

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**8–9/06**

**6. Jahrgang**

**Heft 30**

**August/September 2006**

**S. 209–292**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**E. Ruff: Indexklauseln im Gewerbemietrecht**

## **Wirtschaft und Verbände**

**KfW: Unternehmensfinanzierung**

## **Gewerbemiete**

**Unfallersatztarif (BGH)**

**Geschäftsgrundlage; Mieteneinbruch am Wohnungsmarkt (OLG Dresden)**

**EKZ; Beitrittspflicht zur Werbegemeinschaft (BGH)**

**Gaststättenpacht; Preisgleitklausel (OLG Rostock)**

**Anlage und Verzinsung der Barkaution (OLG Nürnberg)**

**Abwälzung der Hausverwaltungskosten (OLG Köln)**

**BK-Abrechnung im gemischt genutzten Gebäude (KG)**

**Schönheitsreparaturpflicht, starre Fristen (OLG München)**

**Gebrauchstauglichkeit; behördliche Beanstandung (OLG Düsseldorf)**

**Besitzschutzanspruch der GbR/oHG (OLG Brandenburg)**

## **Teileigentum**

**Neuzugang zur Post-Schließfachanlage (OLG Frankfurt)**

**Reklametafeln an der Außenfassade (OLG Köln)**

## **Wettbewerb**

**Wohnungsverwaltung; Abwerbung (OLG Oldenburg)**

**Kfz-Anhänger mit Werbeschildern (BGH)**

## **Besteuerung**

**K.-Chr. Callsen: Umschau September 2006**

**Steuerberaterhaftung (BGH)**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

E. Ruff,

### Indexklauseln im Gewerberaummietrecht

211

## Wirtschaft und Verbände

Kreditanstalt für Wiederaufbau,

### Unternehmensfinanzierung: Banken entdecken den Mittelstand neu

218

## Gewerbemiete

Verschaffen von mietvertraglicher Lagerraumnutzung für die verkauften Inventargegenstände; Haftung des Verkäufers für Folgeschäden bei baubehördlicher Nutzungsuntersagung der Einlagerung (OLG München – mit Anm. Fellner)

219

Aufklärungspflichten eines Vermieters; Kfz-Miete; Unfallersatztarif (BGH)

220

Geschäftsgrundlage; Mieteneinbruch am Wohnungsmarkt; Bedingungen des öffentlichen Baukredits (OLG Dresden)

223

Einkaufszentrum; Beitrittspflichten und Beiträge zur Werbegemeinschaft aufgrund Formularmietvertrags (BGH)

224

Gaststättenpacht; Preisgleitklausel; Negativattest; Indexbestimmung; Verwirkung der Pachtzinserhöhung (OLG Rostock)

226

Gewerberaummiете; Anlageform und Verzinsung der Barkaution (OLG Nürnberg)

230

Gewerberaummiете; Abwälzungsklausel zu den Hausverwaltungskosten; Überraschungsklausel zur Kostenhöhe (OLG Köln)

231

Gewerberaummiете; Betriebskostenabrechnung im gemischt genutzten Gebäude (KG)

232

Gewerberaummiете; Pacht; Betriebskostenabrechnung; Belegeinsicht; Belegzusendungen; Plausibilität sinkender Kosten; Hausmeisterkosten des Gesamtgebäudes (OLG Düsseldorf)

232

Gewerberaummiете; Ladengeschäft; formularvertragliche Schönheitsreparaturpflicht des Mieters; starre Fristen; Verjährung; Zurückerhalten der Mietsache (OLG München)

234

Gewerberaummiете zum Zwecke eines Vereinslokals oder Gastronomiebetriebs; Gebrauchstauglichkeit; behördliche Beanstandung; Genehmigungsfähigkeit; Mangel (OLG Düsseldorf)

235

Gewerberaummiете; Internet-Café; Genehmigungsfähigkeit; Mangel; Kautionszahlung vor Beginn des Mietverhältnisses (OLG Düsseldorf – nur Leits.)

237

Ladenlokal; gewerbliche Miete; Mangel der Einbruchssicherheit (BGH)

237

Geschäftsraummiете; Mangel der Hofzufahrt zu den Geschäftsräumen; Hofitorsperre (KG)

239

Gewerberaummiете; Lagerhalle; Beweislast für Mangelfolgeschaden an eingelagerten Gegenständen (BGH)

240

Ladenlokal; Schriftformmangel des Mietvertrags der Erbengemeinschaft; Widerspruch gegen eine stillschweigende Vertragsverlängerung; Rechtskrafterstreckung zum Vertragsfortbestand; Rechtsmangel in der Kette von Untermietverhältnissen ohne weiteres Hauptmietverhältnis; neues Hauptmietverhältnis zwischen Untermieter und Hauptvermieter (BGH)

241

Gewerberaummiете; Vermietung an einen Lebensmittelmarkt im Konzernverbund; Kündigungsbeschränkung des Mieters; Rückgabe der Mietsache; Besitzaufgabe und Schlüsselerückgabe; Vorenthaltung und Schönheitsreparaturmaßnahmen (OLG Düsseldorf)

243

Geschäftsraummiете; Verlust der Mieterrechte; Vertragsauflösende Bedingungen; Kautionszahlung (KG)

245

Gewerberaummiете; Insolvenz des Mieters; Ehefrau als Vermieterin; Eigenkapitalersatzeinwand; fristloses Kündigungsrecht des Vermieters im Mietvertrag bei Vermögensverfall des Mieters (OLG Düsseldorf)

248

Eigenkapitalersetzende Nutzungsregelung des Betriebsgrundstücks (BGH)

250

Geschäftsraummiете; Metallveredelungsbetrieb; Umfang des Vermieterpfandrechts; Nutzungsentschädigungspflicht des Insolvenzverwalters (OLG Düsseldorf)

250

Geschäftsraummiете; Verjährung von Ersatzansprüchen des Vermieters; Rückgabe vor Vertragsbeendigung; Endrenovierungspflicht des Mieters (OLG Düsseldorf)

253

Geschäftsraummiете; Besitzschutzanspruch der GbR/oHG (OLG Brandenburg)

254

Aparthotel; Pauschalflugreise; nicht glasbruchssichere Eingangstür; Verkehrssicherungspflicht (BGH)

255

Nachweismakler; Benennung des Vermieters; Provisionsanspruch; Ursachenzusammenhang von Nachweis und Hauptvertrag (BGH)

256

Grunddienstbarkeit Wegerecht; Unterhaltungspflicht des Berechtigten; Winterdienst; Zufahrt zum Gewerbebetriebsgrundstück des Berechtigten (BGH)

257

Haustürgeschäft; Verpfändungserklärung der Ehefrau des Schuldners in dessen Geschäftsräumen (BGH – nur Leits.)

258

Haustürgeschäft; Geschlossener Immobilienfonds; Widerruf der Beitrittserklärung (BGH)

258

„Sofortiges“ Anerkenntnis bei Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens (BGH – nur Leits.)

259

Restaurantbetrieb; Rechtsschutzbedürfnis zur Räumungsklage gegen den bereits ausgezogenen Mitmieter nach Beendigung des Mietverhältnisses (KG)

259

Mieten, Pachten, Nutzungsentschädigungsanspruch und Nutzungsersatzanspruch in der Zwangsverwaltung (BGH)

260

Pfändung von Mieten oder Pachten in der Insolvenz; Zwangsvollstreckungsverfahren während der Insolvenz; Beschränkung auf die Zwangsverwaltung (BGH)

261

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc.

263

## Teileigentum

Teileigentumsräume; Vermietung an die Post; Neuzugang zur Schließfachanlage durch einen Außenwanddurchbruch; bauliche Veränderung (OLG Frankfurt/M.)

268

Vermietete Teileigentumsräume; beleuchtete Reklametafeln an der Außenfassade (OLG Köln)

270

Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc.

271

## Wettbewerb

Wettbewerb; Wohnungsverwaltung; Kundenwerbung; Abwerbung als anderweitiger Zwangsverwalter (OLG Oldenburg)

272

Wettbewerb; Kraftfahrzeuganhänger mit Werbeschildern (BGH)

273

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc.

274

## Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Umschau September 2006

276

Steuerberatervertrag als Dienstvertrag; Fehlerbehebung durch Nachbesserung; Steuerberaterhaftung (BGH)

278

Steuerberatung; Schaden durch Steuerzahlungen; Reiterhof mit jugendlichen Pensionsgästen; Umsatzsteuer (BGH)

280

BMF-Schreiben: Anwendung der 1%-Regelung auf Fahrzeuge

282

BMF-Schreiben: Abziehbarkeit von zugewendeten Aufwendungen

282

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc.

283

## Magazin

Politik und Recht

284

Bücher und Veröffentlichungen

291

## Impressum

290

Erwin Ruff, Dipl.-Verwaltungswirt (FH), Bietigheim-Bissingen

## Indexklauseln im Gewerberaummietrecht

### 1. Mit einer Indexklausel soll die Miete regelmäßig steigen

Durch den Abschluss eines Miet- oder Pachtvertrags einigen sich Vermieter und Mieter über die regelmäßige monatliche Miete oder Pacht (nachfolgend nur noch als Miete bezeichnet). Als Vermieter sollte man allerdings auch schon an die Zukunft denken und vertragliche Vereinbarungen zur Mietanpassung vorsehen. Denn im Gegensatz zur Wohnraummiete, bei der man die Miete entsprechend den Bestimmungen der §§ 557–561 BGB erhöhen kann, mangelt es bei der Gewerberaumiete an einer gesetzlichen Mieterhöhungsmöglichkeit. Gerade bei langfristigen Mietverhältnissen könnte es sich für den Vermieter bitter rächen, wenn der Vertrag keine Mieterhöhungsklausel enthält.

Der Vermieter steht immer vor der Frage, ob die Miete noch dem gegenwärtigen Preisniveau entspricht. Löhne, Gehälter und Preise steigen Jahr für Jahr. Bei einem länger andauernden Mietverhältnis wird demnach der Vermieter die vereinbarte Miete nicht nur dem Betrag nach, sondern auch hinsichtlich des Wertes gewährleistet haben wollen. Mietanpassungen über Umsatz- oder Ertragsklauseln bzw. als Staffelmiete sind daher gebräuchlich. Will man von der allgemeinen Preisentwicklung profitieren und die Miete in regelmäßigen Abständen erhöhen, bietet sich auch eine Indexmiete an. Die Mieterhöhung mittels einer Indexklausel – auch Wertsicherungsklausel genannt – ist weit verbreitet. Es ist ein beliebtes und einfaches Mieterhöhungs-Instrument. Wann und um wie viel die Miete steigt, hängt von der Indexentwicklung ab. Dass die Miete auch einmal sinken könnte, ist dabei eher theoretisch.

### 2. Für Index-Klauseln gelten seit 1999 neue Vorschriften

Mit der Einführung des Euro zum 1.1.1999 wurde die frühere Genehmigungsvorschrift für Indexklauseln, § 3 des Währungsgesetzes, gestrichen. Genehmigungsbehörde war früher die Deutsche Bundesbank bzw. die Landeszentralbanken als deren Filialen. Durch die Umstellung von Deutscher Mark auf Euro hatte die Deutsche Bundesbank ihre Stellung als „Hüterin unserer Währung“ an die Europäische Zentralbank verloren. Und im Eurowährungsraum war eine der deutschen Genehmigungsvorschrift entsprechende Bestimmung von Anfang an nicht vorgesehen<sup>1</sup>. In Deutschland wollte man allerdings auch weiterhin die „Hand auf den Indexklauseln haben“ und hat deshalb eine nationale Ersatzvorschrift geschaffen. Die neue Grundlage für Indexklauseln findet sich jetzt im Preisangaben- und Preisklausel-Gesetz – PrAKG<sup>2</sup> und in der Preisklauselverordnung – PrKV<sup>3</sup>. Für die Indexierungskontrolle ist nun anstelle der Bundesbank das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle zuständig<sup>4</sup>.

Was schon bisher unter der alten Genehmigungsvorschrift aufgrund von entsprechenden Genehmigungsgrundsätzen der Deutschen Bundesbank gang und gäbe war, steht nun ausdrücklich in der Preisklauselverordnung. Für Miet- und Pachtverträge spielen die folgenden drei unterschiedlichen Arten von Wertsicherungsklauseln eine Rolle:

- Indexklauseln, die gemäß § 1 PrKV genehmigungsfrei sind (Leistungsvorbehaltsklauseln und Spannungsklauseln)

- Indexklauseln, die gemäß § 4 PrKV schon allgemein genehmigt sind (automatische Standardgleitklauseln)
- Indexklauseln, für die gemäß §§ 2 und 3 PrKV eine Einzelgenehmigung erforderlich ist (genehmigungspflichtige Gleitklauseln).

Die Vertragspartner sind zunächst einmal auf keine bestimmte Klausel festgelegt. Eine Einschränkung gibt es nur bei Mietoder Pachtverträgen, die von Anfang an auf eine bestimmte Laufzeit von weniger als 10 Jahren abgeschlossen werden. Hier können die Vertragspartner nur eine genehmigungsfreie Klausel vereinbaren, also entweder eine Leistungsvorbehaltsklausel oder eine Spannungsklausel. Sofern der Mietvertrag auf eine Vertragslaufzeit von zehn und mehr Jahren abgeschlossen wird, kann jede der zulässigen Indexklauseln vereinbart werden. Allerdings wird hier die Verwendung einer nach § 4 Abs. 1 PrKV allgemein genehmigten Standardklausel empfohlen, weil sie ohne bürokratischen Aufwand rechtswirksam ist.

Jede Wertsicherungsklausel hat ihre Besonderheiten, Vor- und Nachteile, auf die nachstehend näher eingegangen wird. Damit auch keine Missverständnisse aufkommen, vorweg noch ein Hinweis: Bei Wohnraummietverträgen richtet sich eine Indexklausel nach § 557b BGB, weil die Preisklauselverordnung aufgrund des § 4 Abs. 2 PrKV hierauf nicht anwendbar ist. Umgekehrt kann bei gewerblichen Mietverhältnissen nicht auf § 557b BGB zurückgegriffen werden, weil gewerbliche Indexklauseln ausschließlich nach der Preisklauselverordnung zu beurteilen sind.

### 3. Die Leistungsvorbehaltsklausel

#### 3.1 Keine automatische Mieterhöhung

Ein genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt im Sinne von § 1 Nr. 1 PrKV ist eine Indexklausel, bei der sich einerseits die Miete an den wirtschaftlichen Verhältnissen orientiert. Andererseits kommt es aber zu keiner automatischen Mieterhöhung, wenn der zugrunde liegende Index steigt. Mit einem Leistungsvorbehalt schafft man lediglich die Voraussetzung dafür, dass sich die Miete künftig ändern kann. Das bedeutet: Wegen der fehlenden automatischen Mietanpassung müssen sich Vermieter und Mieter an einen Tisch setzen und aushandeln, um welchen Betrag die Miete steigen soll, sobald sich der Index nach oben verändert hat. Man kann auch von einer „Anlass-Klausel“ sprechen: Die Erhöhung des Index gibt Anlass, die Miete neu auszuhandeln. Beispiel: Nach dem Mietvertrag sollen Verhandlungen über die neue Miethöhe immer dann stattfinden, sobald ein bestimmter Preisindex um 5 Prozent gestiegen ist. Ein genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt setzt demnach voraus,

1) Vgl. Schmidt-Räntsch, Wertsicherungsklauseln nach dem Euro-Einführungsgesetz, NJW 1998, 3166.

