieter, dann kann der Vermieter allein hieraus keine Ansprüche gegen diesen Dritten aus einem konkludent erklärten Schuldbeitritt herleiten, wenn der Dritte sich darauf beruft, gemäß § 267 BGB geleistet zu haben.

(OLG München, Urteil vom 14.10.2004 – 19 U 4033/04)

Zum Sachverhalt: Der Kläger macht gegen den Beklagten, der den Mietvertrag vom 4.3.1999 über den Laden in dem Haus G-Straße in München nicht unterschrieben hat, rückständige Ladenmiete, Mietausfallschäden, Ersatz von Renovierungs- und Schlossaustauschkosten sowie den Ersatz des Honorars geltend, das er einer mit der Neuvermietung des Ladens beauftragten Rechtsanwältin bezahlt hat.

Der Kläger, vertreten durch den Zeugen Z., schloss am 1.4.1999 mit Peter M. einen Mietvertrag über ein Ladenlokal in dem Haus ab. Der Beklagte bezahlte bis einschließlich Mai 2003 die Bruttomiete direkt an den Kläger und erteilte dem Bankhaus R. einen Mietbürgschaftsauftrag. Ab Juni 2003 wurden keine weiteren Mieten bezahlt. Der Mieter M. räumte Ende September 2003 bei Nacht und Nebel das Ladenlokal. Schönheitsreparaturen hatte er nicht durchgeführt. Nur ein Teil der Schlüssel zu dem Ladenlokal wurde zurückgegeben. Aus diesem Grund ließ der Kläger die Schlösser austauschen. Der Kläger beauftragte eine Rechtsanwältin mit der Neuvermietung des Ladenlokals. Eine Neuvermietung war erst zum 1.1.2004 zu einer geringeren Miete möglich.

Der Kläger stützte die von ihm geltend gemachten Ansprüche auf die Grundsätze des „Strohmangengeschäfts“ bzw. auf einen konkludent erklärten Schuldbeitritt des Beklagten.

Der Beklagte bestritt, einen Schuldbeitritt erklärt zu haben, und behauptete, gemäß § 267 BGB geleistet zu haben. Zur Erklärung trug er vor, der Ladenmieter M. habe von ihm Waren auf Kommissionsbasis erhalten. Zur Absicherung seiner Ansprüche habe M. den überwiegenden Teil seiner Erlöse auf sein Konto eingezahlt. So lange ein entsprechender Überschuss vorhanden gewesen sei, habe er, wie es mit M. vereinbart gewesen sei, die Ladenmiete direkt an den Kläger überwiesen.

Das Landgericht München I wies die Klage ab, das Oberlandesgericht München wies die Berufung des Klägers zurück.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung des Klägers führt nicht zum Erfolg, da er gegen den Beklagten weder aus dem Mietverhältnis noch aus einem Schuldbeitritt Ansprüche hat.

Ansprüche aus dem Mietvertrag bestehen nicht, da nicht der Beklagte, sondern ein Peter M. diesen Mietvertrag als Mie-

ter unterzeichnet hat. Wie sich aus dem als Anlage B 2 vorgelegten Schreiben des Klägers vom 22.6.1999 an Peter M. ergibt, hat er selbst diesen als Mieter angesehen.

Selbst wenn Peter M., wie dies vom Kläger behauptet wird, vom Beklagten nur als „Strohmann“ vorgeschoben gewesen wäre, dann ändert dies nichts am Ergebnis. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird der „Strohmann“ durch den abgeschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet – selbst dann, wenn der andere Teil von der „Strohmanneigenschaft“ weiß (vgl. BGH WPM 1964, 179; BGH NJW 1982, 569). Dies bedeutet, der Kläger hat sich grundsätzlich an den im Mietvertrag als Mieter bezeichneten Peter M. zu halten. Eine Einvernahme des vom Kläger benannten Zeugen Z., der bekunden sollte, dass Peter M. nur „pro forma“ Mieter geworden sei, ist somit nicht erforderlich gewesen.

Der Kläger kann auch keine Ansprüche gegen den Beklagten aus einem Schuldbeitritt herleiten, da er einen solchen zur Überzeugung des Einzelrichters nicht nachgewiesen hat. Bezüglich des von ihm behaupteten Schuldbeitritts trägt der Kläger die Darlegungs- und Beweislast. Der Beklagte bestreitet, einen Schuldbeitritt mit dem Kläger und/oder mit Peter M. vereinbart zu haben. Er behauptet vielmehr, gemäß § 267 BGB geleistet zu haben. Die vom Kläger angeführten Umstände wie z. B. Mietzahlungen des Beklagten, Erteilung eines Mietbürgschaftsauftrages an das Bankhaus R. sowie ein generelles Interesse des Beklagten an dem Betrieb des Ladens reichen nach Auffassung des Einzelrichters nicht aus, um den konkludenten Abschluss eines Schuldbeitritts als bewiesen anzusehen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass nach der Meinung des Klägers der von ihm angenommene Schuldbeitritt des Beklagten nicht nur die vom Mieter geschuldeten Mieten, sondern sämtliche Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis umfassen sollte. Die Folgen einer Schuldbeitrittserklärung – insbesondere einer umfassenden – sind viel zu weit reichend, um das Vorliegen der oben genannten Umstände genügen zu lassen, die Abgabe einer solchen Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten des Beklagten anzunehmen. Wegen der weit reichenden Konsequenzen verlangt die Rechtsprechung für die Annahme eines Schuldbeitritts, dass sich aus der Erklärung des Beitretenden dessen Wille, eine fremde Schuld in einem bestimmten Umfang zu übernehmen, deutlich ergeben muss (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage, Rn. 2 vor § 414 BGB).

Eine Schuldübernahme i. S. d. § 414 BGB bzw. i. S. d. § 415 BGB oder die Übernahme einer Bürgschaft durch den Beklagten werden nicht einmal vom Kläger behauptet.

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Anmerkung des Mitteilers zu Ersatzansprüchen des Vermieters wegen kündigungsbedingter Mietausfälle:

Das Reichsgericht vertrat die Auffassung, dass der Vermieter gegen den Mieter, dem er wegen Zahlungsrückständen wirksam außerordentlich gekündigt hatte, einen Anspruch eigener Art auf Ersatz der Mietausfälle hat. Es begründete seine Rechtsmeinung damit, dass der Mieter bei Abschluss des Mietvertrages dem Vermieter zumindest konkludent seine Zahlungsfähigkeit zugesichert habe (vgl. RGZ 76, 367). Der Bundesgerichtshof folgte dieser Rechtsprechung mit der Begründung, dass der Mieter durch die Nichtzahlung des von ihm geschuldeten Mietzinses eine Vertragsverletzung während des Bestehens des Mietverhältnisses begehe, da er seine Zahlungsunfähigkeit immer zu vertreten habe (vgl. BGH NJW 1984, 2687; 1998, 372). Nach der Novellierung des Schuld-

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

rechts bietet sich § 280 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage an (vgl. Fellner, Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WM) 2002, 493; Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Auflage, Rn. 61 zu § 543 BGB).

RiOLG Dr. Christoph Fellner, Ottobrunn

§§ 138, 535, 581 a. F. BGB
Gaststättenpacht; auffällig überhöhter Pachtzins;
Inventarkauf; fristlose Kündigung

Besteht bei einem gewerblichen Miet- oder Pachtverhältnis ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der vereinbarten und der marktüblichen Miete oder Pacht, kann hieraus allein noch nicht auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten geschlossen werden. Vielmehr bedarf es angesichts der häufig auftretenden Bewertungsschwierigkeiten der tatrichterlichen Prüfung, ob dieses Mißverhältnis für den Begünstigten subjektiv erkennbar war (im Anschluß an Senatsurteil vom 13. Juni 2001 – XII ZR 49/99 – NJW 2002, 55 [= GuT 2002, 9]).

(BGH, Urteil vom 14. 7. 2004 – XII ZR 352/00)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten im wesentlichen darum, ob ein zwischen ihnen geschlossener Gaststättenpachtvertrag wegen eines auffällig überhöhten Pachtzinses sittenwidrig und deswegen ein Kaufvertrag über das Inventar der Gaststätte ebenfalls nichtig ist.

Der Beklagte verpachtete dem Kläger mit schriftlichem Vertrag vom 11. August 1993 die Gaststätte T. in H. für monatlich 6000 DM einschließlich Mehrwertsteuer zuzüglich Nebenkosten. Der Kläger hat dem Beklagten gemäß § 6 des Pachtvertrags eine Kautions in Höhe von 24 000 DM in Form einer schriftlichen Bankbürgschaft gestellt, über die beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Der Kläger und der Widerbeklagte zu 3 (M. B.) kauften ebenfalls am 11. August 1993 das Inventar der Gaststätte zum Preis von 110 000 DM vom Beklagten. Einen Teilbetrag von 70 000 DM zahlten der Kläger und der Widerbeklagte zu 3, die in dieser Höhe ein Darlehen ihrer Brauerei erhalten hatten, vereinbarungsgemäß sofort. Den Restbetrag von 40 000 DM sollten sie in monatlichen Raten von 1000 DM ab 1. September 1993 leisten. Hiervon haben sie insgesamt 14 000 DM bezahlt, so daß noch 26 000 DM offen sind. Mit Vertrag vom 10. Februar 1994 verpachtete der Beklagte die Gaststätte an die Widerbeklagte zu 2 (Z. T. Gaststättenbetriebs GmbH) für eine monatliche Pacht von 6000 DM zuzüglich 450 DM Nebenkosten einschließlich Mehrwertsteuer, wobei streitig ist, ob der Widerbeklagte zu 3, der für die Widerbeklagte zu 2 handelte, auch Pächter werden sollte.

Im Januar 1995 kündigte die Widerbeklagte zu 2 das Pachtverhältnis fristlos mit der Begründung, die Pacht sei auffällig überhöht. Anfang März 1995 kündigte auch der Beklagte das Pachtverhältnis fristlos wegen rückständiger Pachtzinsen. Die Gaststätte wurde am 10. März 1995 geräumt, wobei streitig ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Inventar in der Gaststätte verblieben oder mitgenommen worden ist. Im Zeitpunkt der Räumung der Gaststätte waren die Nebenkosten für die Monate November 1994 bis Februar 1995 in Höhe von monatlich 450 DM und die Pacht für Dezember 1994 bis Februar 1995 von monatlich 6000 DM sowie der Anteil für März 1995 in Höhe von 2000 DM, insgesamt somit 21 800 DM, nicht bezahlt.

Der Kläger, der geltend macht, das Pachtverhältnis zwischen ihm und dem Beklagten sei bereits im Oktober 1993 beendet worden, verlangt vom Beklagten mit der Klage die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde. Der Beklagte verlangt vom Kläger und den Widerbeklagten zu 2 und 3 im Wege der Widerklage die Zahlung der – rechnerisch unstrittigen –

Pacht- und Nebenkostenrückstände von insgesamt 21 800 DM nebst Zinsen sowie vom Kläger zusätzlich die Zustimmung zur Auszahlung dieses Betrages aus der Bankbürgschaft. Die Widerbeklagten zu 2 und 3 machen geltend, der Widerbeklagte zu 3 sei nie Pächter geworden. Außerdem sei der Pachtvertrag wegen eines auffällig überhöhten Pachtzinses sittenwidrig. Deswegen sei auch der Kaufvertrag nichtig. Sie haben daher gegen den Beklagten Wider-Widerklage auf Rückzahlung überzahlter Pacht in Höhe von 46 908 DM und des gezahlten Kaufpreises in Höhe von 84 000 DM erhoben.

Das Landgericht Heidelberg hat Pacht- und Kaufvertrag als wirksam angesehen. Es hat den Beklagten verurteilt, dem Kläger die Bürgschaftsurkunde Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises von 26 000 DM für das Gaststätteninventar zurückzugeben. Die Widerklage des Beklagten gegen den Kläger auf Zahlung der restlichen Pacht in Höhe von 21 800 DM nebst Zinsen und auf seine Zustimmung zur Auszahlung dieses Betrages aus der Bürgschaft hat es abgewiesen, weil der Kläger spätestens mit Abschluß des neuen Pachtvertrages vom 10. Februar 1994 aus dem Pachtverhältnis ausgeschieden sei. Auch gegen den Widerbeklagten zu 3 blieb die Widerklage mangels Passivlegitimation erfolglos. Dagegen hat es die Widerbeklagte zu 2 zur Zahlung des genannten Betrages verurteilt. Die Wider-Widerklage der Widerbeklagten zu 2 und 3 gegen den Beklagten auf Rückzahlung überzahlter Pacht (46 908 DM) und des Kaufpreises für das Inventar (84 000 DM) hat es mangels Sittenwidrigkeit des Pachtvertrags abgewiesen.

Auf die Berufungen des Klägers und der Widerbeklagten zu 2 und 3 hat das Oberlandesgericht Karlsruhe unter Zurückweisung der Anschlußberufung des Beklagten den Pachtvertrag als sittenwidrig und den Kaufvertrag deswegen als nichtig angesehen. Es hat den Beklagten zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an den Kläger verurteilt. Die Widerklage des Beklagten auf rückständige Pacht hat es abgewiesen. Auf die von den Widerbeklagten zu 2 und 3 ihrerseits erhobenen (Wider-)Widerklagen hat es den Beklagten zur Rückzahlung überhöhter Pacht von 16 894,62 DM an die Widerbeklagte zu 2 und zur Rückzahlung des Kaufpreises für das Inventar in Höhe von 71 000 DM an den Widerbeklagten zu 3 verurteilt. Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Senat angenommene Revision des Beklagten, mit der er seine zweitinstanzlichen Anträge weiterverfolgt.

Aus den Gründen: Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage des Beklagten auf rückständige Pacht und Nebenkosten (21 800 DM) gegen den Widerbeklagten zu 3 richtet. Das Berufungsgericht hat die Abweisung der Widerklage damit begründet, daß der Widerbeklagte zu 3 nach dem Pachtvertrag vom 10. Februar 1994 nicht Pächter wurde. Gegen diese Auslegung des Pachtvertrages wendet sich die Revision nicht. Revisionsrechtlich erhebliche Fehler des Berufungsgerichts sind insoweit auch sonst nicht ersichtlich.

Im übrigen ist die Revision des Beklagten begründet. Sie führt in diesem Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Kläger habe gegen den Beklagten einen Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde und schulde den Widerbeklagten zu 2 und 3 die Rückzahlung überhöhter Pacht bzw. Rückzahlung des Kaufpreises für das Inventar, weil der Pachtvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und deswegen der Kaufpreis über das Inventar gemäß § 139 BGB ebenfalls nichtig sei. Der Pachtvertrag sei sittenwidrig, weil zwischen Leistung und Gegenleistung ein besonders auffälliges Mißverhältnis bestehe. Denn nach dem überzeugenden Gutachten des Sachverständigen S. betrage die ortsübliche Pacht für vergleichbare Gast-

stätten 3122,82 DM einschließlich 15% MWSt. Die vereinbarte Pacht von 6000 DM liege damit um 92% über der ortsüblichen Pacht. Dieses besonders auffällige, grobe Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung rechtfertige den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung des Beklagten. Der Widerbeklagten zu 2 stehe daher für die Monate Februar 1994 bis November 1994, in denen sie die Pacht bezahlt habe, gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 2 BGB ein Bereicherungsanspruch in Höhe von 28771,80 DM (6000 DM – 3122,82 DM = 2877,18 DM × 10) zu. Von diesem Betrag seien 12 209,40 DM abzuziehen. Dies sei der Wertersatz, den die Widerbeklagte zu 2 dem Beklagten für die Überlassung der Gaststätte von Dezember 1994 bis 10. März 1995 schulde (3122,82 DM × 3 zuzüglich 1040,94 DM für März 1995 zuzüglich 1800 DM Nebenkosten).

Dem Widerbeklagten zu 3 stehe gegen den Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Inventar in Höhe von 71 000 DM zu. Der Widerbeklagte zu 3 sei vom Kläger ermächtigt worden, diesen Anspruch, der materiell auch dem Kläger zustehe, im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft alleine geltend zu machen. Die Nichtigkeit des Pachtvertrages führe gemäß § 139 BGB auch zur Nichtigkeit des Kaufvertrags. Zwar hätten die Kläger insgesamt 84 000 DM auf den Kaufpreis bezahlt. Von diesem Betrag sei jedoch der Wert der Nutzung des Inventars für 13 Monate in Höhe von insgesamt 13 000 DM abzuziehen, so daß ein Anspruch von 71 000 DM verbleibe.

Dem Kläger stehe, auch wenn er nicht bewiesen habe, mit Abschluß des Pachtvertrags vom 10. Februar 1994 aus dem Pachtvertrag vom 11. August 1993 entlassen worden zu sein, ein uneingeschränkter Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde zu; der Beklagte habe nämlich keinen Anspruch auf Zahlung des restlichen Kaufpreises in Höhe von 26 000 DM. Ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten an der Bürgschaftsurkunde nach § 273 BGB entfalle daher schon aus diesem Grunde.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Prüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ansatz des Oberlandesgerichts, daß bei der Prüfung, ob ein Gaststättenpachtvertrag ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufweist und der Vertrag bei Hinzutreten subjektiver Umstände deshalb als wucherähnliches Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, der angemessene orts- bzw. marktübliche Pachtzins für die Gebrauchsüberlassung der Gaststätte der tatsächlich vereinbarten Pacht gegenüberzustellen ist. Die sogenannte EOP-Methode (an der Ertragskraft orientierte Pachtwertfindung) und die von ihr abgeleitete sogenannte indirekte Vergleichsmethode sind hingegen nicht geeignet, den zum Vergleich heranzuziehenden marktüblichen Pachtzins zu bestimmen (BGHZ 141, 257 [= WM 1999, 527]; Senatsurteil vom 13. Juni 2001 – XII ZR 49/99 – NJW 2002, 55 [= GuT 2002, 9]).

2. Die Revision rügt auch ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe das Gutachten des Sachverständigen S. nicht werten dürfen. (wird ausgeführt)

3. Das Oberlandesgericht ist auch rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß wegen der von ihm festgestellten Übersteuerung der Pacht um rund 92 % ein besonders auffälliges, grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Dieses besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nämlich schon dann, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (vgl. BGHZ 141, 257, 262 [= WM 1999, 527]; 146, 298, 302). Rechtsfehlerhaft war es jedoch, daß das Berufungsgericht keine tatrichterliche Würdigung vorgenommen hat, ob dieses Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

für den Beklagten erkennbar war, sondern allein aus dem Vorliegen des groben Mißverhältnisses auf eine verwerfliche Gesinnung des Beklagten geschlossen hat. Im einzelnen:

a) Ein Vertrag ist als wucherähnliches Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Mißverhältnis zueinander stehen und weitere sittenwidrige Umstände hinzutreten, z. B. eine verwerfliche Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten (BGHZ 141, 257, 263 [= WM 1999, 527]). Ein besonders auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung legt im allgemeinen den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten nahe (st.Rspr. vgl. BGH, Urteil vom 30. Mai 2000 – IX ZR 121/99 – NJW 2000, 2669, 2670). Für bestimmte Vertragstypen hat der Bundesgerichtshof allein wegen eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten geschlossen, auch wenn im konkreten Fall keine weiteren, für ein sittenwidriges Verhalten des Begünstigten sprechende Umstände hinzukamen. Dies gilt insbesondere für Teilzahlungs- oder Ratenkreditverträge mit privaten Kunden (BGHZ 80, 153, 161; 98, 174, 178 m. N.) und für Grundstückskaufverträge (BGHZ 146, 248, 302 m. N.).

b) Wie der Senat indes zwischenzeitlich entschieden hat (Senatsurteil vom 13. Juni 2001 a. a. O., 57 [= GuT 2002, 9]), sind auf die Prüfung, ob ein gewerblicher Miet- oder Pachtvertrag als wucherähnlich nichtig ist, nicht ohne weiteres die Grundsätze zu übertragen, die im Rahmen von Teilzahlungs- oder Ratenkreditverträgen sowie Grundstückskaufverträgen in bezug auf die Feststellung der verwerflichen Gesinnung des Begünstigten gelten. Auch in diesen Fällen verzichtet die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes allerdings nicht auf das subjektive Element der Sittenwidrigkeit. Sie geht lediglich davon aus, daß das vorliegende auffällige Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung einen hinreichend sicheren Rückschluß darauf zuläßt, daß auch dieses subjektive Element – die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten – gegeben ist. Ein solcher Rückschluß setzt aber voraus, daß sich der Begünstigte nach der allgemeinen Lebenserfahrung zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, es liege ein auffälliges Mißverhältnis vor (vgl. BGHZ 146 a. a. O. 303, 304). Davon kann nur dann ausgegangen werden, wenn der Marktwert der Leistung für ihn in etwa erkennbar war. Dies ist bei Darlehensverträgen von Kreditbanken mit Privatpersonen stets und bei Grundstücksgeschäften Privater regelmäßig der Fall (vgl. BGHZ 146 a. a. O. 303, 304). Im Gegensatz dazu kommt es jedoch, wie der Senat in seinem Urteil vom 13. Juni 2001 a. a. O. 57 [= GuT 2002, 9] im einzelnen dargelegt hat, beim Abschluß von gewerblichen Miet- und Pachtverträgen nicht nur in Ausnahmefällen zu Bewertungsschwierigkeiten. Deshalb ist bei gewerblichen Mietverträgen regelmäßig eine tatrichterliche Würdigung erforderlich, ob das auffällige Mißverhältnis für den Begünstigten erkennbar war.

4. Das Berufungsurteil ist demnach im vorbezeichneten Umfang aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen hat, ob neben dem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung weitere Umstände oder weitere Regelungen in dem Vertrag für eine verwerfliche Gesinnung des Beklagten sprechen (vgl. dazu Senatsurteil vom 13. Juni 2001 a. a. O., 57) oder ob für den Beklagten das grobe Mißverhältnis nicht erkennbar war.

5. Für das weitere Verfahren dürfte folgendes zu beachten sein:

Sollte das Berufungsgericht zum Ergebnis kommen, der Kaufvertrag sei gültig, dürfte zu prüfen sein, ob im Verhältnis der Parteien das Verbraucherkreditgesetz anzuwenden ist und ob der Beklagte vom Kaufvertrag zurückgetreten ist, weil

er, was von ihm jedoch bestritten wird, das Inventar an sich genommen hat (§ 13 Abs. 3 VerbrKrG i.V. mit § 346 ff. BGB a. F.). Klärungsbedürftig wäre in diesem Zusammenhang auch, ob der Beklagte beim Verkauf des Inventars in Ausübung seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit (§ 1 Abs. 1 VerbrKrG) handelte und ob der Kaufvertrag mit dem Kreditvertrag der Brauerei ein verbundenes Geschäft i.S. von § 9 Abs. 1 VerbrKrG bildet.

Zweifelhaft erscheint weiterhin, ob, wovon die Parteien aber anscheinend ausgehen, der Kläger, selbst wenn Pacht- und Kaufvertrag nichtig sein sollten, die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an sich verlangen kann. Denn bei Wegfall des Sicherungszwecks steht, wenn sich nicht aus den jeweiligen vertraglichen Beziehungen etwas anderes ergibt, der Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde entsprechend § 371 BGB dem Bürgen und nicht dem Pächter zu (vgl. OLG Celle ZMR 2002, 812; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 668). Der Kläger könnte daher vom Beklagten allenfalls die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die bürgende Bank verlangen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Anm. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2004, 157; BGH – XII ZR 73/01 – GuT 2004, 238/239 KL (in diesem Heft).

**§§ 535, 305c BGB; § 5 AGBG
Ladenlokal; Miete; Verlängerungsklausel;
Optionsrecht**

Zur Konkurrenz von Verlängerungsklausel und Optionsrecht.

(OLG Düsseldorf, (Hinweis-)Beschluss vom 27. 5. 2004 – I-24 U 270/03)

Zum Sachverhalt: Durch Vertrag vom 6. 3. 1999 mietete die Beklagte von der Rechtsvorgängerin der Klägerin (G) ein Ladenlokal für die Zeit vom 1. 5. 1999 bis 30. 4. 2000 zu einem monatlichen Mietzins von 2640 DM netto. Nach § 2 Nr. 2 Mietvertrag (MV) verlängert sich das befristet für ein Jahr abgeschlossene Mietverhältnis um fünf Jahre, wenn keine der Parteien bis spätestens sechs Monate vor dem Ablauf eine Kündigung ausspricht. In § 2 Nr. 3 Satz 1 MV wurde der Beklagten ein Optionsrecht von fünf Jahren eingeräumt, das spätestens 6 Monate vor Ablauf der Kündigungsfrist auszuüben war. Da die Beklagte die Mieten für Juni bis September 1999 nicht zahlte, kündigte G den Mietvertrag am 15. 9. 1999 fristlos. Ende September 2000 gab die Beklagte der Klägerin, die seit 21. 9. 2000 als neue Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist, die Mieträume zurück. Ab November 2000 vermietete die Klägerin die Räume anderweitig für monatlich 1650 DM netto.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Mietausfall für die Zeit von Oktober 2000 bis Dezember 2001 in Höhe von 7930,14 EUR (= 15 510 DM). Die Beklagte hat sich u. a. damit verteidigt, der Mietvertrag sei Ende April 2000 ausgelaufen, weil die Verlängerungsklausel unwirksam sei. Das Landgericht Duisburg hat der Klage stattgegeben. Ihre Berufung hat die Beklagte nach Hinweisen des Senats zurückgenommen.

Aus den Gründen: Der Senat beabsichtigt, die Berufung im Beschlussverfahren (§ 522 Abs. 2 ZPO) zurückzuweisen. Die Beklagte erhält Gelegenheit, zu den Gründen binnen einer Frist von zwei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses schriftsätzlich Stellung zu nehmen. (*Tenor*)

I. Das zulässige Rechtsmittel hat keine Erfolgsaussicht.

Das Landgericht hat die von der Berufung für klärungsbedürftig gehaltene Rechtsfrage nach der Wirksamkeit der Ver-

längerungs- und Optionsklausel im Mietvertrag vom 2./5. Mai 2001 (§ 2 Nr. 2 und 3) richtig beantwortet. Die dort getroffenen Regeln sind nicht unklar und deshalb wirksam vereinbart.

1. Die Regelung gemäß § 2 Nr. 2 Mietvertrag für sich genommen ist eindeutig. Nach ihr verlängert sich das befristet für ein Jahr abgeschlossene Mietverhältnis um fünf Jahre, wenn keine der Parteien bis spätestens sechs Monate vor dem Ablauf eine Kündigung ausspricht. Auf das konkrete, am 1. Mai 1999 begonnene Vertragsverhältnis angewendet bedeutet das, dass spätestens mit Ablauf des 30. November 1999 von einer Vertragsseite der Beendigungswille erklärt werden musste, um eine Verlängerung der Vertragszeit über den 30. April 2000 hinaus zu verhindern (vgl. dazu Senat MDR 2002, 1429 = ZMR 2002, 910 [= WM 2002, 606 = GuT 2003, 19 KL]).

2. Die Regelung in § 2 Nr. 3 Mietvertrag ist für sich genommen auslegungsbedürftig, aber auch auslegungsfähig und deshalb wirksam. Satz 1 ist eindeutig. Mit ihm wird der Beklagten ein Optionsrecht von fünf Jahren eingeräumt. Das bedeutet, dass es in ihrer Macht steht, durch die Ausübung der Option das Vertragsverhältnis über den 30. April 2000 hinaus um einen Zeitraum von fünf Jahren zu verlängern.

Satz 2 enthält eine Unklarheit, soweit es dort heißt, die Option sei „spätestens 6 Monate vor Ablauf der Kündigungsfrist“ zu erklären, obwohl in den vorangegangenen Regelungen nicht vom Ablauf einer Kündigungsfrist, sondern vom Ablauf der Mietzeit die Rede ist. Außerdem ist der Vertrag nur auf zwölf Monate geschlossen worden, so dass bei wortgetreuer Anwendung die Optionsklausel leerläuft, wenn die Option nur zwölf Monate vor Vertragsende, also hier schon bei Vertragsbeginn, ausgeübt werden kann. Diese Unklarheiten können und müssen durch interessengerechte Auslegung beseitigt werden.

Die Auslegung einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geht, damit dem Willen der Vertragsparteien und dem Prinzip der Privatautonomie Geltung verschafft wird, stets der Verwerfung wegen Unklarheit vor (Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 133 Rn. 7 ff. und § 305 c Rn. 15 f. jeweils m.w.N.). Während das Optionsrecht im einseitigen Interesse des Mieters vereinbart ist, liegt es vor allem im Interesse des Vermieters, möglichst frühzeitig vor Ablauf des Vertragsverhältnisses zu erfahren, ob der Mieter sein Recht ausübt und sich der Vertrag verlängert oder ob er nach Ablauf der Grundmietzeit endet. Die Erfüllung des Informationsinteresses zur rechten Zeit liegt auf der Hand, weil der Vermieter, der erst bei Vertragsende von der Entscheidung des Mieters erfährt, im Falle unterbleibender Optionsausübung keinen Anschlussmieter hat und deshalb mit einem Mietausfall rechnen muss. Hat aber die vereinbarte Erklärungsfrist von sechs Monaten den alleinigen Sinn, das Informationsbedürfnis des Vermieters rechtzeitig zu befriedigen, dann liegt es ganz nahe, die Erklärungsfrist nicht auf die „Kündigungsfrist“, sondern auf das in § 2 Nr. 1 Mietvertrag vereinbarte Vertragsende zu beziehen. Nur diese Auslegung gibt Sinn und liegt im Interesse der Vertragsparteien.

Auf das konkrete Vertragsverhältnis angewendet bedeutet das, dass der Mieter spätestens mit Ablauf des 30. November 1999 die Option ausüben musste, um das Vertragsverhältnis über den 30. April 2000 hinaus zu verlängern, andernfalls der Vertrag zu diesem Zeitpunkt endet.

3. Zutreffend ist die Rechtsansicht des Landgerichts, dass auch beide Klauseln nebeneinander Sinn machen.

Allerdings hat das Optionsrecht des Mieters dann keinen selbständigen Regelungsinhalt, wenn beide Parteien das Vertragsverhältnis fortsetzen wollen und deshalb davon absehen, die in § 2 Nr. 2 Mietvertrag bestimmte Kündigungserklärung abzugeben. Die Regelung verlängert das Vertragsverhältnis aber auch dann, wenn eine oder beide Seiten es zwar beenden

wollen, es aber versäumen, die Kündigung oder den Beendigungswillens wirksam, nämlich fristgerecht und in der vereinbarten Form zu erklären. Die Optionsregelung entfaltet erst dann ihren eigentlichen Sinn, wenn der Vermieter das Vertragsverhältnis beenden will, der Mieter aber nicht. In diesem Fall kann der Mieter durch die rechtzeitige Ausübung der Option gegen den erklärten Willen des Vermieters das Vertragsverhältnis verlängern (vgl. BGH NJW 1985, 2581 = MDR 1985, 754; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rn. 831 f.; vgl. auch Senat a. a. O.). Entgegen der Ansicht der Beklagten widersprechen sich deshalb beide Regelungen nicht, sondern sie ergänzen sich auf vorbildliche Weise. Die einzige verbleibende Unklarheit liegt darin, wie zu verfahren ist, wenn der Vermieter dafür sorgt, dass seine Kündigungserklärung gemäß § 2 Nr. 2 Mietvertrag dem Mieter erst am letzten Tag der Erklärungsfrist zugeht, so dass dieser seine Optionserklärung nicht mehr innerhalb der gleich lang vereinbarten Optionserklärungsfrist (§ 2 Nr. 3 Satz 2 Mietvertrag) abgeben kann. Es liegt nahe, diesen Konflikt im Sinne des Mieters dahin zu entscheiden, dass er dann die Optionserklärung auch noch außerhalb der Frist des § 2 Nr. 3 Satz 2 Mietvertrag abgeben kann, wenn das unverzüglich nach dem Zugang der Kündigungserklärung des Vermieters geschieht (vgl. BGH a. a. O.). Eine unlösbare Unklarheit im Sinne des § 5 AGBG (jetzt § 305c Abs. 2 BGB) mit der Folge, dass zu Lasten des Mieters als Klauselverwendungsgegner keine der beiden genannten Regelungen zur Anwendung gelangt und das Mietverhältnis trotz beiderseitigen Schweigens am 30. April 2000 sein Ende gefunden hatte, kann nicht festgestellt werden.

II. Der Senat weist darauf hin, dass die Zurücknahme der Berufung vor Erlass eines Beschlusses nach § 522 Abs. 2 ZPO kostenrechtlich privilegiert ist.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 535, 536 a. F., 854, 858, 320 BGB
Gewerberaumiete; Massagepraxis; Zahlungsverzug;
fristlose Kündigung;
Unterbrechung der Wasserversorgung**

1. Die Unterbrechung der Wasserversorgung durch den Vermieter ist – jedenfalls nach wirksamer Beendigung eines Gewerbemietverhältnisses wegen Verzuges des Mieters mit den Mietzahlungen und den Nebenkostenvorauszahlungen – keine Besitzstörung im Sinne des § 858 BGB.

Es ist zu unterscheiden zwischen dem Besitz des Mieters an der Mietsache im Sinne des § 854 BGB und dem Gebrauch der Mietsache, den der Vermieter dem Mieter aufgrund des Mietvertrages nach § 536 BGB a. F. (§ 535 BGB n. F.) schuldet.

Es besteht keine Pflicht des gewerblichen Vermieters zur Gewährung des Mietgebrauchs nach fristloser Kündigung wegen Zahlungsverzuges.

Zum Zurückbehaltungsrecht des Vermieters bezüglich der Wasserversorgung des Gewerberaummieters, der die Miete nicht zahlt.

2. Hat das Erstgericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Beschluss zurückgewiesen, und erlässt – auf die Beschwerde des Antragstellers – das Beschwerdegericht eine einstweilige Verfügung, so ist das Beschwerdegericht auch zur Entscheidung über den dagegen eingelegten Widerspruch jedenfalls dann befugt, wenn ausschließlich Rechtsfragen zu entscheiden sind.

(KG, Urteil vom 8. 7. 2004 – 12 W 21/04)

Zum Sachverhalt: Der Verfügungskläger mietete mit Vertrag vom 23. Februar/3. März 1994 Gewerberäume in der X.-

Straße 1 im Umfang von 70 m² für den Betrieb einer Massagepraxis. Nach § 5 Nr. 2 des Mietvertrages hatte der Verfügungskläger an die Verfügungsbeklagte u. a. die Kosten für die Wasserversorgung zu zahlen. Der monatliche Mietzins betrug zuletzt 1293,48 EUR.

Bis Oktober 2002 zahlte der Verfügungskläger die vereinbarte Miete nur teilweise. Seit Oktober 2002 erbringt er keine Leistungen mehr. Im Jahr 2000 hat er ein Schuldanerkenntnis über offene Mietzinsforderungen von ca. 12 000,- DM unterzeichnet. Im März 2004 betrugen die Mietrückstände über 50 000,- EUR.

Unter dem 7. November 2003 hat die Verfügungsbeklagte das Mietverhältnis wegen der damaligen Mietrückstände von 31 370,47 EUR fristlos gekündigt. Mit Schreiben vom 27. April 2004 hat sie angekündigt, wegen offener Mietzinsforderungen ihr Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen und das Wasser abzusperren. Am 29. April 2004, 10.00 Uhr, hat die Verfügungsbeklagte die Wasserzufuhr zu den streitgegenständlichen Räumen abgesperrt.

Der Verfügungskläger hat erklärt, er sei bereit, für die Wasserversorgung einen monatlichen Vorschuss zu zahlen. Weiter hat er geltend gemacht, nach Absperrung der Wasserversorgung sei er nicht mehr in der Lage, in den streitgegenständlichen Räumen Massagen durchzuführen, da für Fangopackungen etc. Wasser benötigt werde. Im April 2004 begonnene Behandlungen von Patienten seien erst Mitte Juni 2004 abgeschlossen.

Die Parteien streiten um die Rechtsfrage, ob die Verfügungsbeklagte aufgrund eines ihr zustehenden Zurückbehaltungsrechts die Wasserzufuhr absperren darf oder ob dies eine verbotene Eigenmacht im Sinne der §§ 858, 862 BGB darstellt.

Das Landgericht Berlin hat mit Beschluss vom 29. April 2004 den Antrag des Verfügungsklägers, die Beklagte zur Wiederherstellung der Wasserzufuhr zu verpflichten, zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Verfügungsklägers vom 1. Mai 2004 hat der 9. Zivilsenat als Vertreterssenat mit Beschluss vom 4. Mai 2004 eine einstweilige Verfügung erlassen und darin die Verfügungsbeklagte verpflichtet, die Wasserzufuhr wiederherzustellen, sofern der Verfügungskläger nachweist, für Mai und Juni 2004 jeweils 50,00 EUR Wasserkostenvorschuss an die Verfügungsbeklagte gezahlt zu haben. Hiergegen hat die Verfügungsbeklagte am 4. Mai 2004 Widerspruch eingelegt.

Die Akten 34 AR 6/04 des Landgerichts Berlin haben zu Informationszwecken vorgelegen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Aus den Gründen: II. 1. Der Widerspruch der Verfügungsbeklagten gegen den Beschluss des 9. Zivilsenats vom 4. Mai 2004 ist form- und fristgerecht eingelegt worden. Das Kammergericht ist auch für die Entscheidung über den Widerspruch zuständig. Zwar wird in Rechtsprechung und Schrifttum wohl überwiegend die Auffassung vertreten, dass dann, wenn das Beschwerdegericht den Arrest oder die einstweilige Verfügung erlassen hat, für die Durchführung des Widerspruchsverfahrens die erste Instanz zuständig sei (OLG Düsseldorf MDR 1984, 324; OLG Hamm OLGZ 1987, 493; OLG Dresden JUR Büro 2000, 138, 139; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 924 Rdnr. 6; MüKo/Heinze, ZPO, 2. Aufl., § 924 Rdnr. 13 m.w.N.). Dies wird in erster Linie mit der Beendigung der Beschwerdeinstanz durch die Entscheidung in der Sache und mit der Notwendigkeit, den Erlass des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung durch das Beschwerdegericht und die Übertragung der Anordnung auf das Erstinstanzgericht gemäß § 575 ZPO gleich zu behandeln, begründet, so wie mit der Stellung des Beschwerdegerichts als „Ersatzgericht“ der ersten Instanz.

Der Senat vermag sich dieser Auffassung jedoch nicht anzuschließen. Gegen sie spricht insbesondere der Eilcharakter des Arrestverfahrens. Zudem würde die Gegenmeinung dazu führen, dass das erstinstanzliche Gericht in seiner Entscheidung über den Widerspruch die Arrestanordnung des übergeordneten Gerichts aufheben könnte. Streiten die Parteien, wie im vorliegenden Fall, ausschließlich um Rechtsfragen, so wäre zudem damit zu rechnen, dass dann, wenn das Gericht erster Instanz im Widerspruchsverfahren an seiner bisherigen Rechtsauffassung festhält, die zweite Instanz – nunmehr als Berufungsgericht – die Entscheidung erster Instanz erneut abändert, so dass es im Ergebnis zu einer Vielzahl sich widersprechender Entscheidungen kommt, was weder dem Interesse der Parteien dient, noch prozessökonomisch ist. Auch der Zweck des Widerspruchs, wonach das Gericht, welches den Arrest oder die einstweilige Verfügung angeordnet hat, seine eigene Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung nochmals überprüfen soll, spricht für eine Zuständigkeit des Beschwerdegerichts zur Entscheidung über den Widerspruch, zumal dieses mit der Sache bereits vertraut ist (Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 2. Aufl., § 924 ZPO Rdnr. 9 m.w.N.). Diese Auffassung entspricht im Übrigen einer im Bereich des Kammergerichts verbreiteten Praxis.

2. a) Ein Anspruch auf Wiederherstellung der Wasserzufuhr ergibt sich entgegen der Ansicht des Verfügungsklägers nicht aus den Regelungen in § 5 Abs. 2a) des Mietvertrages. Ein vertraglicher Anspruch des Verfügungsklägers auf Wiederherstellung der Wasserzufuhr scheidet schon deshalb aus, weil die Verfügungsbeklagte den Mietvertrag vom 23. Februar/3. März 1994 nach ihrem unwidersprochenen Vorbringen mit Schreiben vom November 2003 wegen erheblicher Zahlungsrückstände des Verfügungsklägers gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 a) BGB wirksam gekündigt hat.

b) Unabhängig von der Frage der Wirksamkeit der Kündigung kann der Verfügungskläger nicht von der Verfügungsbeklagten verlangen, dass diese die streitgegenständlichen Mieträume – auf ihre Kosten – mit Wasser versorgt, weil der Verfügungsbeklagten ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB zusteht, auf das sie sich mit ihrem Schreiben vom 27. April 2004 berufen hat. Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes ist auch in dem hier vorliegenden Fall eines Dauerschuldverhältnisses nicht ausgeschlossen.

Zwar trifft es zu, dass die Wasserversorgung für den Zeitraum, für den sie unterbrochen worden ist, nicht nachträglich nachgeholt werden kann, doch ist ein genereller Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes bei Dauerschuldverhältnissen oder Sukzessivlieferungsverträgen mit dem Gesetz nicht vereinbar (Beuermann, GE 1996, 1306 m.w.N.; im Ergebnis ebenso Schmid, Miete und Mietprozess, 4. Aufl., 10–19).

Dem Verfügungskläger kann auch nicht gefolgt werden, wenn er unter Berufung auf Schmidt-Futterer (Mietrecht 8. Aufl., § 546 BGB Rdnr. 145) meint, durch das Zulassen einer Versorgungssperre seitens des Vermieters würde das gesamte Zivilprozess- und Vollstreckungsrecht, insbesondere der Vollstreckungsschutz unterlaufen werden. Zum einen verkennt der Verfügungskläger, dass durch die Absperrung der Wasserzufuhr allenfalls die Möglichkeit der weiteren Nutzung der streitgegenständlichen Mieträume durch den Mieter beeinträchtigt wird, während ihm der Besitz hieran durch die beanstandete Maßnahme nicht entzogen wird (so schon KG, Urteil vom 17. Dezember 1998 – 8 U 7247/98). Zum anderen übersieht der Verfügungskläger, dass der Mieter in Fällen der vorliegenden Art die Möglichkeit hat, die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes hinsichtlich der Versorgungsleistungen mit Wasser, Strom, Heizung etc. dadurch abzuwenden, dass er die – im vorliegenden Fall unstrittigen – Mietzinsrückstände ausgleicht. Er wird also nicht dazu gezwungen, die vermieteten Räume zu räumen. Richtig ist zwar, dass

der Vermieter dadurch, dass er Versorgungsleistungen mit Wasser, Strom oder Heizung zurückhält, auf den Mieter Druck dahingehend ausüben kann, die von ihm geschuldete Gegenleistung, nämlich den Mietzins, nunmehr zu erbringen. Dies ist jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers gerade Sinn und Zweck des Zurückbehaltungsrechtes nach § 320 BGB (MK Emmerich, BGB, 4. Aufl., § 320 Rdnr. 2; im Ergebnis ebenso OLG Hamm MDR 1994, 163 ff.).

c) Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes durch die Verfügungsbeklagte ist – das Fortbestehen des Mietvertrags unterstellt – im vorliegenden Fall auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen. Zwar hat der Bundesgerichtshof (BGHZ 115, 99, 102 [= WM 1991, 436]) für möglich erachtet, dass die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes durch ein Versorgungsunternehmen gegen Treu und Glauben verstoßen könnte. Der dortige Sachverhalt ist mit dem hier zu entscheidenden Fall jedoch nicht vergleichbar. In dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall hatte das Versorgungsunternehmen die Stromversorgung für die Wohnräume eines Mieters unterbrochen, weil dieser Stromrechnungen für in einem anderen Gebäude befindliche Gewerberäume nicht ausgeglichen hatte. Dabei bestand die Besonderheit, dass der vollständige Mietzins für die Wohnräume regelmäßig vom Sozialamt ausgeglichen worden war. Im vorliegenden Fall sind demgegenüber keine Anhaltspunkte ersichtlich, die die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes durch die Verfügungsbeklagte als treuwidrig erscheinen lassen könnten, zumal erhebliche Mietrückstände aufgelaufen sind, die eine Kündigung rechtfertigen, und die Sperre zuvor angekündigt wurde.

d) Die Unterbrechung der Wasserversorgung durch die Verfügungsbeklagte stellt sich auch nicht als verbotene Eigenmacht in der Form der Besitzstörung hinsichtlich der vom Verfügungskläger ursprünglich angemieteten Gewerberäume im Sinne der §§ 858, 862 BGB dar.

aa) Allerdings steht es der Annahme einer verbotenen Eigenmacht durch Absperrung der Wasserversorgung seitens der Verfügungsbeklagten nicht entgegen, dass der ursprüngliche Mietvertrag von der Verfügungsbeklagten wirksam gekündigt worden ist und dieser im Übrigen ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB hinsichtlich der Wasserlieferung zusteht. Denn gegenüber einem etwaigen Anspruch des Verfügungsklägers aus § 862 BGB kann die Verfügungsbeklagte nur geltend machen, dass die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht ist (§ 863 BGB). Sogenannte petitorische Einwendungen, also Einwendungen, die nicht auf Besitzrecht beruhen, sind gegenüber dem possessorischen Anspruch auf Besitzschutz ausgeschlossen (LG Berlin WM 2003, 508, 509; Beuermann a. a. O., S. 1398; Derleder NZM 2000, 1098, 1100; Palandt-Bassenge, BGB, 63. Aufl., § 863 Rdnr. 1).

bb) Nach Auffassung des Senats stellt jedoch in Fällen der vorliegenden Art, bei denen vertragliche Beziehungen nur zwischen dem Mieter und dem Vermieter von Gewerberaum einerseits sowie zwischen dem Vermieter und dem Versorgungsunternehmen andererseits bestehen, nicht aber unmittelbar zwischen Mieter und Versorgungsunternehmen, das Absperrn der Wasserzufuhr keine Besitzstörung im Sinne der §§ 858, 862 BGB dar.

(1) Es erscheint bereits möglich, das vom Verfügungskläger beanstandete Verhalten der Verfügungsbeklagten bei wertender Betrachtung als Unterlassen einzustufen. Zwar setzt das Absperrn der Wasserversorgung zunächst ein aktives Tun voraus, nämlich das Schließen der Versorgungsleitung. Der Schwerpunkt des Verhaltens der Verfügungsbeklagten dürfte jedoch darin liegen, dass diese die vom Verfügungskläger innegehaltenen Räume nicht weiterhin mit Wasser versorgt. Dies zeigt sich auch daran, dass die Verfügungsbeklagte denselben Erfolg, nämlich die Unterbrechung der Wasserzufuhr zu den

streitgegenständlichen Räumen, auch dadurch hätte erreichen können, dass sie ihrerseits keine Zahlungen mehr an die Wasserbetriebe leistete. In diesem Fall hätten die Wasserwerke die Versorgung eingestellt. Stuft man aber das Verhalten der Verfügungsbeklagten als Unterlassen ein, so könnte eine verbotene Eigenmacht im Sinne der §§ 858 ff. BGB nur dann angenommen werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestünde (vgl. Beuermann a. a. O. Seite 1398). Dies ist hier nicht der Fall. Insoweit wird auf die Ausführungen zu a) verwiesen.

(2) Aber auch wenn man das beanstandete Verhalten der Verfügungsbeklagten aufgrund seines äußeren Erscheinungsbildes als aktives Tun einstuft, führt dies nach Auffassung des Senats nicht zum Vorwurf der verbotenen Eigenmacht. Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum hiervon abweichend teilweise die Auffassung vertreten wird, die Unterbrechung der Versorgung von Räumen mit Wasser, Strom, Gas etc. stelle der Sache nach eine Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht dar (OLG Köln NZM 2000, 1026 [= WM 2000, 488] für Wohnungseigentümergeinschaft; LG Berlin WM 2003, 508, 509; AG Siegen WM 1996, 707; wohl auch LG Kassel WM 1979, 51 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl., § 862 Rdnr. 5 m.w. N.; Beuermann a. a. O., S. 1398), beruht dies nach Auffassung des Senats darauf, dass nicht hinreichend zwischen dem Besitz im Sinne des § 854 BGB und dem Mietgebrauch im Sinne des § 536 BGB unterschieden wird (so schon KG, Urteil vom 17. Dezember 1998 – 8 U 7247/98 –; im Ergebnis auch OLG Hamm MDR 1994, 163 ff. für Wohnungseigentümergeinschaft; sowie KG NZM 2001, 761, 762 [= WM 2001, 456], ebenfalls für Wohnungseigentümergeinschaft). So hat der 8. Zivilsenat des KG, a. a. O., zutreffend ausgeführt:

„Es ist zu unterscheiden zwischen dem Besitz des Mieters an der Mietsache und dem Gebrauch der Mietsache, den der Vermieter dem Mieter aufgrund des Mietvertrages nach § 536 BGB schuldet. Im Rahmen der Gebrauchsgewährung nach § 536 BGB ist der Vermieter auch zur Erbringung der vereinbarten Nebenleistungen (Heizung, Wasser) verpflichtet, wofür der Mieter die vereinbarten Nebenkostenvorschüsse zu zahlen hat. Nach Beendigung des Mietverhältnisses entfällt die Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsgewährung nach § 536 BGB. Damit entfällt auch die Verpflichtung des Vermieters zur Erbringung der im Mietvertrag vereinbarten Nebenleistungen. Ob dies bei Wohnraummietverhältnissen innerhalb der Räumungsfrist anders zu bewerten ist, kann dahingestellt bleiben. Nach Beendigung des Mietverhältnisses kann der Vermieter also grundsätzlich die Erbringung der Nebenleistungen einstellen. Dadurch wird der Mieter zwar in dem Gebrauch der Mietsache, zu der er nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr berechtigt ist, beeinträchtigt, sein Besitz an der Mietsache wird aber damit nicht gestört. Denn Besitz im Sinne von § 858 BGB ist die tatsächliche Sachherrschaft. Darin wird der Mieter durch die Einstellung der Nebenleistungen (hier die Abstellung des Frischwassers) nicht gestört. Die Einstellung von Nebenleistungen ist keine Einwirkung, sondern eine bloße Gebrauchshinderung ohne Eingriff in die Sachherrschaft.“

Die zeitlich unbegrenzte Fortsetzung von Lieferungen mit Wasser etc. ist kein Element des Besitzes des Mieters an den Geschäftsräumen (Derleder, NZM 2000, 1098, 1100; ebenso Schmid a. a. O., 10/19; Bub-Treier-v. Martius, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III, Rdnr. 1152). Dementsprechend hat der BGH (a. a. O.) und ihm folgend das OLG Hamm (a. a. O.) die Geltendmachung eines ZBR durch ein Versorgungsunternehmen grundsätzlich als zulässig angesehen, obwohl nach der oben genannten Rechtsmeinung stets eine Besitzstörung im Sinne der §§ 858, 862 BGB vorläge.

Ob die Frage einer verbotenen Eigenmacht anders zu beurteilen ist, wenn der Vermieter bei Bestehen einer direkten Vertragsbeziehung zwischen Mieter und Versorgungsunternehmen die Versorgung mit Wasser, Strom, Gas etc. unterbricht, hat der Senat ebenso wenig zu entscheiden wie die weitere Frage, ob die Besonderheiten des Wohnraummietrechtes eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

**§§ 535, 536, 278, 249 BGB
Miete; Mangel; Fußbodenbelag; Schadensursache**

War der Fußbodenbelag der gewerblichen Mieträume nach dem Mietvertrag vom Vermieter herzurichten und entscheidet sich der Mieter dafür, anstelle des vom Vermieter vorgesehenen textilen Bodenbelages auf eigene Kosten einen Kunststoffbelag durch einen von ihm beauftragten Unternehmer aufbringen zu lassen, so ist er zur Minderung der Miete nicht berechtigt, wenn Schäden am Fußbodenbelag deshalb auftreten, weil dessen Subunternehmer – sorgfaltswidrig – den Kunststoffbelag auf feuchten Untergrund verklebt hat, und zwar auch dann nicht, wenn der vom Mieter beauftragte Unternehmer identisch ist mit dem vom Vermieter mit der Durchführung der anderen Sanierungsmaßnahmen beauftragten Unternehmer.

(KG, Urteil vom 16. 8. 2004 – 12 U 310/03)

Aus den Gründen: Das Landgericht [Berlin] hat in dem angegriffenen Urteil, dessen zutreffender Begründung der Senat folgt und die durch das Vorbringen der Berufung nicht erschüttert wird, die Beklagte zu Recht zur Zahlung des rückständigen Mietzinses für den Zeitraum vom 1. Juni 1999 bis zum 31. Dezember 1999 für das Mietobjekt verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

A) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte sich auf den Mangel, den die Mietsache unstreitig zur Zeit der Überlassung durch die Klägerin als Vermieterin hatte, nicht berufen kann und deshalb auch die Miete nicht gemäß § 536 Abs. 1 BGB mindern konnte, da sie den Mangel selbst zu vertreten hatte.

1. Der Mangel der Mietsache, den das Landgericht richtig in der Aufwölbung des Asphaltbodens und in den eingetretenen Schäden an dem verlegten pvc-freien Kunststoffbelag gesehen hat, war auf eine nicht fachgerechte Verlegung dieses Bodenbelags durch die von der Generalunternehmerin, der GmbH, beauftragte GbR zurückzuführen. Hierzu hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass das Aufbringen des dampfdichten Bodenbelags auf den nicht ausreichend getrockneten Unterboden ausweislich des in dem Beweisverfahren 21 OH 18/01 eingeholten Gutachtens des Sachverständigen nicht fachgerecht war. Dies wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Dass die GbR ausweislich des Gutachtens zudem noch einen falschen Voranstrich verwendet hatte, verstärkte die später aufgetretene Ablösung des Belags von dem nassen Untergrund noch weiter.

Weiterhin ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Beklagte diese Versäumnisse der GmbH und der GbR gemäß § 278 Satz 1 BGB zurechnen lassen muss, da sie alleinige Auftraggeberin der Generalunternehmerin hinsichtlich der Bodenbelagarbeiten war.

2. Unstreitig war der Generalunternehmerin bekannt, dass der Bodenaufbau vor den Verlegearbeiten tagelang unter Wasser gestanden hatte. Ob dies der die Arbeiten letztlich ausführenden GbR ebenfalls bekannt war und ob sie dies gegebenenfalls hätte erkennen können, ist im Hinblick auf die Kenntnis der sie beauftragenden GmbH nicht entscheidend. Ebenfalls nicht entscheidend ist, ob die Beklagte selbst Kennt-

nis von der Durchfeuchtung des Bodens gehabt hatte. Das Vertretenmüssen des Mangels im Verhältnis zur Klägerin beruht nicht darauf, dass die Beklagte selbst Kenntnis von der Durchfeuchtung gehabt hätte, sondern darauf, dass die von ihr beauftragte GmbH in Kenntnis dieses Umstands die Bodenbelagsarbeiten ohne ausreichende Trocknungsmaßnahmen hat durchführen lassen. Dieses muss die Beklagte sich als Auftraggeberin zurechnen lassen, § 278 BGB.

Dass die GmbH den Wassereintritt nach dem unbestrittenen Berufungsvorbringen als auch die Dachöffnung ausführende Generalunternehmerin ihrerseits selbst verschuldet hatte und insoweit als Erfüllungsgehilfin der Klägerin tätig geworden war, ändert an dem eben Ausgeführten nichts. Soweit die Beklagte hierzu meint, die Klägerin habe bereits durch die Bereitstellung eines Mietobjekts mit einem feuchten Bodenaufbau ihre Vermieterpflichten verletzt, berücksichtigt sie nicht ausreichend, dass der hier fragliche Mangel nicht allein auf dem feuchten Bodenaufbau beruhte, sondern erst durch die Verlegung des Bodenbelags auf dem noch nicht ausgetrockneten Untergrund entstand. Zu kurz gegriffen ist deshalb die Annahme der Beklagten, der Mangel wäre ohne den feuchten Bodenaufbau nicht eingetreten, so dass die Klägerin als Vermieterin den Mangel zu vertreten habe. Die Bodenfeuchtigkeit als solche stellt nach dem Vorbringen der Parteien und nach dem Inhalt der eingeholten Gutachten keinen Mangel dar.

Selbst wenn aber davon ausgegangen wird, dass die GmbH auch als Erfüllungsgehilfin der Klägerin aufgrund der von ihr zu vertretenden Durchfeuchtung des Estrichs eine rechtlich relevante Ursache für den Schaden gesetzt hat, überwiegt der ursächliche Beitrag der GmbH als Erfüllungsgehilfin der Beklagten (Verlegung des diffusionsdichten Fußbodens ohne hinreichende Abtrocknung des Untergrunds) im Wege der Abwägung nach § 254 BGB so stark, dass der erste, von der Klägerin zu vertretende Beitrag, bei wertender Betrachtung völlig zurücktritt. Dies folgt daraus, dass die GmbH als Erfüllungsgehilfin der Beklagten in Kenntnis der Feuchtigkeit vor vollständigem Austrocknen die Fußbodenarbeiten durch die GbR durchführen ließ.

Soweit schließlich aufgrund des Gutachtens im Beweisicherungsverfahren feststeht, dass die Bodenfeuchtigkeit bei Verlegung eines dampfopenen Belags in überschaubarer Zeit ausgetrocknet wäre, wie auch das Landgericht rechtlich nicht angreifbar angenommen hat, folgt daraus nicht, dass die Auswahl des diffusionsdichten Belags durch die Beklagte für das Auftreten des Schadens rechtlich relevant gewesen wäre. Denn das Schaden stiftende Ereignis war nicht die Entscheidung der Beklagten über die Art des zu verlegenden Bodenbelags, sondern das nicht fachgerechte Vorgehen ihrer Erfüllungsgehilfen bei der Verlegung.

3. Soweit die Beklagte mit der Berufung geltend macht, ausweislich des Gutachtens sei davon auszugehen, dass auch bei Verlegung des ursprünglich geplanten Nadelfilzes sich dieser vom Unterboden gelöst hätte, weil er im Zusammenhang mit dem vorhandenen Bodenaufbau den gestellten Anforderungen an eine Verkaufsfläche in einem Kaufhaus nicht gewachsen gewesen wäre, verhilft dies der Berufung nicht zum Erfolg.

Wäre es bei der ursprünglich geplanten Aufbringung des Nadelfilzes allein im Auftrag der Klägerin geblieben und hätte sich dieser später gelöst, wäre es in der Tat Sache der Klägerin gewesen, diesen Belag zu erneuern bzw. der Beklagten eine Mietminderung zu gewähren und/oder einen daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Ein derartiger Verlauf ist jedoch nicht gegeben; zur Aufbringung des Nadelfilzes in der Verantwortung der Klägerin kam es nicht. Zwar hat der Gutachter ausgeführt, dass eine Ablösung des Nadelfilzbelags wegen dessen Ungeeignetheit zur von der Beklagten beabsich-

tigten Nutzung des Mietobjekts (Palettenhubwageneinsatz) zu befürchten gewesen wäre. Ob die Ungeeignetheit des vorgesehenen Unterbodenaufbaus im Zusammenhang mit dem ursprünglich geplanten textilen Belag überhaupt im Zusammenhang mit dem Wassereintritt und damit der Feuchtigkeit stand, lässt sich dem Gutachten so jedenfalls nicht entnehmen. Dieses kann vielmehr, vor allem im Zusammenhang mit der ergänzenden Beurteilung durch das Berliner Institut für Baustoffprüfung auch dahin verstanden werden, dass der (nur) mit einem Textilbelag belegte Unterboden der hier vorliegenden Art generell für den vorgesehenen Einsatz nicht geeignet wäre. Diese Frage musste das Landgericht jedoch nicht klären und auch im Berufungsverfahren ist insoweit das von der Beklagten beantragte Sachverständigengutachten nicht einzuholen, denn es handelt sich um einen hypothetischen Verlauf für einen Fall, den die Beklagte nach eigenem Willensentschluss nicht wollte, nicht aber um einen Fall der so genannten hypothetischen Schadensursache (vgl. dazu Palandt/Heinrichs, 63. Aufl., vor § 249 BGB, Rn. 96–103).

B) Ebenfalls zutreffend sind die Ausführungen des Landgerichts zur Widerklage.

Da, wie ausgeführt, die Beklagte der Klägerin einen anfänglichen Mangel der Mietsache nicht entgegenhalten kann, war sie nicht berechtigt, die Miete für den Zeitraum vom 1. 1. 2000 bis zum 31. 12. 2000 um 30% zu mindern. Gleiches gilt hinsichtlich des mit der Widerklage geltend gemachten Betrags von weiteren 20%, hinsichtlich derer die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete meint geltend machen zu können.

[...] D) Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Mitgeteilt von VRiKG Grieß, Berlin

Anm. d. Red.: Siehe OLG Koblenz – 5 U 173/04 – GuT 2004, 238 KL (in diesem Heft).

**§§ 581, 535, 242 BGB
Gaststättenpacht;
Verwirkung der Nebenkostenforderung**

Rechnet der Verpächter die vertraglich vereinbarten Nebenkosten erstmals knapp drei Jahre nach Beendigung des Pachtverhältnisses ab, ist eine stillschweigende Vertragsänderung zur Kostenübernahme vom Verpächter, jedenfalls aber eine Verwirkung des Zahlungsanspruchs zu prüfen.

(AG Gießen, Urteil vom 5. 7. 2004 – 48 MC 194/04)

Zum Sachverhalt: Durch schriftlichen Pachtvertrag vom 22. 7. 1997 (Blatt 34–46 d. A.) verpachtete der Kläger der Beklagten die Gaststätte für die Zeit vom 1. Mai 1997 bis zum 30. 4. 2002.

§ 4 des Pachtvertrages sieht vor, dass die Beklagte „sämtliche Nebenkosten, wie Heizung, Schornsteinfegergebühren, Stromkosten, Müllabfuhr etc., sowie die mit dem Objekt zusammenhängenden Steuern und Abgaben sowie Versicherungsprämien“ zu zahlen hat.

Im nächsten Satz sowie in § 14 des Pachtvertrages ist geregelt, dass die Beklagte alle erforderlichen Versicherungen selbst abzuschließen hat. § 4 regelt weiter, dass sich der Kläger verpflichtet, Nebenkosten der Stadt, die direkt an den Verpächter gehen, jährlich bis zum 31. 3. des Folgejahres abzurechnen. Nebenkostenvorauszahlungen wurden nicht vereinbart.

Das Pachtverhältnis zwischen den Parteien wurde zum 31.12.2000 beendet.

Am 10.11.2003 erstellte der Kläger Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 1998 (1164, 21 €), 1999 (1325,72 €) und 2000 (1545,97 €); eine Abrechnung für das Jahr 1997 erfolgte nicht. In den Abrechnungen sind Kosten für Versicherungen, „Versicherung Haftpflicht“, Müllabfuhr, Wasser, Grundsteuer, Kehrgebühren und Verwaltergebühren enthalten, für 1998 auch Kosten für Allgemeinstrom und für 1999 und 2000 auch 16% Umsatzsteuer.

Mit Mahnbescheid vom 28.1.2004 machte der Kläger die von ihm errechneten Nachforderungen geltend.

Am 26.2.2004 erging gegen die Beklagte in Höhe dieses Betrages nebst Zinsen ein Vollstreckungsbescheid. Wegen der in diesen Abrechnungen enthaltenen Verwaltungskosten in Höhe von insgesamt 490,90 € wurde die Klage zurückgenommen.

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Im Übrigen ist sie der Ansicht, in den Abrechnungen seien nichtumlagefähige Kosten enthalten.

Aus den Gründen: Der Kläger hat gegen die Beklagte keine Ansprüche auf Zahlung rückständiger Nebenkosten für die Zeit vom 1.1.1998 bis 31.12.2000.

Zunächst ist fraglich, ob die Vereinbarung, wonach die Beklagte die im Vertrag erwähnten Nebenkosten zu tragen hat, nicht stillschweigend dahingehend abgeändert wurde, dass diese Kosten vom Kläger zu übernehmen sind. Wenn man der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH Beschluss vom 29.5.2000, NJW-RR 2000, 1463 sowie BGH WM 2004, 292) folgt, wonach bei jahrelanger Zahlung von nicht geschuldeten Nebenkostenarten eine stillschweigende Änderung des Vertrages anzunehmen ist (nach Kappus, NZM 2004, 411 soll gegen diese Entscheidungen bis auf weiteres Widerstand zwecklos sein), muss man konsequenterweise eine Vertragsänderung auch für den Fall annehmen, dass jahrelang umlagefähige Kosten nicht geltend gemacht werden. Es wäre mit dem Gleichheitssatz des Artikel 3 GG kaum vereinbar, wenn hier unterschiedliche Maßstäbe angelegt würden (vgl. zum Gleichheitssatz BVerfG WM 1991, 422 zum Kündigungsschutz bei Zwischenvermietung). Letztlich kann diese Frage jedoch unentschieden bleiben, da etwaige Ansprüche des Klägers auf Nebenkostennachzahlungen jedenfalls verwirkt sind.