2) Vom 3.12.1984 (BGBl. I S. 1429), zuletzt geändert am 25.11.2003 (BGBl. I S. 2304).

3) Vom 23.9.1998 (BGBl. I S. 3043), zuletzt geändert am 19.6.2001 (BGBl. I S. 1149).

4) Unter [www.bafa.de/1/de/download/pdf/publikationen/wirtschaft\\_indexierungskontrolle\\_publikationen\\_merkblatt\\_wsk.pdf](http://www.bafa.de/1/de/download/pdf/publikationen/wirtschaft_indexierungskontrolle_publikationen_merkblatt_wsk.pdf) hat das Bundesamt ein Merkblatt über Wertsicherungsklauseln in Miet- und Pachtverträgen ins Internet eingestellt.

dass eine Mietanpassung nur auf Verlangen einer der Vertragsparteien erfolgen soll und hinsichtlich des Ausmaßes der Anpassung ein Ermessensspielraum besteht.

Zwar kann dem Vermieter gemäß §§ 315 und 316 BGB ein einseitiges Bestimmungsrecht zur Anpassung der Miete nach billigem Ermessen eingeräumt werden<sup>5</sup>. Dies ist allerdings aus Mietersicht nicht erstrebenswert, weshalb im Mietvertrag der Verhandlungsklausel der Vorzug gegeben werden sollte.

Mit der Indexsteigerung ändert sich nur die Vergleichsgröße automatisch, nicht aber auch die Miethöhe<sup>6</sup>. Der Leistungsvorbehalt legt auch keinen bestimmten Termin für eine Mietanpassung fest, sondern nur ein Ereignis, nach dessen Eintritt weitere Mietverhandlungen möglich werden. Dieses Ereignis ist das Erreichen eines im Mietvertrag vereinbarten Indexstandes oder eine bestimmte Indexentwicklung. Nur wenn sich die Vertragspartner anschließend ausdrücklich darauf geeinigt haben, um wie viel sich die Miete erhöhen soll, steht der neue Betrag absolut fest. Die Mieterhöhung tritt dann zum ausgehandelten Zeitpunkt in Kraft. Zur Wahrung der Schriftform bedarf die Mieterhöhung eines schriftlichen Nachtrags zum Mietvertrag<sup>7</sup>.

*Beispiel für einen Leistungsvorbehalt:*

„Ändert sich der durch das Statistische Bundesamt ermittelte Verbraucherpreisindex für Deutschland – VPI – gegenüber dem für den Monat des Vertragsabschlusses veröffentlichten Index um mindestens 8 Prozent, kann jede Partei eine Neufestsetzung der Miete verlangen. Maßstab dafür soll die Veränderung des Index sein, soweit dies der Billigkeit entspricht. Die Änderung der Miete wird ab dem auf das Änderungsverlangen folgenden Monat wirksam. Jede weitere Änderung des Preisindex rechtfertigt die Forderung nach einer Neufestsetzung der Miete nur, wenn sie seit dem Zeitpunkt der letzten Festsetzung jeweils wiederum mindestens 8 Prozent beträgt.“

Nach einer Empfehlung des Statistischen Bundesamts soll auf die Veränderung des Preisindex in Prozent und nicht in Prozentpunkten abgestellt werden, weil das Basisjahr bei einer Veränderung in Prozent keine Rolle spielt. Nur bei einer Veränderung in Prozentpunkten ist das Basisjahr maßgebend, z. B. Basisjahr = 2000<sup>8</sup>.

### 3. 2 Eine Schiedsgutachter-Klausel kann Streit schlichten

Auch wenn man sich zu Beginn des Mietverhältnisses noch so gut versteht, sollte man trotzdem daran denken, dass sich das irgendwann auch ändern könnte. Deshalb sollte der Mietvertrag unbedingt eine Vereinbarung enthalten, wonach die neue Miethöhe auch von einem beliebigen Dritten i. S. v. § 317 BGB bestimmt werden kann. Eine derartige Vereinbarung hilft dann weiter, wenn sich Vermieter und Mieter nicht über die neue Miethöhe einigen können. Hier hilft der unabhängige Schiedsgutachter weiter, indem er die neue Miethöhe für beide Seiten verbindlich festsetzt.

*Formulierungshilfe:*

„Einigen sich die Vertragsparteien nicht über die künftige Miethöhe, so entscheidet ein auf Antrag einer oder beider Parteien von der Industrie- und Handelskammer zu benennender Sachverständiger als Schiedsgutachter gem. § 317 BGB nach billigem Ermessen darüber, ob und in welcher Höhe eine Änderung der Miete eintreten soll. Die Kosten des Verfahrens trägt jede Partei zur Hälfte. Die neue Miete ist alsdann vom Ersten des auf den Tag der Antragstellung folgenden Monats für beide Parteien verbindlich und ggf. nachzuentrichten.“<sup>9</sup>

### 3. 3 Sinn und Zweck des Schiedsgutachtens

Schiedsgutachten werden aufgrund einer vorherigen Vereinbarung der streitenden Parteien angefertigt, wenn sich Probleme nicht mehr eigenständig schlichten lassen. Der von beiden Seiten akzeptierte Sachverständige soll durch sein Gutachten eine Einigung herbeiführen, ohne lange Verfahrenzeiten und ohne dass ein Gericht bemüht werden muss. Trotzdem lässt die Schiedsgutachtenabrede im Einzelfall die gerichtliche Überprüfung offen. In der Praxis ist die fachliche Schiedsgutachter-

funktion nachweislich sehr erfolgversprechend, weil hier den Parteien ein Weg angeboten wird, ihren Konflikt ohne Risiken, ohne lange Laufzeiten und mit überschaubaren Kosten einvernehmlich beizulegen<sup>10</sup>.

Auch wenn hier und da schon der Einwand hörbar wurde, man sei dem Schiedsgutachter mehr oder weniger auf Gedeih und Verderb ausgeliefert, hat er sich streng neutral zu verhalten. Er muss in seinem Gutachten nachvollziehbar und nachprüfbar erläutern, wie sich die neue Miethöhe berechnet<sup>11</sup>. Dazu muss er beispielsweise auch angeben, welche Vergleichsmieten und Vergleichsobjekte er herangezogen hat. Sofern derartige Angaben im Gutachten fehlen, ist es natürlich wertlos<sup>12</sup>. Die Entscheidung des Schiedsgutachters hat rechtsgestaltende Wirkung, was nichts anderes bedeutet, als dass er die neue Miete für beide Vertragspartner verbindlich festlegt. Selbst wenn man das Mietgutachten für falsch hält, darf es die eine oder andere Vertragspartei nicht einfach ignorieren. Wer mit der neuen Miete nicht einverstanden ist, kann das Gutachten nach § 318 BGB nur vor Gericht zu Fall bringen. Ansonsten sind Vermieter und Mieter daran gebunden<sup>13</sup>. Eine Klage gegen die Entscheidung des Gutachters wird nur dann Erfolg haben, wenn sie grob unbillig ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Ergebnis offenbar, d. h. für einen sachkundigen und unbefangenen Beobachter aufdrängend unrichtig ist<sup>14</sup>. Im Streitfall hat das Gericht die Miethöhe gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zu bestimmen<sup>15</sup>.

Wenn es in der Leistungsvorbehaltsklausel heißt, dass bei Veränderung des gewählten Index beide Vertragspartner berechtigt sind, die Aufnahme von Verhandlungen über eine Neufestsetzung der Miete zu verlangen, kann das nach Ansicht des 3. Senats des OLG Frankfurt auch dazu führen, dass der beauftragte Schiedsgutachter sogar berechtigt sein kann, eine niedrigere als die bisher vereinbarte Miete festzusetzen<sup>16</sup>. Solch ein Fall könnte beispielsweise eintreten, wenn zwar der Verbraucherpreisindex gestiegen, hingegen das allgemeine Mietniveau gesunken wäre. Andererseits vertritt der 2. Senat des OLG Frankfurt das genaue Gegenteil: Wenn bei einer Indexsteigerung Verhandlungen über die Neufestsetzung der Miete vereinbart seien, könne die neue Miete nur in der gleichen Bewegungsrichtung der Bezugsgröße erfolgen, da sonst der Zweck der Klausel unterlaufen würde. Wenn demnach der Index gestiegen sei, könne dementsprechend die Miete auch nur steigen<sup>17</sup>. Auch das OLG Celle ist bei einer „Wertsicherungsklausel“ der Auffassung, dass eine Mietneufestsetzung nur in Richtung der Bezugsgröße gerechtfertigt sei<sup>18</sup>. Nach anderer Ansicht des OLG Köln könne sich trotz Erhöhung der Bezugsgröße je nach Entwicklung des Gewerberaumietmarkts eine gleich bleibende oder sogar eine geringere Miete ergeben<sup>19</sup>.

Bei der Formulierung einer Schiedsgutachterklausel könnte man auch festlegen, an welchen Gesichtspunkten sich der

5) Palandt, BGB, Rdnr. 34 zu § 245.

6) OLG Hamburg, Urteil v. 6. 2. 1985 – 4 U 30/84, WuM 1986, 82 = ZMR 1985, 237 = DWW 1985, 99.

7) Schultz, Wertsicherung im Gewerberaumietrecht, NZM 2000, 1135.

8) www.destatis.de/download/d/preis/allg\_info.pdf.

9) Im Sachverständigenverzeichnis der IHK stehen geeignete bestellte und vereidigte Sachverständige in ganz Deutschland, <http://svv.ihk.de>.

10) Im Internet findet man ein detailliertes Mustergutachten des Sachverständigen B. Kothe: [www.immo-wert-kothe.de/index.php?option=com\\_content&task=view&id=27&Itemid=56](http://www.immo-wert-kothe.de/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=56).

11) BGH, Urteil v. 16.11.1987 – II ZR 111/87, MDR 1988, 381.

12) BVerfG, Beschluss v. 11.10.1994 – 1 BvR 1398/93, WuM 1994, 661 = ZMR 1995, 7 = DWW 1994, 381.

13) OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 3.12.1998 – 3 U 257/97, WuM 1999, 31 = ZMR 1999, 244 = NZM 1999, 118.

14) BGH, Urteil v. 21. 4. 1993 – XII ZR 126/91, NJW-RR 1993, 1034.

15) BGH, Urteil v. 20. 6. 1997 – V ZR 39/96, WuM 1997, 545 = ZMR 1997, 501 = NJW 1997, 2671.

16) OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 3.12.1998 – 3 U 257/97, WuM 1999, 31.

17) OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 10.11. 2000 – 2 U 228/99, NZM 2001, 526.

18) OLG Celle, Urteil v. 5. 4. 2001 – 2 U 196/00, NZM 2001, 468 = ZMR 2001, 527.

19) OLG Köln, Urteil v. 9. 4. 1999 – 3 U 84/98, ZMR 1999, 633.

Schiedsgutachter zu orientieren hat. Aus einer Seminarunterlage zum Fachanwalts-Lehrgang Miet- und WEG-Recht ist hierzu zu entnehmen: Wird eine „Anpassung“ der Miete bei Erreichen des vertraglich vorgesehenen Stellenwerts vereinbart, so sind die Äquivalenzvorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss auch für die Veränderung der Miete maßgebend. War die Miete bei Vertragsbeginn im Vergleich zur marktüblichen Miete höher oder niedriger, so ist dieses Verhältnis auch bei der neuen Miete einzuhalten. Wird der Begriff der „Neufestsetzung“ gewählt, ist bei Erreichen der Miete die dann geltende Marktmiete festzustellen und vertraglich zu vereinbaren. Da bei beiden Klauseltypen letztlich eine starke Anknüpfung an die Marktmiete stattfindet, können sich erhebliche Verwerfungen für eine der Vertragsparteien ergeben. Daher sollte man entweder den Abänderungsrahmen begrenzen oder Sonderkündigungsrechte vorsehen<sup>20</sup>.

Nach einer neueren Entscheidung des BGH zur Auslegung einer Schiedsgutachterklausel ist der Sachverständige verpflichtet, die im konkreten Fall vertraglich angemessene Miete zu bestimmen; nicht hingegen soll er die ortsübliche Miete ermitteln<sup>21</sup>. Zu urteilen war über eine Schiedsgutachterklausel, wonach der Sachverständige „nach billigem Ermessen“ entscheide. Nach Ansicht des BGH war der Sachverständige durch diese Klausel nicht auf die ortsübliche Miete festgelegt. Von Bedeutung ist diese Entscheidung vor allem für Mietverhältnisse, bei denen eine Miete vereinbart wurde, die erheblich von der ortsüblichen Miete abweicht.

Davon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, wonach über die Grundmiete nach gewisser Zeit neu verhandelt werden soll, ohne dass es auf die Veränderung eines Index ankommt. Sofern hier die Ausgangsmiete die ortsübliche war, kann als Ergebnis der Neuverhandlung ebenfalls nur die ortsübliche Miete als angemessen betrachtet werden<sup>22</sup>.

Es lässt sich auch verhindern, dass der Schiedsgutachter trotz Anstiegs des Vergleichsindex die neue Miete nach unten korrigiert. Dazu muss es in der Indexklausel lediglich heißen: „Die bisherige Miete ist zugleich die Mindestmiete.“ Dieser Wortlaut gewährleistet auch, dass sich die Miete bei einer Indexsenkung nicht nach unten reduziert. Man kann nämlich beim Leistungsvorbehalt eine Mietminderung ausschließen, sofern der Index sinken oder sich das allgemeine Mietniveau vermindern sollte. Anders bei einer automatischen Gleitklausel: Hier führt jede Indexverminderung im vereinbarten Umfang automatisch zu einer Mietreduzierung.

### 3. 4 Der Preis des Gutachtens ist dispositiv

Das Honorar für einen Schiedsgutachter wird – wie bei privaten Aufträgen üblich – bereits zum Zeitpunkt der Beauftragung vereinbart, wobei nur Aufwandspauschalen für Zeiteinheiten Sinn machen. Die Kostenverteilung unter den Vertragspartnern ergibt sich normalerweise aus der Schiedsgutachtenklausel des Mietvertrags. Denkbar ist auch die fallbezogene Quotelung durch den Schiedsgutachter. In den meisten Fällen sind die Kosten eines Schiedsgutachtens deutlich günstiger als die eines Rechtsstreits.

Weil das Mietgutachten keine Leistung i. S.v. § 34 HOAI ist und es für das Honorar keine amtliche Honorartabelle gibt, lässt es sich vom Prinzip her mit dem Gutachter frei aushandeln – so genannter Grundsatz der freien Honorarvereinbarung. Der Gutachter wird sich bei seiner Honorarforderung an der Miethöhe, der Art seiner Ermittlungen und des Arbeitsumfangs ausrichten. Ein Anhaltspunkt für das Stundenhonorar kann § 6 HOAI sein. Das sind derzeit bis zu 82 €/Stunde. Neben einem Pauschalpreis ist auch ein Honorar in Höhe eines gewissen Prozentsatzes vom ermittelten Mietwert, bezogen auf ein Jahr, möglich. Sollte beim Auftrag für das Mietgutachten keine Honorarvereinbarung geschlossen worden sein, gilt nach dem BGB die übliche Vergütung als vereinbart. Einen Anhaltspunkt für das Honorar kann auch die Honorartabelle von Dröge geben<sup>23</sup>.

### 3. 5 Zeitpunkt für die Mieterhöhung

Der Mietvertrag sollte den Fälligkeitszeitpunkt für die neue Miete eindeutig regeln. Nachdem ein Leistungsvorbehalt voraussetzt, dass die neue Miethöhe „ausgehandelt“ wird, kann der Vermieter einen höheren Betrag frühestens ab dem Zeitpunkt fordern, ab dem er die Mieterhöhung ins Gespräch gebracht hat<sup>24</sup>. Frühestens zu diesem Zeitpunkt muss der Mieter mit einer Mieterhöhung rechnen. Ein späterer Zeitpunkt erscheint nicht sachgerecht. Insbesondere dürfte es für den Vermieter nicht hinnehmbar sein, wenn die neue Miethöhe erst nach Abschluss der Preisverhandlungen wirksam würde. Sonst hätte es ja der Mieter in der Hand, die Verhandlungen bis zum Sankt-Nimmerleins-Tag hinauszuzögern, um ja keine höhere Miete zahlen zu müssen. Andererseits ist es auch so, dass sich der Vermieter schon regen muss, wenn die Voraussetzungen für Neuverhandlungen gegeben sind. Wer hier zuwartet, kann etliche Zeit später selbstverständlich keine rückwirkende Mieterhöhung fordern. Zur Zahlung fällig wird die neue Miete – rückwirkend auch für die Zeit ab dem ersten Mieterhöhungsverlangen – erst ab deren verbindlicher Feststellung.

### 3. 6 Was spricht für und gegen einen Leistungsvorbehalt?

Ein Leistungsvorbehalt bedarf keiner Genehmigung. Vermieter wünschen aber meistens eine Wertsicherungsklausel mit automatischer Mietpreisänderung. Hingegen sind Mieter mehr an einem Leistungsvorbehalt interessiert. Es gibt keine Vorgaben bezüglich der Laufzeit des Vertrags, sodass der Vermieter auch nicht für mindestens 10 Jahre auf sein Kündigungsrecht verzichten muss. Ob das ein Vor- oder ein Nachteil ist, zeigt sich erst am konkreten Fall.

Als Nachteil muss der Vermieter in Kauf nehmen, dass sich die Miete nicht automatisch erhöht. Und wenn er Verhandlungen mit seinem Mieter scheut oder gar vergisst, bekommt er auch keinen Aufschlag. Hingegen braucht sich der Mieter bei einem Indexanstieg von sich aus gar nicht zu melden und kann gelassen dem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters entgegensehen. Der umgekehrte Fall – ein Anlass zur Mietsenkung – ist eher unwahrscheinlich.

### 4. Die Spannungsklausel

Eine Spannungsklausel gemäß § 1 Nr. 2 PrKV ist eine Wertsicherungsklausel, bei der die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im Wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind. Eine solche Klausel ist nicht an eine mindestens 10-jährige Vertragslaufzeit gebunden.

Die Spannungsklausel ist genehmigungsfrei, was sich ausdrücklich aus § 1 Nr. 2 PrKV ergibt. Das war auch schon unter der Geltung des früheren § 3 WährG so. Entscheidend für die Genehmigungsfreiheit ist die „Gleichartigkeit“ der Leistungen. Die Bezugsgröße muss also immer eine im Wesentlichen gleichartige oder zumindest vergleichbare Leistung sein<sup>25</sup>. Beispiel: Die Miete soll sich jeweils der vergleichbaren Miete für gewerblich genutzte Räume gleicher Art und Lage anpassen. Faktisch koppelt man über eine Spannungsklausel die Miethöhe an die Entwicklung der ortsüblichen Vergleichsmiete.

*Formulierungshilfe:*

„Sollten sich am 1. Dezember eines Jahres die Mieten in der Gemeinde für Mietobjekte gleicher Art, Lage und Ausstattung gegenüber dem Berechnungspreis von ... €/m<sup>2</sup> nach Auskunft der Industrie- und Handelskammer um ... Prozent oder mehr

20) [www.goerg.de/service/downloads](http://www.goerg.de/service/downloads).

21) BGH, Urteil v. 29.1.2003 – XII ZR 6/00, NZM 2003, 358.

22) OLG Köln, Urteil v. 29.11.2000 – 11 U 153/98, GuT 2002, 133.

23) Ferdinand Dröge, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn- und Gewerbebau, Luchterhand Verlag, 3. Auflage 2005 und [www.ferdinand-droege.de/Honorar/Mietwert/Gewerbe/gewerbe.html](http://www.ferdinand-droege.de/Honorar/Mietwert/Gewerbe/gewerbe.html).

24) BGH, Urteil v. 26.5.1978 – V ZR 82/76, WPM 1978, 1133.

25) BGH, Urteil v. 2.2.1983 – VIII ZR 13/82, NJW 1983, 1909 = ZMR 1983, 269 und Urteil v. 16.4.1986 – VIII ZR 60/85, ZMR 1986, 278 = WuM 1986, 274; OLG Hamburg, Urteil v. 6.2.1985 – 4 U 30/84, WuM 1986, 82 = ZMR 1985, 237 = DWW 1985, 99.

verändert haben, so verändert sich die vereinbarte oder zuletzt festgesetzte Miete vom Beginn des folgenden Kalenderjahres an im gleichen prozentualen Verhältnis.“

Sofern die Bezugsgröße allerdings nicht vergleichbar ist, wie beispielsweise die Entwicklung der Hypothekenzinsen, des Beamtengehalts, der Grundstückswerte oder des Baukostenindex, liegt keine genehmigungsfreie Spannungsklausel vor; dann ist die Klausel genehmigungspflichtig. Das gilt auch, wenn sich die gewerbliche Miete entsprechend der Entwicklung der Wohnungsmieten ändern soll, weil Wohnungsmieten und Gewerbemieten grundsätzlich nicht miteinander vergleichbar sind<sup>26</sup>. Die Spannungsklausel wird gleichfalls genehmigungspflichtig, wenn man auf einen anderen Mietvertrag Bezug nimmt, der seinerseits eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel enthält<sup>27</sup>. Genehmigungsfrei bleibt jedoch eine Spannungsklausel, die ausschließlich auf eine Erhöhung der Miete ausgerichtet ist<sup>28</sup>.

In Gewerbemietverträgen werden Spannungsklauseln selten vereinbart, weil es sehr schwer ist, geeignete vergleichbare Mietobjekte zu finden. Daher ist von einer Spannungsklausel eher abzuraten.

## 5. Die automatische Indexklausel

### 5.1 Bei einer Standardklausel entfällt das Genehmigungsverfahren

Bis einschließlich 31.12.1998 musste noch jede Indexklausel mit automatischer Mieterhöhung gemäß § 3 WährG durch die Landeszentralbank genehmigt werden. Seit 1.1.1999 kann man sich das Genehmigungsverfahren ersparen und seinen Mietvertrag schneller unter Dach und Fach bringen. Davon profitiert aber nur, wer gewisse gesetzliche Vorgaben einhält. Nur dann gilt die Indexklausel nach § 4 Abs.1 PrKV als allgemein genehmigt; man spricht auch von der Genehmigungsfiktion.

Wie bereits oben erwähnt, gilt dies nur für Gewerberäume. Überwiegt bei einem Mischmietverhältnis die gewerbliche Nutzung, so ist auf eine Indexklausel die Preisklauselverordnung anzuwenden<sup>29</sup>. Liegt hingegen das Schwergewicht bei der Wohnnutzung, gilt das Wohnraummietrecht und der Inhalt der Indexklausel hat sich an § 557b BGB zu orientieren.

Vertragsklauseln in Miet- und Pachtverträgen, nach denen die Änderung bestimmter Wertmesser (Indizes) automatisch die Änderung der Miete nach sich ziehen soll, unterliegen grundsätzlich der Genehmigungspflicht nach § 2 PrAKG i.V.m. der PrKV. Vom Grundsatz her besteht ein Indexverbot mit Genehmigungsvorbehalt. Nach § 4 Abs.1 PrKV gelten Indexklauseln in Miet- und Pachtverträgen über nicht zu Wohnzwecken genutzte Gebäude oder Räume jedoch als genehmigt, sofern die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Es wird eine der in § 4 Abs.1 Nr.1 PrKV genannten Bezugsgrößen verwendet.
- Der Vermieter oder Verpächter verzichtet für die Dauer von mindestens 10 Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung oder der Mieter oder Pächter hat das Recht, die Vertragsdauer auf mindestens 10 Jahre zu verlängern.

Gemäß § 2 Abs.1 PrKV muss die Preisklausel hinreichend bestimmt sein. Die Klausel muss erkennen lassen, welche Preise oder Werte für den Wertmesser bestimmend sein sollen. Eine Ausrichtung „an der allgemeinen wirtschaftlichen Lage“ oder „am allgemeinen Preisgefüge“ reicht beispielsweise nicht aus. Von den nach § 4 Abs.1 Nr.1 PrKV zulässigen Wertmessern spielt der Preisindex die wichtigste Rolle. Gemäß § 4 Abs.1 Nr.1a PrKV sind das

- der vom Statistischen Bundesamt ermittelte Verbraucherpreisindex für Deutschland – VPI (früher: Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte für Deutschland)
- der von einem Statistischen Landesamt ermittelte Preisindex für die Gesamtlebenshaltung
- der Verbraucherpreisindex (HVPI) des Statistischen Amtes der Europäischen Gemeinschaft (Eurostat).

Welcher dieser drei Indizes ist nun der bessere oder der richtige? Primär gibt es keinen guten oder schlechten Index. Ohne Einschränkung kann man sich einen dieser zulässigen Indizes auswählen. Nach einer Empfehlung des Statistischen Bundesamts sollte allerdings der für ganz Deutschland ermittelte Preisindex „VPI“ verwendet werden. Er gibt die Preisentwicklung in Deutschland zumindest genauer an als der Europäische Index HVPI, der erst seit 1999 als Bezugsgröße zulässig ist und sich auf den Bereich der gesamten Europäischen Union bezieht<sup>30</sup>.

### 5.2 Keine unangemessene Benachteiligung einer Vertragspartei

Einseitigkeitsklauseln sind unzulässig und keiner darf benachteiligt werden. Eine derartige Klausel, die entweder den Vermieter oder den Mieter unangemessen benachteiligt, verstößt gegen § 2 Abs. 2 Nr.1 PrKV und ist unwirksam. Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere dann vor, wenn der Anstieg des Preisindex zwar die Miete noch oben treibt, sein Absinken aber nicht die Miete vermindert.

Auch eine Klausel, die nur einem Vertragspartner das Recht zubilligt, eine Anpassung zu verlangen, ist unzulässig, weil dieser nur dann davon Gebrauch machen wird, wenn sich dies für ihn günstig auswirkt. Einseitigkeit liegt auch vor, wenn nur eine Vertragspartei das Recht hat, im jeweiligen Anpassungszeitpunkt zwischen mehreren Wertmessern zu wählen. Dies würde ihr die Möglichkeit geben, immer denjenigen Index auszuwählen, der sich stärker auf die Höhe der Geldschuld als auf ihre Ermäßigung auswirkt.

Ebenfalls unzulässig ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 PrKV eine Klausel, wonach sich die Miete gegenüber der Änderung des Preisindex überproportional ändert. Dies bedeutet, dass eine Mietanpassung maximal in der Höhe zulässig ist, in der sich der Preisindex geändert hat. Wenn beispielsweise der Preisindex um 5 Prozent gestiegen ist, darf die Miete ebenfalls nur um maximal 5 Prozent erhöht werden.

Auch wer Punkte mit Prozent koppelt, hat eine unzulässige Klausel. Beispiel: Eine Klausel, wonach eine Indexänderung um 5 Punkte zu einer Mieterhöhung um 5 Prozent führen soll, ist unzulässig, weil 5 Punkte weniger sind als 5 Prozent. Das wäre ausnahmsweise nur bei einem Ausgangsindex von genau 100 identisch.

Nachdem die Genehmigungsvoraussetzungen des § 2 PrKV sowohl für die Genehmigungsvorschrift des § 3 PrKV als auch für die Genehmigungsfiktion nach § 4 PrKV gelten, können solchermaßen unzulässige Klauseln auch nicht im Wege einer Einzelgenehmigung legalisiert werden.

#### Formulierungshilfe Indexklausel:

„Ändert sich der vom Statistischen Bundesamt ermittelte Verbraucherpreisindex für Deutschland – VPI gegenüber dem für den Monat des Mietbeginns veröffentlichten Index um mindestens 5 Prozent, so ändert sich automatisch die Miete im gleichen Verhältnis. Die Änderung der Miete wird ab dem auf die Änderung des Index folgenden Monat wirksam. Bei jeder weiteren Indexänderung gegenüber der jeweils letzten Änderung der Miete ist diese Regelung entsprechend anwendbar.“

Üblicherweise werden Indexklauseln verwendet, wonach die Miete erst dann angepasst wird, wenn der Index beispielsweise um 5 Prozent gestiegen ist. Man kann aber auch eine jährli-

26) Gather, Ausgewählte Fragen des gewerblichen Mietrechts, DWW 2002, 54; Lützenkirchen, Wegfall der Preisindizes für spezielle Haushaltstypen ab 1.1.2003, NZM 2001, 835 mit zustimmendem und ablehnendem Literaturnachweis.

27) BGH, Urteil v. 2.2.1983 – VIII ZR 13/82, NJW 1983, 1909 = ZMR 1983, 269.

28) BGH, Urteil v. 26.11.1975 – VIII ZR 267/73, MDR 1976, 310 = NJW 1976, 422.

29) BGH, Urteil v. 16.4.1986 – VIII ZR 60/85, WuM 1986, 274 = MDR 1986, 842 = ZMR 1986, 278.