Nach § 4 letzter Absatz des Mietvertrages war der Kläger verpflichtet, über die Nebenkosten, die ihm von der Stadt direkt in Rechnung gestellt werden, bis zum 31.3. des Folgejahres abzurechnen. Berücksichtigt man, dass die Versicherungskosten nicht umlagefähig sind, weil die Beklagte nach dem Pachtvertrag alle Versicherungen selbst abzuschließen hatte, waren von dieser vereinbarten Abrechnungsfrist nur die Kosten für Allgemeinstrom, Grundsteuer und Schornsteinfeger ausgenommen, die sicherlich ohne weiteres ebenfalls innerhalb von drei Monaten abgerechnet werden können. Demnach hätte die Nebenkostenabrechnung für 1998 spätestens am 31.3.1999 erfolgen müssen. Im November 2003, also mehr als viereinhalb Jahre später, lag das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment vor. Da das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis zum Zeitpunkt der Abrechnung seit fast drei Jahren beendet war, ohne dass der Kläger sich Ansprüche auf Zahlung rückständiger Nebenkosten vorbehalten hatte, entspricht es allgemeiner Erfahrung, dass die Beklagte sich darauf eingerichtet hat, dass sie nicht mehr auf Zahlung von Nebenkosten in Anspruch genommen wird (vgl. Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaum-miete, 3. Auflage, Anmerkung J 12 f.). Dafür spricht auch, dass die Beklagte sich auf Verjährung berufen hat; dies zeigt, dass sie mit Nachforderungen nicht mehr rechnete.

Auch die Nebenkostenforderungen für die Jahre 1999 und 2000 sind verwirkt. Bei diesen beiden Abrechnungen ist zwar die Zeit zwischen der Fälligkeit der Abrechnung und dem Zeitpunkt der Erstellung der Abrechnungen kürzer; allerdings konnte die Beklagte hier darauf vertrauen, dass keine Abrechnung mehr erfolgen würde, weil auch die Nebenkosten für 1997 und 1998 nicht abgerechnet worden waren, obwohl das Mietverhältnis bereits seit mehr als zweieinhalb Jahren beendet war.

Da der Kläger somit keine Ansprüche gegen die Beklagte mehr hat, war die Klage abzuweisen. Entsprechend dem im vorletzten Termin gestellten Antrag der Beklagten war auch der Vollstreckungsbescheid vom 26.2.2004 aufzuheben.

§ 546 a BGB Grundstücksmiete; Nutzungsentschädigung bei Teilräumung

Bei der Vermietung von unbebauten Grundstücksflächen (hier: Parkplatz) beschränkt sich bei einer Teilräumung die Nutzungsentschädigung auf den nicht geräumten Teil, wenn die geräumte Fläche auch ohne den nicht geräumten Teil nutzbar ist.

(OLG Köln, Urteil vom 5.10.2004 – 22 U 112/04)

Aus den Gründen: Die Klägerin hat gegen den Beklagten dem Grunde nach Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546 a Abs. 1 BGB. Der Höhe nach besteht dieser Anspruch aber nur zu 1/6 der geltend gemachten Forderung. Vorenthalten im Sinne der genannten Vorschrift hat der Beklagte der Klägerin nämlich nicht die gesamte Mietfläche von 1200 qm, sondern nur eine Teilfläche von 200 qm. Das ist der Teil der Mietfläche gewesen, auf dem die Firma P. über das Ende der Mietzeit des Beklagten hinaus Geräte und dergleichen abgestellt hatte und die sie inzwischen als Mieterin der Klägerin nutzt.

1. Wie inzwischen unstreitig ist, hat der Beklagte die Mietfläche von insgesamt 1200 qm bei Ablauf des Mietverhältnisses zum 31.3.2002 nicht vollständig geräumt. Im hinteren Teil der Fläche, auf einer Teilfläche von ca. 200 qm, waren Geräte der Firma P. abgestellt, die inzwischen Mieterin dieser Teilfläche ist.

2. Unter diesen Umständen ist nicht das gesamte Mietobjekt mit einer Größe von 1200 qm der Klägerin „vorenthalten“ gewesen. Anders als bei der Vermietung von Räumen kommt bei der Vermietung von unbebauten Grundstücksflächen (hier ein Parkplatz) auch eine teilweise Räumung in Betracht, wenn die geräumte Fläche auch ohne den nicht geräumten Teil nutzbar ist. Dies ist hier ersichtlich der Fall. Die Klägerin vermietet von einem Gesamtareal von mehreren Hektar jeweils Teilflächen an verschiedene Mieter. Deshalb hätte nach der Räumung der Teilfläche von 1000 qm nichts entgegengestanden, diese geräumte Teilfläche anderweitig zu vermieten, wie die Klägerin dies auch jetzt noch tun kann, nachdem sie die weiteren 200 qm an die Firma P. vermietet hat.

3. Unter diesen Umständen kommt eine Nutzungsentschädigung nur hinsichtlich der nicht geräumten 200 qm in Betracht. Zu Unrecht macht der Beklagte geltend, auch für diese Fläche brauche er eine Nutzungsentschädigung nicht zu bezahlen, weil die Klägerin insoweit keinen Rücknahmewillen gehabt habe. Denn dies ist nicht richtig. Natürlich wollte die Klägerin die Teilfläche von 200 qm nicht dem Beklagten oder der Firma P. nach Ablauf des ursprünglichen Mietverhältnisses unentgeltlich überlassen. Ihrem Interesse hat es allein entsprochen, entweder einen neuen Vertrag über diese Fläche zu schließen, wie es später mit der Firma P. geschehen ist, oder die Grundstücksfläche zurückzubekommen. Es wäre Sache

des Beklagten gewesen, die Firma P. zur Räumung des Platzes oder zum Abschluss eines Mietvertrages mit der Klägerin zu veranlassen. Es war nicht Aufgabe der Klägerin, insoweit die Initiative zu ergreifen, da ihr der Beklagte auf Räumung haftete. Da es zu einem neuen Mietvertrag mit der Firma P. erst zum 1.1.2003 gekommen ist, muss für die Zeit bis dahin der Beklagte der Klägerin die entsprechende Nutzungsentschädigung zahlen.

4. Der Höhe nach macht der Anspruch also 1/6 der Miete (inklusive der pauschalen Nebenkosten) aus, damit für neun Monate insgesamt 1024,88 €.

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 ZPO).

Anmerkung:

Keine Regel ohne Ausnahme! Im Regelfall steht eine Teilräumung einer vollständigen Nichterfüllung gleich (Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 546 a Rdn. 12 f.; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2003, § 546 a Rdn. 18). Zur Annahme einer Teilleistung ist der Vermieter nach § 266 BGB grundsätzlich nicht verpflichtet. Eine Teilrückgabe liegt auch vor, wenn der Mieter, der einen Teil der Mietfläche untervermietet hat, bei Vertragsende nur den von ihm genutzten Teil räumt, während der Untermieter ohne Zustimmung des Vermieters den Besitz des übrigen Teils behält (BGHZ 90, 145 = WM 1984, 131). Eine Teilleistung hat in der Regel zur Folge, dass die gesamte Mietsache dem Vermieter vorenthalten wird, dem nach § 546 a Abs. 1 BGB für die Dauer der Vorenthaltung eine Nutzungsentschädigung daher für die gesamte Mietsache zusteht (LG Köln NJW-RR 1996, 1480).

Nach diesen Grundsätzen hatte die Vorinstanz (LG Köln, Urteil vom 6. 2. 2004 – 29 O 53/03) dem Vermieter für die Zeit nach Vertragsende bis zum Abschluss eines Mietvertrages mit dem früheren Untermieter über die von ihm genutzte Teilfläche eine Nutzungsentschädigung für die gesamte Mietfläche zugesprochen. Das herangezogene Urteil des OLG Hamm vom 12. 12. 1995 (OLGR 1996, 111 = ZMR 1996, 372) betraf freilich ein vermietetes Schloss, in dem der Mieter bei seinem Auszug eine Vielzahl von Einrichtungs- und Gebrauchsgegenständen sowie Gerümpel zurückgelassen hatte (vgl. dazu BGHZ 104, 285 = WM 1988, 270). Bei Wohnungen oder Gebäuden kann der Vermieter mit einer Teilrückgabe im Regelfall nichts anfangen. Anders ist es aber, wenn die Mietsache so beschaffen ist, dass nach ihrer wirtschaftlichen Bestimmung einzelne Teile getrennt vermietet werden können (Staudinger/Rolfs, a. a. O., § 546 a Rdn. 19). Dann beschränkt sich die Vorenthaltung auf den nicht geräumten Teil, so dass nach § 546 a Abs. 1 BGB auch nur eine anteilige Nutzungsentschädigung zu entrichten ist (Staudinger/Rolfs, a. a. O.). So lagen die Dinge hier bei der vermieteten Parkfläche, die Teil eines größeren, nicht fest aufgeteilten Gesamtareals war, von dem Teilflächen in unterschiedlicher Größe vermietet wurden. Die Vermietungsmöglichkeit für die zurückgegebene Teilfläche war durch die Weiternutzung des nicht geräumten Teils nicht beeinträchtigt.

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

§ 24 BBodSchG
Grundstücksmiete; Erhaltungspflicht;
Betrieb eines Kfz-Handels; Bodenkontamination;
bodenrechtlicher Ausgleichsanspruch

Zum Ausschluß eines bodenrechtlichen Ausgleichsanspruchs gemäß § 24 Abs. 2 BBodSchG durch mietvertragliche Vereinbarungen.

(BGH, Urteil vom 28. 7. 2004 – XII ZR 163/03)

Zum Sachverhalt: Die Kläger sind Eigentümer und Vermieter eines Grundstücks in H. Sie verlangen von der beklagten Mieterin Erstattung der Kosten, die sie für die Beseitigung einer Bodenkontamination dieses Grundstücks aufgewandt haben.

Der Rechtsvorgänger der Kläger vermietete mit Vertrag vom 10. Mai 1977 an die Rechtsvorgängerin der Beklagten eine Teilfläche des Grundstücks, auf der sich eine Tankstelle mit Pflegehalle befand und eine Reparaturhalle einschließlich eines Kfz-Betriebsgebäudes errichtet werden sollte. Mit Mietvertrag vom 18. Januar 1990 beschränkten die Vertragsparteien den Mietgegenstand auf die Kfz-Werkstatt nebst Verkaufsbüro und bestimmte Freiflächen. In Ziff. 8 des Mietvertrages vereinbarten sie u. a.:

„Laufende Schönheitsreparaturen trägt der Mieter. Die Unterhaltung der Mietsache richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften.“

Der Beklagten wurde zusätzlich das Recht eingeräumt, die Pflegehalle von Montag bis Freitag zu benutzen. In der verbleibenden Zeit nutzten der Rechtsvorgänger der Kläger und später die Kläger die Pflegehalle zur Reinigung und Wartung ihrer Taxis. Die Tankstelle wurde 1990 umgebaut und an einen der Kläger vermietet. Im Zuge dieses Umbaus wurde auf dem Grundstück ein Koaleszenzabscheider zur Reinigung des auf dem gesamten Grundstück anfallenden Abwassers eingebaut. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten und die Beklagte haben auf dem Grundstück seit Beginn des Mietvertrages einen Kfz-Handel betrieben und die Pflegehalle stets auch zum Entwachsen von Neufahrzeugen genutzt.

Nachdem die Kreisverwaltung Trier-Saarburg eine Überprüfung des Koaleszenzabscheiders eingeleitet und den Rechtsvorgänger der Kläger aufgefordert hatte, die regelmäßige Wartung nachzuweisen, forderte dieser die Beklagte erfolglos zur Leerung der Abscheideanlage auf und untersagte ihr am 10. März 1999 die weitere Nutzung der Pflegehalle.

Im Sommer 1999 stellten die Kläger im Zuge von Umbauarbeiten eine großflächige Kontamination des Grundstücks fest und ließen diese im Jahr 2000 beseitigen. Die Kläger halten die Beklagte für den eingetretenen Kontaminierungsschaden für verantwortlich und begehren von ihr Ersatz bzw. Freistellung von ca. 2/3 der angeblich im Zusammenhang mit dem Schadensereignis angefallenen Kosten.

Das Landgericht Trier hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht Koblenz hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Klageanträge weiter.

Aus den Gründen: Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat sowohl einen Schadensersatzanspruch der Kläger aus positiver Vertragsverletzung als auch einen Ausgleichsanspruch gemäß § 24 Abs. 2 BBodSchG verneint.

Die Beklagte habe gegen keine ihrer aus dem Mietvertrag obliegenden Pflichten verstoßen. Sie sei insbesondere berechtigt gewesen, die Pflegehalle zum Entwachsen von Neufahrzeugen zu benutzen. Diese Nutzung sei ihr von dem Rechtsvorgänger der Kläger durch jahrelange Duldung gestattet gewesen. Auch bei Abschluß des zweiten Mietvertrages im Jahre 1990 habe der Rechtsvorgänger der Kläger keine Einschränkung bezüglich der Nutzung gemacht. Die Kläger seien zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs und damit verpflichtet gewesen, eine etwaige durch das Entwachsen drohende Bodenkontamination dadurch zu verhindern, daß sie den Koaleszenzabscheider in einem funktionsfähigen Zustand erhielten. Die Beklagte sei demgegenüber nicht zur Kontrolle und Wartung des Koaleszenzabscheiders verpflichtet gewesen. Eine solche Verpflichtung ergebe sich weder aus dem

Mietvertrag noch durch ergänzende Vertragsauslegung. Die Abscheideanlage habe das Schmutzwasser des gesamten Grundstücks gefiltert. Da die Pflegehalle nur teilweise und die Tankstelle gar nicht von der Beklagten genutzt worden sei, seien in nicht unerheblichem Umfang auch Abwässer Dritter in die Abscheideanlage eingeleitet worden. Es könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, daß die Vertragsparteien, wenn sie das Problem erkannt hätten, bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Verhandlungspartner vereinbart hätten, daß die Beklagte die gesamte Kontrolle und Wartung des Koaleszenzabscheiders zu übernehmen hätte. Selbst wenn dieser überwiegend der Beklagten gedient habe, wäre allenfalls eine teilweise Übernahme der Kosten in Betracht gekommen. Da völlig offen sei, in welchem Umfang dies hätte geschehen sollen, lasse sich ein mutmaßlicher Parteiwille nicht ermitteln. Es bleibe deshalb bei der Regelung des dispositiven Rechts, wonach der Vermieter sicherstellen müsse, daß die Mietsache für den vertragsgemäßen Gebrauch geeignet sei. Eine Verpflichtung der Beklagten auf Ersatz der Bodensanierungskosten könne auch nicht im Wege der Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage angenommen werden, denn die Parteien hätten das Risiko, daß der Koaleszenzabscheider überlaufen und dadurch eine Bodenverschmutzung eintreten könne, gesehen und beim Vermieter belassen. Daß die Gefahr eines Überlaufens des Koaleszenzabscheiders bekannt gewesen sei, ergebe sich u. a. daraus, daß im Verlauf der Mietzeit immer wieder eine Entleerung der Anlage veranlaßt worden sei.

Eine Pflichtverletzung der Beklagten könne auch nicht daraus hergeleitet werden, daß der Koaleszenzabscheider für die Einleitung von Wachsen nicht geeignet gewesen sei. Denn es sei nicht vorgetragen, daß die Beklagte die behauptete Ungeeignetheit gekannt habe oder habe erkennen müssen. Eine besondere Hinweispflicht der Beklagten auf die mit dem Entwachsen verbundene Gefahr einer Verstopfung des Koaleszenzabscheiders habe schon deshalb nicht bestanden, weil die Kläger nach ihrem eigenen Vortrag diese Gefahr gekannt hätten.

Die Beklagte schulde den Klägern auch keinen Ausgleich für die von diesen aufgewandten Sanierungskosten gemäß § 24 Abs. 2 BBodSchG. Sie gehöre als Mitverursacherin der schädlichen Bodenveränderungen zwar zu den Verpflichteten im Sinne dieses Gesetzes. Durch den Abschluß des Mietvertrages und die damit gemäß § 536 BGB a. F. übernommene nicht abbedungene Pflicht des Vermieters zur Erhaltung der Mietsache hätten die Parteien im Innenverhältnis eine andere Vereinbarung im Sinne von § 24 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG getroffen, wonach die Kläger die Kosten der Bodenreinigungsmaßnahmen allein zu tragen hätten. Daß sich diese Verpflichtung nicht aus einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien, sondern aus dem Gesetz, nämlich aus § 536 BGB a. F. ergebe, nehme ihr nicht den Vorrang vor dem Ausgleichsanspruch nach § 24 Abs. 2 BBodSchG. Dieser könne sinngerecht nur dahin ausgelegt werden, daß er nur eingreife, wenn er weder durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien noch durch das für den jeweiligen Vertrag geltende dispositive Recht ausgeschlossen sei.

Ein Ausgleichsanspruch gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 BBodSchG, der sich nach dem Anteil der Verursachung des Schadens richte, bestehe auch deshalb nicht, weil der Schaden vorwiegend von dem Rechtsvorgänger der Kläger bzw. den Klägern dadurch verursacht worden sei, daß diese die von ihnen geschuldete ordnungsgemäße Wartung des Koaleszenzabscheiders nicht durchgeführt hätten.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

1. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Rüge der Revision ist der Mietvertrag nicht wegen der in Ziff. 9 des Mietvertrages vom 18. Januar 1990 enthaltenen Vereinbarung eines Vorkaufsrechts formnichtig (§ 125 BGB). Zwar bedarf die Bestellung eines Vorkaufsrechts gemäß § 313 BGB a. F. der notariellen Beurkundung (Senatsbeschluß vom 4. Mai 1994 – XII ZR 12/93 – Grundeigentum 1994, 1949). Die Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts hat aber dann keine Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge, wenn eine objektive Bewertung ergibt, daß die Parteien das Rechtsgeschäft in Kenntnis der Sachlage nach Treu und Glauben und bei vernünftiger Abwägung auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten (BGHZ 63, 132, 136; BGH Urteil vom 30. Januar 1997 – IX ZR 133/96 – NJW-RR 1997, 684, 686). Davon ist hier auszugehen. Die Parteien wollten mit dem Mietvertrag vom 18. Januar 1990 den seit 1977 bestehenden Mietvertrag, der kein Vorkaufsrecht enthielt, in verringertem Umfang fortführen. Der geänderte Mietvertrag umfasste nur noch die für den Kfz-Handel von der Beklagten genutzten Räume und Flächen. Daraus ergibt sich, daß es der Beklagten bei Abschluß des Mietvertrages in erster Linie darum ging, den langjährigen Standort ihres Kfz-Handels aufrechtzuerhalten. Angesichts dieses Umstands ist bei vernünftiger Betrachtungsweise davon auszugehen, daß die Parteien den Mietvertrag vom 18. Januar 1990 auch ohne das Vorkaufsrecht abgeschlossen hätten.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Kläger aus positiver Vertragsverletzung verneint.

a) Das Berufungsgericht ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, daß der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache auch das Entwachsen von Neufahrzeugen umfaßt. Unstreitig betrieb die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin seit Beginn des Mietverhältnisses auf dem gemieteten Gelände einen Kfz-Handel. Diese Nutzung wird von dem im schriftlichen Mietvertrag beschriebenen Mietgegenstand „Verkaufsbüro“ umfaßt. Darüber hinaus hat der Rechtsvorgänger der Kläger sie über viele Jahre hinweg geduldet und damit auch gestattet. Zu einem Kfz-Handel gehört der Verkauf von Fahrzeugen und damit auch das Entwachsen von Neufahrzeugen. Diese Tätigkeit ist deshalb vertragsgemäß. Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte überdurchschnittlich viele Neufahrzeuge entwachsen hätte, sind nicht ersichtlich.

b) Das Berufungsgericht ist weiter zu Recht davon ausgegangen, daß nicht die Beklagte, sondern der Rechtsvorgänger der Kläger zur Überwachung und Entleerung des Koaleszenzabscheiders verpflichtet war. Gemäß Ziff. 8 des Mietvertrages richtete sich die Unterhaltung der Mietsache nach den gesetzlichen Vorschriften. Diese verpflichten den Vermieter zur Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands (§ 535 BGB = § 536 BGB a. F.). Dazu gehört die Instandhaltung technischer Anlagen, die notwendig sind, damit der Mietgegenstand entsprechend dem vereinbarten Zweck genutzt werden kann. Eine solche technische Anlage ist der von dem Rechtsvorgänger der Kläger 1990 eingebaute Koaleszenzabscheider, dessen Wartungsbedingungen ihm bekannt waren und aus denen sich ergibt, daß eine einwandfreie Funktion u. a. eine wöchentliche Sicht- und Wasserstandskontrolle sowie in größeren Zeitabständen eine vollständige Entleerung des Koaleszenzabscheiders erfordert.

Der Rechtsvorgänger der Kläger hat auch – ausweislich des vom Oberlandesgericht in Bezug genommenen Schreibens seines Anwalts vom 19. März 1998 – bis dahin die Entleerung des Koaleszenzabscheiders veranlaßt und bezahlt. Er wollte diese Kosten in Zukunft jedoch nicht mehr tragen und veranlaßte deshalb keine weitere Entleerung des Koaleszenzabscheiders mehr.

Entgegen der Auffassung der Revision kann eine Verpflichtung der Beklagten zur Kontrolle und Wartung des Koaleszenzabscheiders auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung angenommen werden. Voraussetzung der ergänzenden Auslegung ist eine Regelungslücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit der Bestimmungen des Rechtsgeschäfts (BGHZ 90, 69, 73). Eine solche liegt hier nicht vor, denn die Parteien haben ausdrücklich vereinbart, daß die Unterhaltung der Mietsache sich nach den gesetzlichen Vorschriften richtet.

c) Das Berufungsgericht hat weiter in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise kein vertragswidriges Verhalten der Beklagten darin gesehen, daß sie es unterlassen hat, den Vermieter auf eine mit dem Entwachsen möglicherweise verbundene Gefahr der Verstopfung des Koaleszenzabscheiders hinzuweisen. Entgegen der Auffassung der Revision kam es dabei auf den Vortrag der Kläger, die Beklagte habe durch den Wartungsbericht der Entsorgungsfirma gewußt, daß der Koaleszenzabscheider wegen des hohen Wachsanteils aufstaut, nicht an. Denn die Kläger mußten von dieser Gefahr jedenfalls aufgrund der von ihnen zuvor veranlassten Entleerungen des Koaleszenzabscheiders Kenntnis gehabt haben. Eine besondere Pflicht der Beklagten, die Kläger auf diesen Umstand hinzuweisen, bestand deshalb nicht.

d) Auch die Rüge der Revision, die Beklagte habe schon deshalb vertragswidrig gehandelt, weil sie eine fahrlässige Bodenverunreinigung begangen habe, denn der Mietvertrag der Parteien könne der Beklagten nicht mehr erlauben, als öffentlich-rechtlich zulässig sei, greift nicht. Die Parteien haben nicht vereinbart, daß die Beklagte das Grundstück kontaminieren darf. Sie haben vielmehr vereinbart, daß die Beklagte das Grundstück auch zum Entwachsen von Neufahrzeugen benutzen darf und die Kläger die Voraussetzungen für diesen vertragsgemäßen Gebrauch schaffen müssen. Das haben die Kläger versäumt.

3. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht einen Ausgleichsanspruch der Kläger gemäß § 24 Abs. 2 BBodSchG verneint.

a) Nach § 24 Abs. 2 des am 1. März 1999 in Kraft getretenen Bundes-Bodenschutzgesetzes (vgl. Art. 4 des Gesetzes zum Schutz des Bodens vom 17. März 1998, BGBl. I, 502) haben mehrere Sanierungspflichtige unabhängig von ihrer Heranziehung durch die zuständigen Behörden untereinander einen Ausgleichsanspruch. Soweit nichts anderes vereinbart wird, hängt die Verpflichtung zum Ausgleich sowie der Umfang des zu leistenden Ausgleichs davon ab, inwieweit die Gefahr oder der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist (§ 24 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG).

Sanierungspflichtig sind gemäß § 4 Abs. 3 BBodSchG der Grundstückseigentümer, der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück und der Verursacher einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast sowie dessen Gesamtrechtsnachfolger. Die Entscheidung der Behörde, welchen Sanierungspflichtigen sie zur Sanierung heranzieht, ist dem an der Effektivität der Gefahrenabwehr ausgerichteten Ermessen der Behörde überlassen (Schlette Verwaltungsarchiv 2000, 41, 43).

Vor Inkrafttreten des Bundes-Bodenschutzgesetzes war umstritten, ob und gegebenenfalls auf welcher Rechtsgrundlage dem von der Behörde allein in Anspruch genommenen Ordnungspflichtigen gegen andere ebenfalls Ordnungspflichtige ein Ausgleichsanspruch zustand (vgl. hierzu: Landel/Vogg/Wüterich BBodSchG § 24 Rdn. 16 Fn. 22; Versteyl/Sondermann/Henke BBodSchG § 24 Rdn. 15). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs war ein auf § 426 BGB gestützter Anspruch im Innenverhältnis zwischen mehreren Störern im Sinne des Ordnungsrechts nicht gegeben (vgl. BGH,

Urteil vom 11. Juni 1981 – III ZR 39/80 – NJW 1981, 2457, 2458; BGHZ 110, 313, 318). Lediglich Aufwendungsersatzansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) kamen nach Auffassung des Bundesgerichtshofs in Betracht (BGHZ 98, 235, 240; 110 a. a. O., 315). Darüber hinaus sahen einzelne Landesgesetze einen Ausgleichsanspruch vor (Landel/Vogg/Wüterich a. a. O. Fn. 22).

§ 24 Abs. 2 BBodSchG gewährt dem in Anspruch genommenen Sanierungsverpflichteten nunmehr einen eigenständigen Ausgleichsanspruch gegen andere Sanierungsverpflichtete. Er kann jedoch durch andere Vereinbarung ausgeschlossen werden.

b) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß ein bodenrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 24 Abs. 2 BBodSchG hier schon deshalb ausgeschlossen ist, weil die Parteien etwas anderes vereinbart haben.

Zwar haben die Parteien keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung über den Ausschluß des Ausgleichsanspruchs nach § 24 Abs. 2 BBodSchG getroffen. Das war schon deshalb nicht möglich, weil bei Abschluß des Vertrages das Bundes-Bodenschutzgesetz noch nicht in Kraft getreten war. Eine ausdrückliche Vereinbarung ist aber auch nicht erforderlich. Vielmehr genügt für die Annahme einer anderen Vereinbarung der Parteien das Bestehen des Mietvertrages und der für diesen geltenden, hier ausdrücklich in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen, die – wie oben ausgeführt – eine Haftung der Beklagten für eine Bodenkontamination, die durch eine Pflichtverletzung der Kläger verursacht worden ist, ausschließen.

Was unter einer anderen Vereinbarung im Sinne des § 24 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG verstanden werden kann, ist ausgehend vom Wortlaut der Vorschrift nach deren Sinn und Zweck unter Heranziehung der Entstehungsgeschichte zu bestimmen. Ziel der Vorschrift ist eine gerechte Lastenverteilung. Der Ausgleichsanspruch soll die vorrangig unter Gefahrenabwehr Gesichtspunkten getroffene behördliche Auswahlentscheidung im Innenverhältnis zwischen mehreren Sanierungsverpflichteten dahin korrigieren, daß letztlich der Verursacher mit den Sanierungskosten belastet wird (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zum Schutz des Bodens, BT-Drucks. 13/6701, S. 46). Ein Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis zwischen Sanierungspflichtigen fand bis zum Inkrafttreten des Bundes-Bodenschutzgesetzes überwiegend nur statt, wenn zwischen zwei Sanierungspflichtigen vertragliche Beziehungen bestanden, die diesbezügliche Regelungen enthielten. Mit dem bodenrechtlichen Ausgleichsanspruch sollte nunmehr auch in den anderen Fällen ein gerechter Ausgleich zwischen mehreren Sanierungsverpflichteten ermöglicht werden. In den Fällen, in denen sich bereits aus dem Vertrag Regelungen für einen Ausgleich ergeben, sollen diese jedoch Vorrang vor dem gesetzlichen Ausgleichsanspruch haben. Diese Bedeutung ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift und aus der Begründung zu § 24 Abs. 2 BBodSchG – damals § 25 Abs. 2 – im Regierungsentwurf (BT-Drucks. a. a. O.), die lautet: „Der Anspruch besteht, soweit vertraglich nicht etwas anderes bestimmt ist. Hat z. B. der Anspruchsgläubiger mit dem Anspruchsschuldner im Rahmen eines Kaufvertrages einen Gewährleistungsausschluß vereinbart, so muß er diese vertragliche Abrede auch hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs gegen sich gelten lassen.“ Für ein solches Verständnis spricht auch, daß dadurch voneinander abweichende Haftungsverteilungen zwischen den gleichen Beteiligten für den gleichen Schaden, die sich bei einer Haftung aus Vertrag und dem sich ausschließlich am Verursacherprinzip im polizeirechtlichen Sinn orientierenden gesetzlichen Ausgleichsanspruch (vgl. BT-Drucks. a. a. O. S. 34) ergeben, vermieden werden.

Danach ergibt sich aus den für den Mietvertrag geltenden, von den Parteien nicht abbedungenen, vielmehr ausdrücklich in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen, nach denen der Vermieter für die Erhaltung der Mietsache in vertragsgemäßem Zustand verantwortlich ist, daß die Parteien eine Haftung der Beklagten für die hier eingetretene Bodenkontamination ausgeschlossen haben.

4. Auf die vom Berufungsgericht offengelassene Frage, ob der Ausgleichsanspruch des § 24 Abs. 2 BBodSchG in entsprechender Anwendung von § 558 BGB a. F. verjährt ist, kam es deshalb nicht mehr an.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 940 ZPO; § 535 BGB
Betriebspflicht; Einkaufszentrum;
einstweilige Verfügung**

Zu den Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen drohender Geschäftsschließung durch den Mieter in einem Einkaufszentrum und zur Erforderlichkeit der Darlegung konkreten Schadenseintritts für die Annahme eines Verfügungsgrundes.

Die Revision wird zugelassen.

(KG, Urteil vom 18.10.2004 – 8 U 92/04)

Zum Sachverhalt: Mit der Berufung wendet sich die Beklagte gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 25. 2. 2004. Die Beklagte hält das Urteil für unzutreffend, weil eine wirksame Betriebspflicht nicht vereinbart worden sei, diese im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens wegen fehlender Vollstreckungsmöglichkeit nicht durchgesetzt werden könne und eine Verfügungsgrund nicht vorgelegen habe.

Aus den Gründen: Die Berufung der Beklagten ist begründet, da eine Erledigung des Rechtsstreits i. S. d. § 91 a Abs. 1 ZPO nicht eingetreten ist. Entgegen der Auffassung der Klägerin durfte die einstweilige Verfügung vom 19. 1. 2004 nicht erlassen werden.

a) Zwar ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon auszugehen, dass die formularmäßige Vereinbarung der Betriebspflicht in Ziff. 10.1 des Mietvertrages trotz des in Ziff. 2.2 (ebenfalls formularmäßig) vereinbarten Ausschlusses des Konkurrenz- und Sortimentsschutzes wirksam war (so zuletzt OLG Rostock, Urte. v. 8. 3. 2004, 3 U 118/03, MietRB 2004, 227 = OLG Report Rostock 2004, 268; vgl. auch OLG Hamburg, Urte. v. 3. 4. 2002, 4 U 236/01, OLG Report Hamburg 2003, 201 = ZMR 2003, 254 [= GuT 2003, 57] m. w. N.; KG, Urte. v. 17. 7. 2003, 22 U 149/03, KG Report Berlin 2003, 315; a. A.: Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., II Rn. 274; OLG Schleswig, Beschl. v. 2. 8. 1999, 4 W 24/99, OLG Report Schleswig 1999, 385). Insoweit bestand auch ein Anspruch der Klägerin darauf, dass die Beklagte nicht gegen die ihr obliegende Betriebspflicht verstieß, so dass die von ihr mit dem Antrag vom 16. 1. 2004 gewählte – auf Unterlassung eines Verstoßes

gegen die Betriebspflicht lautende – Antragsformulierung der Rechtslage entsprach; auf die in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Vollstreckung einer auf *Einhaltung* der Betriebspflicht gerichteten einstweiligen Verfügung vertretenen unterschiedlichen Auffassungen zur Unzulässigkeit eines hierauf gerichteten Antrags (vgl. einerseits OLG Naumburg, Beschl. v. 2. 1. 1996, 2 W 14/97, OLG Report Naumburg 1999, 312 – unzulässig –, andererseits OLG Celle, Beschl. v. 2. 1. 1996, 2 W 80/95, OLG Report Celle 1996, 176; KG, Urte. v. 17. 7. 2003, 22 U 149/03, KG Report Berlin 2003, 315; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. 10. 2003, I – 10 W 64/03, GuT 2004, 17: zulässig) kommt es daher hier nicht an.

b) Jedoch durfte die einstweilige Verfügung nicht erlassen werden, weil die Klägerin einen Verfügungsgrund i. S. d. § 940 ZPO nicht glaubhaft gemacht hat.

Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Stattgabe des Antrags zur Erfüllung des Anspruchs der Klägerin führt und damit die Hauptsache vorwegnimmt. Insoweit ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung ausnahmsweise dann gerechtfertigt, wenn der Antragsteller darlegt und glaubhaft macht, dass er so dringend auf die sofortige Erfüllung seines Leistungsanspruchs angewiesen ist und sonst so erhebliche Nachteile erleiden würde, dass ihm ein Zuwarten oder eine Verweisung auf die spätere Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Wegfall des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nicht zumutbar ist (vgl. OLG Düsseldorf – Kartellsenat – Urte. v. 8. 8. 2001, U (Kart) 20/01, RdE 2002, 21; juris Rechtsprechung Nr. KORE501692002; Zöller/Vollkommer, ZPO, 23. Aufl., § 940 Rn. 6 m. w. N.). Hierfür hat die Klägerin nachprüfbare Umstände nicht vorgetragen. Der Vortrag der Klägerin auf S. 5 der Antragschrift, S. 4 des Schriftsatzes vom 19. 2. 2004 und S. 3 der Berufungsbegründung vom 19. 7. 2004 erschöpft sich in Vermutungen und Hypothesen, wenn wegen der beabsichtigten Geschäftseinstellung der Beklagten auf die Möglichkeit der Nachahmung durch andere Mieter, die Hervorrufung eines „Dominoeffektes“ und die mögliche Schließung des Einkaufszentrums verwiesen wird. Der Hinweis auf die Beeinträchtigung des Gesamtcharakters des Einkaufszentrums, das von der Vielfalt seiner Angebote an Waren- und Dienstleistungen „lebt“, reicht allein nicht aus, um das dringende Interesse am Erlass der einstweiligen Verfügung zu rechtfertigen. Denn anders, als in dem vom 22. Zivilsenat des KG entschiedenen Fall (Urte. v. 17. 7. 2003, 22 U 149/03, KG Report Berlin 2003, 315), in dem potentielle Mietinteressenten wegen des bereits vorhandenen Leerstandes von Geschäftsräumen von einer Anmietung Abstand genommen hatten, trägt die Klägerin hier nur Befürchtungen über mögliche Folgen der Betriebseinstellung durch die Beklagte vor. Auch der Hinweis des Prozessbevollmächtigten der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung darauf, dass ein vorsätzlicher Vertragsverstoß vorliege, rechtfertigt keine andere Betrachtungsweise: auch der Käufer, der z. B. den Kaufpreis nicht oder nicht vollständig begleicht, handelt in Bezug auf seine Vertragsverpflichtung vorsätzlich, ohne dass deshalb *zugleich* die Erfüllung der restlichen Kaufpreisforderung durch eine einstweilige Verfügung gerechtfertigt wäre.

Soweit der Klägervorteiler auf die Möglichkeit des Erlasses einstweiliger Verfügungen wegen befürchteter Wettbewerbsverstöße im Rahmen arbeitsrechtlicher Vertragsverhältnisse hinweist, kann die dortige Interessenlage nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. Der Arbeitnehmer hat sich aufgrund seines Arbeitsverhältnisses für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebes, dem er angehört, einzusetzen und alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber oder Betrieb abträglich sein könnte. Mit einer solchen Treuepflicht ist die im Mietvertrag vereinbarte Betriebspflicht nicht vergleichbar. Der Mieter erzielt sein Einkommen und seinen Lebensunterhalt eben nicht durch die Mit-

**Prewest
Versandantiquariat**

Unsere Kataloge im Netz unter www.zvab.com
Pfad: Antiquariate–Antiquariatsname→Prewest
Telefax: 02 28 / 47 09 54,
e-mail: antiquariat@prewest.de

arbeit im Betrieb des Vermieters, sondern durch eigenes Tätigwerden; insoweit besteht zum Vermieter keine „Treuepflicht“, deren Verletzung sofort durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung geahndet werden müsste.

Für die Entscheidung kommt es somit nicht mehr darauf an, ob tatsächlich eine Erledigung i. S. d. § 91 a ZPO dadurch eingetreten ist, dass die Beklagte ihren Betrieb eingestellt hat: insoweit ist der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch gerade nicht erfüllt worden, so dass eine Klageänderung (Wiedereröffnung des Betriebes) wohl näher gelegen hätte.

Der Senat hält die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO für erforderlich, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Bezug auf das Vorliegen eines Verfügungsgrundes nach § 940 ZPO wegen des Verstoßes gegen die Betriebspflicht in Einkaufszentren zu gewährleisten.

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

§§ 750, 699, 690, 692 ZPO
Bezeichnung der BGB-Gesellschaft als Gläubigerin
im Vollstreckungsbescheid

Zum Aktivrubrum der durch den geschäftsführenden Gesellschafter vertretenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Vollstreckungsbescheid.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 16. 7. 2004 – IXa ZB 307/03)

Zum Sachverhalt: Das Amtsgericht Hersbruck hat die von der Gläubigerin beantragte Forderungspfändung abgelehnt, weil die Bezeichnung der Gläubigerin in dem als Titel vorgelegten Vollstreckungsbescheid nicht die Voraussetzungen des § 750 ZPO erfülle. Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts werde nicht durch einen Geschäftsführer, sondern nur durch einen geschäftsführenden Gesellschafter oder durch die Gesellschafter gemeinsam vertreten. Das Aktivrubrum lautet nach der Entscheidung des Amtsgerichts wie folgt:

„FKH GbR Gesellschaft bürgerlichen Rechts gesetzlich vertreten durch GF: W. J., G.-Straße, 6... H.“

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat die sofortige Beschwerde der Gläubigerin gegen den Beschluß des Amtsgerichts unter Zulassung der Rechtsbeschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 3, § 575 ZPO statthafte und auch im übrigen zulässige Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der Beschlüsse des Land- sowie des Amtsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht.

Die angefochtenen Entscheidungen sind unrichtig. Ein Vollstreckungsbescheid muß nach § 690 Abs. 1 Nr. 1, § 692 Abs. 1 Nr. 1, § 699 ZPO unter anderem die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter enthalten. Die Angabe „FKH GbR“, unter der die parteifähige (vgl. BGHZ 146, 341, 348 [=WM 2001, 134]) Gläubigerin im Rechtsverkehr auftritt, und die Angaben zum gesetzlichen Vertreter in dem Vollstreckungsbescheid reichen hierfür aus. Zwar ist der gesetzliche Vertreter bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem personengesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Selbstorganschaft (vgl. BGHZ 36, 292, 293; 146, 341, 360 [=WM a. a. O.]) mit dem Begriff „Geschäftsführer“ (hier: „GF“) ungenau bezeichnet. Die Angabe „gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer“ im Rubrum eines Vollstreckungsbescheids ist dahin auszulegen, daß sie den geschäftsführenden Gesellschafter bezeichnet. Ein bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts angestellter Fremdgeschäftsführer wäre nicht gesetzlicher, sondern lediglich rechtsgeschäftlicher Vertreter der Gesellschaft (vgl. BGH, Beschl. v. 19. März 2004 - IXa ZB

283/03, ZVI 2004, 239; v. 25. Juni 2004 – IXa ZB 331/03). Die Gläubigerin hat mithin einen vertretungsberechtigten Gesellschafter benannt, so daß sie identifizierbar beschrieben ist (vgl. BGHZ 146, 341, 356 f. [=WM a. a. O.]).

Das Amtsgericht wird nunmehr unter Abstandsnahme von seinen bisherigen Bedenken über den Antrag der Gläubigerin neu zu befinden haben (§ 577 Abs. 4, 572 Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 41 GKG
Gebührenstreitwert; Räumung der Geschäftsräume;
Nebenkostenvorauszahlung

Der Gebührenstreitwert für die Räumung umfasst die Nebenkosten nur dann, wenn diese als Pauschale vereinbart worden sind.

(KG, Beschluss vom 25.10. 2004 – 8 W 75/04)

Aus den Gründen: Die nach § 68 Abs. 1 GKG zulässige Beschwerde ist unbegründet, da das Landgericht [Berlin] den Gebührenstreitwert für die von der Klägerin erhobene Klage auf Räumung und Herausgabe von Geschäftsräumen zu Recht auf 20 711,04 EUR festgesetzt hat. Entgegen der Auffassung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin sind die Nebenkostenvorschüsse bei der Wertermittlung nicht zu berücksichtigen, so dass lediglich der Nettomietzins in Höhe von 1725,92 EUR monatlich zugrunde zu legen ist.

Nach § 41 Abs. 1 Satz 2 GKG sind im Falle des Streits über das Bestehen oder die Dauer eines Mietverhältnisses die Nebenkosten nur dann streitwerterhöhend zu berücksichtigen, wenn diese als Pauschale vereinbart worden sind und keine gesonderte Abrechnung hierüber zu erfolgen hat. Nach § 41 Abs. 2 Satz 1 GKG ist für den Räumungsrechtsstreit „das für die Dauer eines Jahres zu zahlende Entgelt maßgebend, wenn sich nicht nach Absatz 1 ein geringerer Streitwert ergibt“. Da hier auf beide Sätze des Absatzes 1 verwiesen wird, gilt gerade auch für den Räumungsstreitwert die Streitwerterhöhung durch Addition der Nebenkostenvorschüsse nur dann, wenn diese als Pauschale vereinbart worden sind. Die monatlichen Nebenkostenvorschüsse in Höhe von 374,44 EUR mussten deshalb hier außer Ansatz bleiben.

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§§ 242, 536, 566, 571 BGB a. F. – Gewährleistung nach Umbaumaßnahmen des Mieters; Mangel der Schriftform; Vermieterwechsel

1. Hat der Betreiber eines Lebensmittelmarktes es individualvertraglich übernommen, neu hinzugemietete Räume auf seine Kosten mit den bestehenden Filialräumen zu verbinden, ist die Gewährleistungspflicht des Vermieters für eine infolge der Nutzungsänderung notwendige Be- und Entlüftungsanlage abbedungen.

2. Dem Mieter steht während der laufenden Vertragszeit selbst dann kein Aufwendungsersatzanspruch wegen durchgeführter Reparaturarbeiten zu, wenn die Be- und Entlüftungsanlage als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks anzusehen wäre.

3. Dem Vermieter ist es nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf einen Mangel der Schriftform zu berufen, wenn der Formmangel die Rechtsstellung des Erwerbers nicht berühren kann.

4. Zu den Voraussetzungen eines rechtsgeschäftlichen Vermieterwechsels durch schlüssiges Verhalten.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2000 – 10 U 172/98)

Hinw. d. Red.: Rechtskräftig gem. Nichtannahmebeschluss des BGH v. 1.9.2004 – XII ZR 342/00. – Das Urteil kann bis zum 22.12.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 535, 536, 537 a. F., 307 BGB; § 9 AGBG – Gewerberäume; Mietminderungsausschluss-Klausel bei Umweltstörungen

Auch eine Formulklausel, nach der die Mietminderung ausgeschossen ist, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z. B. Verkehrsumleitung, Straßensperren, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw.), die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird (z. B. Umsatz- und Geschäftsrückgang), nimmt dem Mieter nicht das Recht, die infolge eines derartigen Mangels überzahlte Miete aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzuverlangen.

(LG Hamburg, Urteil vom 16.6.2004 – 311 O 291/03 – n. rkr.)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WM 2004, 601. Vgl. OLG Hamburg GuT 2004, 168.

§§ 535, 536 a. F. BGB; § 9 AGBG – Gewerberaum-miete; Schönheitsreparaturpflicht des Mieters

Die Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Gewerberaummieter in AGB ist auch dann wirksam, wenn der Mieter die Räume in unrenoviertem Zustand übernommen hat, sofern der Fristenplan für die Renovierung mit dem Beginn des Mietverhältnisses zu laufen beginnt (BGHZ 101, 253). Auf die – bestrittene – Behauptung des Mieters, er habe die Räume nicht renoviert übernommen, kommt es daher nicht an, zumal er nach dem Mietvertrag für die ersten 1,5 Monate keine Miete zu zahlen hatte.

(KG, Urteil vom 10.5.2004 – 12 U 122/03)

§§ 535, 162, 276 BGB a. F. – schuldhafte Verletzung der Parteivereinbarung, einen Nachmieter zu denselben Vertragsbedingungen zu akzeptieren

Vereinbaren die Parteien eines Mietvertrages, dass ein bestimmter, vom Vermieter akzeptierter Nachmieter in den Vertrag zu den bisherigen Bedingungen eintreten kann, wird der Mieter von seinen Vertragspflichten befreit, wenn der Vermieter anschließend den Vertragsschluss mit dem Nachmieter durch absprachewidrige Vertragsbedingungen vereitelt.

(OLG Koblenz, Urteil vom 27.9.2001 – 5 U 467/01)

Hinw. d. Red.: Die zunächst eingelegte Revision (BGH XII ZR 260/01) wurde zurückgenommen. Das Urteil kann bis zum 22.12.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. Auf die Entscheidung wurde bereits in GuT 2002, 54 KL hingewiesen.

§ 661a BGB – Gewinnzusage; Haftung des Absenders

„Sender“ einer Gewinnmitteilung im Sinne des § 661a BGB ist derjenige Unternehmer, den ein durchschnittlicher Verbraucher in der Lage des Empfängers einer Gewinnzusage als Versprechenden ansieht.

Als „Sender“ können nach § 661a BGB auch solche Unternehmer in Anspruch genommen werden, die Verbrauchern unter nicht existierenden oder falschen Namen, Firmen, Geschäftsbezeichnungen oder Anschriften Gewinnmitteilungen zukommen lassen.

(BGH, Urteil vom 7.10.2004 – III ZR 158/04)

Hinw. d. Red.: Zu § 661a BGB vgl. BGH GuT 2004, 187 KL; BGH GuT 2004, 103 KL; grundlegend BGH GuT 2004, 20.

§§ 242, 249, 633 BGB – Hinweispflicht des Fliesenlegers auf ungeeigneten Estrich

1. Auch beim BGB-Werkvertrag muss der Unternehmer, dessen Leistung auf der Vorarbeit eines anderen gründet, prüfen und erforderlichenfalls Erkundigungen einziehen, ob die Vorleistung als Grundlage für sein eigenes Werk geeignet ist.

2. Der Zweitunternehmer muss nur seine eigene Werkleistung nachbessern. Ein Fliesenleger schuldet daher nicht die Kosten der Erneuerung des vom Vorunternehmer eingebauten ungeeigneten Estrichs.

3. Bei Schadensuntersuchungskosten kann es sich um einen erstattungsfähigen Mangelfolgeschaden handeln.

(OLG Koblenz, Urteil vom 15.7.2004 – 5 U 173/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 22.12.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. Siehe auch KG GuT 2004, 230 (in diesem Heft).

§§ 535, 705 BGB – Haftung von Gesellschaftern einer GbR als Mieterin für Mietzins

Bitten die Gesellschafter einer GbR den Vermieter, den auf „F... S... und M... L... GbR“ ausgestelltten Mietvertrag bezüglich der Bezeichnung des Mieters zu ändern in „F... S... und M... L... GbR mit beschränkter Haftung“, so führt dies nicht zu einer individualrechtlichen Vereinbarung mit dem Vermieter als Gläubiger, die die bestehende persönliche unbeschränkte Haftung des Gesellschafters einer GbR einschränken kann.

(KG, Urteil vom 3.6.2004 – 12 U 51/03)

§§ 535, 542, 543, 545 BGB; §§ 92, 93, 99 ZPO – Kein sofortiges Anerkenntnis im Räumungsprozess bei zuvor erklärter Absicht weiterer Nutzung

1. Hat der Mieter auf eine erste formunwirksame Kündigung erklärt, dass er zur Nutzung noch lange Zeit berechtigt sei, kann der Vermieter ohne Kostennachteil die zweite und nunmehr wirksame Kündigung mit der Räumungsklage verbinden.

2. Ein daraufhin erklärtes Anerkenntnis des Mieters kann nicht als sofortiges i. S. v. § 93 ZPO behandelt werden, wenn er zuvor deutlich gemacht hat, dass er die Mietsache ungeachtet der weiteren Entschließungen des Vermieters noch lange weiter nutzen werde.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 22.7.2004 – 5 W 475/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 22.12.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Veröffentlichung auch in WM 2004, 621.

§§ 138, 535 BGB; § 287 ZPO – sittenwidriger Mietvertrag; Sachkunde des Gerichts

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Revision hat im Endergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg (vgl. § 554b ZPO a. F. in der Auslegung des Beschlusses des BVerfG vom 11. Juni 1980 – 1 PBvU 1/79 – BVerfGE 54, 277).

Zwar kann ein Fachsenat am Oberlandesgericht aufgrund eigener Sachkunde ggf. auch die objektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit ausschließen. Dann muß er den Parteien aber spätestens in der mündlichen Verhandlung die eigene Sachkunde darlegen und ihnen hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme geben (BGH Urteile vom 20. Februar 1997 – VII ZR 231/95 – NJW-RR 1997, 1108; vom 6. Dezember 1995 – VIII ZR 270/94 – BGHR ZPO § 287 Beweiserhebung 3 und vom 15. Dezember 1994 – I ZR 121/92 – NJW 1995, 1677). Das Berufungsgericht ist aber zu Recht davon ausgegangen, daß der Mietvertrag nicht nach § 138 BGB nichtig ist, weil es an den dafür erforderlichen subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen fehlt (vgl. Senatsurteil vom 14. Juli 2004 – XII ZR 352/00 – zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2004, 225]).

(BGH, Beschluss vom 1.9.2004 – XII ZR 73/01)

§§ 91a, 92, 98, 485, 494a ZPO – Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren nach außergerichtlichem Vergleich

Folgt einem selbständigen Beweisverfahren ein außergerichtlicher Vergleich, der den Gegenstand der Beweissicherung umfassend erledigt, scheidet eine Kostenbelastung des Antragstellers wegen unterlassener Klageerhebung aus. Es kann vielmehr geboten sein, die Kosten der Beweissicherung in Anwendung von § 98 ZPO als gegeneinander aufgehoben anzusehen.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 17. 8. 2004 – 5 W 517/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 22. 12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 91, 269, 485, 494a ZPO – Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren

Betreibt der Antragsteller ein selbständiges Beweisverfahren nicht weiter, können ihm in entsprechender Anwendung von § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO auf Antrag des Gegners die Kosten des Verfahrens auferlegt werden. (gegen OLG Köln NJW-RR 2001, 1650)

(OLG Koblenz, Beschluss vom 18. 8. 2004 – 5 W 521/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WM 2004, 621. – Die Entscheidung kann auch bis zum 22. 12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 155 GVG – Neutralität des Gerichtsvollziehers; Befangenheitsbesorgnis

In geltendem Recht fehlt ein förmliches Recht der Verfahrensbeteiligten, den Gerichtsvollzieher wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Es besteht auch keine planwidrige Gesetzeslücke.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 24. 9. 2004 – IXa ZB 56/04)

§§ 11 ABE Berlin (1992), 6 ABE (DDR 1987) – AWG-Grundstück; Abwasserkanal-Reparatur

Zur Verantwortlichkeit für die Reparatur eines Abwasserkanals eines wohnungsbaugenossenschaftlichen Grundstücks bei einer Schadstelle zwischen Außenkante/Gebäude und grundstücksgrenznahe Revisionsschacht.

(KG, Urteil vom 16. 9. 2004 – 16 U 28/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 22. 12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; VRiKG Groß, Berlin; RiOLG Weller, Koblenz; RiBGH Wellner, Karlsruhe; Frau VRiKG A. Scheer, Berlin.

Teileigentum

§ 14 WEG; Art. 1, 2, 3 ProstG Prostitutionsausübung in einer Teileigentumseinheit; Nachteil

1. Es erscheint zweifelhaft, ob eine in der Rechtsgemeinschaft eindeutig herrschende Auffassung über die nicht nur individuelle, sondern auch sozialethische Verwerflichkeit der Prostitutionsausübung festgestellt werden kann.

2. Es ist fraglich, ob in einem Anwesen, das ausschließlich gewerblich genutzt wird, eine Wertminderung der übrigen Teileigentumseinheiten anzunehmen ist, wenn in einer Teileigentumseinheit der Prostitution nachgegangen wird.

3. Kommt es in dem Anwesen zu ungewollten Konfrontationen mit der Prostitutionsausübung in einer Teileigentumseinheit, die als anstößig zu bezeichnen sind, ist dies für die übrigen Teileigentümer nachteilig.

(BayObLG, Beschluss vom 8. 9. 2004 – 2Z BR 137/04)

Zum Sachverhalt: Die Beteiligten sind die Teileigentümer einer Anlage, die ausschließlich gewerblich genutzt wird.

Dem Antragsgegner gehört die im obersten Stockwerk gelegene Einheit. Diese ist vermietet; sie wird vom Untermieter zum Zweck der Prostitution genutzt.

Auf den Unterlassungsantrag der Antragsteller hat das Amtsgericht Nürnberg mit Beschluss vom 24. 11. 2003, soweit dieser Beschluss für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Bedeutung ist, den Antragsgegner verpflichtet, al-

les in seiner Macht stehende zu tun, um die Nutzung seiner Einheit zur Ausübung der Prostitution zu unterbinden, erforderlichenfalls durch Klageerhebung und Zwangsvollstreckung gegen den Mieter bzw. Untermieter. Das Landgericht Nürnberg/Fürth hat am 14. 6. 2004 die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich dessen sofortige weitere Beschwerde.

Aus den Gründen: II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Ausübung der Prostitution in der Einheit des Antragsgegners führe zu einer über das normale Maß hinausgehenden Beeinträchtigung der übrigen Teileigentümer und verstoße damit gegen § 2 Gemeinschaftsordnung (GO), der inhaltlich § 14 Nr. 1 WEG entspricht.

Die konkreten Auswirkungen der Prostitutionsausübung habe der Zeuge M. anschaulich geschildert. So habe er ausgeführt, er sei vor und in dem Haus mehrmals danach gefragt worden, wo der „Puff“ sei. Auch lägen im Aufzug Kondome herum. Es komme hinzu, dass der Aufzug direkt in der Einheit des Antragsgegners ende und von dort aus mittels eines Schlüssels vom Erdgeschoß heraufgeholt werden könne. Es sei mehrmals vorgekommen, dass er oder einer seiner Mitarbeiter ungewollt aufgrund einer solchen Schlüsselbetätigung im obersten Stockwerk mit dem Aufzug unmittelbar in der Einheit des Antragsgegners mitten unter den dort befindlichen Damen gelandet sei, die bis auf einen Slip unbekleidet gewesen seien. Diese Konfrontation mit dem Geschehen im ober-

sten Stockwerk sei für die übrigen Teileigentümer angesichts des in dem Anwesen stattfindenden Publikumsverkehrs, zu dem auch Lehrlinge und Auszubildende gehörten, nachteilig.

Jedenfalls werde der Verkehrswert der übrigen Teileigentumseinheiten durch die Nutzung der Einheit des Antragsgegners zur Prostitution gemindert. Auch dies müssten die übrigen Teileigentümer nicht hinnehmen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Den Antragstellern steht der von den Vorinstanzen zuerkannte Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB, § 15 Abs. 3 WEG zu. Das Landgericht hat nämlich zu Recht angenommen, dass die Nutzung des Teileigentums des Antragsgegners zum Zweck der Prostitutionsausübung mit § 2 GO, § 14 Nr. 1 WEG nicht in Einklang steht.

a) Es kann offen bleiben, ob die Ausübung von Prostitution in einer Teileigentumseinheit grundsätzlich nachteilige Auswirkungen auf den Verkehrs- oder Mietwert der übrigen Teileigentumseinheiten haben kann.

(1) Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 16. 6. 2000 (ZMR 2000, 689 [= WM 2000, 505 KL]) ausgeführt, dass die Nutzung eines Wohnungs- oder Teileigentums, die mit einem sozialen Unwerturteil behaftet sei oder als anstößig empfunden werde, wie der Betrieb eines „Pärchentreffs“ oder „Swinngerclubs“, nachteilige Auswirkungen auf den Verkehrs- oder Mietwert der übrigen Einheiten habe und somit nachteilig im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG sei. In der früheren Rechtsprechung des Senats wurde ferner eine Wertminderung für die übrigen Einheiten bejaht, wenn in einem gewerblich genutzten Anwesen in einer Teileinheit ein Bordell betrieben wird (BayObLG DWE 1981, 58). An dem Ergebnis, dass eine Wertminderung in einem solchen Fall anzunehmen ist, soll sich nach verbreiteter Auffassung (OLG Frankfurt DWE 2002, 105 [= GuT 2002, 187]; Bärmann/Pick/Merle WEG 9. Aufl. § 15 Rn. 30; vgl. ferner Berl VerfGH NJW-RR 2003, 229 [= GuT 2003, 21]; Deckert, Die Eigentumswohnung, Gruppe 5 Rn. 433) auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20.12. 2001 nichts geändert haben.

(2) Aus heutiger Sicht erscheint es dem Senat zweifelhaft, ob eine in der Rechtsgemeinschaft eindeutig herrschende Auffassung über die nicht nur individualethische, sondern sozial-ethische Verwerflichkeit der Prostitutionsausübung festgestellt werden kann. Jedenfalls hat das Bundesverwaltungsgericht (NVwZ 2003, 603) zutreffend festgestellt, der Gesetzgeber habe sich bei Erlass des Prostitutionsgesetzes von der Erwägung leiten lassen, dass nach überwiegender Auffassung die Prostitution nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden könne und dass durch dieses Gesetz ein Wandel der sozialetischen Vorstellungen zum Ausdruck gekommen sei.

(3) Fraglich erscheint ferner, ob in einem Anwesen, das wie hier ausschließlich gewerblichen Zwecken dient, in der Regel eine Wertminderung eintritt, wenn in einem Teileigentum der Prostitution nachgegangen wird.

b) Nach den vom Landgericht rechtsfehlerfrei getroffenen und damit für den Senat bindenden Feststellungen des Landgerichts kommt es aber in dem Anwesen zu ungewollten Konfrontationen mit dem Geschehen in der Einheit des Antragsgegners, die als anstößig empfunden werden können. Der Zeuge M. hat dies anschaulich geschildert. Auch jede andere Person, die das Gebäude betritt, kann damit konfrontiert werden, dass Kondome im Aufzug liegen, dass sie nach dem „Puff“ befragt wird oder ungewollt mittels des Aufzugs unmittelbar im Bordell landet. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist es bei der gebotenen „typisierenden“, d. h. verallgemeinernden Betrachtungsweise (vgl. BayObLG NZM 1999, 80/81; KG FGPrax 2002, 159 [= GuT 2002, 117]) unerheblich, ob der Zeuge M., der die Vorfälle geschildert hat, sub-

jektiv daran Anstoß genommen hat. Bei dem gegebenen Publikumsverkehr in dem Anwesen, das nach den Feststellungen des Landgerichts auch Jugendliche einschließt, ist das Landgericht rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, dass aufgrund dieses Sachverhalts ein von den übrigen Teileigentümern nicht hinzunehmender Nachteil im Sinn des § 14 Nr. 1 WEG gegeben ist.

[Geschäftswert 3000 EUR]

Mitgeteilt von RiBayObLG a. D. Demharter, München

Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Teileigentum etc.

§ 1 HWiG; § 9 VerbrKG; § 358 BGB – Vertrieb von Darlehens- und Immobilienkaufvertrag; Haustürsituation

1. Zu den wirksamen Voraussetzungen eines in einer Haustürsituation geschlossenen Darlehensvertrages und einer im Zusammenhang mit der persönlichen Schuldübernahme und Zwangsvollstreckungsunterwerfung vereinbarten Sicherungsabrede.

2. Die Bestimmung des § 1 HWiG ist richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass ein Widerrufsrecht des Verbrauchers begründet ist, sofern er zur Abgabe einer Willenserklärung in einer Haustürsituation bestimmt worden ist. Einer Zurechnung der Haustürsituation an den Erklärungsempfänger über § 123 Abs. 2 BGB bedarf es nicht.

3. Die Bestellung eines Realkredites steht der Anwendung von § 9 VerbrKG nicht entgegen.

4. Gemäß § 358 Abs. 2 und 3 rechtfertigt bei finanzierten Immobilienkäufen allein der gemeinsame Vertrieb durch Bank und Verkäufer nicht die Annahme eines verbundenen Geschäfts. Dies gilt erst recht für die frühere Rechtslage gemäß § 9 VerbrKG.

(KG, Urteil vom 27. 9. 2004 – 26 U 8/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 22.12.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 15, 21, 27 WEG – Teileigentum; Tiefgarage; Einbau von Garagenboxen

1. Für eine als selbständiges Teileigentum ausgewiesene Tiefgarage mit Sondernutzungsrechten an den einzelnen Stellplätzen können die Wohnungseigentümer Regelungen zum Einbau von Tiefgaragenboxen treffen.

2. Ein Eigentümerbeschluss, der den Verwalter ermächtigt, beim Einbau von Tiefgaragenboxen im Falle der Beschädi-



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

gung des Gemeinschaftseigentums notfalls auch gerichtlich dagegen vorzugehen, ist hinreichend bestimmt und entspricht ordnungsmäßiger Verwaltung.

(BayObLG, Beschluss vom 11. 8. 2004 – 2Z BR 081/04)

§§ 16, 23 WEG – Glasschädenbehebung an Fenstern und Türen

Unter die in der Teilungserklärung festgelegte Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers, Glasschäden an Fenstern und Türen im räumlichen Bereich seines Sonder Eigentums zu beheben, kann auch die Auswechslung „blind gewordener“ Scheiben in rundum (Seiten- und Dachbereich) verglasten Dachgauben fallen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. 9. 2004 – I-3 Wx 185/04)

§§ 21, 29 WEG – Blockwahl des Verwaltungsbeirats; Beiratsvergütung

1. Gegen eine Blockabstimmung über die Bestellung eines Verwaltungsbeirats bestehen zumindest dann keine Bedenken, wenn die Einzelabstimmung von keinem Wohnungseigentümer verlangt wird.

2. Eine Jahresvergütung von 500 Euro für den Beiratsvorsitzenden widerspricht Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung.

(KG, Beschluss vom 31. 3. 2004 – 24 W 194/02)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WM 2004, 624. Die Entscheidung kann bis zum 22.12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 21 WEG; § 779 BGB – Mehrheitsbeschluss über zu führende Vergleichsverhandlungen; Kompetenzüberschreitung des Verwaltungsbeirats

1. Bedarf ein Vergleich der Zustimmung aller Wohnungseigentümer und signalisiert nur ein Eigentümer in der Versammlung von vornherein seine Ablehnung, widerspricht der Mehrheitsbeschluss über die Beauftragung eines Rechtsanwalts mit Vergleichsverhandlungen ordnungsmäßiger Verwaltung.

2. Es widerspricht Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die Eigentümergemeinschaft beschließt, einem Verwaltungsbeirat dessen gerichtliche und außergerichtliche Kosten zu erstatten, die ihm entstanden sind, nachdem er durch gegen zwei Miteigentümer gerichtete Aushänge in der Anlage seine Kompetenzen überschritten hat.

(KG, Beschluss vom 19. 7. 2004 – 24 W 349/02)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 22. 12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. Veröffentlicht auch in WM 2004, 623.

Mach' mit!
GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

§§ 23, 26 WEG; § 675 BGB – Verwaltervertrag abhängig von Bestandskraft der Verwalterbestellung

Der auf Grundlage einer noch nicht rechtsbeständigen Verwalterwahl abgeschlossene Verwaltervertrag wird stets unter der stillschweigenden auflösenden Bedingung abgeschlossen, dass keine Ungültigerklärung in einem diesbezüglichen Beschlussanfechtungsverfahren erfolgt.

(KG, Beschluss vom 18. 8. 2004 – 24 W 291/03)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 22. 12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Auszugsweise veröffentlicht in WM 2004, 687.

§ 25 WEG; § 152 ZVG – Kopfstimmrecht des Zwangsverwalters

Bei einem Kopfstimmrecht in der Wohnungseigentümersammlung steht einem Zwangsverwalter, der für mehrere natürliche oder juristische Personen eingesetzt ist, je Person ein Stimmrecht zu, jedenfalls solange er sämtliche Wohneinheiten der natürlichen oder juristischen Person vertritt.