30) Der zuständige Referent des Statistischen Bundesamts hat dem Autor in einem ausführlichen Telefonat die derzeitigen Nachteile des HVPI beschrieben.

che Mietanpassung vereinbaren. Dann sollte es heißen: „Ändert sich der vom Statistischen Bundesamt ermittelte Verbraucherpreisindex für Deutschland – VPI gegenüber dem Vorjahr, so ändert sich, ohne dass es einer Änderungserklärung bedarf, die Miete automatisch zum 1. Januar des nächsten Jahres im gleichen Verhältnis.“

Wer auf Nummer sicher gehen will, ob es sich bei seiner Indexklausel auch wirklich um eine allgemein genehmigte Standardklausel nach § 4 PrKV handelt, kann bei der zuständigen Genehmigungsbehörde ein so genanntes Negativattest einholen. Es genügt in diesem Fall ein formloses Anschreiben mit einer Kopie des unterschriebenen Mietvertrags an das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle<sup>31</sup>. Das Bundesamt prüft in diesem Zusammenhang auch die langfristige Bindung des Vermieters unter dem Gesichtspunkt des Schriftformerfordernisses<sup>32</sup>. Insbesondere greift die Genehmigungsfiktion nicht, wenn die von den Parteien erstrebte langfristige Bindung wegen Verfehlers der gesetzlich gebotenen Schriftform scheitert<sup>33</sup>.

### 5. 3 Die Miete erhöht sich automatisch

Der Vorteil der allgemein genehmigten Standardklausel liegt auf der Hand: Sobald sich der vereinbarte Index um die maßgebende Größe ändert, ändert sich auch die Miete automatisch<sup>34</sup>. Wenn also beispielsweise der gewählte Preisindex wie vereinbart um 5 Prozent gestiegen ist, erhöht sich die Miete automatisch um 5 Prozent. In diesem Fall wirkt ein Erhöhungsverlangen des Vermieters nicht konstitutiv für den Eintritt der Mieterhöhung, sondern bestimmt lediglich den Fälligkeitszeitpunkt<sup>35</sup>. Die Parteien können auch vereinbaren, dass die Mieterhöhung erst wirksam wird, wenn dem Mieter zusätzlich noch eine Erhöhungserklärung in schriftlicher Form zugeht. Auch kann die Mieterhöhungsautomatik bei Mängeln der Mietsache (vorübergehend) nicht durchsetzbar sein<sup>36</sup>.

Liegen die Voraussetzungen für eine automatische Mieterhöhung vor, sollte der zur Abgabe des Zahlungsverlangens berechnete und verpflichtete Vermieter alsbald tätig werden. Sofern er die Zahlungsaufforderung längere Zeit vor sich herschiebt, könnte sein Anspruch gemäß § 242 BGB verwirken. Denn wenn der Vermieter längere Zeit schweigt, darf der Mieter unter Umständen darauf vertrauen, dass er die höhere Miete nicht schuldet<sup>37</sup>. Allerdings müssen über den Zeitablauf hinaus noch besondere Umstände im Verhalten des Vermieters vorliegen, die die Feststellung rechtfertigen, der Mieter habe darauf vertrauen dürfen, dass der Vermieter seine Forderung nicht mehr geltend mache. Beispiel: Sofern weder der Vermieter noch der Mieter bemerkt haben, dass eine automatische Mietanpassung eingetreten ist, und man erst nach Jahren darauf aufmerksam wurde, darf der Vermieter die Mieterhöhung einfordern<sup>38</sup>. Im Falle einer automatischen Mietanpassung allein durch Indexveränderung soll nach Ansicht des OLG Celle selbst nach Ablauf von mehr als sechs Jahren der Mieterhöhungsanspruch nicht verwirkt sein, weil sich der Mieter selbst über das Eintreten der Anpassungsvoraussetzungen aus den allgemein zugänglichen Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamts informieren konnte<sup>39</sup>.

Ein Erhöhungsanspruch könnte allerdings dann verwirkt sein, wenn der Vermieter über einen längeren Zeitraum hinweg die Mieterhöhung nicht verlangt und der Mieter darauf vertrauen darf, dass an ihn keine Nachforderung mehr gestellt wird. Dazu ein – eher atypisches – Beispiel aus der Rechtsprechung: Sein erstes Mieterhöhungsverlangen hat der Vermieter bereits zwei Monate nach der Indexveränderung geltend gemacht. Auf eine zweite Mieterhöhungsmöglichkeit hat er sogar ausdrücklich verzichtet. Und nach der dritten Erhöhungsmöglichkeit hat er sich vier Jahre lang nicht gemeldet. Weil der Vermieter sowohl auf seinen ersten als auch seinen zweiten Mieterhöhungsanspruch kurzfristig reagiert hatte, sich allerdings beim dritten Erhöhungsanspruch vier Jahre lang Zeit gelassen hatte, kann er diesen wegen Verwirkung nicht mehr durchsetzen. Er hätte sich einfach früher regen müssen. Weil er nämlich im Gegensatz zu früher so lange geschwiegen hatte, konnte der Mieter davon aus-

gehen, dass sein Vermieter trotz der Möglichkeit einer Mehrforderung auch weiterhin mit der bisherigen Miete zufrieden sein werde<sup>40</sup>.

Wenn die Voraussetzungen zur Mietanpassung vorliegen, könnte der Vermieter seine Forderung auch in zwei Schritten geltend machen. Beispiel: Bei eingetretener Indexerhöhung von monatlich 100 € ab 1. 8. 2006 könnte der Vermieter z. B. zunächst nur 65 € mehr fordern und in einem zweiten Schritt ab 1. 1. 2007 die restlichen 35 € geltend machen. Allerdings wäre die Mieterhöhung aus der 2. Stufe dann nicht mehr rückwirkend zum 1. 8. 2006 zu beanspruchen<sup>41</sup>.

### 5. 4 Folgen einer frühen Vertragskündigung des Mieters

Wurde ein Mietvertrag mit einer Standard-Indexklausel auf unbestimmte Zeit geschlossen und hat der Vermieter für die Dauer von zehn Jahren auf sein ordentliches Kündigungsrecht verzichtet, wirkt sich eine Vertragskündigung des Mieters vor Ablauf von zehn Jahren nicht auf die Wirksamkeit der Indexklausel aus. Denn nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 PrKV muss nur der Vermieter für zehn Jahre auf sein Kündigungsrecht verzichten. Für den Mieter gilt diese zeitliche Beschränkung nicht. Auf die tatsächliche Dauer der Vertragslaufzeit kommt es auch nicht an bei einer fristlosen Kündigung gemäß § 543 BGB durch den Vermieter wegen einer erheblichen Vertragsverletzung des Mieters<sup>42</sup>.

### 5. 5 Diese Wertsicherungsklauseln bedürfen einer Genehmigung

In der PrKV sind neben den genehmigungsfreien Indexklauseln und den allgemein genehmigten Standardklauseln auch noch genehmigungspflichtige Indexklauseln geregelt<sup>43</sup>. Welche Wertsicherungsklauseln nur mit einer Einzelgenehmigung wirksam sind, ergibt sich aus § 3 PrKV. Dabei müssen auch die allgemeinen Genehmigungsvoraussetzungen des § 2 PrKV gegeben sein. Nur mit Genehmigung geht es beispielsweise, wenn die Miete von der künftigen Entwicklung von Löhnen, Gehältern, Ruhegehältern oder Renten abhängig gemacht wird. Liegen die Voraussetzungen der Genehmigungsfiktion des § 4 Abs. 1 PrKV allerdings nicht vor, kommt auch keine Genehmigung über einen Rückgriff auf § 3 PrKV in Betracht. Den Verwendern kann man daher nur den Rat geben: Nach Möglichkeit sollte man nur eine bereits nach § 4 Abs. 1 PrKV allgemein genehmigte Wertsicherungsklausel vereinbaren. Nur so erspart man sich das bürokratische Genehmigungsverfahren und vermeidet die Unwirksamkeit seiner Indexklausel.

Für eine genehmigungspflichtige Wertsicherungsklausel – das ist jede Klausel, die nicht nach § 1 PrKV genehmigungsfrei oder nach § 4 Abs. 1 PrKV als allgemein genehmigt gilt – ist beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle eine Einzelgenehmigung zu beantragen. Hierzu genügt ein formloser

31) Frankfurter Straße 29–35, 65760 Eschborn; www.bafa.de; E-Mail: Indexierungskontrolle@bafa.bund.de; Telefon: 0 61 96/908-479; Telefax: 0 61 96/908-558.

32) Vgl. dazu Nr. 7 des BAFA-Merkblatts.

33) OLG Rostock, Urteil v. 10. 1. 2005 – 3 U 61/04, NZM 2005, 506.

34) BGH, Urteil v. 10. 10. 1979 – VIII ZR 277/78, WuM 1981, 66 = ZMR 1980, 83 = NJW 1980, 589.

35) OLG Celle, Urteil v. 9. 5. 2001 – 2 U 236/00, GuT 2002, 41.

36) OLG Düsseldorf, Urteil v. 7. 10. 1993 – 10 U 3/93 WuM 1994, 324 = MDR 1994, 371 = NJW-RR 1994, 399.

37) OLG Düsseldorf, Urteil v. 23. 10. 1997 – 10 U 47/97 WuM 1999, 172 = ZMR 1998, 89.

38) OLG Düsseldorf, Urteil v. 18. 3. 1999 – 10 U 113/98, ZMR 2002, 34 = NZM 2001, 892; rechtskräftig infolge Nichtannahme der Revision durch Beschluss des BGH v. 10. 1. 2001 – XII ZR 115/99.

39) OLG Celle, Urteil v. 9. 5. 2001 – 2 U 236/00, GuT 2002, 41.

40) OLG Düsseldorf, Urteil v. 18. 3. 1999 – 10 U 113/98, ZMR 2002, 34 = NZM 2001, 892.

41) OLG Koblenz, Urteil v. 18. 7. 1996 – 5 U 67/96, NJWE-MietR 1997, 131.

42) BGH, Urteil v. 2. 5. 1979 – VIII ZR 125/78 WuM 1979, 210 = ZMR 1979, 268 = BB 1979, 860; OLG Rostock, Urteil v. 10. 1. 2005 – 3 U 61/04, NZM 2005, 506 = OLGR Rostock 2005, 486.

43) Aus gutem Grund geht der Autor nicht näher auf die genehmigungspflichtigen Wertsicherungsklauseln ein, weil die Vertragspartner auf die einfachere Klausel mit Genehmigungsfiktion verwiesen werden sollen.

Genehmigungsantrag, dem man eine Kopie des vollständigen und unterschriebenen Mietvertrags beifügen muss. Das Genehmigungsverfahren ist gebührenfrei.

### 5. 6 Alte Genehmigungen gelten auch weiterhin

Gemäß § 8 Satz 1 PrKV gelten alle nach dem früheren § 3 WährG erteilten Genehmigungen für laufende Verträge auch heute noch unbefristet weiter. Damit ist klar, dass eine genehmigte Indexklausel nicht geändert werden muss, nur weil seit 1. 1. 1999 das neue Gesetz gilt. Auf der anderen Seite ist es so: Sofern die Landeszentralbank eine beantragte Genehmigung entsprechend der bis 31. 12. 1998 geltenden Gesetzeslage rechtsunwirksam versagt hat, bleibt es bei dieser Ablehnung. Eine solcherart bestandskräftig versagte Klausel kann auch nicht nach dem neuen Recht geheilt werden.

Etwas komplizierter ist es mit einer Indexklausel, die vor 1999 geschlossen, aber der Landeszentralbank niemals zur Genehmigung vorgelegt wurde. Ist diese Klausel heute unwirksam oder muss sie nachträglich nach der neuen PrKV genehmigt werden? Hier gibt es zwei unterschiedliche Lösungen. Sofern diese Klausel den Anforderungen des neuen § 4 Abs. 1 PrKV entspricht, gilt sie heute über die Genehmigungsfiktion als allgemein genehmigt. Das ermöglicht sogar die rückwirkende Anpassung der Miete, weil die zunächst schwebend unwirksame Vertragsklausel mit dem 1. 1. 1999 als von Anfang an wirksam wurde<sup>44</sup>. Wird die Klausel jedoch nicht von § 4 Abs. 1 PrKV gedeckt, bedarf sie auch noch heute der nachträglichen Genehmigung des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle. Ohne Genehmigung ist sie zunächst schwebend unwirksam und bei Versagen der Genehmigung wirkungslos<sup>45</sup>.

### 5. 7 Letzte Rettung über eine ergänzende Vertragsauslegung

Was ist, wenn eine vereinbarte Indexklausel nicht genehmigungsfähig ist, die Genehmigung überhaupt nicht beantragt oder sogar verweigert wurde? Das macht eine Klausel nicht völlig unwirksam. Vielmehr ist im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung die unwirksame Klausel durch eine nicht genehmigungsbedürftige wirksame Klausel zu ersetzen<sup>46</sup>. Einer derartig ersetzten Klausel müssen beide Vertragspartner nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zustimmen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien eine Anpassung der Miete nach billigem Ermessen gewollt haben<sup>47</sup>.

Selbst wenn sich aus dem Mietvertrag keine Anhaltspunkte für eine ergänzende Vertragsauslegung ergeben würden, müsste der Mieter ersatzweise einer genehmigungsfreien Wertsicherungsklausel – in der Regel einem Leistungsvorbehalt – zustimmen<sup>48</sup>. Die Auslegung muss sich allerdings daran orientieren, was die Vertragsparteien mit der ursprünglichen – aber unwirksamen – Klausel erreichen wollten.

## 6. Rechnen mit dem Index

### 6.1 Der Index als Abbild der Preisentwicklung

Das Statistische Bundesamt, die Statistischen Ämter mancher Bundesländer und das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaft (Eurostat) ermitteln und veröffentlichen jeden Monat ihre Indizes der Verbraucherpreise. Mit dem Preisindex für die Verbraucherpreise wird die durchschnittliche Preisentwicklung aller Waren und Dienstleistungen der privaten Haushalte für Konsumzwecke ermittelt. Daraus gewinnt man Erkenntnisse zur Preisentwicklung über einen längeren Zeitraum hinweg. Dieser Index ist ein wichtiger Indikator für die Beurteilung der Geldwertstabilität.

Ein Preisindex wird nicht für einen bestimmten Stichtag, beispielsweise den 1. August 2006, sondern für einen Berichtsmonat, beispielsweise August 2006, ermittelt. Er wird monatlich veröffentlicht<sup>49</sup>.

### 6. 2 Indexrevision zum Januar 2003

Zum 1. 1. 2003 hat das Statistische Bundesamt den Preisindex für die Lebenshaltung auf das neue Basisjahr 2000 umgestellt<sup>50</sup>. Damit liegen der amtlichen Preisermittlung nun die Ver-

braucherpreise auf Basis der Verbrauchergewohnheiten des Jahres 2000 zu Grunde. Frühere Basis war das Jahr 1995. Seit der Bekanntgabe der neuen Preisindizes für das Basisjahr 2000 wird die alte Preisbasis 1995 nicht weiter berechnet.

Zugleich wurde auch der Name geändert. Was bisher unter „Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland“ bekannt war, nennt das Statistische Bundesamt jetzt „Verbraucherpreisindex für Deutschland – VPI“. Ein neuer Name – der Inhalt bleibt aber unverändert. Allerdings ist mit der neuen Preisbasis 2000 die Berechnung von Verbraucherpreisindizes für die Haushaltstypen

- 4-Personen-Haushalte von Beamten und Angestellten mit höherem Einkommen
- 4-Personen-Haushalte von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen
- 2-Personen-Rentner-Haushalte mit geringem Einkommen

ersatzlos entfallen. Gestrichen wurden auch die regionalen Preisindizes für das frühere Bundesgebiet und für die neuen Länder einschließlich Berlin-Ost. Es gibt auch keine Umrechnungsformel oder ähnliche Hilfsmittel, mit der man wenigstens den vertraglich vereinbarten Preisindex, z. B. 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalt mit mittlerem Einkommen, fortführen könnte. Für die Preisentwicklung in Deutschland wird nur noch der VPI ermittelt.

Für eine Wertsicherungsklausel in einem neuen Gewerbemietvertrag, das betrifft einerseits die Leistungsvorbehaltsklausel und andererseits die automatische Indexklausel, kann daher nur noch einer der auch in § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Nr. 1a PrKV erwähnten Preisindizes verwendet werden, nämlich

- der durch das Statistische Bundesamt ermittelte Verbraucherpreisindex für Deutschland – VPI
- der durch ein Statistisches Landesamt ermittelte Verbraucherpreisindex für ein Bundesland
- der durch das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelte Verbraucherpreisindex – HVPI.

Das Statistische Bundesamt hat den Verbraucherpreisindex für Deutschland rückwirkend auf das Jahr 2000 berechnet. Anstelle der bis zum Januar 2003 veröffentlichten Indizes auf der Basis 1995 gelten die Ergebnisse der neuen Basis 2000. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die seither auf der Basis 1995 veröffentlichten Indexzahlen rückwirkend ab Januar 2000 für ungültig erklärt und durch die Ergebnisse auf der neuen Basis 2000 ersetzt wurden. Das wurde erforderlich, weil es wegen des neuen „Warenkorb 2000“ Differenzen zu den bereits veröffentlichten Zahlen auf der alten Basis 1995 gab (sog. Revisionsdifferenzen).

### 6. 3 So wirkt sich die Indexrevision auf eine bestehende Wertsicherungsklausel aus

Erstmals für Januar 1991 hat das Statistische Bundesamt den „Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland“ berechnet. Wer in seiner vor 2003 vereinbarten Wertsicherungsklausel auf diesen Index Bezug nimmt, muss wegen der neuen Preisbasis 2000 an der Klausel nichts verän-

44) OLG Rostock, Urteil v. 4. 3. 2002 – 3 U 203/00, GE 2002, 1331; AG Koblenz, Urteil v. 31. 1. 2006 – 411 C 3042/05, ZMR 2006, 451.

45) OLG München, Urteil v. 15. 3. 1996 – 21 U 5382/95, ZMR 1996, 371.

46) OLG Hamm, Urteil v. 17. 4. 1996 – 33 U 87/95, NJWE-MietR 1996, 226; OLG Köln, Urteil v. 9. 4. 1999 – 3 U 84/98, ZMR 1999, 633; Palandt, BGB, 76. Aufl. § 245.

47) AG Torgau, Urteil v. 16. 1. 2004 – 1 C 133/03, juris-Nr. KORE419532004 mit Verweis auf die ältere BGH-Rechtsprechung; OLG Rostock, Urteil v. 10. 1. 2005 – 3 U 61/04, NZM 2005, 506.

48) BGH, Urteil v. 18. 10. 1985 – V ZR 144/84, NJW 1986, 932 = DWW 1986, 75 = MDR 1986, 304.

49) Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamts erfolgen in den Medien, im Internet unter [www.destatis.de/themen/d/thm\\_preise.htm](http://www.destatis.de/themen/d/thm_preise.htm) oder durch telefonischen Ansagedienst unter der Nummer 06 11/75-2888.

50) Mitteilung des Statistischen Bundesamts, WuM 2002, 662.

dern<sup>51</sup>. Dieser Index wird nämlich unter dem neuen Namen „Verbraucherpreisindex für Deutschland – VPI“ inhaltlich unverändert weitergeführt.

Auch wenn sich die Indexklausel auf einen weggefallenen Teilindex bezieht, beispielsweise auf den 4-Personen-Haushalt von Beamten und Angestellten mit höherem Einkommen, wird die Klausel dadurch nicht gegenstandslos. Das entspräche nämlich nicht dem Willen beider Vertragspartner bei Vertragsschluss. Denn durch die Wertsicherungsklausel sollte ja ausdrücklich die Miete an die Geldentwertung anknüpft werden.

Problemlos wird der Umstieg auf einen neuen Index, wenn der Mietvertrag den Fall eines wegfallenden Index bereits vorsieht. Wo das nicht der Fall ist, hilft die ergänzende Vertragsauslegung weiter. Fakt ist doch, dass bisher eine wirksame Indexklausel bestand. Deshalb ist man in der Literatur überwiegend der Meinung, dass der entfallene Teilindex in der Wertsicherungsklausel automatisch durch den allein fortgeführten Verbraucherpreisindex für Deutschland ersetzt wird<sup>52</sup>. Denn man kann sich nicht weiter auf einen Index beziehen, den es gar nicht mehr gibt. Dass diese Auffassung sachgerecht ist, kann man auch daraus entnehmen, dass laut Mitteilung des Statistischen Bundesamts die verschiedenen Preisindizes von 1981–2001 nahezu identisch verlaufen sind<sup>53</sup>.

Bleibt noch zu erörtern, wie sich die Indexumstellung unter dem Gesichtspunkt der Indexierungskontrolle auswirkt. Aus dem Merkblatt des Bundesamts für Wirtschaft und Ausführung ergibt sich dazu: „Bei der Masse der Miet- und Pachtverträge, die in den Geltungsbereich der Genehmigungsfiktion fallen, stellt sich die Frage der Indexierungskontrolle nicht, da ein förmliches Genehmigungsverfahren hier ohnehin nicht vorgesehen ist. Die bloße Indexumstellung lässt die in diesen Fällen kraft Gesetzes eintretende Genehmigungswirkung unberührt, denn der Verbraucherpreisindex für Deutschland ist ein zulässiger Vergleichsmaßstab.“ Soweit ist das eindeutig. Nachdem auch bei einem Leistungsvorbehalt keine Genehmigung erforderlich ist, kann auch hier problemlos der neue Index verwendet werden.

Verwirrung schafft allerdings folgender Passus des Merkblatts: „Tauschen die Parteien einen seit 2003 nicht mehr berechneten Preisindex gegen den Verbraucherpreisindex für Deutschland aus und ändern den Vertrag dementsprechend ist zu unterscheiden: Ist eine Wertsicherungsklausel, die sich auf einen „alten“ Preisindex bezieht, noch von einer Landeszentralbank genehmigt worden, so ist eine preisrechtliche Genehmigung des BAFA erforderlich, wenn die Parteien sich im Wege der Vertragsänderung auf eine Indexumstellung verständigen. Hat dagegen das BAFA die Genehmigung erteilt, dann erfasst diese auch die geänderte Klausel, die nunmehr den Verbraucherpreisindex für Deutschland als Vergleichsmaßstab hat. Das setzt allerdings voraus, dass die Parteien nicht zusätzlich wesentliche Änderungen der Wertsicherungsklausel vornehmen.“ Hierbei lässt das Bundesamt keinerlei Bezug zur Anpassung der Indexklausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung erkennen. Nachdem bei der ergänzenden Vertragsauslegung eine ausdrückliche Vertragsänderung nicht vorgenommen wird, muss man wohl zum Ergebnis kommen, dass hierzu auch

keine erneute Genehmigung erforderlich ist, selbst wenn die Ursprungsklausel noch gemäß § 3 WährG von einer Landeszentralbank genehmigt wurde.

#### 6. 4 Rechnerisches Umsteigen auf den neuen Index

Wer in seiner Indexklausel auf einen entfallenen Teilindex verweist, muss diesen alten auf den neuen Index umrechnen. Das ist allerdings für den Laien nicht machbar, weil dazu keine offiziellen Umrechnungsfaktoren veröffentlicht wurden. Deshalb hilft hier das Statistische Bundesamt weiter. Es hat hierzu ein kostenloses interaktives Programm ins Internet eingestellt, das die selbstständige Berechnung von Leistungsanpassungen bei vorhandenen Wertsicherungsklauseln ermöglicht<sup>54</sup>. Eine schriftliche Berechnungsanleitung zu diesem Programm steht als PDF-Datei zur Verfügung<sup>55</sup>, oder man kann sie unter der Telefonnummer 06 11/75-3777 anfordern. Gegen einen Kostenersatz in Höhe von 30 € schickt das Statistische Bundesamt eine schriftliche Zahlungsanpassungsberechnung. Das Formblatt dazu gibt es per Fax-Abruf unter der Telefonnummer 06 11/75-3622 oder bei der Telefon-Hotline 06 11/75-3777.

Wer seine bestehende Indexklausel anpasst und den Mietvertrag insoweit ändert, trägt dadurch allenfalls zur Klarstellung bei<sup>56</sup>. Weil die neue Preisbasis 2000 rückwirkend auf Januar 2000 berechnet wurde, kommt die neue Vertragsregelung ebenfalls ab 1.1. 2000 zur Anwendung. Bis zum 31.12.1999 bleibt es bei der seitherigen Indexänderung.

Auch die Statistischen Landesämter haben auf die Basis 2000 umgestellt und berechnen nur noch einen einheitlichen Verbraucherpreisindex für das jeweilige Bundesland. Anstelle eines entfallenen Teilindex gilt dann der Gesamtverbraucherpreis des jeweiligen Statistischen Landesamts weiter.

#### 6. 5 Umstellung der Indexveränderung von Punkte auf Prozent

In meist älteren Mietverträgen finden sich Indexklauseln, wonach die Indexveränderung nach Punkten (Prozentpunkten) ermittelt wird. Derartige Klauseln sind wenig praktikabel. Es ist besser, die Indexklausel auf eine prozentuale Anpassung umzustellen. Das wird auch vom Statistischen Bundesamt dringend empfohlen, weil bei einer Prozent-Klausel die Veränderung einer Indexreihe unabhängig vom zugrunde gelegten Preisbasisjahr ist. Für diese Umstellung ist allerdings eine schriftliche Änderung des Mietvertrags unabdingbar.

Eine Indexveränderung nach Punkten ist die Differenz zwischen dem neuen und dem alten Index. Diese einfache Subtraktion ist allerdings dann nicht möglich, wenn sich der Ausgangsindex aus der alten Basis (beispielsweise 1995) und der Erhöhungsindex aus der neuen Basis 2000 ergibt. Um eine Punkteveränderung korrekt zu ermitteln, war es bisher erforderlich, die vom Statistischen Bundesamt oder von einem Statistischen Landesamt auf der jeweiligen Originalbasis ermittelten Indexwerte auf das entsprechende alte Basisjahr umzurechnen. Dies geschah mittels Umbasierungsfaktoren, die es zukünftig allerdings nicht mehr gibt.

Vielen ist auch nicht klar, dass die Veränderung des Index in Prozent oder in Punkten gemessen werden kann und dies zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Beispiel: Eine Indexerhöhung von 104 auf 109 Punkte sind zwar 5 Punkte, aber nur 4,81 Prozent.

Es ist einfacher, auf eine Indexveränderung in Prozent abstellen. Weil das Statistische Bundesamt die Berechnung des

*Dokumentation, Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

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

51) So auch Klingmüller/Wichert, Änderungen bei den Preisindizes des Statistischen Bundesamts zum Januar 2003 und ihre Bedeutung für Wertsicherungsklauseln im Gewerberaummietrecht, ZMR 2003, 797.

52) Klingmüller/Wichert, a. a. O. mit zahlreichen zustimmenden Literaturnachweisen; so auch AG Koblenz, Urteil v. 31.1. 2006 – 411 C 3042/05, ZMR 2006, 451.

53) Mitteilung des Statistischen Bundesamts, WuM 2003, 134.

54) [www.destatis.de/wsk/](http://www.destatis.de/wsk/).

55) [www.destatis.de/basis/d/preis/preis\\_wert.php](http://www.destatis.de/basis/d/preis/preis_wert.php).

56) DNotI-Report 2003/02, [www.dnoti.de/Report/2003/rep0203.htm](http://www.dnoti.de/Report/2003/rep0203.htm).

Verbraucherpreisindex etwa alle 5 Jahre auf ein neues Preisbasisjahr umstellt, spielt das Preisbasisjahr bei einer Prozent-Klausel keine Rolle. Eine Indexveränderung in Prozent berechnet sich mit der Formel

$$\left( \frac{\text{neuer Index}}{\text{alter Index}} \times 100 \right) - 100$$

Das Ergebnis ist von der Wahl des Basisjahres unabhängig.

## 7. Zusammenfassung

Im gewerblichen Mietrecht ist eine Mieterhöhung nur nach entsprechender schriftlicher Vereinbarung möglich. Bei einem auf längere Zeit konzipierten Mietverhältnis ist einerseits der Vermieter an einer auf Dauer steigenden Miete interessiert. Andererseits ist für den Mieter der langjährige Bestandsschutz seines Geschäftsraummietvertrags wichtig, weil mit dem Verlust des Geschäftsraums seine wirtschaftliche Existenz auf dem Spiel stehen kann. Ein Mietvertrag mit einer Indexklausel, vornehmlich einer automatischen Gleitklausel mit einer mindestens zehnjährigen Vertragsbindung, ist im Ergebnis für beide Ver-

tragspartner eine verlässliche Grundlage. Die Mieterhöhungen sollten so vereinbart werden, dass ein fairer Interessen- und Risikoausgleich zwischen Vermieter und Mieter entsteht.

Wegen des unbürokratischen Verfahrens wird der Abschluss einer nach § 4 Abs.1 PrKV allgemein genehmigten Gleitklausel empfohlen. Gute Dienste kann auch das von der Industrie- und Handelskammer – IHK – empfohlene Muster eines Gewerberaummietvertrags leisten. Im Zweifel sollten die Vertragspartner fachkundigen Rat bei der IHK oder bei einem Rechtsanwalt einholen. Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle prüft auf Wunsch jede Indexklausel schon im Entwurf und stellt auch ein sog. Negativattest aus, wenn eine genehmigungsfreie oder allgemein genehmigte Klausel vorliegt.

Neue Indexklauseln sind nur noch auf der Basis der erwähnten Preisindizes möglich. Bestehende Klauseln mit anderen Teilindizes werden im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf den neuen Index umgestellt. Eine bestehende Punkte-Klausel sollte durch eine Vertragsanpassung in eine Prozent-Klausel geändert werden.

*Kreditanstalt für Wiederaufbau, Frankfurt/Main*

## Unternehmensfinanzierung: Banken entdecken den Mittelstand neu Studie von KfW Bankengruppe und Wirtschaftsverbänden konstatiert bessere Finanzierungsbedingungen / Lage kleiner Betriebe bleibt schwierig

Die Banken wenden sich wieder verstärkt dem Geschäft mit Unternehmenskunden zu. Das ist das zentrale Ergebnis der diesjährigen Unternehmensbefragung, die die KfW Bankengruppe in Zusammenarbeit mit 28 Fach- und Regionalverbänden der Wirtschaft durchgeführt hat. Für 12% der befragten Unternehmen haben sich die Finanzierungsbedingungen deutlich verbessert. Das ist der höchste Wert seit der ersten gemeinsamen Studie im Jahr 2001. Auch insgesamt ist die Entwicklung positiv: Nur noch 33% der Unternehmen klagen über mehr Probleme beim Kreditzugang. Dieser Wert liegt fast 10 Prozentpunkte unter dem Vorjahreswert.