(KG, Beschluss vom 19. 7. 2004 – 24 W 322/02)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WM 2004, 625. Die Entscheidung kann bis zum 22.12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 27 WEG; §§ 138, 276, 278, 398, 607, 826 BGB; § 266 StGB; § 286 ZPO – keine Verwertungsbeugnis der Bank bei Verpfändung des Treuhandkontos einer Wohnungseigentümergeinschaft

1. Verfügt der Verwalter von Wohnungseigentum über Geld der Gemeinschaft in offensichtlich treuwidriger Weise, ist die dadurch begünstigte Bank verpflichtet, das Erlangte an den Berechtigten zurückzuerstatten.

2. Zur Beweiswürdigung für Bösgläubigkeit der Bankmitarbeiter.

(OLG Koblenz, Urteil vom 15. 7. 2004 – 5 U 1538/03)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 22.12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 45 WEG – materielle Rechtskraft; Wohnungsnutzung im Teileigentum

Durch die Entscheidung des WEG-Gerichts, wonach die Wohnungseigentümer mangels Beschlusskompetenz nicht mit Mehrheitsbeschluss die Teilungserklärung dahin geändert haben, dass ein Gewerbe auch als Wohnung genutzt werden könne, steht nicht zugleich rechtskräftig fest, dass die aktuelle Teilungserklärung die Nutzung eines bestimmten als Gewerbe ausgewiesenen Eigentums als Wohnung verbietet.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. 9. 2004 – I-3 Wx 233/04)

KL-Mitteleiter: Frau RiKG B. Sternagel, Berlin; RiBayObLG a. D. Demharter, München; RiOLG Dr. Schütz, Hünxe; Frau RiKG S. Kingreen, Berlin; VRiKG Dr. Briesemeister, Berlin; RiOLG Weller, Koblenz.

Wettbewerb

§ 27 MarkenG

Pacht eines Geschäftsbetriebs; Marke zum Geschäftsbetrieb; Übergang auf den Ersteher des Betriebsgrundstücks; Dorf MÜNSTERLAND II

Eine zu einem Geschäftsbetrieb gehörende Marke geht auf einen Dritten, der den Geschäftsbetrieb gepachtet hatte und später im Wege der Zwangsversteigerung die Betriebsgrundstücke sowie Zubehör, nicht aber die Marke erwirbt, nicht schon dadurch über, daß der Dritte an derselben Örtlichkeit mit dem Betreiben eines dem bisherigen entsprechenden Geschäftes fortfährt und die angesprochenen Verkehrskreise deshalb von einer tatsächlichen Kontinuität ausgehen.

(BGH, Urteil vom 9. 6. 2004 – I ZR 31/02)

Zum Sachverhalt: Die Kläger nehmen den Beklagten – soweit für das anhängige Verfahren noch von Bedeutung – wegen Verletzung der Wort-/Bildmarke Nr. 2 052 752 (Klagemarke; wiedergegeben in BGH, Urt. v. 22. 2. 2001 – I ZR 194/98, GRUR 2001, 1158 = WRP 2002, 1160 – Dorf MÜNSTERLAND I) auf Unterlassung der Bezeichnung „Dorf Münsterland“ in Anspruch.

Die ursprüngliche – weiterhin eingetragene – Inhaberin der am 26. November 1991 angemeldeten und am 23. Dezember 1993 für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 20, 29, 33, 39, 41 und 42 u. a. „Wein, Spirituosen; Käse; Wurstwaren; Durchführung u. a. von Planwagenfahrten, Radtouren, Wanderungen, Tagungen, Betriebsausflügen, Tanzveranstaltungen; Beherbergung und Verpflegung von Gästen; Betrieb von Schwimmbädern und Kegelbahnen“ eingetragenen Klagemarke betrieb unter der Bezeichnung „Dorf Münsterland“ auf eigenen und auf Erbbaugrundstücken ein aus einem Hotel, mehreren Gaststätten und weiteren Freizeiteinrichtungen bestehendes Unternehmen, das 1993 in wirtschaftliche Schwierigkeiten geriet. Nach Anordnung der Zwangsverwaltung der Grundstücke und der Erbbaurechte am 30. August 1993 wurde durch Beschluß vom 26. August 1994 das Konkursverfahren über ihr Vermögen eröffnet.

Noch vor Eröffnung des Konkursverfahrens pachtete die Rechtsvorgängerin des Beklagten von dem Zwangsverwalter mit Vertrag vom 31. August 1993 sowohl die Grundstücke und aufstehenden Anlagen als auch den Gewerbebetrieb. In einem Beschwerdeverfahren gegen den Zwangsverwalter wurde später festgestellt, daß sich die Anordnung der Zwangsverwaltung nicht auf den Gewerbebetrieb der Gemeinschuldnerin erstreckte, dieser also nicht durch den Zwangsverwalter hätte mitverpachtet werden dürfen. Der Konkursverwalter erklärte nach Konkurseröffnung sein Einverständnis mit einer stillschweigenden Verlängerung des Pachtverhältnisses bis zum Versteigerungstermin. Durch Zuschlag im Versteigerungstermin am 28. April 1995 erwarb die Rechtsvorgängerin des Beklagten die Grundstücke und Erbbaurechte sowie das Zubehör des Komplexes „Dorf Münsterland“. Sie betrieb die Einrichtung unter dieser Bezeichnung weiter und änderte ihre Firma in „Dorf Münsterland GmbH“. Durch Verschmelzungsvertrag vom 20. Dezember 1995 wurde sie mit dem Beklagten verschmolzen.

Durch Vereinbarung vom 21. August 1996 verkaufte und übertrug der Konkursverwalter den Klägern „das Warenzeichen sowie alle sonstigen Rechte bezüglich der Bezeichnung „Dorf Münsterland““.

Die Kläger haben beantragt, den Beklagten zu verurteilen, es in Zukunft zu unterlassen, im Geschäftsverkehr egal auf

welche Weise das Zeichen „Dorf Münsterland“ in der Firma zu führen oder in sonstiger Weise insbesondere werbend zu nutzen.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er meint, er sei durch den Zuschlagsbeschluß vom 28. April 1995 im Zwangsversteigerungsverfahren, durch den der Geschäftsbetrieb übergegangen sei, nach § 27 Abs. 2 MarkenG Inhaber der Klagemarke geworden.

Das Landgericht Hagen hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat im ersten Berufungsrechtszug eine Verwechslungsgefahr zwischen den angegriffenen Zeichen des Beklagten und der Klagemarke verneint und die Klage abgewiesen.

Auf die Revision der Kläger hat der Senat die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur Feststellung der Inhaberschaft an der Klagemarke zurückverwiesen (BGH GRUR 2001, 1158 – Dorf MÜNSTERLAND I).

Das Berufungsgericht (OLG Hamm) hat die Klage erneut abgewiesen.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgen die Kläger ihren Antrag auf Unterlassung weiter. Der Beklagte hat in der Revisionsinstanz unter Vorlage einer Fotokopie einer Benachrichtigung des Deutschen Patent- und Markenamtes geltend gemacht, daß die Dienstleistungen „Beherbergung und Verpflegung von Gästen“ am 17. Mai 2004 im Markenregister gelöscht worden seien.

Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Kläger seien durch die Vereinbarung mit dem Konkursverwalter vom 21. August 1996 nicht Inhaber der Klagemarke geworden, so daß ihnen der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zustünde. Im einzelnen hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Der Konkursverwalter habe am 21. August 1996 die Klagemarke nicht mehr wirksam übertragen können, weil die Rechtsvorgängerin des Beklagten bereits durch den Zuschlagsbeschluß vom 28. April 1995 nach § 27 Abs. 2 MarkenG Inhaberin der Marke geworden sei. Durch den Zuschlagsbeschluß sei der Geschäftsbetrieb auf die Rechtsvorgängerin des Beklagten übergegangen. Zwar habe der Zuschlagsbeschluß nur die Grundstücke und Erbbaurechte sowie das Zubehör des Komplexes „Dorf Münsterland“ betroffen, zu denen die Marke nicht gehört habe. Sie habe aber zu dem Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin gehört. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei der Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin durch den Zuschlagsbeschluß auf die Rechtsvorgängerin des Beklagten im Sinne von § 27 Abs. 2 MarkenG übergegangen. Diese habe den Geschäftsbetrieb seit dem 31. August 1993 fortgesetzt gehabt und sodann mit dem Zuschlagsbeschluß sämtliche wesentlichen Betriebsmittel erworben, so daß der Geschäftsbetrieb als solcher nur als „leere Hülle“ übrig geblieben sei. Zudem sei der Wert des Betriebs als „Dorf Münsterland“ an die konkrete Örtlichkeit gebunden. Die Trennung zwischen Betriebsgrundstück und Betrieb sei wegen der unveränderten Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit der Rechtsvorgängerin des Beklagten und der Duldung der Benutzung der angegriffenen Zeichen durch Zwangs- und Konkursverwalter nach außen hin nicht deutlich geworden. Maßgeblich sei für den Kundenkreis der Freizeitanlage vielmehr die tatsächliche Kontinuität.

II. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Kläger seien nicht Inhaber der Klagemarke geworden, ihnen stünde daher der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der Konkursverwalter mit Vereinbarung vom 21. August 1996 die Klagemarke wirksam auf die Kläger übertragen (§ 27 Abs. 1, § 152 MarkenG). Der Konkursverwalter war zu dieser Verfügung berechtigt (§ 6 Abs. 2 KO), weil die Klagemarke noch zur Konkursmasse gehörte und nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, zuvor bereits auf die Rechtsvorgängerin des Beklagten übergegangen war.

a) Gemäß § 27 Abs. 1 MarkenG kann das durch die Eintragung einer Marke begründete Recht auf einen anderen (durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung) übertragen werden oder (kraft Gesetzes) übergehen. Gehört die Marke zu einem Geschäftsbetrieb, so wird sie im Zweifel von der Übertragung oder dem Übergang des Geschäftsbetriebs, zu dem sie gehört, erfaßt (§ 27 Abs. 2 MarkenG).

b) Weder der Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin noch die dazu gehörige Klagemarke sind durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung (§ 27 Abs. 1 und 2 MarkenG) auf die Rechtsvorgängerin des Beklagten übertragen worden. Hiervon ist auch das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ausgegangen. Durch die Verpachtung des Unternehmens mit Pachtvertrag vom 31. August 1993, der vom Konkursverwalter ohnehin nur bis zum 28. April 1995 fortgesetzt wurde, ist eine Übertragung des Geschäftsbetriebs i. S. des § 27 MarkenG nicht erfolgt. Die Verpachtung räumt dem Pächter lediglich ein Nutzungsrecht ein (§ 581 Abs. 1 Satz 1, §§ 99, 100 BGB); dies reicht für einen Rechtsübergang gemäß § 27 MarkenG nicht aus (BGHZ 150, 82, 88 – Hotel Adlon; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 27 Rdn. 21 a.E.; Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 27 Rdn. 28).

c) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht weiter festgestellt, daß der Zuschlagsbeschluß vom 28. April 1995 nur die Grundstücke und Erbbaurechte sowie das Zubehör, nicht aber die Klagemarke betraf und sich in rechtlicher Hinsicht auch nur auf die beschlagnahmten Grundstücke, nicht dagegen auf den Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin bezog, weil dieser als solcher von der Beschlagnahme nicht erfaßt worden war (zur rechtlichen Trennung von Grundstück und Gewerbebetrieb vgl. Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 17. Aufl., § 152 Rdn. 6. 6 und 6. 7, m.w.N.). Zutreffend ist das Berufungsgericht daher zunächst von einer Trennung der zugeschlagenen Grundstücke nebst Zubehör und des nicht von der Beschlagnahme erfaßten und deshalb auch nicht mit zugeschlagenen Geschäftsbetriebs sowie der zu diesem gehörenden Marke ausgegangen. Da der Ersteher durch den Zuschlag nur diejenigen Gegenstände erwirbt, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat (§ 90 Abs. 1 und 2 ZVG), hat der Zuschlagsbeschluß als solcher weder hinsichtlich des Geschäftsbetriebs noch hinsichtlich der Klagemarke einen Rechtsübergang bewirkt.

d) Der Auffassung des Berufungsgerichts, die Klagemarke sei gleichwohl nach § 27 Abs. 2 MarkenG auf die Rechtsvorgängerin des Beklagten übergegangen, kann nicht gefolgt werden.

Das Berufungsgericht meint, bei wirtschaftlicher Betrachtung sei – trotz der rechtlichen Trennung von den beschlagnahmten Grundstücken und Erbbaurechten sowie dem Zubehör – der Geschäftsbetrieb „letztlich“ mit dem Zuschlagsbeschluß auf die Rechtsvorgängerin des Beklagten übergegangen, weil die Trennung zwischen Betriebsgrundstück und Betrieb wegen der unveränderten Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit der Rechtsvorgängerin des Beklagten und der Duldung der Benutzung des angegriffenen Zeichens durch Zwangs- und Konkursverwalter nach außen nicht deutlich ge-

worden sei. Aus der Sicht des angesprochenen Kundenkreises habe die Rechtsvorgängerin des Beklagten den Geschäftsbetrieb seit dem Abschluß des Pachtvertrags am 31. August 1993 fortgesetzt und am 28. April 1995 hierfür sämtliche wesentlichen Betriebsmittel erworben. Der Geschäftsbetrieb sei als solcher nur als „leere Hülle“ übrig geblieben.

Dieser rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts kann auch bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (vgl. Fezer, MarkenG, 3. Aufl., § 27 Rdn. 31; Hacker a. a. O.; vgl. ferner zu § 8 Abs. 1 WZG: BGH, Urt. v. 26. 5. 1972 – I ZR 44/71, GRUR 1973, 363, 365 = WRP 1972, 578 – Baader) nicht beigetreten werden.

Die vom Berufungsgericht als maßgeblich angesehene tatsächliche Kontinuität des Betriebs, die es in erster Linie daraus herleitet, daß die Trennung zwischen Betriebsgrundstück und Betrieb wegen der unveränderten Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit der Rechtsvorgängerin des Beklagten nach außen nicht deutlich geworden sei, genügt für die Annahme eines Rechtsüberganges der Klagemarke schon deshalb nicht, weil die Verpachtung eines Unternehmens keine Übertragung des Geschäftsbetriebs i. S. des § 27 Abs. 2 MarkenG darstellt. Weder aus der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs während des Bestehens des Pachtverhältnisses noch aus dem Betreiben eines ähnlichen Unternehmens nach dem Versteigerungstermin kann auf eine Übertragung oder einen Übergang des Geschäftsbetriebs der Gemeinschuldnerin geschlossen werden. Der Umstand, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise eine „tatsächliche“ Kontinuität bestanden hat, vermag den für die Vermutungswirkung des § 27 Abs. 2 MarkenG erforderlichen rechtlichen Übergang des Geschäftsbetriebs nicht zu ersetzen. Hieran ändert auch die vom Berufungsgericht angesprochene Bindung des Wertes des Betriebs „Dorf Münsterland“ als Freizeitanlage an die konkrete Örtlichkeit nichts. Da es somit bereits an einer Übertragung oder einem Übergang des Geschäftsbetriebs der Gemeinschuldnerin und Markeninhaberin fehlt, ist für die Anwendung des § 27 Abs. 2 MarkenG kein Raum.

e) Auch im übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vereinbarung vom 21. August 1996 zwischen dem Konkursverwalter und den Klägern. Ob mit der Vereinbarung Steuern verkürzt werden sollten, wie der Beklagte geltend gemacht hat, kann dahinstehen, weil nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur solche Abreden insgesamt nichtig sind, deren Hauptzweck auf die Steuerhinterziehung gerichtet ist (vgl. BGHZ 136, 125, 132, m.w.N.). Diese Voraussetzung liegt nach dem Vortrag des Beklagten nicht vor. Ebenso wenig braucht der Frage nachgegangen zu werden, ob die Vereinbarung für die Masse nachteilig war. Selbst wenn der Konkursverwalter insoweit den Konkursgläubigern gegenüber bestehende Pflichten verletzt haben sollte, wäre die Vereinbarung vom 21. August 1996 nur dann unwirksam, wenn sie dem Konkurszweck offenbar zuwiderliefe, dieser Verstoß also für einen verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich wäre (vgl. BGH, Urt. v. 28. 10. 1993 – IX ZR 21/93, NJW 1994, 323, 326, m.w.N.). Davon kann nach dem Vorbringen des Beklagten aber nicht ausgegangen werden.

2. Der von den Klägern geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der Benutzung des Zeichens „Dorf Münsterland“ durch den Beklagten für den Betrieb von Freizeiteinrichtungen einschließlich Hotel und Gaststätten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG scheidet demnach entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an deren fehlender Rechtsinhaberschaft (§ 14 Abs. 1 MarkenG). Der Beklagte verletzt mit seiner Firmenbezeichnung „Dorf Münsterland“ und der werblichen Benutzung dieses Zeichens die Klagemarke. Die zwischen der für den Betrieb von Freizeiteinrichtungen einschließlich Hotel und Gaststätten benutzten angegriffenen

Bezeichnung und der Klagemarke gegebene Gefahr von Verwechslungen (BGH GRUR 2001, 1158, 1159 f. – Dorf MÜNSTERLAND I) besteht auch dann weiter, wenn die Dienstleistungen „Beherbergung und Verpflegung von Gästen“ im Markenregister gelöscht sein sollten, wie der Beklagte in der Revisionsinstanz geltend gemacht hat. Der aufgrund der übrigen Waren und Dienstleistungen verbleibende Grad an Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit begründet bei dem hohen Maß der an Identität grenzenden Zeichenähnlichkeit selbst bei Annahme einer unter dem Durchschnitt liegenden Kennzeichnungskraft der Klagemarke (vgl. BGH GRUR 2001, 1158, 1160 – Dorf MÜNSTERLAND I) eine Verwechslungsgefahr i. S. des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

3. Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruches aus der Marke ist nicht rechtsmißbräuchlich oder nach Treu und Glauben verwirkt (§ 242 BGB). Die Rechtsvorgängerin des Beklagten konnte nicht darauf vertrauen, daß ihr nach der Beendigung des Pachtverhältnisses, dessen Verlängerung der Konkursverwalter lediglich bis zum Versteigerungstermin zugestimmt hatte, weiterhin die Führung der Kennzeichen der früheren Inhaberin gestattet werde. Eine Verwirkung nach § 21 MarkenG kommt nicht in Betracht.

III. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben und ist deshalb aufzuheben. Die Sache ist wegen der von dem Beklagten in der Berufungsinstanz erhobenen Einrede der Nichtbenutzung (§ 25 Abs. 2 MarkenG), zu der das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat, nicht zur Endentscheidung reif; sie ist daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 3 ZPO a. F.).

Das Berufungsgericht wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren zu prüfen haben, ob die Klagemarke für die Waren und Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, ernsthaft benutzt wurde oder ob berechtigte Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen (§ 26 Abs. 1 MarkenG). Sollte danach die Nichtbenutzungseinrede dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht entgegenstehen, wird zu beachten sein, daß das Unterlassungsbegehren der Kläger zu weit geht. Soweit die Kläger einen Unterlassungsanspruch aus der Klagemarke über die tatsächliche Benutzung des angegriffenen Zeichens für den Betrieb einer Freizeitanlage einschließlich Hotel und Gaststätten hinaus ohne Einschränkung auf eine bestimmte Branche oder Waren-/Dienstleistungsart geltend machen, sind weder eine Verwechslungsgefahr noch ein die Wiederholungsgefahr begründender Verstoß oder eine Begehungsgefahr dargetan.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

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

§ 1 UWG – 500 DM-Gutschein für Autokauf

Die Werbung eines Fahrschulunternehmens, jeder Fahrschüler erhalte zur bestandenen Prüfung einen Gutschein in Höhe von 500 DM für einen Fahrzeugkauf bei einem bestimmten Autohaus, ist kein unlauteres Wettbewerbsverhalten.

(BGH, Urteil vom 9. 6. 2004 – I ZR 187/02)

§§ 1, 3 UWG a. F.; § 23 GWB; § 1 PangVO – „Unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers“

1. Die wettbewerbsrechtlich zulässige Werbung mit einer „unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers“ setzt voraus, dass eine solche Preisempfehlung i. S. v. § 23 Abs. 1 GWB ausgesprochen worden ist. Bildet der Anbieter einen Gesamtpreis unter Einbeziehung mehrerer Einzelpreise, so darf mit dem Endpreis – jedenfalls in Abwesenheit eindeutig aufklärender Hinweise – nur dann als „UPE“ geworben werden, wenn für alle einbezogenen Preisbestandteile eine Preisempfehlung besteht.

2. Die Kfz-Überführungskosten können als „Dienstleistungen“ nicht Gegenstand einer Preisempfehlung i. S. v. § 23 Abs. 1 GWB sein.

(OLG Hamburg, Urteil vom 9. 7. 2004 – 5 U 182/03)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 22. 12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 7 UWG a. F. – Sonderveranstaltung im Ausland; Grenzregion

Zur Frage der Anwendung deutschen Wettbewerbsrechts auf die in einer inländischen Tageszeitung veröffentlichte Ankündigung einer im Ausland stattfindenden Sonderveranstaltung.

(BGH, Urteil vom 13. 5. 2004 – I ZR 264/00)

§ 93 ZPO – Konkrete Abmahnung

Die Forderung nach Genauigkeit bei der Angabe des Gegenstandes der Beanstandung in einer vorprozessualen Abmahnung hat nicht stets die Verpflichtung des Abmahnenenden zur Folge, die Verletzungshandlung in der Abmahnung in allen Einzelheiten zu schildern. Welche Angaben im Rahmen einer ordnungsgemäßen Abmahnung erforderlich sind, lässt sich nur für den jeweiligen Einzelfall beantworten. Eine eingehende Darstellung des zu Grunde liegenden Verletzungsgegenstandes (wann, wo, gegenüber wem) ist jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Abgemahnte auch ohne diese Angaben zweifelsfrei erkennen kann, was ihm vorgeworfen wird und welches Verhalten er zur Vermeidung einer gerichtlichen Inanspruchnahme abzustellen hat.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 28. 4. 2004 – 5 W 34/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 22. 12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

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

Besteuerung

§ 675 BGB

**Steuerberater; Beratungsleistung;
Unterrichtung über Rechtsänderungen nach Berichten
in der Tages- oder Fachpresse**

Wird in der Tages- oder der Fachpresse über Vorschläge zur Änderung des Steuerrechts berichtet, die im Falle ihrer Verwirklichung das von dem Mandanten des Beraters erstrebte Ziel unter Umständen vereiteln oder beeinträchtigen, kann der Steuerberater gehalten sein, sich aus allgemein zugänglichen Quellen über den näheren Inhalt und den Verfahrensstand solcher Überlegungen zu unterrichten.

(BGH, Urteil vom 15. 7. 2004 – IX ZR 472/00)

Zum Sachverhalt: Der Kläger war für den beklagten Einzelunternehmer und die K. GmbH (fortan: GmbH) in den Veranlagungszeiträumen 1995, 1996 und 1997 als Steuerberater tätig. Das Einzelunternehmen erzielte erhebliche Gewinne, die GmbH erwirtschaftete bedeutende Verluste. Der Beklagte konnte seine Steuerschulden nicht berichtigen, weil er die Gewinne seines Einzelunternehmens in die Verluste schreibende GmbH eingelegt hatte. Aus diesem Grunde sollten beide Unternehmen nach einem Vorschlag des Klägers auf ein neues Einzelunternehmen verschmolzen und so die steuerbaren Gewinne durch den rücktragbaren Übernahmeverlust ausgeglichen werden. Der Beklagte entwarf, nachdem er spätestens im März 1997 damit beauftragt worden war, einen am 29. August 1997 notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag, durch welchen der Beklagte das Vermögen der GmbH übernahm. Die beabsichtigte Verlustverrechnung scheiterte an der zum 5. August 1997 rückwirkend eingetretenen Änderung von § 4 Abs. 5 Satz 1, § 27 Abs. 3 des Umwandlungssteuergesetzes (UmwStG).

Der Kläger verlangt von dem Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit zweitinstanzlich nicht mehr bestrittene Vergütung für seine Tätigkeit als Steuerberater in Höhe von 60 777,24 DM. Der Beklagte rechnet dagegen mit einem Schadensersatzanspruch auf, den er aus pflichtwidrig verspäteter Durchführung der beabsichtigten Verschmelzung herleitet. Durch das Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997 (BGBl. I S. 2590) sei die Möglichkeit, Übernahmeverluste gewinnmindernd zu verrechnen, soweit sie auf einem negativen Wert des übergegangenen Vermögens beruhen, rückwirkend für alle Vermögensübergänge, die nach dem 31. Dezember 1996 wirksam geworden waren, beseitigt worden. Die Rückwirkung sei aber durch das Gesetz zur Finanzierung eines weiteren Zuschusses zur gesetzlichen Rentenversicherung vom 19. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3121) auf Umwandlungsvorgänge beschränkt worden, deren Eintragung im Handelsregister nach dem 5. August 1997 beantragt worden sei. Der Kläger habe hier nach Presseberichten die bevorstehende Beschränkung der Verlustverrechnung vorhersehen müssen, gleichwohl aber nicht auf beschleunigte Durchführung der Verschmelzung mit Antragstellung beim Handelsregister bis spätestens zum 5. August 1997 hingewirkt.

In den Vorinstanzen [LG Regensburg/OLG Nürnberg] ist der Beklagte verurteilt worden. Mit der Revision verfolgt er seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen: Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten des Klägers verneint. Die vom Beklagten genannten, die bevorstehende Gesetzesänderung be-

treffenden Presseberichte hätten dem Kläger keine Veranlassung gegeben, die Eintragung der Verschmelzung bis spätestens zum 5. August 1997 herbeizuführen. Nach der allenfalls vorhersehbaren ersten Gesetzesänderung wäre der erwünschte steuerliche Vorteil wegen der weitreichenden Rückwirkung nicht mehr erreichbar gewesen. Die spätere gesetzliche Einschränkung der Rückwirkung habe der Kläger nicht vorhersehen müssen. Auch aus anderen Gründen sei er nicht verpflichtet gewesen, die Verschmelzung früher zu bewirken. Dies sei weder vertraglich geschuldet noch wegen drohender Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Beklagten geboten gewesen.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Der Steuerberater ist im Rahmen des ihm erteilten Auftrags verpflichtet, den Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Er hat seinen Mandanten möglichst vor Schaden zu schützen. Hierzu hat er den relativ sichersten Weg zu dem angestrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und die für den Erfolg notwendigen Schritte vorzuschlagen (vgl. BGHZ 129, 386, 396; BGH, Urt. v. 28. September 1995 – IX ZR 158/94, WPM 1995, 2075, 2076; v. 18. Dezember 1997 – IX ZR 153/96, WPM 1998, 301, 302). Die mandatsbezogenen erheblichen Gesetzes- und Rechtskenntnisse muß der Steuerberater besitzen oder sich ungesäumt verschaffen (Zugehör DStR 2001, 1613, 1615 m.w.N.; Lange DB 2003, 869, 871). Neue oder geänderte Rechtsnormen hat er in diesem Rahmen zu ermitteln (vgl. BGH, Beschl. v. 30. Juni 1971 – IV ZB 41/71, NJW 1971, 1704; v. 7. März 1978 – VI ZB 18/77, NJW 1978, 1486; vgl. auch OLG Celle VersR 2001, 1437, 1438).

Wird in der Tages- oder Fachpresse über Vorschläge zur Änderung des Steuerrechts berichtet, die im Falle ihrer Verwirklichung von dem Mandanten des Beraters erstrebte Ziele unter Umständen vereiteln oder beeinträchtigen, kann der Steuerberater gehalten sein, sich aus allgemein zugänglichen Quellen über den näheren Inhalt und den Verfahrensstand solcher Überlegungen zu unterrichten, um danach prüfen zu können, ob es geboten ist, dem Mandanten Maßnahmen zur Abwehr drohender Nachteile anzuraten (zu den Pflichten eines Rechtsanwaltes bei erkennbar bevorstehender Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung vgl. BGH, Urt. v. 30. September 1993 – IX ZR 211/92, WPM 1993, 2129, 2130 f.).

2. Welche Anforderungen insoweit für die Tätigkeit des Steuerberaters im einzelnen gelten, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen des Falles ab und kann hier weitgehend offenbleiben; denn der Kläger hat die ihn möglicherweise in dieser Hinsicht treffenden Pflichten nicht verletzt.

a) Die Presseverlautbarungen, auf die sich der Beklagte in der Berufung bezogen hat, tragen den von ihm erhobenen Vorwurf nicht.

Die Pressemitteilung des Bundesrates vom 31. Juli 1997 berichtete über die Grundsatzeinigung im Vermittlungsausschuß und die für den 4. August 1997 erwartete förmliche Beschlußfassung. Dasselbe gilt für den Artikel im Handelsblatt vom 1./2. August 1997 über den erzielten Vermittlungskompromiß. Beide Berichte enthalten die gravierende Ungenauigkeit, daß die Neuregelung mit tatbestandlicher Rückknüpfung erst für den Veranlagungszeitraum 1997 zu erwarten sei. Der vom Beklagten angestrebte und nach den §§ 2 UmwStG, 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG auch erreichte steuerliche Umwandlungstichtag war aber der 31. Dezember 1996. Die von dem Beklagten beabsichtigte Verschmelzung wäre von der Rechtsänderung so gesehen nicht betroffen gewesen, weil

sie, jedenfalls steuerrechtlich, vor dem Veranlagungszeitraum 1997 Wirksamkeit erlangt hätte. Erst die Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses im Wortlaut (BT-Drucks. 13/8325) ergab dann mit Sicherheit, daß auch das Vorhaben des Beklagten unter die Rückwirkung des kommenden Gesetzes fiel. Es ist nicht vorgetragen, der Kläger hätte von dieser entscheidenden Tatsache so rechtzeitig Kenntnis erlangen können, daß ihm danach noch am 5. August 1997 möglich gewesen wäre, die Handelsregisteranmeldung der Verschmelzung zu bewirken.

b) Der in der Revisionsinstanz erörterte Artikel im Handelsblatt vom 24. Juni 1997 ist in den Tatsacheninstanzen nicht erwähnt worden. Er gehört daher nicht zu dem Parteivorbringen, das gemäß § 561 ZPO a. F. der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt. Inwieweit das Revisionsgericht seine Kenntnis von parlamentarischen Vorgängen und der Berichterstattung über Gesetzgebungsvorhaben nicht allein bei der Gesetzesauslegung, sondern auch bei der Beurteilung eines Haftungsfalles verwerten kann, ist verfahrensrechtlich bisher nicht abschließend geklärt. Einer Vertiefung dieser Frage bedarf es auch hier nicht.

Der Beklagte hat nichts dazu vorgetragen, daß der Kläger den vereinzelt und auf mögliche Änderungen des Umwandlungssteuergesetzes in der Geltendmachung von Verschmelzungsverlusten nur versteckt hinweisenden Artikel vom 24. Juni 1997 hätte kennen müssen. Dieses verstand sich entgegen den von der Revision allgemein erhobenen Anforderungen an die Sorgfalt eines Steuerberaters hier nicht von selbst. Denn berücksichtigt man zugunsten des Beklagten den Artikel im Handelsblatt vom 24. Juni 1997, kann auch nicht daran vorbeigegangen werden, wie die Fachwelt auf die vom Steuergesetzgeber beschlossenen Änderungen reagiert hat. Übereinstimmend ist beanstandet worden, daß der Gesetzgeber ohne jede Vorankündigung, in einer Überraschungsaktion, völlig unvorbereitet, mit einer Blitzaktion oder ähnlich diese einschneidenden Gesetzesänderungen rückwirkend beschlossen habe (Rödter, DStR 1997, 1425; Haritz, GmbHR 1997, 783, 785; Fügler/Rieger, DStR 1997, 1427; Dötsch, DB 1997, 2090; Bleimers/Beinert, BB 1997, 1880, 1881; Goutier/Müller, BB 1997, 2242, 2247; Haritz/Slabon, NWB Fach 2 S. 6917; Schwedhelm/Olbing, Die Steuerberatung 1997, 385, 389). Dem Kläger kann aber nicht eine von dem gesamten Berufsstand geteilte Überraschung gleichwohl als Folge einer Verletzung der verkehrserforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) vorgeworfen werden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

BMF-Schreiben vom 9. August 2004
(IV B 7 – S 7233 – 29/04 / IV B 7 – S 7410 – 25/04)
BStBl I S. 851

Umsatzsteuerliche Behandlung von Umsätzen der Pensionspferdehaltung und aus der Vermietung von Reitpferden; Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 22. Januar 2004 – V R 41/02 –

Mit Urteil vom 22. Januar 2004 – V R 41/02 – (BStBl I S. 757 [= GuT 2004, 247 KL]) hat der BFH entschieden, dass das Einstellen und Betreuen von Reitpferden, die von ihren Eigentümern zur Ausübung von Freizeitsport genutzt werden, nicht dem ermäßigten Steuersatz nach § 12 Abs. 2 Nr. 3 UStG, sondern dem allgemeinen Steuersatz unterliegt. Daneben äußert sich der BFH zur Zuordnung entsprechender Umsätze zum landwirtschaftlichen Bereich.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt Folgendes:

I. Umsätze aus der Pensionspferdehaltung

Umsätze aus der Pensionshaltung von Pferden, die von ihren Eigentümern zur Ausübung von Freizeitsport oder zu selbständigen oder gewerblichen, nicht landwirtschaftlichen Zwecken genutzt werden (z. B. durch Reitlehrer oder Berufsreiter), unterliegen dem allgemeinen Steuersatz. Die Durchschnittssatzbesteuerung nach § 24 UStG kann dabei nicht in Anspruch genommen werden. Die Steuerermäßigung nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG bleibt hiervon unberührt.