„Nicht nur für den einzelnen Unternehmer, sondern auch gesamtwirtschaftlich ist die insgesamt wieder bessere Kreditversorgung überaus erfreulich. Denn wer kein Geld von der Bank bekommt, der investiert weniger oder gar nicht, schafft weniger Wachstum und Arbeitsplätze“, sagte Ingrid Matthäus-Maier, Mitglied des Vorstands der KfW Bankengruppe. Für die beteiligten Verbände zeigte sich der Präsident des Hauptverbandes des Deutschen Einzelhandels (HDE), Hermann Franzen erfreut über die festgestellten Verbesserungen im Bereich der Unternehmensfinanzierung: „Die positive Tendenz beim Zugang zu Bankkrediten ist im wesentlichen Ausfluss der besseren konjunkturellen Situation und Anpassungsreaktionen der Unternehmen vor allem auf den Gebieten Transparenz und Offenlegung der wirtschaftlichen Informationen zum Unternehmen“, erläuterte Franzen.

Nach wie vor problematisch ist aber die Finanzierungslage der kleinen Unternehmen: Sie klagen weiterhin überdurchschnittlich oft über schlechtere Finanzierungsbedingungen, erfahren häufiger Kreditablehnungen und sind auch häufiger als große von einer Verschlechterung des Ratings betroffen. Außerdem konnten sie seltener ihre Eigenkapitalquote erhöhen.

Mit der am 7. September 2006 in Berlin vorgestellten Studie „Unternehmensfinanzierung: Banken entdecken den Mittelstand neu. Kreditzugang für kleine Unternehmen bleibt problematisch.“ legen KfW Bankengruppe und Verbände bereits zum

fünften Mal ihre gemeinsame Untersuchung zur Finanzierungssituation deutscher Unternehmen vor. An der aktuellen Befragung, die Ende März 2006 abgeschlossen wurde, haben sich rund 6.000 Unternehmen aller Branchen, Größenklassen und Regionen beteiligt.

Die wichtigsten Ergebnisse der Unternehmensbefragung 2006 im Überblick:

- Der Finanzmarktwechsel schreitet weiter voran. Die für die Unternehmen damit verbundenen Probleme haben sich entspannt: Die Kreditaufnahme ist im vergangenen Jahr für nur noch 33% (Vorjahr: 42%) der Unternehmen schwieriger geworden. Gleichzeitig melden 12% (7%) eine Verbesserung.
- Ein Grund für die positive Entwicklung ist, dass viele Unternehmen auf die Entwicklungen auf den Finanzmärkten reagiert haben. So konnten knapp 40% der Unternehmen ihr Rating im letzten Jahr verbessern. Nur bei 8% hat es sich verschlechtert. Über 40% der Unternehmen haben zudem ihre Eigenkapitalquote erhöhen können, während nur 17% eine gesunkene Quote melden.
- Je kleiner ein Unternehmen ist, desto schwieriger sind die Finanzierungsbedingungen: 46% der Unternehmen mit bis zu 1 Mio. EUR Umsatz klagen über eine schlechtere Finanzierungsbedingungen, aber nur 12% der Unternehmen mit mehr als 50 Mio. EUR Umsatz.
- Die wichtigsten Gründe für die Verschlechterung sind für Unternehmen aller Größenklassen nach wie vor gestiegene Anforderungen an die Offenlegung von geschäftlichen Informationen und die Sicherheitenstellung.
- Die Ablehnungsquote für Investitionskredite ist von knapp ein Viertel auf unter 20% gesunken. Hauptgründe für eine Ablehnung bleiben unzureichende Sicherheiten und zu niedrige Eigenkapitalquoten.

- Kleinen Unternehmen wird bei schlechter Bonität weitaus eher als größeren der Kredit verweigert. Größere Unternehmen können Bonitätsnachteile kompensieren, indem sie einen Risikoaufschlag auf die Zinsen zahlen.
  - Viele Unternehmen empfinden die Beratungsleistung der Banken und Sparkassen als unzureichend. Vor allem kleine Unternehmen klagen überdurchschnittlich über eine Verschlechterung der Beratungsqualität der Banken und Sparkassen: So hat für 23% der Unternehmen mit bis zu 1 Mio. EUR Umsatz, aber nur für 5% der Unternehmen mit mehr als 50 Mio. EUR Umsatz die Beratungsqualität abgenommen. Offenbar haben die Banken ihre Beratungskapazitäten stärker als bisher auf (vermeintlich) profitablere Kundschaft konzentriert.
  - Für alle Unternehmen spielen die klassischen Finanzierungsinstrumente Bankkredite und Innenfinanzierung weiterhin die herausragende Rolle. Je größer ein Unternehmen ist, desto wichtiger werden alternative Finanzierungsformen wie mezzanines Kapital oder Beteiligungskapital. Immerhin rund 9% der Unternehmen wollen ihre Finanzierungsstruktur durch die Aufnahme von Mezzanine-Kapital verbessern.
- Die Studie „Unternehmensfinanzierung: Banken entdecken Mittelstand neu“ sowie alle Unterlagen zur Pressekonferenz können unter [www.kfw.de](http://www.kfw.de) im Bereich „Presse“ abgerufen werden.

## Gewerbemiete

### §§ 433, 535, 280 BGB

**Verschaffen von mietvertraglicher Lagerräumnutzung für die verkauften Inventargegenstände; Haftung des Verkäufers für Folgeschäden bei baubehördlicher Nutzungsuntersagung der Einlagerung**

**Ist Gegenstand eines Vertrages nicht nur der Verkauf von Gegenständen, sondern auch die Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit von Lagerräumen, dann hat der Verkäufer ungefragt, d. h. von sich aus, auf eine Genehmigungspflicht und auf das mögliche Fehlen der erforderlichen Genehmigung hinzuweisen. Dies gilt vor allem dann, wenn das Fehlen der erforderlichen Genehmigung zu einer Nutzungsuntersagung durch eine Verwaltungsbehörde hinsichtlich der Lagerräume führen kann.**

**Hat der Käufer, dem vom Verkäufer auch die Nutzungsmöglichkeit von Lagerräumen einzuräumen war, die Lagerräume während der vom Vermieter nicht ordentlich kündbaren Mietzeit nutzen können, dann ist insoweit von einer Vertragserfüllung auszugehen. Sind dem Käufer jedoch wegen eines vor Ablauf der Mietzeit eingeleiteten Nutzungsuntersagungsverfahrens Anwaltskosten sowie Verwaltungs- und Gerichtsgebühren entstanden, dann sind diese dem Käufer vom Verkäufer grundsätzlich zu ersetzen, sofern der Verkäufer seiner Aufklärungspflicht nicht nachgekommen ist.**

(OLG München, Urteil vom 21. 7. 2006 – 19 U 2573/06)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht Gewährleistungs- bzw. Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte geltend.

Mit Vertrag vom 23. 2. 1995 erwarb die Rechtsvorgängerin der Klägerin von der Beklagten diverse Inventargegenstände für DM 320 000,- zuzüglich 15% USt., die zu einem großen Teil aus eingebauten Kühlaggregaten und einer eingebauten Heizung bestanden. Diese wiesen wie das übrige gekaufte Inventar keine Sachmängel auf. Der nach erfolgter Anzahlung noch zu leistende Restkaufpreis war bis zum Dezember 1996 in Raten zu zahlen. Nach diesem Vertrag war die Beklagte auch verpflichtet, der Klägerin die Nutzung der von ihr angemieteten Lagerflächen zu ermöglichen, was im Vertrag vom 23. 2. 1995 wie folgt geregelt wurde: „Bis zur endgültigen Zahlung des gesamten Kaufpreises darf der Käufer die Lagerräume als Untermieter zu einer monatlichen Nutzungsentschädigung von DM 6.410 zzgl. 15 % MWSt. nutzen. Nach der Zahlung des Rest-

kaufpreises geht der Hauptmietvertrag auf den Käufer / Untermieter über, der auch sämtliche Rechte und Pflichten (Hausordnung u. a.) erwirbt“.

Nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises schloss die Klägerin mit der Vermieterin der Beklagten über die bereits von der Klägerin als Untermieterin genutzten Lagerflächen einen Mietvertrag, der bis zum 31. 12. 2001 befristet war, ab. Zu einer etwaigen Verlängerung des Mietverhältnisses wurde folgende Regelung getroffen: „Wird es nicht spätestens 3 Monate vor Ablauf der Mietzeit gekündigt, so verlängert es sich jedes Mal um 1 Jahr“.

Die Beklagte hat die Rechtsvorgängerin der Klägerin nicht auf baurechtliche Genehmigungspflichten und auf das mögliche Fehlen einer solchen Genehmigung hingewiesen.

Am 21. 2. 2001 ordnete die Landeshauptstadt München, Referat für Stadtplanung und Bauordnung, wegen der fehlenden baurechtlichen Genehmigung u. a. eine Nutzungsuntersagung an. Das von der Klägerin betriebene Widerspruchsverfahren, die Anfechtungsklage und die Berufung blieben erfolglos.

Das Landgericht München I hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht München hat die Beklagte unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils zur Bezahlung der Anwaltskosten sowie der Verwaltungs- und der Gerichtsgebühren verurteilt.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung der Klägerin führt insofern zum Erfolg, dass die Beklagte wegen des unterlassenen Hinweises auf die baurechtliche Genehmigungspflichtigkeit der Anlagen und auf das mögliche Fehlen einer solchen Genehmigung die Kosten für das Verwaltungs- und das Widerspruchsverfahren sowie für die Anfechtungsklage und die Berufung gemäß § 463 BGB a. F. bzw. aus p.V.v. bzw. aus c.i.c. zu tragen hat. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet, da es wegen der faktischen Erfüllung des Vertrages vom 23. 2. 1995 keinen Anspruch auf die von der Klägerin begehrte Teilwandlung der sachmängelfreien Einbauten gibt.

Der Vertrag vom 23. 2. 1995 war kein reiner Kaufvertrag über Inventar, sondern verpflichtete die Beklagte auch, der Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin die Nutzung der Lagerräume zu ermöglichen. Der zweite Punkt ist in dem Vertrag wegen der fehlenden Angabe einer Nutzungsdauer unscharf geregelt worden, so dass die durch den Vertrag vom 23. 2. 1995 mit der Beklagten und durch den Mietvertrag mit der Vermieterin der Beklagten eingeräumte und nicht ordentlich kündbare Nutzungsmöglichkeit der Lagerräume als Unter- bzw. als Hauptmieterin bis zum 31. 12. 2001 als Vertragserfüllung auch hinsichtlich dieses zweiten Punktes anzusehen ist. Eine Nutzung der La-

geräume über den 31.12.2001 hinaus war auf Grund dieses Mietvertrages nicht gesichert, da die Vermieterin die Möglichkeit gehabt hätte, eine Fortsetzung des Mietverhältnisses mit der Klägerin durch eine Kündigung zu verhindern. Zur Überzeugung des Berufungsgerichts hat die Klägerin trotz des Verwaltungsaktes vom 21. 2. 2001, durch den eine Nutzungsuntersagung verfügt worden war, die Lagerräume sogar über 31.12.2001 hinaus genutzt. Unter Berücksichtigung des Protokolls des Verwaltungsgerichts München vom 20.10.2003 über den von diesem durchgeführten Augenschein dürfte eine zumindest teilweise Nutzung der Lagerräume bis zu diesem Zeitpunkt erfolgt sein.

Die Klägerin hat zur Überzeugung des Berufungsgerichts jedoch einen Anspruch auf Ersatz der Kosten, die ihr durch den Bescheid der Landeshauptstadt München, durch das Widerspruchsverfahren vor der Regierung von Oberbayern, durch die Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht München und durch die Berufung zum Bayerischen Verwaltungsgerichtshof entstanden sind. Diese Kosten sind als Begleitschaden gemäß § 463 BGB a. F. oder aus p.V.v. oder aus c.i.c. (vgl. zur früheren Abgrenzung zwischen den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen zur p.V.v. und zur c.i.c. sowie zum früheren Meinungsstreit: Palandt / Putzo, BGB, 61. Auflage, Rn. 1 bis 7 vor § 459 BGB a. F. sowie Rn. 15 zu § 463 BGB a. F.) zu ersetzen, da die Beklagte es pflichtwidrig unterlassen hatte, die Rechtsvorgängerin der Klägerin auf die baurechtliche Genehmigungspflichtigkeit sowie auf das mögliche Fehlen einer solchen Genehmigung hinzuweisen. Nach den Feststellungen des Landgerichts München I im unstreitigen Teil des Tatbestandes hat die Beklagte bei Umbaumaßnahmen vor dem 23. 2. 1995 von einem Mitarbeiter der Bau ausführenden Firma von der baurechtlichen Genehmigungspflichtigkeit der Anlagen erfahren. Diesen Umstand sowie die Unkenntnis über das Vorliegen bzw. das Fehlen einer solchen Genehmigung hätte die Beklagte von sich aus offenbaren müssen, da auch zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Rechtsvorgängerin der Klägerin nach der im Verkehr herrschenden Anschauung und unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben über das mögliche Fehlen einer notwendigen baurechtlichen Genehmigung, die – wie hier geschehen – u. a. zu einer Nutzungsuntersagung führen kann, zu informieren gewesen wäre (vgl. Palandt/Heinrichs/Putzo, BGB, 61. Auflage, Rn. 5 zu § 123 BGB, Rn. 37 zu § 242 BGB und Rn. 11 zu § 463 BGB a. F.).

Hierauf sind die Parteien mit der Verfügung des Berufungsgerichts vom 14. 6. 2006 hingewiesen worden. Der Klägerevertreter hat auf diesen Hinweis hin mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 12. 7. 2006 die Kosten des Verwaltungs- und des Widerspruchsverfahrens sowie die Kosten der Anfechtungsklage und der Berufung unter Einschluss der hierbei entstandenen Anwaltskosten auf € 30 264,62 beziffert und diese im Einzelnen durch die Vorlage von Gebührenrechnungen belegt. Damit sind wenigstens hilfsweise Schadensersatzansprüche für die Klägerin wegen der unterlassenen Aufklärung geltend gemacht worden.

Soweit es die Anwaltskosten anbelangt, ist zwischen den Klägerevertretern, die die Klägerin auch in dem Nutzungsuntersagungsverfahren vertreten haben, und dieser ein Stundenhonorar von € 230,- vereinbart worden. Die angesetzte Stundenzahl ist zwar hoch, aber bewegt sich unter Berücksichtigung des Verfahrensumfanges noch im Rahmen des Möglichen. Im Hinblick darauf, dass Honorarvereinbarungen, nach denen nicht auf Grund eines Streitwerts nach der Gebührentabelle, sondern nach Zeit auf Grund eines vereinbarten Stundensatzes abgerechnet wird, zulässig und auch üblich sind, beschränkt sich der Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht auf die Erstattung der gesetzlichen Anwaltsgebühren. Der zum Ansatz gebrachte Stundensatz von € 230,- bewegt sich, wie gerichtsbekannt ist, im Raum München noch im Rahmen des Üblichen und ist wie von den Klägerevertretern bestätigt von der Klägerin auch gezahlt worden.

Die Klägerin hat vortragen lassen, dass ihre Rechtsvorgängerin den Vertrag vom 23. 2. 1995 nicht abgeschlossen hätte, wenn diese von der Genehmigungspflicht der Anlagen gewusst sowie von dem Fehlen der erforderlichen Genehmigung und der Genehmigungsfähigkeit der Anlagen nach einer Anfrage bei der Landeshauptstadt München erfahren hätte. Unter Berücksichtigung der von der Klägerin investierten Summe erscheint dies dem Berufungsgericht glaubhaft.

Sollte die Klägerin, wovon das Berufungsgericht ausgeht, die Kosten für das Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren sowie die Kosten für die Anfechtungsklage und die Berufung Steuer mildernd geltend gemacht haben, dann ist dies nicht im Wege des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen, da die von der Beklagten zu zahlende Schadensersatzleistung als Betriebseinnahme der Klägerin zu werten und damit zu versteuern ist.

#### Anmerkung des Mitteilers:

Nach dem neuen Recht wäre m.E. dieser Fall in gleicher Weise zu entscheiden gewesen. Wie im alten Recht besteht ein Konkurrenzverhältnis zwischen den kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen und den allgemeinen Vorschriften. Da es um den Ersatz von Kosten als Schaden geht, ist es egal, ob man über § 437 Nr. 3 BGB bzw. über § 311 Abs. 2 BGB zur Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB kommt oder diesen direkt anwendet. Wer die kaufrechtliche Lösung bevorzugt, muss sich keine größeren Gedanken darüber machen, ob die fehlende Genehmigung einen Rechts- oder einen Sachmangel darstellt, da die Rechtsfolgen identisch sind (vgl. Faust in BeckOK BGB, Rn. 10 zu § 435 BGB).

RiOLG Dr. Christoph Fellner, München

**§§ 241, 311, 249 BGB**  
**Aufklärungspflichten eines Vermieters;**  
**Kfz-Miete; Unfallersatztarif**

**Bietet der Autovermieter dem Unfallgeschädigten ein Fahrzeug zu einem Tarif an, der deutlich über dem Normaltarif auf dem örtlich relevanten Markt liegt, und besteht deshalb die Gefahr, dass die Haftpflichtversicherung nicht den vollen Tarif übernimmt, muss der Vermieter den Mieter darüber aufklären.**

**Es kommt nicht darauf an, ob der Vermieter mehrere oder nur einen einheitlichen Tarif anbietet. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, den Mieter deutlich und unmissverständlich darauf hinzuweisen, dass die (gegnerische) Haftpflichtversicherung den angebotenen Tarif möglicherweise nicht in vollem Umfang erstatten werde.**

(BGH, Urteil vom 28. 6. 2006 – XII ZR 50/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Autovermieterin, macht gegen den Beklagten rückständige Miete für die Überlassung eines Mietwagens geltend.

2 Mit Vertrag vom 26. April 2003 mietete der Sohn des Beklagten nach einem Verkehrsunfall, bei dem der von ihm geführte Pkw des Beklagten beschädigt worden war, von der Klägerin für die Zeit vom 26. April 2003 bis 10. Mai 2003 einen Ersatzwagen zum so genannten Standardtarif von 136,40 € zuzüglich Mehrwertsteuer je Tag. Die Klägerin stellte 2137,95 € in Rechnung. Dabei legte sie ihren „Standard-Tarif – 18 Tage“ zugrunde, einen Pauschaltarif, der insgesamt für den Beklagten etwas günstiger war als die Berechnung nach dem Einzeltagesatz für 14 Tage. Die Haftpflichtversicherung des Unfallgegners, dessen volle Haftung für den Unfallschaden nicht streitig ist, zahlte nur 746,97 €. Die Differenz verlangt die Klägerin vom Beklagten, der sich darauf beruft, die Klägerin habe vor Abschluss des Mietvertrages nicht darüber aufgeklärt, dass eine Anmietung zu einem erheblich günstigeren Tarif möglich gewesen sei, dessen Ersatz von der gegnerischen Haftpflichtver-

sicherung nicht abgelehnt worden wäre. Wegen der Verletzung dieser Pflicht stehe ihm ein Schadensersatzanspruch zu, mit dem er aufrechne.

3 Das Amtsgericht Lampertheim hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 1390,98 € nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung ist, abgesehen von einer Reduzierung des Zinszeitraums um einen Tag, erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der vom Landgericht Darmstadt zugelassenen Revision.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Klageabweisung.

5 1. Das Landgericht hat ausgeführt, zwischen den Parteien sei ein Mietvertrag zustande gekommen. Dem Beklagten stehe ein Schadensersatzanspruch, mit dem er gegen den Mietzinsanspruch der Klägerin aufrechnen könnte, nicht zu. Eine Pflichtverletzung der Klägerin bei Abschluss des Mietvertrages sei nicht erkennbar. Die Preiskalkulation der Mietwagenunternehmer bei Unfallersatzwagen sei zwar nicht immer nachvollziehbar. Auch im vorliegenden Fall stimme der Vortrag der Klägerin zur Rechtfertigung des Tarifs bei Unfallersatzwagen nicht mit den tatsächlichen Umständen überein.

6 Neben dem Standardtarif bei Unfallersatzwagen gebe es noch einen günstigeren Tarif, wenn der Kunde mit Kreditkarte zahle. Weitere Vergünstigungen gebe es nicht. Auf die Möglichkeit der Zahlung mit Kreditkarte müsse der Vermieter nicht hinweisen. Grundsätzlich treffe die Parteien die Pflicht, sich gegenseitig über die Umstände aufzuklären, die allein der einen Partei bekannt und für die andere Partei sowie den Vertragsschluss erkennbar von Bedeutung seien. Der Umfang der Aufklärungspflicht hänge dabei von den Umständen des Einzelfalls und den Grundsätzen von Treu und Glauben ab. Zwar verhalte sich der Vermieter vertragswidrig, wenn er trotz ausdrücklicher Frage des Geschädigten, ob eine Vergünstigung bei Bar- oder Kreditzahlung möglich sei, nicht oder wahrheitswidrig antworte. Ungefragt müsse er den Kunden aber nicht darauf hinweisen, dass bei einer Zahlung mittels Kreditkarte der Mietpreis günstiger werde. Eine solche Hinweispflicht könne schon deshalb nicht angenommen werden, weil bei der Anmietung eines Unfallersatzwagens der Einsatz der Kreditkarte des Geschädigten nicht die Regel sei. Die Anmietung erfolge, weil das Fahrzeug des Anmietenden durch einen Dritten geschädigt worden sei. Der Geschädigte gehe also davon aus, dass er einen Ersatzanspruch gegen den Dritten habe und deshalb letztlich für die Kosten der Ersatzanmietung nicht aufkommen müsse. Bei Einsatz der Kreditkarte müsste der Geschädigte in Vorleistung treten und würde dem Mietwagenunternehmer sein Konto zum unbegrenzten Zugriff zur Verfügung stellen.

7 Dass der Beklagte die Mietwagenkosten in voller Höhe bezahlen müsse, sei nur auf den ersten Blick unbillig. Er könne nämlich von der Haftpflichtversicherung den vollen Ersatz der von ihm zu zahlenden Mietwagenkosten verlangen. Der Preiskampf zwischen den Versicherern und den Mietwagenunternehmen könne nicht auf dem Rücken des Geschädigten ausgetragen werden. Der bei einem Unfall Geschädigte könne deshalb einen Mietwagen zu dem ihm angebotenen Tarif anmieten, wenn er für ihn nicht erkennbar außerhalb des Üblichen liege. Da der Geschädigte dem Unfallgegner gegenüber nicht gegen seine Schadensminderungspflicht verstoße, müsse die gegnerische Haftpflichtversicherung die angefallenen Mietwagenkosten als den zur Schadenswiedergutmachung erforderlichen Geldbetrag erstatten.

8 Ein Hinweis auf billigere eigene Internet-Angebote müsse das Mietwagenunternehmen schon wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der Vertriebswege und der regelmäßigen Forderung nach Kreditkartenzahlung bei einer Internet-Buchung nicht geben. Die Frage brauche aber nicht entschieden zu werden, da die Klägerin erst seit Mai 2003 über das Internet anbiete.

9 Schließlich müsse der Kunde auch nicht auf mögliche Schwierigkeiten mit der gegnerischen Haftpflichtversicherung

hingewiesen werden. Abgesehen davon, dass dem Vermieter der Vorwurf eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz gemacht werden könne, müsse der Mieter selbst dafür sorgen, ob und wie er den Schaden ersetzt erhalte. Ein solcher Hinweis wäre nichtssagend, weil Schwierigkeiten bei der Schadensabwicklung immer möglich seien und offensichtlich auch nicht alle Haftpflichtversicherer die Bezahlung der geltend gemachten Mietwagenkosten ablehnten.

10 2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

11 a) Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter eines Unfallersatzwagens besteht, ist in Rechtsprechung und Literatur streitig.

12 Eine Aufklärungspflicht wird unter anderem bejaht von OLG Koblenz (NJW-RR 1992, 820); OLG Karlsruhe (DAR 1993, 229, 230); OLG Frankfurt (NZV 1995, 108, 109); OLG Stuttgart (NZV 1999, 169); LG Frankfurt (NZV 1996, 34); LG Regensburg (Urteil vom 7. Oktober 2003 – 2 S 191/03 – NJW-RR 2004, 455); LG Dresden (Urteil vom 15. Dezember 2005 – 8 S 122/05 –); LG Gießen (zfs 1994, 287); LG Bonn (Urteil vom 24. Mai 2004, VersR 2004, 1284); AG Frankfurt (NJW-RR 1999, 708); AG Düsseldorf (NJW-RR 2001, 133, 134); AG Ettlingen (Urteil vom 11. Februar 2004 – 3 C 202/03 –); AG Hamburg-Harburg (Urteil vom 16. April 2003 – 647 C 508/02 –); AG Karlsruhe (Urteil vom 16. September 2003 – 5 C 138/03 –); AG Heidelberg (Urteil vom 5. Februar 2004 – 23 C 504/03 –); MünchKomm/Emmerich BGB 4. Aufl. § 311 Rdn. 141 m.w.N.; Geigel/Rixecker Der Haftpflichtprozess 24. Aufl. § 3 Rdn. 67; Notthoff VersR 1996, 1200, 1205 und 1998, 144, 146 m.w.N.; Etzel/Wagner VersR 1993, 1192, 1193, 1195; Griebenow NZV 2003, 353, 356, 357 m.w.N.; Freyberger MDR 2005, 301, 303.

13 Eine Aufklärungspflicht verneinen OLG Karlsruhe (OLG-Report 2004, 535); LG Heidelberg (Urteil vom 23. September 2004 – 1 S 7/04 –); LG Karlsruhe (Urteil vom 5. April 2004 – 5 S 203/01 –); LG Erfurt (Urteil vom 4. Juni 2004 – 2 S 3/04 –); LG Berlin (Urteil vom 17. Juli 2003 – 51 S 39/03); LG Halle (Urteil vom 7. August 2003 – 2 S 52/03 –); LG Düsseldorf (Urteil vom 19. September 2003 – 20 S 36/03 – Schaden-Praxis 2004, 53); LG Freiburg (Urteil vom 9. Februar 2004 – 1 O 131/03 –); Körber (NZV 2000, 68 f.); Göhringer (zfs 2004, 437 f.).

14 Der Bundesgerichtshof konnte die Frage einer Aufklärungspflicht gegenüber dem Mieter eines Unfallersatzfahrzeuges bisher offenlassen (BGHZ 132, 373 ff.). Sie ist nunmehr zu entscheiden.

15 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil vom 28. April 2004 – XII ZR 21/02 – NJW 2004, 2674, 2675 [= GuT 2004, 160]) obliegt dem Vermieter grundsätzlich eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Mieter hinsichtlich derjenigen Umstände und Rechtsverhältnisse mit Bezug auf die Mietsache, die – für den Vermieter erkennbar – von besonderer Bedeutung für den Entschluss des Mieters zur Eingehung des Vertrages sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann. Das Bestehen der Aufklärungspflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Person des Mieters und dessen für den Vermieter erkennbarer Geschäftserfahrung oder Unerfahrenheit. Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter das Vertragsrisiko abzunehmen und dessen Interessen wahrzunehmen. Der Mieter muss selbst prüfen und entscheiden, ob der beabsichtigte Vertrag für ihn von Vorteil ist oder nicht. Es ist seine Sache, sich umfassend zu informieren und zu klärungsbedürftigen Punkten in den Vertragsverhandlungen Fragen zu stellen.

16 c) Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist die Aufklärungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter, der nach einem Unfall ein Ersatzfahrzeug anmietet, im Grundsatz zu bejahen.

17 aa) Auf dem Markt für Mietwagen herrscht in Deutschland eine Tarifspaltung. Wer aus privaten oder geschäftlichen

Gründen einen Pkw mietet und die Miete selbst zahlt, hat dafür den so genannten „Normaltarif“ zu entrichten. Benötigt der Geschädigte dagegen nach einem Unfall einen Ersatzwagen, wird ihm von zahlreichen Vermietern ein so genannter „Unfallersatztarif“ angeboten (Griebenow a. a. O. 353). Dieser übersteigt meist erheblich den für Selbstzahler angebotenen „Normaltarif“. Derzeit liegen die Unfallersatztarife durchschnittlich um mindestens 100% über dem örtlichen „Normaltarif“ (vgl. Palandt/Heinrichs BGB 65. Aufl. § 249 Rdn. 31; Freyberger a. a. O.). Zuschläge bis zu 200% über dem „Normaltarif“ sind keine Seltenheit (vgl. Griebenow a. a. O. 353). Selbst Überhöhungen bis zu 465% kommen vor (Palandt/Heinrichs a. a. O. m. w. N.).

18 bb) Ein durchschnittlicher Unfallgeschädigter gerät durch einen Verkehrsunfall nicht nur unvermittelt, sondern in aller Regel erstmals in eine Situation, einen Pkw anmieten zu müssen. Hält er den Unfallgegner für verantwortlich, geht er davon aus, dass dessen Haftpflichtversicherung die Kosten eines Mietwagens in vollem Umfang übernimmt. Er wird in dieser Auffassung bestärkt, wenn ihm der Vermieter einen Pkw zum „Unfallersatztarif“ anbietet. Diese Anmietung zum „Unfallersatztarif“ kann sich nachträglich als nachteilig für den Mieter herausstellen. Lehnt die gegnerische Haftpflichtversicherung die Regulierung nach dem „Unfallersatztarif“ ab, weil der Mieter mit der Vereinbarung dieses Tarifs gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen habe, muss der Mieter die Differenz zum „Normaltarif“ aus eigener Tasche bezahlen. Ein Nachteil zu Lasten des Mieters kann auch dann entstehen, wenn die gegnerische Haftpflichtversicherung den Haftungsanteil des Mieters am Unfall anders bewertet und den Schaden des Mieters nicht zu 100% ersetzt. Der Mieter muss in diesen Fällen die auf ihn entfallende Quote aus dem „Unfallersatztarif“ selbst tragen. Hätte er zum „Normaltarif“ gemietet, hätte er nur die Quote aus dem „Normaltarif“ selbst zu tragen.