II. Umsätze aus der Vermietung von Reitpferden

Für Umsätze aus der Vermietung von Reitpferden kann die Durchschnittssatzbesteuerung des § 24 UStG nicht angewendet werden. Sie sind dem ermäßigten Steuersatz (§ 12 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. Nr. 1 der Anlage 2 zum UStG) zu unterwerfen.

III. Übergangsregelungen

Für bis zum 31. Dezember 2004 bewirkte Umsätze in der Pensionspferdehaltung wird es jedoch nicht beanstandet, wenn unter den übrigen Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 Nr. 3 UStG der ermäßigte Steuersatz bei alten noch nicht unanfechtbaren Steuerfestsetzungen in Anspruch genommen wird.

Sofern Pensions- oder Vermietungsleistungen durch pauschalierende Land- und Forstwirte erbracht werden, wird es für bis zum 31. Dezember 2004 erbrachte Umsätze nicht beanstandet, wenn die Durchschnittssatzbesteuerung nach § 24 UStG in Anspruch genommen wird. Die in Abschn. 264 Abs. 4 Satz 7 UStR 2000 übernommene BFH-Rechtsprechung zur Pensionspferdehaltung und zur Vermietung von Pferden zu Reitzwecken ist noch bis zu diesem Zeitpunkt anzuwenden.

Nach Eintritt der Unanfechtbarkeit können die Übergangsregelungen nur berücksichtigt werden, soweit die Steuerfestsetzung noch geändert werden kann.

BMF-Schreiben vom 27. August 2004
(IV B 7 – S 7300 – 70/04), BStBl I S. 864

Umsatzsteuer; Vorsteuerabzug und Umsatzbesteuerung bei unternehmerisch genutzten Fahrzeugen ab 1. April 1999

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

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

§ 675 BGB – Schutzbereich des Steuerberatervertrags

Die Revision wirft keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf und verspricht im Endergebnis keinen Erfolg (§ 554b ZPO a. F.). Nach den tatrichterlichen Feststellungen ist davon auszugehen, daß zwischen dem Kommanditisten C. und dem Beklagten nur ein Steuerberatervertrag zustande gekommen ist. Zwar wäre der Beklagte verpflichtet gewesen, den Mandanten darauf hinzuweisen, daß die Übernahme einer Hafteinlage für den erstrebten steuerlichen Erfolg nicht notwendig war. Die gesellschaftsrechtlichen Nachteile der Unterlassung fallen jedoch nicht in den Schutzbereich des Steuerberatervertrages (vgl. BGH, Urt. v. 30. Januar 1990 – XI ZR 63/89, WPM 1990, 808, 809).

(BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – IX ZR 437/00)

**§§ 249, 255 BGB; § 68 StBerG;
§§ 28g, 28p SGB IV – Lohnabrechnungen;
Haftung des Steuerberaters**

Der Lauf der Verjährung bei dem Schadensersatzanspruch eines Arbeitgebers gegen den Steuerberater, welcher die Lohnabrechnungen für ihn besorgt und hierbei keinen Arbeitnehmeranteil der Rentenversicherungsbeiträge abzieht, beginnt in Fällen der unerkannten Beitragspflicht eines Mitarbeiters erst mit dem Zugang des entsprechenden Nachforderungsbescheides der zuständigen Behörde.

Auf den Regreßschaden eines Arbeitgebers, der infolge unerkannter Versicherungspflicht eines Mitarbeiters keinen Arbeitnehmeranteil vom Lohn abzieht und diesen Abzug nicht mehr nachholen kann, ist der Vorteil anzurechnen, den die Verjährung von Beitragsansprüchen gegen den Arbeitgeber aus dem nämlichen Grund wegen des Arbeitgeberanteils bewirkt.

(BGH, Urteil vom 23. 9. 2004 – IX ZR 148/03)

**§ 68 StBG – Verjährungsbeginn bei
Steuerberaterhaftung**

Vom Grundsatz, dass die Verjährung der Ansprüche gegen einen Steuerberater erst mit der Bekanntgabe des Steuerbescheides beginnt, ist eine Ausnahme zu machen, wenn der Fehler des Steuerberaters den Schaden bereits vorher unmittelbar und unkorrigierbar herbeigeführt hat.

Die Revision wird zugelassen.

(OLG Koblenz, Urteil vom 30. 9. 2004 – 5 U 557/04 – n. rkr.)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 22.12.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

**§ 4 EStG – Pacht; Betriebsausgaben am
Wirtschaftsgebäude**

Aufwendungen eines Pächters für die Erneuerung der Dacheindeckung eines im Eigentum des Verpächters stehenden und dem Pachtbetrieb dienenden Wirtschaftsgebäudes sind als Betriebsausgaben des landwirtschaftlichen Pachtbetriebes abziehbar, wenn sie in Erwartung des späteren Eigentumsübergangs erbracht worden sind.

(BFH, Urteil vom 13. 5. 2004 – IV R 1/02)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG (EFG 2002, 448)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 780 –



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

**§ 1 UStG – Umsatzsteuer; Geschäftsveräußerung;
vermietete Gewerbeimmobilien**

Es ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass bei Übertragung verpachteter/vermieteter (Gewerbe-)Immobilien unter Fortführung des Pacht-/Mietvertrages durch den Erwerber eine nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung i.S. des § 1 Abs. 1a UStG vorliegt.

(BFH, Beschluss vom 1. 4. 2004 – V B 112/03)

Vorinstanz: FG München (EFG 2003, 1344)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 802 –

**§ 12 UStG 1993; Art. 12 Richtlinie 77/388/EWG –
Umsatzsteuer; Pensionspferdehaltung**

Das Einstellen und Betreuen von Reitpferden, die von ihren Eigentümern zur Ausübung von Freizeitsport genutzt werden, fällt nicht unter den Begriff „Halten von Vieh“ i.S. des § 12 Abs. 2 Nr. 3 UStG 1993 und ist deshalb nicht mit dem ermäßigten, sondern mit dem allgemeinen Steuersatz zu versteuern.

(BFH, Urteil vom 22. 1. 2004 – V R 41/02)

Vorinstanz: FG Düsseldorf

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 757 –

Hinw. d. Red.: Siehe oben (GuT 2004, 246) BMF-Schreiben vom 9. 8. 2004. S. nachfolgend BFH.

**§ 12 UStG 1991/1993; Art. 13 Richtlinie
77/388/EWG – Umsatzsteuer;
Pensionspferdehaltung; gemeinnütziger Verein**

1. Das Einstellen und Betreuen von Pferden durch einen gemeinnützigen Verein ist nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchst. a UStG 1991/1993 ermäßigt zu besteuern, wenn die Umsätze im Rahmen eines Zweckbetriebs nach § 65 Abs. 1 AO 1977 erbracht werden und nicht umsatzsteuerfrei sind.

2. Der Steuerpflichtige kann sich vor dem FG unmittelbar auf Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. m der Richtlinie 77/388/EWG berufen.

(BFH, Urteil vom 19. 2. 2004 – V R 39/02)

Vorinstanz: FG Düsseldorf

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 672 –

Hinw. d. Red.: Vgl. vorstehend BFH.

KL-Mitteleiler: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Weller, Koblenz.

*Dokumentation, Analyse,
Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

Politik und Recht

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 79/2004 vom 12. 8. 2004

Werbung eines Rechtsanwalts mit der Bezeichnung „Spezialist für Verkehrsrecht“ im Briefkopf

Ein Rechtsanwalt, der auf seinem Briefkopf die Bezeichnung als „Spezialist für Verkehrsrecht“ führte (Beschwerdeführer; Bf), hatte mit seiner Verfassungsbeschwerde (Vb) gegen das berufsrechtliche Verbot dieser Selbstbezeichnung vor dem Bundesverfassungsgericht Erfolg (Beschluss vom 28. Juli 2004 – 1 BvR 159/04 –). Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat den angegriffenen Beschluss des Niedersächsischen Anwaltsgerichtshofs aufgehoben. Dieser Beschluss und der Bescheid der Rechtsanwaltskammer verletzen den Bf in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes. Die Sache wurde an den Anwaltsgerichtshof zurückverwiesen.

1. Zum Sachverhalt: Der Bf ist seit über 40 Jahren als Rechtsanwalt zugelassen und Mitglied einer Anwaltssozietät. Er beschäftigt sich jahrzehntelang in zahlreichen Funktionen rechtstheoretischer wie -praktischer Art mit dem Gebiet des Verkehrsrechts. Der Bf wollte diese Spezialisierung im Verkehrsrecht Rechtsuchenden deutlich machen. Er teilte der für ihn zuständigen Rechtsanwaltskammer mit, dass er sich künftig als „Spezialist für Verkehrsrecht“ bezeichnen werde, da es eine Fachanwaltschaft für Verkehrsrecht bislang nicht gebe. Die Angabe von Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkten sei nicht ausreichend, seine tatsächlich vorhandene Spezialisierung nach außen kund zu tun. Der Bf wurde durch die Rechtsanwaltskammer zur Unterlassung der Selbstbezeichnung als Spezialist auf dem Briefkopf aufgefordert. Rechtsmittel blieben ohne Erfolg. Der Begriff Spezialist sei missverständlich und weiche von den gesetzlich vorgegebenen Begrifflichkeiten ab. Mit seiner Vb rügt der Bf im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG.

2. Aus den Gründen der Entscheidung geht hervor:

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist den Angehörigen der freien Berufe nicht jede, sondern lediglich die berufswidrige Werbung verboten. Berufswidrig ist Werbung, die nicht interessengerecht und sachangemessen informiert. Einschränkende staatliche Maßnahmen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, die ihrerseits den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügen muss.

Nach den werberechtlichen Vorschriften der Berufsordnung für Rechtsanwälte sind dem Anwalt alle Informationen über seine Dienstleistungen und seine Person erlaubt, soweit die Angaben sachlich unterrichten und berufsbezogen sind. Jedoch darf er nur in Praxisbroschüren, Rundschreiben und anderen vergleichbaren Informationsmitteln zur Bewerbung von Teilbereichen der Berufstätigkeit auch über anderes als über Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte sowie Fachanwaltsbezeichnungen informieren. Diese die Informationsmöglichkeiten einschränkenden Regelungen sind nach ihrem Wortlaut zu restriktiv gefasst. Weder sind sie zur Erreichung der hiermit verfolgten Gemeinwohlzwecke erforderlich, noch sind sie verhältnismäßig.

Die werberechtlichen Vorschriften sollen die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege sichern. Verboten werden können Werbemethoden, die Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen, ausschließlich am Gewinn orien-

tierten Verhaltens sind, sowie insbesondere diejenige Werbung, die den Rechtsuchenden in die Irre führen kann. Sofern jedoch zutreffende Angaben über die spezielle Qualifikation des Anwalts in sachlicher Form erfolgen und die Angaben nicht irreführend sind, lässt sich ein Verbot der Selbstdarstellung nicht von Verfassungs wegen rechtfertigen. Auch ein zur Selbstdarstellung gewähltes Medium kann für sich betrachtet nicht die Unzulässigkeit der Werbung begründen. Die die Informationsmöglichkeiten einschränkenden Vorschriften der Berufsordnung der Rechtsanwälte sind nur bei entsprechender Auslegung verfassungskonform. Auch bei der Wahl anderer als der in den Vorschriften der Berufsordnung genannten Medien wie etwa Praxisbroschüren und Rundschreiben ist lediglich eine berufswidrige Werbung unzulässig. Im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung ist das Informationsinteresse der rechtsuchenden Bevölkerung mit den Belangen der Rechtspflege in Ausgleich zu bringen. Vorliegend ist zweifelhaft, ob die in der Berufsordnung zur Verfügung gestellten Merkmale und Begriffe diesem Informationsinteresse auf Seiten der Nachfrager und der Leistungserbringer gerecht werden. Denn die abgestufte Information über Interessenschwerpunkt, Tätigkeitsschwerpunkt und Fachanwalt ist überhaupt nur dort aussagekräftig, wo es eine Fachanwaltschaft gibt. Fachanwälte sind aber nicht notwendig Spezialisten. Angesichts der Weite der Tätigkeitsfelder, für die Fachanwaltschaften eingerichtet sind, und der Fülle der Schwerpunkte, die nebeneinander geführt werden dürfen, wird insoweit keine Spezialisierung vorausgesetzt. Mit der Außendarstellung als Spezialist wehrt ein Anwalt zugleich die Inanspruchnahme in sonstigen Materien weitgehend ab. Die damit verbundene dauerhafte Einengung der Berufstätigkeit kann mit den Begriffen des Schwerpunkts oder der Fachanwaltsbezeichnung nicht ausgedrückt werden.

Diesen Grundsätzen werden die angegriffenen Entscheidungen nicht gerecht. Die Grenze zwischen verbotenen und erlaubten Handlungsformen haben im Einzelfall die Fachgerichte unter Abwägung des Grundrechts auf Berufsausübungsfreiheit mit den Zwecken des Werbeverbots zu ziehen. Hier ist nicht ersichtlich, dass Rechtsuchende dadurch in die Irre geführt werden könnten, dass der Bf sich auch auf seinem Briefkopf und nicht nur in Faltblättern, im Internet oder in Kanzleibroschüren als Verkehrsrechtsspezialisten bezeichnet. Eine Verwechslung mit einer Fachanwaltsbezeichnung ist nicht möglich, da es einen Fachanwalt für Verkehrsrecht nicht gibt. Eine Irreführungsfahr bestünde, wenn der Bf tatsächlich im allgemeinen Wortsinn kein Spezialist wäre. Dies wird jedoch nicht geltend gemacht. Dem kundigen Rechtsuchenden ist auch zuzutrauen, dass er die im Gesetz gewählten Begriffe – Schwerpunkt oder Fachanwalt – nicht mit anderen, wie etwa dem Spezialistenbegriff, gleichsetzt. Das ist hier aber nicht entscheidend. Bestünde tatsächlich Verwechslungsfahr, käme es nicht mehr auf das Medium an, in dem der irreführende Ausdruck verwandt wird.

Dem Bf wurde zwar zugestanden, den Begriff des Spezialisten in Praxisbroschüren, Rundschreiben und anderen vergleichbaren Informationsmitteln wie etwa dem Internet zu nutzen. Das Gewicht der verbleibenden Werbebeschränkung bleibt dennoch gemessen am Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit ungerechtfertigt. Vorliegend fehlt es schon an konkret benennbaren Gemeinwohlbelangen, die die grundsätzlich bestehende Informationsfreiheit von Anbieter und Nachfrager zulässigerweise einzuschränken vermögen.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 92/2004 vom 19.10. 2004 zum Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04

Zur Berücksichtigung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte durch innerstaatliche Organe, insbesondere deutsche Gerichte

Hinw. d. Red.: Die umfangreiche Pressemitteilung kann über die Homepage des BVerfG abgerufen werden oder bis zum 22.12. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 84/2004 vom 1. 9. 2004

Stellungnahme des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts zur Entscheidung der Bundesregierung im so genannten Caroline-von-Hannover-Verfahren vor dem EGMR

Zu der Begründung der Entscheidung der Bundesregierung, in dem Verfahren Caroline von Hannover gegen die Bundesrepublik Deutschland die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – EGMR – nicht anzurufen, stellt der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Dr. Dr. h. c. Hans-Jürgen Papier, fest:

Die Entscheidung über die Anrufung der Großen Kammer des EGMR in der Rechtssache Caroline von Hannover liegt in der politischen Verantwortung der Bundesregierung. Zur Vorbereitung dieser Entscheidung ist das Bundesverfassungsgericht von Seiten der Bundesregierung um Stellungnahme gebeten worden. Das Bundesverfassungsgericht hat darauf geantwortet, es sei nachvollziehbar, wenn die Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die gesonderte Regelung der Pressefreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG einen solchen Rechtsbehelf anstrengt. Ebenso sei es vertretbar, zunächst die Auswirkungen auf die Praxis der Fachgerichte in Deutschland und den übrigen Mitgliedstaaten der EMRK abzuwarten. Soweit sich zeige, dass es dauerhafte Kollisionen zwischen dem Schutz der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz und der Rechtsauffassung des EGMR gebe, müsse gegebenenfalls in einem späteren Verfahren auch die Große Kammer des EGMR angerufen werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb nicht auf einer Anrufung der Großen Kammer des EGMR bestanden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 93/2004 vom 20.10. 2004

Zur Pflicht der Arbeitgeber zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen und zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe für unbesetzte Pflichtarbeitsplätze

Die Verfassungsbeschwerde (Vb) eines Transportunternehmers (Beschwerdeführer; Bf), der zu einer Ausgleichsabgabe für unbesetzte Pflichtarbeitsplätze herangezogen worden war, ist von der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Entscheidung angenommen worden. (Beschluss vom 1.10.2004 – 1 BvR 2221/03)

1. Zum Sachverhalt: Der Bf beschäftigte 1999 im Monatsdurchschnitt 130 Arbeitnehmer, aber nur zeitweise einen Schwerbehinderten. Mit seiner Klage gegen die Ausgleichsabgabe für dieses Jahr blieb er vor dem Verwaltungsgericht (VG) und dem Verwaltungsgerichtshof (VGH) ohne Erfolg. Der Bf sieht sich insbesondere in seinem Recht auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), auf Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) und auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verletzt.

2. In den Gründen der Entscheidung heißt es: Die Voraussetzungen für eine Annahme der Vb zur Entscheidung liegen nicht vor. Sie hat keine Aussicht auf Erfolg. Die Regelungen des Schwerbehindertengesetzes 1986, die der Bf angreift, entsprachen inhaltlich denjenigen, die das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1981 für verfassungsgemäß erklärt hat. Danach sind die Vorschriften des Schwerbehindertengesetzes

über die Pflichtplatzquote und über die Ausgestaltung und Verwendung der Ausgleichsabgabe mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Ausgleichsabgabe wurde als verfassungsrechtlich zulässige Sonderabgabe angesehen, bei der nicht die Finanzierungsfunktion im Vordergrund stehe, sondern ihre Antriebs- und Ausgleichsfunktion. Der Vortrag des Bf stellt die vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Verfassungsmäßigkeit der mit der Vb angegriffenen Regelungen nicht mit Erfolg in Frage.

Der Bf ist nicht in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit verletzt. Bei den Regelungen über die Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen und zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe handelt es sich um eine verfassungsrechtlich gerechtfertigte Berufsausübungsregelung. Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe dienen der beruflichen Integration behinderter Menschen. Der Gesetzgeber kann sich insoweit inzwischen auch auf das Benachteiligungsverbot für Behinderte (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) berufen.

Die angegriffenen Regelungen sind geeignet, ihr Ziel zu erreichen. Zwar ist die tatsächliche Quote beschäftigter schwerbehinderter Menschen von 5,9% im Jahre 1982 auf 3,7% im Jahre 1999 gesunken. Diese Entwicklung, die auf der niedrigen Höhe der Abgabe, auf der konjunkturellen Situation, auf besonderen Hemmnissen bei der Einstellung schwerbehinderter Menschen, etwa dem verstärkten Kündigungsschutz oder dem zusätzlichen Urlaubsanspruch, beruhen mag, stellt die Eignung der gesetzlichen Maßnahme nicht in Frage. Angesichts der Tatsache, dass überproportional viele schwerbehinderte Menschen arbeitslos sind, sind Regelungen über Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe nach wie vor erforderlich. Ausgehend von einer verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässigen Vermittlungsreserve lag kein Überhang an nicht benötigten Pflichtplätzen vor. Ein eventuell kurzfristig eingetretener Überhang besteht außerdem nicht mehr. Die Ausgleichsabgabe ist auch nicht überhöht. Ein niedrigerer Satz würde sowohl deren Antriebs- als auch Ausgleichsfunktion weiter schwächen.

Die Arbeitgeber waren und sind durch die Beschäftigungspflicht sowie die Ausgleichsabgabe nicht unverhältnismäßig belastet. Der damit verbundenen wirtschaftlichen und organisatorischen Last steht das Interesse schwerbehinderter Menschen gegenüber, durch eigene Arbeit den Lebensunterhalt zu sichern.

Der Bf ist auch im Verhältnis zu ausländischen Unternehmen nicht in seinen Gleichheitsrechten verletzt. Eine Benachteiligung ist nicht ersichtlich. Eine Pflicht zur Beschäftigung Behinderter besteht in mindestens neun weiteren Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, darunter Frankreich, Großbritannien und Italien. Im Übrigen ist der Gesetzgeber nur innerhalb seines Herrschaftsbereichs an den Gleichheitssatz gebunden.

Die angegriffenen Gerichtsentscheidungen verstoßen auch nicht gegen das Recht des Bf auf den gesetzlichen Richter. Das VG war nicht zu einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof verpflichtet. Der VGH hat die Vorlagepflicht ordnungsgemäß in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gehandhabt.

BGH-Pressemitteilung Nr.127/2004 vom 3.11. 2004

Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Internet-Auktionen gewerblicher Anbieter (eBay)

Der u. a. für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat heute entschieden, daß Verbrauchern, die im Rahmen sog. Internet-Auktionen Waren von gewerblichen Anbietern ersteigern, bei bestimmten Vertragsgestaltungen ein Widerrufsrecht zusteht. (Urteil vom 3.11. 2004 – VIII ZR 375/03)

Der Kläger, der gewerblich mit Gold- und Silberschmuckstücken handelt, stellte auf der Internetseite der Firma eBay International AG (eBay) ein „15,00 ct. Diamanten-Armband ab 1,- EUR“ zur Versteigerung ein. Der Beklagte gab innerhalb der Laufzeit der Auktion das höchste Gebot ab, verweigerte dann jedoch die Abnahme und Bezahlung des Armbands. Die auf Zahlung des Kaufpreises gerichtete Klage des Händlers war in den Vorinstanzen erfolglos. Der Bundesgerichtshof hat die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers zurückgewiesen.

Gemäß § 312 d Abs. 1 BGB steht einem Verbraucher, der von einem Unternehmer Waren oder Dienstleistungen aufgrund eines Fernabsatzvertrages bezieht, grundsätzlich ein befristetes Widerrufsrecht zu. Im Vordergrund des Rechtsstreits stand die Frage, ob dieses Widerrufsrecht bei Internet-Auktionen gemäß § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB ausgeschlossen ist. Nach dieser Vorschrift besteht das Widerrufsrecht nicht bei Fernabsatzverträgen, die „in der Form von Versteigerungen (§ 156)“ geschlossen werden. Diese Voraussetzung hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich der Internet-Auktion von eBay mit der Begründung verneint, hier liege aufgrund der rechtlichen Ausgestaltung des Vertragsschlusses nicht die Form der Versteigerung vor, die in § 156 BGB geregelt sei und damit unter die Ausschlussregelung des § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB falle.

Gemäß § 156 Satz 1 BGB kommt bei einer Versteigerung der Vertrag erst durch den Zuschlag des Versteigerers zustande. An einem solchen Zuschlag fehlte es bei der vorliegenden Internet-Auktion von eBay. Der Vertrag kam hier durch ein verbindliches Verkaufsangebot des Klägers und die Annahme dieses Angebots durch das Höchstgebot des Beklagten – also nicht durch einen Zuschlag nach § 156 BGB – zustande. Solche Formen des Vertragsschlusses, die von § 156 BGB abweichen, werden, wie der Bundesgerichtshof ausgeführt hat, nicht von dem Ausschluß des Widerrufsrechts nach § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB erfaßt. Dafür sprächen zunächst die ausdrückliche Bezugnahme im Gesetzestext auf § 156 BGB und der Charakter der Vorschrift als einer – grundsätzlich eng auszulegenden – Ausnahmebestimmung. Darüberhinaus fordere aber auch der Zweck des im Interesse des Verbraucherschutzes geschaffenen Widerrufsrechts eine enge Auslegung der Ausschlussregelung, da der Verbraucher, der einen Gegenstand bei einer Internet-Auktion von einem gewerblichen Anbieter erwerbe, den gleichen Risiken ausgesetzt und in gleicher Weise schutzbedürftig sei wie bei anderen Vertriebsformen des Fernabsatzes.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 28.10.2004

Ergebnis des Vermittlungsausschusses zu Versandretouren befriedigend Missbrauch machte Änderung notwendig

Zum gestrigen Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses von Bundestag und Bundesrat bezüglich der Retourkosten beim Versandhandel erklären die Verbraucherschutzbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Ursula Heinen MdB, und der zuständige Berichterstatter in der Arbeitsgruppe Recht, Marco Wanderwitz MdB:

Der Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses von Bundestag und Bundestag zum Gesetz zur Änderung der Vorschriften der Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen stellt insgesamt einen tragfähigen Kompromiss zwischen den Interessen des Versandhandels und den Verbraucherinteressen dar: Dem Besteller, der bei einem Versandhaus bzw. Internethändler Waren bestellt, dürfen die Kosten für die Rücksendung auferlegt werden, wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 Euro nicht übersteigt. Die

Rücksendekosten soll der Besteller auch dann tragen, wenn bei einem höheren Sachpreis die Gegenleistung oder eine Teilzahlung zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht erbracht wurde. Für den Fall, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten Ware entspricht, trägt in jedem Fall der Händler die Retourkosten. Die freiwillige Übernahme der Rücksendekosten durch den Händler ist weiterhin möglich.

Die bisherige Regelung, die dem Versandhandel die Retourkosten auferlegte, war zum einen eine Sonderregelung innerhalb Europas und zum anderen in erheblichem Maße missbraucht worden, so dass eine Änderung notwendig geworden war. Zudem wären die durch missbräuchlich bestellte Waren entstandenen Retourkosten auf kurz oder lang auf alle Verbraucher umgelegt worden, so dass der gefundene Kompromiss nun insgesamt auch allen Verbrauchern zu Gute kommt.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 24. 9. 2004

Moderne Ladenschlussregeln für mündige Bürger und Einzelhändler

Protostargumente der Gewerkschaften sind fadenscheinig und an den Haaren herbeigezogen

Zur Bundesrats-Initiative zum Ladenschluss erklärt der mittelstandspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Hartmut Schauerte MdB:

Selbst wenn eine Liberalisierung des Ladenschlusses nicht sofort und automatisch zu einem Anstieg von Absatz und Beschäftigung führt, so wird damit doch ein wichtiger Beitrag für mehr Flexibilität im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben verbunden sein, der für Verbraucher, Arbeitnehmer und Einzelhändler gleichermaßen von Vorteil ist.

Mit einer Freigabe der Öffnungszeiten von Montag bis Samstag, wie sie von der CDU/CSU-Bundestagsfraktion seit langem gefordert wird, würde der Einzelhandel endlich in die Lage versetzt, den tatsächlichen Wünschen der Konsumenten Rechnung zu tragen. Für die Arbeitnehmer würde das Spektrum an Arbeitszeit-Möglichkeiten erweitert und damit lebensnahe Lösungen des Arbeitsmarktes erleichtert.

Die Protostargumente der Gewerkschaften sind fadenscheinig und an den Haaren herbeigezogen. Der Arbeitsschutz der Arbeitnehmer wird schon heute nicht mehr durch die antiquierten Ladenschlussregeln, sondern durch das Arbeitszeitgesetz und tarifrechtliche Regelungen gesichert. Eine Freigabe der Öffnungszeiten von Montag bis Samstag gefährdet keine Arbeitsplätze, sondern macht sie im Gegenteil sicherer, weil gerade der mittelständische stationäre Einzelhandel dadurch besser auf die bestehende Konkurrenz durch Internethandel reagieren kann und bestehende Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Tankstellen oder Geschäften in Bahnhöfen und Flughäfen beseitigt werden.

Ich warne allerdings davor, dass im Rahmen dieser Initiative letztlich die verkaufsfreien Sonn- und Feiertage geopfert werden.

Die richtigen Schlussfolgerungen lauten deshalb:

- Mündige Bürger und Einzelhändler brauchen keine Bevormundung des Staates mehr.
- Die Ladenöffnungszeiten von Montag bis Samstag sind freizugeben.
- Der Schutz von Sonn- und Feiertagen in seiner bisherigen Form ist durch eine bundeseinheitliche Regelung sicherzustellen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1.10. 2004

Sonntagsschutz und Ladenschluss gehören zusammen Entbürokratisierung der Ladenöffnungszeiten

In der Bundestagsdebatte um die Verlagerung der Zuständigkeit für den Ladenschluss in die Länderkompetenz erklärt der Beauftragte für Kirchen und Religionsgemeinschaften der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hermann Kues MdB:

Der Schutz des Sonntags und die Freigabe des Ladenschlusses an den Wochentagen gehören zusammen.

Zur 7-Tage-Woche gehört ein freier Tag, der vom Bundesgesetzgeber entsprechend dem Verfassungsauftrag nachhaltig zu schützen ist. Ein Gesetz, das die Ladenöffnungszeiten in die Hand der Kommunen gibt, muss deshalb auch den Sonntagsschutz bundeseinheitlich sicherstellen.

Der Sonntag muss frei bleiben für kulturelle, familiäre, sportliche und religiöse Aktivitäten. Er muss als Zeitanker für unsere Lebensgestaltung und als Freiraum für die Sinnfindung in unserem immer schneller dahin jagenden Leben erhalten bleiben.

Der Sonntag schenkt uns nicht einfach nur „Zeit“, sondern er schenkt uns „gemeinschaftliche Zeit“, frei von Nützlichkeits-erwägungen.

Bei aller Entbürokratisierung der Ladenöffnungszeiten dürfen wir den bundeseinheitlichen Sonntagsschutz nicht aus den Augen verlieren.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 23. 9. 2004

Kein Handlungsbedarf zur Aenderung des Ladenschlussgesetzes

Zur Bundesratsinitiative des Landes Baden-Wuerttemberg zum Ladenschluss, erklart der wirtschafts- und arbeitsmarktpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Klaus Brandner:

Weder der Sonntag noch eine Rund-um-die-Uhr-Oeffnung steht aktuell zur Disposition. Vor einem Jahr haben wir das Ladenschlussgesetz novelliert und die Oeffnung der Laeden an Samstagen bis 20.00 Uhr ermoglicht. Es gibt derzeit keinen Handlungsbedarf die Ladenoeffnungszeiten erneut zu aendern. Das Bundesverfassungsgericht hat im Juni 2004 die Verfassungsmaessigkeit des derzeitigen Ladenschlussgesetzes bestaetigt. Der Bundesgesetzgeber ist weiterhin fuer das Ladenschlussgesetz zustaaendig, lediglich eine grundlegende Neukonzeption kann nur durch die Laender erfolgen. Hier liegt die Betonung auf Aenderung und nicht letztlich auf Abschaffung, wie die Laender es wollen.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber aufgefordert zu pruefen, ob eine Uebertragung des Ladenschlussgesetzes auf die Laender sachgerecht ist. Eine konditionslose Uebertragung an die Laender kann zu einem Flickenteppich unterschiedlichster Oeffnungsmoeglichkeiten fuehren. Neue buerokratische Huerden sind zu befuerchten. Die Gestaltung des Arbeitsschutzes insbesondere Regelungen zur Nacht, Sonn- und Feiertagsarbeit obliegen weiterhin dem Bund. Im Sinne des Bundesverfassungsgerichtes duerfen die Laender Gestaltungsspielraeume im Arbeitsschutz und in der Struktur des Einzelhandelns nicht ueberschreiten. Die Ladenoeffnungszeiten duerfen nicht zu einem Verdraengungswettbewerb zu Lasten kleinerer Geschaefte fuehren. Das Bundesverfassungsgericht weist auf den besonderen Schutz der Arbeitnehmer im Einzelhandel hin. Das Bundesverfassungsgericht hat es sogar als legitim angesehen, den Ladenschluss im Sinne des Arbeitnehmerschutzes zu regeln, selbst wenn dies zu Lasten erwartender Umsaetze und Gewinne geht.

Die ziellose Debatte fuehrt bei Verbrauchern, dem Handel und den Arbeitnehmern zu einer grossen Verunsicherung. Dabei gilt es zu bedenken, dass die derzeitigen Oeffnungsmoeglichkeiten ueberwiegend nicht genutzt werden.

Die Foederalismuskommission hat all diese Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes in einer umfangreichen Abwaegung zu pruefen. Ein voreiliges Vorgehen ist nicht sachgerecht.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 588 vom 6. 9. 2004

Grüne Vereinfachung der Gewinnermittlung für Selbstständige

Zu dem vom Bundesfinanzministerium vorgelegten Formular für die Einnahme-Überschuss-Rechnung erklärt Fritz Kuhn, Sprecher der Arbeitsgruppe Wirtschaft:

Das neue Formular für die Gewinnermittlung von Selbstständigen und kleinen Unternehmen muss deutlich vereinfacht werden.

Mit dem Gesetz zur Förderung von Kleinunternehmern wurde die Umsatzschwelle, ab der Unternehmer buchführungspflichtig sind, von 260 000 Euro auf 350 000 Euro angehoben. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass die Einnahme-Überschuss-Rechnung, nach der nicht buchführungspflichtige Unternehmer ihre Gewinne berechnen, künftig in einem vorgegebenen Formular zu erstellen ist. Bisher konnte das formlos geschehen. Das Formular ist zum ersten Mal für die Steuererklärung für 2004 auszufüllen.

Das zweiseitige Formular und die vierseitigen Erklärungen dazu sind kompliziert und unverständlich. Sie müssen vereinfacht und benutzerfreundlich gestaltet werden. Das Bundesfinanzministerium muss sie dringend überarbeiten oder die Formularpflicht muss zurück genommen werden. Wir wollen Selbstständige und Unternehmer von Bürokratielasten befreien!

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 9. 2004

Erleichterungen fuer mittlere und kleine Unternehmen ermoglichen

Zu den heutigen Beratungen im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages erklaren die Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion, Gabriele Frechen, und der Bundestagsfraktion Buendnis 90/Die Gruenen, Kerstin Andreae:

Das neue Formular fuer die Einnahmeueberschussrechnung ist zu kompliziert und traegt nicht zur Steuervereinfachung und zum Buerokratieabbau bei.

Die Finanzpolitiker von SPD, Buendnis 90/Die Gruenen und CDU/CSU unterstuetzen nachdrucklich ein Schreiben der Vorsitzenden des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages, Christine Scheel, an die Finanzminister von Bund und Laendern, das Steuerformular und die zugehoerige Anleitung gruendlich zu ueberarbeiten. Gleichzeitig muss eine Regelung gefunden werden, die Kleinunternehmen und Neugruendungen von der Abgabe dieses Formulars entbindet.

An die Adresse der FDP muss man die Frage richten, warum sie ihren Worten keine Taten folgen laesst und den Appell nicht unterstuetzt.

Zur Erinnerung: Auf der Grundlage der im Vermittlungsverfahren zum Kleinunternehmerfoerderungsgesetz vereinbarten gesetzlichen Regelung haben die Finanzminister von Bund und Laendern ein neues Formular zur Einnahmeueberschussrechnung fuer Selbststaendige und Unternehmer erarbeitet. Dieses Formular ist fuer die im Jahr 2005 abzugebende Steuerklaerung 2004 zu verwenden.

**Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN
Pressemitteilung Nr. 690 vom 5.10. 2004**

Endlich siegt die Vernunft über die Bürokratie!

Zum Beschluss der Länderfinanzminister, das neue Formular zur Einnahmenüberschussrechnung erst in 2005 einzuführen und bis dahin erheblich zu vereinfachen, erklärt Christine Scheel, finanzpolitische Sprecherin:

Wir begrüßen ausdrücklich den Beschluss der Länderfinanzminister, das neue Steuerformular für die nicht buchführungspflichtigen Unternehmer auf 2005 zu verschieben und bis dahin noch einmal gründlich zu überarbeiten.

Diese Entscheidung war überfällig, wir haben seit Frühjahr dieses Jahres darauf hingewirkt. Zuletzt hatte der Finanzausschuss im Namen aller Fraktionen mit Ausnahme der FDP ein offizielles Schreiben an die Finanzministerkonferenz gerichtet mit dem eindringlichen Appell, das Formular benutzerfreundlicher und weniger bürokratisch zu gestalten.

Nun hat endlich die Vernunft über die Bürokratie gesiegt! Der Appell ist offensichtlich auf offene Ohren gestoßen! Denn bloße Worthülsen reichen nicht aus, um Bürokratie einzudämmen. Die Finanzminister müssen in ihren Verwaltungen auch Kundenfreundlichkeit umsetzen.

Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 26. Juli 2004 eingegangenen Antworten der Bundesregierung (BT-Drs. 15/3632)

18. Abgeordneter Bartholomäus Kalb (CDU/CSU)

Welche einzelnen Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit plant die Bundesregierung, um sowohl Grundstückseigentümer als auch Mieter über die in Kürze in Kraft tretenden Bußgeld bewehrten **Rechnungsaufbewahrungspflichten** nach § 14b des Umsatzsteuergesetzes zu informieren, und welche Kosten sind damit verbunden?

Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Dr. Barbara Hendricks vom 29. Juli 2004

Durch Artikel 12 Nr. 2 des Schwarzarbeitbekämpfungsgesetzes wurde § 14b Abs. 1 UStG um einen neuen Satz 5 ergänzt. Danach ist der nichtunternehmerische Empfänger einer steuerpflichtigen Werklieferung oder sonstigen Leistung verpflichtet, die Rechnung, einen Zahlungsbeleg oder eine andere beweiskräftige Unterlage für zwei Jahre aufzubewahren.

Gleichzeitig wurde durch Artikel 12 Nr. 1 Buchstabe b Schwarzarbeitbekämpfungsgesetz in § 14 Abs. 4 Satz 1 UStG eine neue Nummer 9 eingeführt. Danach ist der leistende Unternehmer verpflichtet, in der Rechnung einen Hinweis auf die dem Leistungsempfänger obliegenden Aufbewahrungspflichten anzubringen, sofern er eine steuerpflichtige Werklieferung oder sonstige Leistung im Zusammenhang mit einem Grundstück ausführt.

Zur Einführung der Neuregelungen des Schwarzarbeitbekämpfungsgesetzes soll ein mit den obersten Finanzbehörden der Länder abgestimmtes BMF-Schreiben veröffentlicht werden. Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht und wird darüber hinaus auf den Internet-Seiten des BMF verfügbar sein.

Zudem sind folgende Maßnahmen zur Öffentlichkeitsarbeit geplant:

Das BMF beabsichtigt, in der zweiten Jahreshälfte zielgruppenspezifische Öffentlichkeitsmaßnahmen insbesondere im Bereich der Bauwirtschaft zu starten, um die Akzeptanz der Regelungen des Schwarzarbeitbekämpfungsgesetzes weiter zu erhöhen.

Die Kosten hierfür sind noch nicht bezifferbar.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 20.10. 2004**

Umsetzung von EU-Richtlinien in deutsches Steuerrecht – Schliessung von Steuerschlupflochern

Zu der heutigen Beratung des EU-Richtlinien-Umsetzungsgesetzes im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages erklärt der finanzpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Joerg-Otto Spiller:

Im Vordergrund der heutigen Beratung stand die Auswertung der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf und die Erörterung der sich hieraus ergebenden Gesetzesänderungen. Der Abschluss der Beratungen im Finanzausschuss ist fuer den 27. Oktober 2004 vorgesehen.

Zur Erinnerung: Das EU-Richtlinienumsetzungsgesetz enthaelt entsprechend seinem Namen vor allem Steuerrechtsaenderungen mit europaischem Bezug, das heisst die Umsetzung von EU-Richtlinien in deutsches Steuerrecht und Reaktionen auf Entscheidungen des europaischen Gerichtshofes.

Neben der Umsetzung des europaischen Rechts befasst sich der Gesetzentwurf insbesondere mit der Schliessung von Steuerschlupflochern, zum Beispiel sollen Steuersparmodelle bei Immobilienfonds verhindert werden. Bei diesen Modellen werden Grundstuecke im Wege des Erbbaurechts erworben und saemtliche Erbbaurechtszinsen im Voraus oder in einem Einmalbetrag gezahlt. Bei solchen Konstruktionen werden dann alle Erbbaurechtszinsen im Kalenderjahr der Leistung sofort als Werbungskosten abgezogen. Diese Steuerumvermeidung wuerde zu erheblichen Steuermindereinnahmen fuehren und wird von uns ausgeschlossen, indem der Abzug der Erbbaurechtszinsen auf die Laufzeit des Erbbaurechts verteilt wird.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 21.10. 2004**

Koerperschaftsteueraufkommen steigt – Mindestgewinnbesteuerung wirkt

Zum starken Anstieg des Aufkommens bei der Koerperschaftsteuer erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Die Koerperschaftsteuer liegt mittlerweile um eine Milliarde Euro beziehungsweise 32,1 Prozent ueber dem Vorjahresresultat. Damit hat sich das Ergebnis in den ersten drei Quartalen des Jahres 2004 gegenueber den ersten drei Quartalen des Jahres 2003 nahezu verdoppelt.

Wie bei der Gewerbesteuer wirkt sich die Einfuehrung der Mindestgewinnbesteuerung damit positiv auf die Situation bei der Koerperschaftsteuer aus. Bund, Laender, die sich diese Steuer teilen, und Gemeinden, denen die Gewerbesteuer zusteht, koennen damit auch kuenftig auf stetigere Steuereinnahmen hoffen. Zur Erinnerung: Die Mindestgewinnbesteuerung wurde gegen starken Widerstand der Union eingefuehrt.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 6.10. 2004**

Belastungen aus hoher Arbeitslosigkeit und zurueckbleibenden Steuereinnahmen erfordern Nachtragshaushalt

Zu dem von der Bundesregierung in der Kabinettsitzung am 6. Oktober 2004 beschlossenen Entwurf eines Nachtragshaushalts 2004 erklaren der haushaltspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Walter Schoeler, und die haushaltspolitische Sprecherin der Bundestagsfraktion Buendnis 90/Die Gruenen, Anja Hajduk:

Trotz der Konjunkturerholung ist auch im Jahr 2004 aufgrund der Belastungen aus der anhaltend hohen Arbeitslosigkeit und den zurueckbleibenden Steuereinnahmen ein Nachtragshaushalt des Bundes notwendig. Konjunkturbedingte Steuerausfaelle, Mehrausgaben fuer den Arbeitsmarkt sowie der fast vollstaendige Wegfall des Bundesbankgewinns erfordern eine Erhoehung der Nettokreditaufnahme um 14,4

Milliarden Euro auf 43,7 Milliarden Euro. Die Bundesregierung erklärte bereits nach der Steuerschätzung im Mai 2004, dass Risiken in Höhe von zehn bis elf Milliarden Euro bestehen. Die unerwarteten Ausfälle bei der Mineralölsteuer als Folge des hohen Ölpreises und bei der Tabaksteuer haben den Finanzbedarf weiter aufwachsen lassen.

Die erhöhte Nettokreditaufnahme übersteigt die im Haushalt veranschlagten Investitionen. Dies ist zur Überwindung der Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nach Artikel 115 Absatz 1 zulässig und erforderlich, da das Gleichgewicht angesichts der hohen Arbeitslosigkeit auch im Jahr 2004 ernsthaft gestört ist. Die Hauptursache für die ausbleibende Erholung auf dem Arbeitsmarkt besteht darin, dass die wirtschaftliche Belebung bisher ausschließlich von der dynamischen Auslandsnachfrage getragen wird. Die Binnenachfrage bleibt dagegen weiterhin verhalten.

Eine nachhaltige Verbesserung der Wachstums- und Beschäftigungsbedingungen gewährleistet das durch die Bundesregierung auf den Weg gebrachte Modernisierungspaket aus Strukturformen, Konsolidierung und Konjunkturimpulsen. Die Reformmassnahmen in der Gesundheits- und Rentenversicherung sowie auf dem Arbeitsmarkt führen zu einer höheren Effektivität der sozialen Sicherungssysteme. Die Konsolidierungspolitik der Bundesregierung ist auf eine Begrenzung der konsumtiven Ausgaben und einen umfassenden Subventionsabbau gerichtet. Die weitere Senkung der Steuersätze der Einkommensteuer zu Beginn des Jahres 2005 wird Bürger und Unternehmen entlasten und damit dem privaten Konsum und der Investitionsbereitschaft der Unternehmen zusätzliche Impulse geben.

Die Opposition bleibt ihren Beitrag zu Strukturformen und Konsolidierung schuldig. Entgegen ihren Lippenbekenntnissen verweigert sich die Union einem weitergehenden Subventionsabbau. Im letzten Jahr hat die rot-grüne Bundesregierung umfangreiche Vorschläge für einen Subventionsabbau in der Größenordnung eines zweistelligen Milliardenbetrages vorgelegt. Die Union hat letztlich nur dem Abbau von Subventionen in geringem Umfang zugestimmt. Diese Blockadehaltung ist eine wesentliche Ursache für die schwierige Haushaltssituation des Bundes. Statt sich an der unvermeidlichen Konsolidierung der öffentlichen Haushalte zu beteiligen und auch unpopuläre Reformmassnahmen mitzutragen, versprechen Union und FDP sogar unrealistische Steuersenkungsprogramme in zweistelliger Milliardenhöhe. Die Auswirkungen auf die Defizite der öffentlichen Haushalte verschweigt die Opposition dabei. Eine solche Opposition ist keine Alternative.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 697 vom 6.10.2004

Belastungen aus hoher Arbeitslosigkeit und zurückbleibenden Steuereinnahmen erfordern Nachtragshaushalt

Zu dem von der Bundesregierung in der Kabinettsitzung am 06. Oktober 2004 beschlossenen Entwurf eines Nachtragshaushalts 2004 erklären Anja Hajduk, haushaltspolitische Sprecherin der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, und Walter Schöler, haushaltspolitischer Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion:

Trotz der Konjunkturerholung ist auch im Jahr 2004 aufgrund der Belastungen aus der anhaltend hohen Arbeitslosigkeit und den zurückbleibenden Steuereinnahmen ein Nachtragshaushalt des Bundes notwendig. Konjunkturbedingte Steuerausfälle, Mehrausgaben für den Arbeitsmarkt sowie der fast vollständige Wegfall des Bundesbankgewinns erfordern eine Erhöhung der Nettokreditaufnahme um 14,4 Milliarden Euro auf 43,7 Milliarden Euro. Die Bundesregierung erklärte bereits nach der Steuerschätzung im Mai, dass Risiken in Höhe von zehn bis elf Milliarden Euro bestehen. Die uner-

warteten Ausfälle bei der Mineralölsteuer als Folge des hohen Ölpreises und bei der Tabaksteuer haben den Finanzbedarf weiter aufwachsen lassen.

Die erhöhte Nettokreditaufnahme übersteigt die im Haushalt veranschlagten Investitionen. Dies ist zur Überwindung der Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nach Art. 115 Abs. 1 zulässig und erforderlich, da das Gleichgewicht angesichts der hohen Arbeitslosigkeit auch im Jahr 2004 ernsthaft gestört ist. Die Hauptursache für die ausbleibende Erholung auf dem Arbeitsmarkt besteht darin, dass die wirtschaftliche Belebung bisher ausschließlich von der dynamischen Auslandsnachfrage getragen wird. Die Binnennachfrage bleibt dagegen weiterhin verhalten.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 6.10.2004

Nachtrag 2004: So viel kosten uns die rot-grünen Versager wirklich Hoher volkswirtschaftlicher Schaden durch geringeres Wachstum

Zu dem im Bundeskabinett zur Verabschiedung anstehenden Nachtragshaushalt für das Jahr 2004 erklärt der haushaltspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dietrich Austermann MdB:

Mit dem Nachtrag steigt die Kreditaufnahme des Bundes um 14,4 Mrd. EUR; auf den Rekordwert von 43,7 Mrd. EUR. Wer glaubt, damit seien die Kosten des rot-grünen Versagens in der Wirtschafts-, Finanz- und Haushaltspolitik vollständig erfasst, der irrt! Indirekt deutet die Nachtrags-Vorlage das tatsächliche Ausmaß der Kosten an. Mit Blick auf die „Gesamtwirtschaftliche Ausgangslage“ heißt es, die wirtschaftliche Entwicklung Deutschlands sei in „starkem Maße durch die ungewöhnlich lange fast dreijährige Stagnationsphase geprägt, die im wesentlichen durch externe Faktoren verursacht worden“ sei.

Tatsächlich wuchs das reale Bruttoinlandsprodukt (BIP) in Deutschland in den drei Jahren 2001 bis einschließlich 2003 um nur 0,9%. Im gleichen Zeitraum wuchs das reale BIP in Großbritannien um 6,2%, in den Vereinigten Staaten um 5,8% und selbst im deflationsgeplagten Japan noch um 2,6%. Entgegen der Nachtragsvorlage kann also keine Rede davon sein, die deutsche Wirtschaft sei „auf Grund ihrer intensiven außenwirtschaftlichen Verpflichtungen (gemeint sind wohl: Verflechtungen) in besonderem Maße von der weltwirtschaftlichen Abkühlung betroffen“.

Hätte Deutschland zwischen 2001 und 2003 das gleiche reale Wirtschaftswachstum erreicht wie Großbritannien, läge unser aktuelles Bruttoinlandsprodukt um mehr als 100 Mrd. EUR höher. Die wirtschafts- und haushaltspolitischen Rohrkrepierer Schröder und Eichel kosten Deutschland allein mit Blick auf ihr Versagen in den letzten drei Jahre gut und gerne 100 Mrd. EUR – und zwar jährlich!

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8.10.2004

Rot-Grün macht Deutschland zum Schlusslicht bei Beschäftigung und Wachstum Standort-Ranking der Bertelsmann-Stiftung

Zu den heute publizierten Ergebnissen des internationalen Standort-Rankings der Bertelsmann-Stiftung erklärt der haushaltspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dietrich Austermann MdB:

Bei dem von der Bertelsmann-Stiftung durchgeführten internationalen Standort-Ranking erreicht die Bundesrepublik mit 66,4 Punkten gerade noch etwas mehr als die Hälfte der Punktzahl der Spitzenreiter Irland, USA und Australien mit 111 bis 101 von 120 möglichen Punkten. Nach der Wertung der Studie liegt Deutschland damit tief unten im so genannten „Alarmbereich“ (unter 80 Punkte).

Wie die Union sieht die Studie der Bertelsmann-Stiftung die Ursachen des schlechten Abschneidens in zu geringem Wirtschaftswachstum und einem unzureichenden Kampf gegen die Massenarbeitslosigkeit, insbesondere die Langzeitarbeitslosigkeit. Während in allen anderen untersuchten Industrieländern in den vergangenen zwei Jahren ein Zuwachs an Erwerbstätigen zu verzeichnen war, ist die Beschäftigtenzahl in Deutschland weiter gesunken. Damit widerspricht die Studie der von der Bundesregierung wiederholt vorgetragenen Auffassung, Deutschland leide unter einem schwachen Wachstum der Weltwirtschaft. Das Gegenteil ist richtig: Dank rot-grüner Politik hat Deutschland in den letzten Jahren am Wachstum der Weltwirtschaft nicht teilgenommen und ist endgültig zum fußkranken Schlusslicht – letzter unter 21 – verkommen.

In Zahlen: In den letzten drei Jahren wuchs das reale Bruttoinlandsprodukt (BIP) Japans fast dreimal so stark wie das BIP Deutschlands, in den Vereinigten Staaten und Großbritannien war das Wachstum rund sechsmal höher!

Es bleibt dabei: Nicht die Weltwirtschaft, sondern Rot-Grün macht Deutschland ärmer!

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 15. 9. 2004

Das Vertrauen zur SPD kehrt zurueck

Der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Michael Mueller, erklart:

Von Alexander Mitscherlich, der wie kein anderer ueber die Grundlagen des kollektiven Verhaltens der Deutschen geforscht hat, wissen wir, dass es zu den schwersten Herausforderungen einer Gesellschaft gehoert, sich vom Vertrauten abzuloesen und einen Neuanfang zu wagen. Aber genau das ist die Situation in unserem Land, an vielen Orten kommen Identitaetsprobleme, Verdraengungen und auch Aggressionen hoch. Es ist eine Bewaehrungszeit fuer unsere Demokratie und fuer unser Verstaendnis von Freiheit, wie wir den schwierigen Umbauprozess in eine europaeische Gestaltung der Globalisierung bewaeltigen.

Das zentrale Versagen lag schon bei Helmut Kohl in den neunziger Jahren, als die notwendigen Reformen ausgeblieben sind, obwohl damals die wirtschaftliche Lage ungleich besser war. Die Versager von gestern sitzen auch heute im Bremserhaeuschen des Umbaus. Fuer die Herrn Ruetggers, Milbradt, Westerwelle oder Frau Merkel sind machtpolitische Ziele wichtiger als das Land. Sie erschweren damit nicht nur die Erneuerung, weil sie ein bodenloses Falschspiel betreiben, wenn sie oeffentlich einen einschneidenden Sozialabbau verlangen, aber sich den notwendigen Aufraeumarbeiten verweigern. Sie wollen durch die Hintertuer in eine andere Republik und tragen zum Vertrauensverlust in die Demokratie bei.

Die Agenda 2010 ist keine Willkuer, sondern der notwendige Zwischenschritt, um unser Land in den europaeischen Reformprozess einzuordnen. Dieser muss dann so stark sein, dass er der Globalisierung ein sozial und oekologisch vertraegliches Profil geben kann. Von daher geht es um eine Dreifachstrategie:

- Der Umbau der Sozialsysteme, damit sie zukunftsfest werden und in ein europaeisches Sozialmodell zusammengefuegt werden koennen.
- Eine breite Innovationskampagne nach dem Lissabon-Ziel, um die europaeischen Staerken in Forschung, Wissenschaft und Industrie zu bewahren und mit modernen Technologien zu verbinden, damit Europa in Spitze und Breite mithalten kann.
- Zu einer staerkeren Koordinierung und zu mehr Gemeinsamkeiten in der EU kommen, damit sich Europa in der globalen Welt behaupten kann.

Die Bundesregierung, speziell die Sozialdemokratie, hat eine Strategie, auch wenn es mal, was bei der Fuelle der Aufgaben nicht ausbleibt, zu handwerklichen Fehlern kommt. Es

ist bedauerlich, dass die Gesamtlinie zu wenig gesehen wird: eine Strategie, die unser Land wieder nach vorne bringt. Die groessten Probleme liegen deshalb in einer oeffentlichen Debatte, die von alten Schablonen, parteitaktischen Ueberlegungen oder verbohrtten Ideologien gepraeagt ist. Dagegen brauchen wir den Perspektivwechsel, muessen wieder nach vorne blicken. Es gibt keinen Automatismus des Abstiegs, wenn wir gemeinsam faehig sind, zeitgemaeasse Antworten zu geben.

Der Kampf um einen neuen sozialen Fortschritt faellt nicht vom Himmel und ihn schenkt uns auch keine Demonstration. Er verlangt, dass wir den Realitaeten ins Auge schauen, um sie zu veraendern. Genau das ist der Weg, den wir gehen. Deshalb werden wir auch die Zustimmung der Waehlerinnen und Waehler Schritt fuer Schritt wieder zurueckgewinnen - gegen die Verfuehrer von Rechts und von Gestern.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 13.10. 2004

SPD-Hessen gegen Abschaffung der Eigenheimzulage Eichel hat sich im eigenen Landesverband für seine Kahlschlagspolitik bei der Eigenheimzulage eine kräftige Ohrfeige eingefangen

Zum Widerstand der hessischen SPD gegen die von der rot-grünen Bundesregierung geplante Abschaffung der Eigenheimzulage erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Verkehr, Bau- und Wohnungswesen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dirk Fischer (Hamburg) MdB, und der zuständige Berichterstatter, Klaus Minkel MdB:

Minister Eichel hat sich im eigenen Landesverband für seine Kahlschlagspolitik bei der Eigenheimzulage eine kräftige Ohrfeige eingefangen. Der SPD-Landesparteitag in Hessen hat die Pläne der Bundesregierung zur Abschaffung der Eigenheimzulage abgelehnt. Alle Beschwörungen des anwesenden Ministers Eichel haben nichts genutzt. Die hessischen Genossen tragen seinen Kurs zur Abschaffung der Eigenheimzulage nicht mit. Deutlicher kann einem Bundesminister die rote Karte von der eigenen Partei nicht gezeigt werden.

Das bestätigt unseren Kurs, Minister Eichel beim Griff in die Taschen junger Familien nicht zu unterstützen und die Abschaffung der Eigenheimzulage unter den derzeitigen steuerlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen abzulehnen.

Aus Sicht der CDU/CSU-Bundestagsfraktion ist der wachsende Widerstand gegen die von der rot-grünen Bundesregierung geplante Streichung der Eigenheimzulage nur konsequent: Millionen Menschen, vor allem junge Familien, wollen und brauchen Eigentum. Staatliche Wohneigentumsförderung ist aus unserer Sicht weiterhin notwendig. Sie dient der Alterssicherung und unterstützt Beschäftigung und Wachstum in der weiterhin schwer angeschlagenen Baubranche.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 10. 9. 2004

Haushalt 2005: Die Weichen im Verkehr, Bau- und Wohnungswesen sind richtig gestellt

Anlaesslich der Haushaltsdebatte zum Einzelplan 12 erklaren die Berichterstatterin fuer den Verkehrshaushalt, Annette Fasse, und der stellvertretende bau- und wohnungspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Wolfgang Spahnier: [Auszug]

In der Staedtebau- und Wohnungspolitik haben wir bereits einen Paradigmenwechsel eingeleitet, um den Herausforderungen des demographischen Wandels gerecht zu werden.

Mit den Programmen zum Stadtbau, dem Programm Soziale Stadt und der Staedtebaufoerderung helfen wir den Staedten sich auf die veraenderten Rahmenbedingungen einzustellen.

Trotz schwieriger Haushaltslage ist es gelungen, die finanzielle Foerderung auf hohem Niveau zu verstetigen. Es stehen insgesamt 522 Millionen Euro zur Verfuegung, damit wird

das Programm Soziale Stadt weitergeführt. Die Mittel fuer den Stadtumbau West werden um 40 Millionen Euro verstaerkt, damit koennen neue Projekte begonnen werden. Der Stadtumbau Ost wird wie vereinbart weitergeführt. Es werden noch einmal 200 Millionen Euro fuer die Altschuldenhilfe zur Verfuegung gestellt mit nunmehr insgesamt 1,1 Milliarden Euro unterstuetzt damit der Bund existenzgefuehrte Wohnungsunternehmen in den neuen Bundeslaendern, die einen Wohnungsleerstand von 15 Prozent und mehr haben.

Zum ersten Mal werden Pilotprojekte fuer die Weiterentwicklung des genossenschaftlichen Wohnens gefoerdert. Fuer die Stiftung Baukultur ist der Bundesanteil von 1,5 Millionen Euro eingeplant.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 680 vom 30. 9. 2004

Karstadt-Desaster: Länder und Kommunen sind mit Schuld an der Verödung der Innenstädte

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund beklagt, dass mit der vom Karstadt-Quelle-Konzern geplanten Aufgabe von 77 Warenhäusern Innenstädte veröden. Dazu erklärt Franziska Eichstädt-Bohlig, bau- und wohnungspolitische Sprecherin:

Bei allen Fehlern der Geschäftspolitik des Karstadt-Konzerns muss festgestellt werden, dass das Sterben der innerstädtischen Warenhäuser auch Ergebnis der üppigen Ausweisung von Handelszentren auf der grünen Wiese ist – weit über jeglichen vernünftigen Bedarf hinaus. Die Länder nehmen ihre Verantwortung für eine sinnvolle Raumordnung und Regionalentwicklung kaum noch wahr. Die Kommunen überbieten sich gegenseitig in der Ausweisung von städtebaulich falschen Einzelhandelsstandorten.

Es ist seit langem absehbar, dass der innerstädtische Einzelhandel auf der Strecke bleibt. Nun trifft es also auch die Warenhäuser. Statt nur zu jammern sollte der Städte- und Gemeindebund sich endlich aktiv an einer verantwortlichen Raumordnungs- und Regionalplanung mitwirken und sich an die eigene Nase fassen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19.10. 2004 Leerstandsquote im Osten sinkt

Zum Stadtumbauprogramm Ost erklärt der stellvertretende bau- und wohnungspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Wolfgang Spanier:

Das Stadtumbauprogramm Ost zeigt Wirkung. Die Leerstandsquote bei den kommunalen Wohnungsgesellschaften und bei den Wohnungsgenossenschaften ist durch die vorgenommenen Abrisse von durchschnittlich 16,2 Prozent im Jahr 2002 auf 16 Prozent Ende 2003 gesunken. Fuer das Jahr 2004 wird auf der Grundlage der von den Unternehmen geplanten Abrissmassnahmen mit einem weiteren Rueckgang auf 15,4 Prozent gerechnet.

Gleichzeitig steigt das Tempo der Abrisse: Bis 2001 wurden 5490 Wohnungen abgerissen, 2002 waren es 14495 und 2003 26865 Wohnungen. Fuer 2004 haben die Wohnungsunternehmen den Abriss weiterer 49149 Wohneinheiten geplant. Wird dieses Abrissvolumen erreicht, waeren Ende 2004 insgesamt ueber 100000 leer stehende Wohnungen vom Markt.

Das Programm „Stadtumbau Ost“ zeigt damit drei Jahre nach dem Anlaufen sehr gute Wirkung: Rund ein Viertel der geplanten Marktberueinigung von 350000 bis 400000 Wohneinheiten ist damit schon geschafft.

Das Programm wird in den naechsten Jahren wie geplant fortgefuehrt. Die Finanzierung fuer das Programm „Stadtumbau Ost“ bleibt auch in 2005 trotz schwieriger Haushaltslage stabil.

Eine wesentliche Voraussetzung fuer das Programm „Stadtumbau Ost“ ist die Teilentlastung von den Altschulden. Wohnungsunternehmen, die durch eine Leerstandsquote von min-

destens 15 Prozent in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefuehrt sind, erhalten eine zusaetzliche Entlastung auf abgerissenen Wohnraum. Der Bund stellt hierfuer bisher rund 930 Millionen Euro bereit. Im Haushalt 2005 ist eine weitere Aufstockung um 200 Millionen Euro vorgesehen, so dass insgesamt 1,1 Milliarden Euro bereit stehen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 569 vom 21. 8. 2004

Zukunft im ländlichen Raum Ostdeutschlands ist möglich!

Anlässlich des heutigen Kongresses „Die Zukunft des ländlichen Raums in Ostdeutschland“ in Berlin erklärt Cornelia Behm, Mitglied des Ausschusses für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft:

Wenn von „Konzentration der Wirtschaftsförderung“ auf die Wachstumskerne die Rede ist, dann erscheint der wirtschaftliche Niedergang der ländlichen Räume in Ostdeutschland unabwendbar. Und tatsächlich empfinden viele Menschen aus diesen Regionen zunehmende Unsicherheit über die Zukunft ihrer Heimat. Wir sind hingegen der Überzeugung, dass die ländlichen Räume Ostdeutschlands eine Zukunft haben, wenn die Rahmenbedingungen entsprechend gestaltet werden!

Allerdings stellt sich diese Zukunft nicht automatisch ein, sondern muss aktiv von den Menschen vor Ort gestaltet werden. Ländliche Entwicklung lebt von Eigeninitiative und Beteiligung. Sie kann von staatlichen Institutionen unterstützt werden. Gefördert werden kann aber nur, wofür es vor Ort auch Akteure und Initiativen gibt. Dies gilt ganz besonders für die Gründung von Unternehmen: Ohne Menschen aus dem ländlichen Raum, die Unternehmen gründen, wird ländliche Entwicklung nur im Ausnahmefall stattfinden. Hier und da mag ein Investor von außen viele Arbeitsplätze schaffen – die Regel wird dies aber nicht sein.

Die Entwicklung ländlicher Räume muss an ihren Potenzialen ansetzen. Dabei sind die Entwicklungschancen ländlicher Räume so unterschiedlich wie die Regionen und die Menschen, die dort leben. Dies kann hier der Tourismus sein, dort die Weiterverarbeitung von Obst und Gemüse, woanders die Holzverarbeitung oder die Erzeugung nachwachsender Rohstoffe und Erneuerbarer Energien aus Biomasse, Sonne und Wind. Chancen für klein- und mittelständische Unternehmen z. B. im Handwerk oder in der IT-Branche mit Standortvorteilen im ländlichen Raum müssen besser genutzt werden. Die weichen Standortfaktoren – wie schöne Landschaften, kulturelles Leben und soziale Infrastruktur – dürfen dabei nicht vernachlässigt werden, weil nur sie die Lebensqualität schaffen, die zum Bleiben verleiten. Dafür muss die notwendige Infrastruktur geschaffen werden. Unter anderem muss das öffentliche Verkehrsangebot verbessert und flexibilisiert werden.

Dünn besiedelte Räume werden oft mit Unterentwicklung und wirtschaftlicher Schwäche gleichgesetzt. Dabei zeigt bereits seit längerer Zeit das Beispiel unserer skandinavischen Nachbarn, dass auch dünn besiedelte Regionen intakt sein und eine hohe Lebensqualität aufweisen können. Wenn die Abnahme der Bevölkerung nicht vermieden werden kann, müssen allerdings auch die Herausforderungen von Schrumpfungprozessen angenommen und aktiv gestaltet werden. Bauliche und technische Infrastruktur müssen angepasst oder rückgebaut und soziale und kulturelle Infrastruktur neu ausgerichtet werden.

Für uns hat die Entwicklung der ländlichen Räume eine hohe politische Bedeutung. Deswegen arbeitet Verbraucherschutzministerin Renate Künast bereits seit längerem daran, die Förderpolitik auf die integrierte ländliche Entwicklung neu auszurichten.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 26.10.2004**

**Experten lehnen Regierungspläne zum Abbau der Mittelstandsförderung entschieden ab
Pläne zur Zerschlagung des ERP-Sondervermögens umgehend zurück ziehen**

Anlässlich der öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages am Montag, den 25. Oktober 2004, zur Zerschlagung der ehemaligen Marshall-Aufbaugelder (ERP-Sondervermögen) zur Haushaltssanierung des Bundes erklären die wirtschaftspolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dagmar G. Wöhrl MdB, sowie der zuständige Berichterstatter im Finanzausschuss des Bundestages und Mitglied im ERP-Unterausschuss, Otto Bernhardt MdB:

Die Expertenanhörung war eine schallende Watschen für die Bundesregierung. Einstimmig haben der Bundesrechnungshof, Verfassungsrechtler und die Wirtschaftsverbände den Plänen der Bundesregierung, von den 12,7 Mrd. Euro des ERP-SV 2 Mrd. Euro in den Haushalt zur Schuldentilgung einzustellen und das verbleibende Vermögen durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau verwalten zu lassen, eine deutliche Absage erteilt.

Die Bundesregierung tritt mit ihrem Entwurf nicht nur deutsches Recht mit Füßen, sondern verstößt auch gegen deutsch-amerikanische Abkommen zur Wirtschaftsförderung. Das internationale Abkommen zur Verwendung der Marshall-Gelder sieht ausdrücklich keine Schuldentilgung – wie jetzt von der Bundesregierung geplant –, sondern ausschließlich Wirtschaftsförderung und die Pflege der transatlantischen Beziehungen vor. Das Substanzerhaltungsgebot des ERP-SV ist explizit im Abkommen mit den USA von 1949 festgeschrieben. Ein Verstoß würde die ohnehin strapazierten transatlantischen Beziehungen weiter schwächen.

Wenn Rot-Grün daher die Zerschlagungs-Pläne – angesichts der klaren Aussagen dieser Expertenanhörung – auch in Zukunft uneingeschränkt weiterverfolgt, befindet sich die Bundesregierung geradewegs auf dem Weg in die Bananenrepublik. Gleichzeitig geht der mittelständischen Wirtschaft dringend benötigtes Geld für Fördermaßnahmen in beträchtlichem Umfang verloren.

Hinzu kommt, dass durch die von Rot-Grün geforderte Übertragung der Marshall-Gelder an die KfW erhebliche Demokratiedefizite einhergehen. Rot-Grün plant, die Einflußmöglichkeiten durch den Deutschen Bundestag auf das ERP-SV auszuschalten. Geht es nach dem Willen der Bundesregierung, werden die Marshall-Gelder, die wesentlich zum Wiederaufbau der Bundesrepublik beigetragen haben, dem Parlament künftig dauerhaft entzogen. Bislang entscheidet der Deutsche Bundestag über den Einsatz und die Verwendung des Marshall-Fonds. Der Verfassungsrechtler Prof. Waldhoff sprach während der Anhörung in diesem Zusammenhang zutreffend von der „Entdemokratisierung des Vermögens“.

Wir halten die Regierungspläne daher für verfassungsrechtlich unseriös und wirtschaftsfeindlich. Anstatt gutes Geld der Wirtschaftsförderung zu entziehen und in den unsoliden Bundesetat zu stecken, muss vielmehr die Mittelstandsförderung weiter gestärkt werden – so wie es das geltende Recht vorsieht.

Denn klar ist: Wir können uns nicht aus der Krise herausparen, sondern müssen aus der Krise herauswachsen. Hierfür sind bessere Rahmenbedingungen insbesondere in der Mittelstandsfinanzierung unerlässlich. Wenn eine effizientere Verwaltung und ein wirksamerer Einsatz der Marshall-Gelder daher möglich sind, dann müssen diese Effizienzgewinne dem Mittelstand zugute kommen.

Wir fordern die Bundesregierung deshalb mit Nachdruck auf, alle Möglichkeiten zur Verbesserung der Mittelstands-

förderung zu prüfen und diese für mehr Wachstum einzusetzen. Die Pläne zur Zerschlagung des ERP-Sondervermögens sind dagegen umgehend zurückzuziehen.

KfW-Pressemitteilung vom 26.10.2004

KfW Mittelstandsbank stellt Beteiligungsfinanzierung neu auf / Förderangebote im Early stage- und Later stage-Bereich / Neues Programm ERP-Startfonds ab 1.11.2004

Die KfW Mittelstandsbank hat heute in Frankfurt ihre neue Programmstruktur im Bereich der Beteiligungsfinanzierung vorgestellt. Start-ups und technologieorientierten Unternehmen, aber auch etablierten Mittelständlern steht nun ein gebündeltes, transparentes Angebot an Eigenkapitalfinanzierungen zur Verfügung.

Mit der neuen Aufstellung der Beteiligungsfinanzierung hat die KfW Mittelstandsbank die im Zuge der Fusion mit der Deutschen Ausgleichsbank (DtA) im Sommer 2003 begonnene Neuausrichtung des gesamten Förderangebots für Gründer und Mittelständler abgeschlossen. Im Bereich Beteiligungsfinanzierung wurden bisherige Programme der KfW Mittelstandsbank und der tbG (Beteiligungstochter der früheren DtA) zusammengelegt und Überschneidungen abgebaut. Im Neugeschäft wird künftig nur noch die KfW Mittelstandsbank als Akteur auf dem Markt präsent sein.

Drei Programme bilden nun den Kern der Beteiligungsfinanzierung. Im Early stage-Bereich bietet der neue ERP-Startfonds, der ab 1. November verfügbar sein wird, Eigenkapital für junge Technologieunternehmen bis 5 Jahre. Die KfW Mittelstandsbank wird sich hier, parallel zu einem privaten Co-Investor, direkt an jungen technologieorientierten Unternehmen beteiligen. Ein spezielles Modul „Frühphase“ stellt Beteiligungen für neu gegründete Unternehmen bereit. Insgesamt stehen im ERP-Startfonds 250 Mio. EUR zur Verfügung, die das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit aus dem ERP-Sondervermögen sowie die KfW eingelegt haben.

„Der neue ERP-Startfonds hebt privates Beteiligungskapital“, sagte Hans W. Reich, Vorstandssprecher der KfW Bankengruppe. „Das unterstreicht erneut unser Grundprinzip: Wir wollen Anreize für den Markteintritt privater Investoren schaffen. Öffentliche Förderung muss mit dem Markt erfolgen“, so Reich weiter, „denn der Markt kann Risiken selbst am besten einschätzen und selektieren“.

Der Later stage-Bereich der KfW-Beteiligungsfinanzierung bietet mit dem ERP-Beteiligungsprogramm Eigenkapitalfinanzierungen für etablierte Mittelständler.

Die KfW Mittelstandsbank investiert dabei nicht direkt in das Unternehmen, sondern stellt einem Beteiligungsgeber (i. d. R. Mittelständische Beteiligungsgesellschaften) ein Refinanzierungsdarlehen zur Verfügung.

Mit der Initiative Eigenkapital für den breiten Mittelstand versucht die KfW Mittelstandsbank darüber hinaus, die bestehende „Angebotslücke“ bei Beteiligungen zwischen 1 und 5 Mio. EUR zu schließen. Ein erster Pilotfonds in Bayern ist bereits gestartet.

Im vergangenen Jahr hat die KfW Mittelstandsbank im Bereich Beteiligungsfinanzierung mehr als 300 Mio. EUR zugesagt. Für das laufende Jahr wird ein Zusagevolumen auf ähnlichem Niveau erwartet.

Serviceteil: Details zu den Kern-Programmen der KfW-Beteiligungsfinanzierung

Im Einzelnen bietet die KfW Mittelstandsbank folgende drei Kern-Programme für Early stage- und Later stage-Finanzierungen an:

- Early stage-Finanzierungen 50 ERP-Startfonds

Der neue ERP-Startfonds startet am 1. November 2004 mit einem Volumen von 250 Mio. EUR. Die Mittel haben das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit aus dem ERP-

Sondervermögen sowie die KfW eingelegt. In den nächsten Jahren wird die KfW Mittelstandsbank diese Mittel sukzessive in Form von Beteiligungskapital in junge Technologieunternehmen investieren, die damit Innovationsvorhaben finanzieren. Die KfW Mittelstandsbank geht diese Beteiligungen jeweils gemeinsam mit einem privaten Investor ein, beide Parteien investieren stets in gleicher Höhe. Der private Investor fungiert zugleich als Berater des Unternehmens, der in allen wirtschaftlichen und finanziellen Belangen unterstützt.

Zielgruppe des Startfonds sind innovative technologieorientierte Unternehmen, die nicht älter als 5 Jahre sind, maximal 50 Beschäftigte haben und einen Jahresumsatz/eine Bilanzsumme von höchstens 10 Mio. EUR erreichen. Die Höhe der Beteiligung ist auf maximal 3 Mio. EUR pro Unternehmen begrenzt. Zusammen mit dem Anteil des privaten Investors kann ein Unternehmen somit bis zu 6 Mio. EUR erhalten.

Ein Modul mit der Bezeichnung „Frühphase“ bietet Beteiligungskapital für neu gegründete Technologieunternehmen. Die KfW Mittelstandsbank stellt eigenkapitalähnliches Genussrechtskapital bereit, mit dem der Ausbau der Unternehmensstruktur, der Geschäftsplan oder erste Produkt- und Verfahrensentwicklungen finanziert werden können. Anträge stellen können kleine Technologieunternehmen vor und bis maximal sechs Monate nach Gründung.

Im Segment Frühphase investiert nur die KfW Mittelstandsbank, es ist kein privater Investor mit parallelem Investment nötig. Die Unternehmen müssen jedoch von einem Betreuer unterstützt werden, der als Mentor eine branchen- und managementbezogene Unterstützung leistet. Die maximale Beteiligungssumme liegt bei 150 000 EUR.

- Later stage-Finanzierungen
ERP-Beteiligungsprogramm

Das etablierte Programm zur Erweiterung der Eigenkapitalbasis kleiner und mittlerer Unternehmen wird weitergeführt. Von dem Programm profitieren Unternehmen mit weniger als 500 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von maximal 50 Mio. EUR, die sich bereits auf dem Markt etabliert haben. Es ist jedoch auch die Förderung junger Unternehmen möglich. Finanziert wird eine breite Palette an Maßnahmen, z. B. Erweiterung von Betrieben, Kooperationen oder Innovationen.

Im ERP-Beteiligungsprogramm investiert die KfW Mittelstandsbank nicht direkt in das Unternehmen, sondern stellt einem Beteiligungsgeber (i. d. R. Mittelständische Beteiligungsgesellschaften) ein Refinanzierungsdarlehen zur Verfügung. Dieser investiert die KfW-Mittel dann in Form einer Beteiligung. Neben den KfW-Mitteln muss der Beteiligungsgeber zugleich eigene Mittel einsetzen (25% der Investitionssumme in den alten Ländern, 15% in den neuen Ländern). Anträge stellen die Beteiligungsgeber. Die KfW Mittelstandsbank refinanziert die Beteiligungen an kleinen und mittleren Unternehmen mit höchstens 500 000 EUR (alte Länder) bzw. 1 Mio. EUR (neue Länder).

- Eigenkapital für den „breiten“ Mittelstand

Die KfW-Initiative Eigenkapital für den „breiten“ Mittelstand bietet mittelständischen Unternehmen zusätzliches Eigenkapital im Umfang von 1 Mio. EUR bis zu 5 Mio. EUR. Hier besteht auf dem Markt eine „Angebotslücke“: Für Mittelstandsunternehmen mit Bedarf an Beteiligungskapital bis i. d. R. 1 Mio. EUR gibt es die Angebote der Mittelständischen Beteiligungsgesellschaften, ein größerer Eigenkapitalbedarf von mehr als 5 Mio. EUR wird typischerweise von Private Equity-Gesellschaften gedeckt.

Ein erster Pilotfonds wurde in Bayern gemeinsam mit der LfA Förderbank Bayern, der Bayerischen Garantiegesellschaft mbH und der BayBG Bayerische Beteiligungsgesellschaft mbH realisiert. Die KfW Mittelstandsbank führt Gespräche mit weiteren Bundesländern über die Gestaltung ähnlicher Fonds. Zielgruppe von „Eigenkapital für den breiten Mittel-

stand“ sind solide Unternehmen, die seit mindestens fünf Jahren bestehen und weiteres Wachstumspotenzial erkennen lassen. Finanziert werden können unterschiedliche Vorhaben, z. B. Expansion, Regelung der Unternehmensnachfolge, Übernahme bestehender Unternehmen. Die Beteiligung kann in offener oder stiller Form oder einer Kombination aus beidem erfolgen. Die Laufzeit beträgt i. d. R. zwischen 6 und 8 Jahren.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1.10. 2004

Umwandlung von Postfilialen muss Thema fuer die Regulierungsbehoerde fuer Telekommunikation und Post sein

Zu geplanten Aenderungen der Deutschen Post AG erklart der postpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Klaus Barthel:

In den letzten Wochen hat die Deutsche Post AG erneut Veraenderungen in ihrem Filialnetz angekuendigt. Zumeist geht es dabei um die Umwandlung bisher eigenbetriebener Filialen in Partnerfilialen und Agenturen, vor allem aber um die Schliessung so genannter Kleinfilialen.

Viele Kommunen sowie Buergerinnen und Buerger sehen diese Entwicklung sehr kritisch. Grundsuetzlich kann die Post seit der Liberalisierung und Privatisierung das Filialnetz in eigener Verantwortung und Gestaltungsfreiheit betreiben. Sie muss sich dabei allerdings an Vorgaben halten, die die SPD-geführte Bundesregierung geschaffen und praezisiert hat. Unter anderem muss auch in Zukunft in allen Gemeinden mit mehr als 2000 Einwohnern eine Filiale sein, die nachfragegerecht geoeffnet ist, bundesweit muessen es 12 000 sein, davon 5000 eigenbetriebene.

Bei der Schliessung von Kleinfilialen ist zu beachten, dass sowohl das Einwohner-, wie das Entfernungs-, und das Flaechenkriterium eingehalten wird. Es gibt Einzelfaelle, in denen das zweifelhaft ist.

Die Pflicht liegt dabei nicht beim Bund oder gar bei der Gemeinde, sondern ausschliesslich bei der Deutschen Post. Sie muss sich um dieses Netz kuemmern und gegebenenfalls Partner, Geschaeftsraeume und Personal finden. Dafuer muss keine Kommune geradestehen. Bei Umwandlungen, Partnerwechsel oder Verlagerung darf es im Regelfall keine Unterbrechungen geben.

Die Umwandlung eigenbetriebener Filialen muss im Einzelfall betrachtet werden. Sie kann, muss aber keinen Nachteil fuer die Buergerinnen und Buerger bedeuten. Der Wille des Gesetzgebers ist es allerdings, durch die 5000 eigenbetriebenen Filialen ein qualitativ hochwertiges Rueckgrat des postalischen Angebots sicherzustellen. Deshalb werden wir im Beirat bei der Regulierungsbehoerde nachfragen, auf welche Weise kuenftig die 5000 eigenbetriebenen Postfilialen gesichert werden. Zu hoffen ist, dass die Post nicht wieder nach Wegen sucht, die gesetzlichen Vorgaben zu umgehen. Wir werden dies genau ueberpruefen lassen.

Hinw. d. Red.: Zur Selbstverpflichtung der Deutschen Post AG vgl. GuT 2004, 139 f. Dazu auch Beitrag Ritter/Fuchs in VuR 2004, 391.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 26.10. 2004

Plebeszite-Vorschlag – Reine Ablenkung Hinterzimmer-Verhandlungen à la Müntefering sind mit uns nicht zu machen

Zu der Ankuendigung des SPD-Fraktionsvorsitzenden, die Union zu Verhandlungen zu einem Gesetzentwurf zur Einfuehrung von Plebisziten einzuladen, erklart der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Hartmut Koschyk MdB:

SPD-Fraktionschef Müntefering lenkt mit seinem „Verhandlungsangebot“ zur Einfuehrung von Plebisziten auf Bun-

desebene davon ab, dass die Koalition sich nicht auf einen Gesetzentwurf über Volksinitiativen, begehren und entscheide einigen kann.

Wie jeder weiß, hat die Koalition ihrer Klientel erneut die Einführung von Plebisziten im Koalitionsvertrag versprochen, nachdem sie vor zwei Jahren mit ihrem verfassungswidrigen Entwurf gescheitert war. Gleichzeitig ist aber auch bekannt, dass sowohl der Kanzler als auch der heimliche Grünen-Chef und Außenminister Fischer Volksentscheide ablehnen.

Diese Uneinigkeit soll jetzt dadurch verdeckt werden, dass man der Opposition „Verhandlungen“ anbietet, um ihr anschließend das Scheitern dieses rot-grünen Prestigeobjekts vorzuwerfen. Dieser Ablenkungsversuch ist untauglich und allzu durchsichtig.

Wir brauchen keine gesonderten „Verhandlungen“, sondern wollen das ganz normale parlamentarische Verfahren beibehalten: Koalition oder Bundesregierung legen ihre Vorstellungen in Form eines für jeden nachlesbaren konkreten Gesetzentwurfes auf den Tisch – dazu müssen sie natürlich erst einmal wissen, was sie wollen.

Über den Gesetzentwurf kann dann in Fraktionen, Ausschüssen und öffentlichen Anhörungen beraten werden. Abschließend wird die Entscheidung des Bundestages herbeigeführt. Dieses Verfahren ist transparent und für die Öffentlichkeit kontrollier- und nachvollziehbar. Hinterzimmer-Verhandlungen à la Müntefering sind mit uns nicht zu machen.

Müntefering demaskiert sich selbst, wenn er sagt, dass er wenig Sinn darin sehe, ein Gesetzesverfahren auszulösen, das von der anderen Seite nicht gewollt ist. Schön wäre es ja, wenn Rot-Grün auf alle Vorhaben verzichten würde, die von uns nicht mitgetragen werden. Deutschland wäre viel erspart geblieben. Nichts macht den Ablenkungscharakter der rot-grünen Ankündigung deutlicher, als dieser verräterische Satz.

Warten wir also ab, ob SPD und Grüne einen Gesetzentwurf auf den Tisch bringen. Warten wir ab, was darin geregelt wird und was nicht, welche Themen ausgeklammert werden, welche Pakete geschnürt werden und welche Quoren und Hürden zu nehmen sind. Darüber beraten wir in den zuständigen Gremien gerne. Sollte aber lediglich der gescheiterte Gesetzentwurf aus der letzten Wahlperiode aufgewärmt werden, hätte die Koalition selbst den Grundstein für das Scheitern des Projektes gelegt.

OLG Köln – Pressemitteilung vom 28.10.2004

OLG Köln entscheidet im „Gen-Milch“-Streit zwischen der Unternehmensgruppe Theo Müller und Greenpeace

Im einstweiligen Verfügungsverfahren zwischen der Unternehmensgruppe Theo Müller als Klägerin und der beklagten Umweltschutzorganisation Greenpeace e.V., bei dem es im Kern um die Verwendung des Begriffs „Gen-Milch“ in unterschiedlichen Kundgabeformen ging, hatte die Berufung von Greenpeace gegen das erstinstanzliche Urteil des LG Köln vom 23. 6. 2004 (28 O 289/04) vor dem OLG Köln teilweise Erfolg (Urteil vom 28.10.2004 – 15 U 125/04).

Die Klägerin vertreibt als führendes Unternehmen der Milchindustrie Produkte u. a. der Marken „Müller“ und „Weihenstephan“. Die zum Konzernverband gehörenden Einzelunternehmen verarbeiten in ihren Produkten zumindest auch Milch von Kühen, die gentechnisch veränderte Futtermittel erhalten haben. Eine seit April 2004 in Deutschland geltende EU-Verordnung sieht insoweit keine Kennzeichnungspflicht vor. Die beklagte Organisation Greenpeace, die seit Ende 2003 einen Einkaufsratgeber „Essen ohne Gentechnik“ herausgibt, hält dies für nicht tragbar. Nachdem die Klägerin es abgelehnt hatte, auf die Verwendung gentechnisch veränderter Futtermittel zu verzichten und ihren Lieferanten entsprechende Auflagen zu machen, wies Greenpeace seit Ende April 2004 im Internet in diversen Beiträgen auf diesen Umstand hin. Die Beiträge trugen Überschriften wie z. B. „Gen-Milch, oder

was?“ „Gen-Milch-Skandal bei der Müller-Partei?“ und „Alles Gen, Herr Müller, oder was?“. Darüber hinaus verfremdete sie auf ihrer Internetseite Elemente aus Werbekampagnen der Klägerin in Form einer Zeichentrickfolge unter der Überschrift „Alles Gen-Milch ... oder was?“ Bei mehreren Aktionen im April und Mai 2004 führten ihre Aktivisten Schilder bzw. Slogans wie etwa „Müller-Milch: Alles Gen-Milch, oder was?“ mit sich. Mitte Mai 2004 versahen Greenpeace-Anhänger in 50 Städten in Supermärkten angebotene Produkte der Klägerin mit Banderolen oder Aufklebern wie „Gen-Milch: Hände weg!“ oder „Gen-Milch: Igittigitt!“.

Das LG Köln hatte Greenpeace antragsgemäß vor allem verboten, in Bezug auf die Produkte der Klägerin den Begriff „Gen-Milch“ zu verwenden, insbesondere in Äußerungen wie „Gen-Milch ... oder was?“, die in Geschäften angebotenen Produkte der Klägerin mit Banderolen zu versehen und den Zeichentrickfilm zu verbreiten. Den wesentlichen Punkt des Streits bildet dabei die Frage nach dem Verständnis des Begriffs „Gen-Milch“. Nach Auffassung des LG Köln liegt darin der tatsächliche Kern, die Milch, die von Kühen stamme, die gentechnisch verändertes Futter gefressen hätten, weise eine von anderer Milch abweichende Zusammensetzung auf. Das sieht das OLG Köln in seinem heute verkündeten Urteil grundsätzlich anders. Danach ist es Greenpeace jetzt nur noch untersagt, die in Geschäften angebotenen Produkte der Klägerin mit „Gen-Milch“-Aufklebern oder dergleichen zu versehen und im Internet oder anderen Medien einen Zeichentrickfilm zu verbreiten bzw. sog. E-Cards zum Download anzubieten, soweit darin mit Schlagworten wie „Alles Gen-Milch ... oder was?“ an Werbekampagnen oder Werbeträger der Klägerin angeknüpft wird. Die weitergehenden Anträge der Klägerin wurden zurückgewiesen:

Wegen der Verwendung des Begriffs „Gen-Milch“ in Bezug auf Produkte der Klägerin in mehreren Veröffentlichungen auf der Internetseite von Greenpeace sowie den darin enthaltenen Aufforderungen, die Produkte der Klägerin zu meiden, stehe der Klägerin kein Unterlassungsanspruch zu. Die in Rede stehenden Beiträge enthielten weder Tatsachenbehauptungen noch Schmähkritik. Entgegen der Auffassung des LG äußere Greenpeace darin weder direkt noch indirekt, die von der Klägerin verwendete Milch enthalte selbst Bestandteile gentechnisch veränderten Materials. Der Begriff „Gen-Milch“ sei entgegen der Auffassung des LG als solcher mehrdeutig. Er müsse nicht zwingend in dem Sinne verstanden werden, dass die Milch gentechnisch verändert sei, sondern lasse sich auch dahin deuten, dass ein „von Gentechnik betroffenes“ Produkt vorliege. Zudem sei neben dem ironischen und parodierenden Unterton der jeweiligen Überschriften auch der Zusammenhang mit dem nachfolgenden Text zu beachten. Darin stelle Greenpeace maßgeblich darauf ab, dass die Betriebe der Klägerin keine Kontrollen der eingesetzten Futtermittel durchführten.

Selbst wenn man aber annehme, Greenpeace wolle – aus Sicht des Durchschnittslesers – zum Ausdruck bringen, Spuren genetisch veränderten Materials ließen sich in der Milch selbst nachweisen, liege keine Tatsachenbehauptung, sondern eine Meinungsäußerung vor. Die Frage, ob Spuren des Futtermittels sich in der Milch befänden, betreffe auch aus Sicht des Durchschnittslesers erkennbar einen wissenschaftlichen Diskussionspunkt und damit eine Meinung. Ob die Verwendung gentechnisch veränderten Futters Einfluss auf die Qualität der Milch habe, könne – für jedermann offenkundig – nur anhand naturwissenschaftlicher Methoden festgestellt werden. Anders als der Staat sei der Bürger – und damit auch die beklagte Organisation – mit Rücksicht auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit nicht gehalten, mit seiner Auffassung nach berechtigten Warnungen bis zum Vorliegen eines wissenschaftlichen Nachweises abzuwarten. Eine Grenze bestehe insoweit nur bei offenkundig völlig haltlosen oder wissen-

Bitte per Fax an 02 28 / 47 09 54
oder als Kopie ausfüllen und
(im Fensterbriefumschlag) zusenden.

Prewest GmbH
Postfach 30 13 45
53193 Bonn

Absender/Stempel

- Ich/Wir bestelle(n) als Bezieher der „Wohnungswirtschaft und Mietrecht“ ein Abonnement / _____ Abonnements der Zeitschrift „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) ab Januar 2005 zum Preis von 50,- EUR zzgl. 6,- EUR Versand zzgl. Umsatzsteuer (z. Zt. 7% = 3,92 EUR), insgesamt 59,92 EUR.
- Ich/Wir bestelle(n) ein Abonnement / _____ Abonnements der Zeitschrift „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) ab Januar 2005 zum Preis von 80,- EUR zzgl. 9,- EUR Versand zzgl. Umsatzsteuer (z. Zt. 7% = 6,23 EUR), insgesamt 95,23 EUR.
- Ich/Wir bitte(n) um Zusendung von Unterlagen zur Lizenzvereinbarung zum „Netzwerk GuT“.
- Ich/Wir stelle(n) einen Antrag auf Lizenzvereinbarung zum „Netzwerk GuT“.

Datum, Ort, Unterschrift

GUT

schaftlich widerlegten Standpunkten; diese sei hier jedoch nicht überschritten. Ob die ablehnende Haltung von Greenpeace gegenüber gentechnisch veränderten Produkten wissenschaftlich berechtigt erscheine, könne dagegen auf sich beruhen. So lange sie nicht wissenschaftlich widerlegt sei, bleibe sie letztlich eine Glaubensfrage und damit eine – rechtlich geschützte – Meinung.

Durch die von ihr veranlassten Klebeaktionen in Supermärkten habe Greenpeace dagegen in unzulässiger Weise auf die Entscheidung des Konsumenten eingewirkt. Die Aufkleber setzten u. a. durch ihre schwarzgelbe Farbe ein besonderes Gefahrenzeichen. Greenpeace mache sich eine psychologische Signalwirkung zu nutze, die jenseits der sachlichen Information auf die Kaufentscheidung einwirken könne. Die hierdurch eintretende Gefahr der Stigmatisierung der Produkte werde in diesem Falle auch nicht durch zusätzliche äußere Informationen aufgefangen. In gleicher Weise würden durch den Internet-Zeichentrickfilm und die E-Cards Rechte der Klägerin verletzt, deren Verunglimpfung jeweils im Vordergrund stehe. Greenpeace greife die Produkte der Klägerin in der Sache an ohne hinreichende Aufklärung darüber zu gewährleisten, worauf sich diese Ablehnung stütze.

Die von der Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung gegenüber dem Berufungsgericht schriftsätzlich erklärte Rücknahme des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung müsse wirkungslos bleiben, weil dem Schriftsatz der Umfang der Rücknahme nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit zu entnehmen sei.

Bücher und Veröffentlichungen

Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau bei Wohn- und Gewerberaum. Von VRiLG Dr. *Hans Langenberg*, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2004. XXI, 282 Seiten, kartoniert € 32,00, ISBN 3-406-52266-1. Verlag C. H. Beck, München.

Die 2. Auflage dieses eingeführten Werks zu den Schönheitsreparaturen bei Wohn- und Gewerberaum erscheint mit leicht geändertem Titel. Damit soll betont werden, dass das Werk sämtliche Aufwendungen zum Gegenstand hat, die bei der Erhaltung eines Mietobjekts anfallen.

Für Mietverhältnisse gilt das modernisierte Schuldrecht seit dem 1.1.2003 in vollem Umfange. Von der neuen Rechtslage sind im hier interessierenden Bereich auch alle Altverträge erfasst. Die insoweit eingetretenen Änderungen sind selbstverständlich eingearbeitet

Den Parteien wird insgesamt ein vollständiger Überblick über die sachlichen und rechtlichen Probleme geboten, die sich aus der Erhaltung des Mietobjekts und der Durchsetzung bzw. Abwehr damit zusammenhängender Ansprüche ergeben. (vS)

Plötz Immobilienführer Berlin, Potsdam und Umland 2004. 9. aktualisierte Auflage, Köln 2004. 676 Seiten. Format 11,5 × 20,5 cm. Kartoniert. EURO 25,-. ISBN 3-89984-116-6. Immobilien Informationsverlag Rudolf Müller GmbH & Co. KG, Köln.

Berlins Immobilienmärkte sind von unterschiedlichsten Trends geprägt. Aufstrebende Stadtteile liegen neben verödeten Quartieren, Märkte mit lebhafter Nachfrage neben Krisensegmenten. Mehr denn je hängt der Erfolg eines Immobilien-Investments von Feinheiten der Lage, Immobilientyp und Bauweise ab. Die Jubiläumsausgabe des „Plötz Immobilienführers Berlin, Potsdam und Umland“, das Buch erscheint seit genau zehn Jahren, präsentiert präzise, vielfältige und leicht auffindbare Informationen über Stadtteile, Einzelstandorte und sektorale Märkte.

Im ersten Teil werden mehr als 200 Stadtteile und Straßen vorgestellt. Hier geht es um die Charakteristik aller Berliner Quartiere, um Vorzüge und lokale Probleme, aktuelle Bauprojekte, Verkehrsanschließung, Infrastruktur und nicht zuletzt um eine Bewertung mit Lagesternen. Zur besseren Übersichtlichkeit wurde hier die Gliederung nach den früheren 23 Verwaltungsbezirken beibehalten. Ebenso detaillierte Informationen bietet der Plötz Immobilienführer für sämtliche Städte und Gemeinden im näheren Berliner Umland. Neun Kapitel liefern gesonderte Übersichten über einzelne Marktsegmente wie Eigentumswohnungen, Häuser, Grundstücke und Gewerbeimmobilien und erleichtern Miet- und Kaufinteressenten die Einschätzung, ob die Konditionen eines Angebots markadäquat sind und in welche Richtung sich die Preise bewegen. Das vollständige Verzeichnis der fast 10 000 Berliner Straßen bietet Informationen zu Lagequalität, Grundstückspreisen und ihrer jüngsten Entwicklung, zur dominierenden Nutzung und baulichen Dichte inklusive Verweis auf die ausführliche Beschreibung des Stadtteils, in dem sich die Straße befindet. Ergänzt wird all das durch Verzeichnisse wichtiger Adressen, eine Übersicht über die Steuervergünstigungen und Förderungen, über aktuelle Mietspiegel sowie die gängigen Methoden der Immobilienbewertung.

Mit dem Kauf dieses Buches erhält der Leser kostenlosen Zugang zur Datenbank auf der Internet-Plattform www.ploetz.immobilienmanager.de. Dort können Straßen, Stadtteile und Städte aktuell recherchiert werden.