19 cc) Diese Tarifspaltung und die ihm damit drohenden Nachteile sind dem Mieter in der Regel nicht bekannt. Er geht vielmehr davon aus, dass der „Unfallersatztarif“ gerade für seine Situation entwickelt wurde, von der gegnerischen Haftpflichtversicherung akzeptiert wird und für ihn insgesamt eine günstige Regelung darstellt. Er weiß regelmäßig auch nicht, dass er, falls sein Verursachungsbeitrag nachträglich anders gewertet wird, er bei Anmietung zum „Normaltarif“ einen geringeren Nachteil hätte. Demgegenüber weiß der Vermieter, dass die Tarifspaltung zu den genannten Nachteilen führen kann, und er weiß auch, dass dem Mieter weder die Tarifspaltung noch die ihm daraus drohenden Gefahren vertraut sind, sondern dieser davon ausgeht, dass die Mietwagenkosten vollständig ersetzt werden, zumindest ihm aber kein Nachteil entsteht. Mit dem Autovermieter und dem Unfallgeschädigten stehen sich somit zwei ungleiche Vertragspartner gegenüber. Treu und Glauben gebieten es in einem solchen Fall, dass der (wissende) Vermieter den (unwissenden) Mieter aufklärt.

20 dd) Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Haftpflichtversicherer sei zur Erstattung der hohen Unfallersatztarife verpflichtet, so dass schon deshalb keine Aufklärungspflicht bestehen könne. Dem Vermieter könne nicht zugemutet werden, auf das rechtswidrige Verhalten der Versicherer hinzuweisen, um sich dadurch letztlich selbst zu schaden. Dem Mieter sei kein Schaden entstanden, weil er in jedem Fall Anspruch auf Erstattung des Unfallersatztarifs habe.

21 Diese Auffassung mag eine gewisse Berechtigung gehabt haben, weil die Entscheidung des VI. Zivilsenats von 1996 (BGHZ 132 a. a. O.) in der Praxis dahin ausgelegt wurde, der Geschädigte könne einen Unfallersatztarif stets und uneingeschränkt ersetzt verlangen (vgl. Freyberger a. a. O. S. 302). Nach der neueren Rechtsprechung des VI. Zivilsenats zu den Unfallersatztarifen (Urteile vom 26. Oktober 2004 – VI ZR 300/03 – NJW 2005, 135 ff. [= GuT 2005, 26 KL]; vom 15. Februar 2005 – VI ZR 74/04 – NJW 2005, 1041 ff. [= GuT 2005, 125 KL]; vom 15. Februar 2005 – VI ZR 160/04 – NJW 2005, 1043 ff. [= GuT 2005, 124 KL]; vom 19. April 2005 – VI ZR 37/04 –

BGHZ 163, 19 ff. [= GuT 2005, 181 KL] und vom 14. Februar 2006 – VI ZR 126/05 – NJW 2006, 1506 ff. [= GuT 2006, 154 KL]) ist der Haftpflichtversicherer gerade nicht ohne Weiteres zur Erstattung von über dem „Normaltarif“ liegenden „Unfallersatztarifen“ verpflichtet. Vielmehr kann der Geschädigte vom Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer nach § 249 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand nur den Ersatz derjenigen Mietwagenkosten verlangen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig und notwendig halten darf. Der Geschädigte ist dabei ebenso wie bei anderen Kosten der Wiederherstellung und ebenso wie in anderen Fällen, in denen er die Schadensbeseitigung selbst in die Hand nimmt, nach dem aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit hergeleiteten Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren von mehreren möglichen den wirtschaftlichsten Weg der Schadensbehebung zu wählen. Das bedeutet für den Bereich der Mietwagenkosten, dass er von mehreren auf dem örtlich relevanten Markt – nicht nur für Unfallgeschädigte – erhältlichen Tarifen für die Anmietung eines vergleichbaren Ersatzfahrzeuges (innerhalb eines gewissen Rahmens) grundsätzlich nur den günstigeren Mietpreis ersetzt verlangen kann (BGH, Urteil vom 9. Mai 2006 – VI ZR 117/05 – zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2006, 264 KL]).

22 Einer Aufklärungspflicht steht auch nicht das weitere Argument der Vermieter entgegen, dass die Haftpflichtversicherer bisher die „Unfallersatztarife“ beglichen hätten.

23 Seit 1992 bestand zwischen Mietwagenunternehmen und Versicherungswirtschaft Streit darüber, ob die Haftpflichtversicherung den so genannten „Unfallersatztarif“ zu ersetzen hatte (Freyberger a. a. O. S. 301). Am 7. Mai 1996 entschied der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 132, 373 f.), dass der Geschädigte dadurch, dass er nach einem Unfall ein Ersatzfahrzeug zum „Unfallersatztarif“ anmietet, nicht gegen die Pflicht verstoße, den Schaden gering zu halten, vielmehr seien „im Grundsatz“ die durch den Unfallersatztarif entstandenen Kosten erforderlich im Sinne von § 249 BGB. In der Folge entwickelte sich eine Regulierungspraxis, die den Unfallersatztarif überwiegend als erstattungsfähig ansah. Die Frage, ob der Geschädigte auch Zugriff auf preiswertere Tarife hatte, wurde häufig nicht mehr gestellt (Freyberger a. a. O. 301). Gleichwohl kam es auch nach dieser Entscheidung immer wieder zu Schwierigkeiten bei der Regulierung von „Unfallersatztarifen“. Die Instanzgerichte haben es oft abgelehnt, erheblich über dem „Normaltarif“ liegende „Unfallersatztarife“ als erstattungsfähig anzusehen (vgl. LG Bonn, Urteil vom 24. Mai 2004, VersR 1284; LG Freiburg, Urteil vom 11. März 1997, NJW-RR 1997, 1069; LG Bonn, Urteil vom 25. Februar 1998, NZV 1998, 417; AG Frankfurt, Urteile vom 20. November 1998, NJW-RR 1999, 708 und vom 6. September 2001, NZV 2002, 83; AG Düsseldorf, Urteil vom 7. März 2000, NJW-RR 2001, 133) Nach den Feststellungen des LG Regensburg (Urteil vom 7. Oktober 2003 a. a. O.) wird die Durchsetzbarkeit von Unfallersatztarifen in der Praxis „inzwischen sehr skeptisch bis ablehnend“ beurteilt.

24 2. Umstritten ist der Umfang der Aufklärungspflicht.

25 a) Das Oberlandesgericht Koblenz (a. a. O.) hat 1992 eine Pflicht des Autovermieters bejaht, potentielle Kunden über die Art des gewünschten Vertrages zu befragen und ihnen alle für ihre Entscheidungen wesentlichen Fakten offen zu legen. Der Kunde sei ungefragt auf mögliche Abrechnungsschwierigkeiten gegenüber Versicherungen im Falle der Anmietung zu einem „Unfallersatztarif“ und auf im Vergleich zu diesem Tarif günstigere eigene Tarife des Autovermieters aufmerksam zu machen. Diese Entscheidung hat in Rechtsprechung und Literatur überwiegend Zustimmung gefunden (Nachweise bei Körber NZV 2000, S. 68, 75). Auch der 32. Deutsche Verkehrsgerichtstag 1994 hat empfohlen, den Autovermietern eine Pflicht zur Aufklärung über ihre verschiedenen Tarife aufzuerlegen. Zur Begründung wird angegeben, dass es dem durchschnittlichen Mietwagenkunden nur infolge einer solchen Information möglich sei, Kenntnis über die Möglichkeiten des Autovermietungsmarktes zu erlangen (Körber a. a. O.). Seit der Entschei-

dung des Bundesgerichtshofs vom 7. Mai 1996 (a. a. O.), in der der VI. Zivilsenat die Frage, ob den Vermieter eine Aufklärungspflicht treffe, offen gelassen hat, wird der Umfang der Aufklärungspflicht von den Instanzgerichten sehr unterschiedlich beurteilt. Es hat sich ein breites Spektrum an Auffassungen entwickelt.

26 Das Landgericht Bonn (a. a. O.) ist der Auffassung, der gewerbliche Vermieter müsse den Mieter insbesondere darauf hinweisen, dass der angebotene Unfallersatztarif über den Sätzen liege, die von den Haftpflichtversicherungen übernommen würden; zugleich müsse er über seine weiteren günstigeren Tarife informieren. Nach Meinung des Amtsgerichts Ettlingen (a. a. O.) muss der Autovermieter darauf hinweisen, dass neben dem Unfallersatztarif ein billigerer Normaltarif bestehe. Nach Meinung des Landgerichts Regensburg (a. a. O.) wissen die Autovermieter aufgrund ihrer Erfahrungen mit Haftpflichtversicherungen und Gerichten, dass die Durchsetzbarkeit von Unfallersatztarifen inzwischen sehr skeptisch bis ablehnend beurteilt werde. Auf bevorstehende Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Mietwagenrechnung müsse der Pkw-Vermieter deshalb vor Abschluss des Mietvertrages den Mieter hinweisen. Insbesondere müsse er ihn auch darüber informieren, dass es „Normaltarife“ gebe, die vom „Unfalltarif“ erheblich nach unten abwichen. Das Amtsgericht Frankfurt (NJW-RR 1999, 708) hat entschieden, der Vermieter müsse, wenn er wisse, dass der von ihm konkret angebotene Mietwagentarif über den Sätzen liege, die von einer Haftpflichtversicherung ohne Abzug akzeptiert würden, den Unfallgeschädigten auf die möglicherweise entstehenden Schwierigkeiten bei der Erstattung hinweisen und den Kunden von sich aus über günstigere Tarife informieren, und zwar unabhängig davon, ob er selber günstigere Normal- oder Pauschaltarife anbieten könne. Das Amtsgericht Düsseldorf (a. a. O.) ist der Ansicht, der Vermieter müsse den Mieter auf die Besonderheiten des gespaltenen Tarifmarkts hinweisen und ihn darauf aufmerksam machen, dass die Versicherung des Unfallgegners möglicherweise nicht ohne Weiteres bereit sein werde, den angebotenen Unfallersatztarif zu akzeptieren.

27 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Senatsurteil vom 28. April 2004 a. a. O.) richtet sich nicht nur das Bestehen, sondern auch der Umfang der Aufklärungspflicht nach der Person des Mieters und dessen für den Vermieter erkennbarer Geschäftserfahrung oder Unerfahrenheit. Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter das Vertragsrisiko abzunehmen und dessen Interessen wahrzunehmen. Der Mieter muss selbst prüfen und entscheiden, ob der beabsichtigte Vertrag für ihn von Vorteil ist oder nicht.

28 c) Das bedeutet, dass die Interessen des Vermieters gegen die des Mieters abzuwägen sind. Neben dem Bedürfnis des Unfallgeschädigten nach Information über die Angebote des Vermieters und den gespaltenen Mietmarkt muss berücksichtigt werden, dass dem Vermieter nicht zugemutet werden kann, auf sein jeweils günstigstes Angebot aufmerksam zu machen. Müsste er gar, wie vom Amtsgericht Frankfurt gefordert (NJW-RR 1999, 708), auf günstigere Angebote der Konkurrenz hinweisen, wäre er gezwungen, seine Preise entsprechend anzupassen oder als Anbieter auszuschneiden. In der Marktwirtschaft hat aber derjenige, der den Vertrag schließt, sich selbst zu vergewissern, ob er für ihn von Vorteil ist oder nicht. Die Aufgabe der Preiskontrolle ist in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB primär dem Markt und dem darauf bestehenden Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“ zugewiesen (Körper a. a. O. S. 75). Eine Offenbarungspflicht des Leistungsanbieters über seine Preisgestaltung und diejenige der Mitbewerber besteht in der Marktwirtschaft gerade nicht (Schiemann JZ 1996, 1077, 1078).

29 d) Der Senat hält es deshalb nicht für erforderlich, dass der Autovermieter auf günstigere (eigene) oder gar fremde Angebote hinweist. Lediglich dann, wenn er dem Unfallgeschädigten einen Tarif anbietet, der deutlich über dem Normaltarif auf dem örtlich relevanten Markt liegt, und dadurch die Gefahr besteht, dass die Haftpflichtversicherung nicht den vollen Tarif übernimmt, muss er den Mieter darüber aufklären. Deshalb

kommt es nicht darauf an, ob der Vermieter mehrere oder – wie im vorliegenden Fall von ihm behauptet – nur einen einheitlichen Tarif anbietet. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, den Mieter deutlich und unmissverständlich darauf hinzuweisen, dass die (gegnerische) Haftpflichtversicherung den angebotenen Tarif möglicherweise nicht in vollem Umfang erstattet (entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt in einem solchen Hinweis kein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz, weil der Hinweis nicht der Rechtsverfolgung gegenüber dem Haftpflichtversicherer dient); es ist dann Sache des Mieters, sich kundig zu machen, etwa indem er Kontakt zur Haftpflichtversicherung aufnimmt, weitere Angebote einholt oder sich anwaltlich beraten lässt.

30 3. Danach steht dem Beklagten ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. (§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Satz 1, 249 BGB) in Höhe der Klageforderung zu, mit dem er wirksam gegen diese aufgerechnet hat.

31 Zwar hat das Landgericht keine Feststellungen zum „Normaltarif“ getroffen. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Beklagten liegt der hier geltend gemachte Mietzins deutlich über dem auf dem örtlich relevanten Markt bestehenden Normaltarif. Die Klägerin hätte den Beklagten deshalb darauf hinweisen müssen, dass die Haftpflichtversicherung den angebotenen Tarif möglicherweise nicht in vollem Umfang ersetzen werde. Es ist davon auszugehen, dass sich der Beklagte „aufklärungsrichtig“ verhalten hätte (vgl. Palandt/Heinrichs a. a. O. § 280 Rdn. 39 unter Hinweis auf BGHZ 72, 92, 106; 124, 151, 159). Die Unsicherheit darüber, zu welchem Preis der Beklagte bei ordnungsgemäßer Aufklärung einen Wagen gemietet hätte, geht zu Lasten des Autovermieters (Körper a. a. O. S. 76). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beklagte einen Wagen zu einem günstigeren, vom Haftpflichtversicherer nicht beanstandeten Tarif angemietet hätte mit der Folge, dass die Klageforderung nicht entstanden wäre. Der Beklagte kann gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Verhalten des Vermieters gestanden hätte (Palandt/Heinrichs a. a. O. § 311 Rdn. 56).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Zur Rechtsbesorgung durch den Mietwagenunternehmer vgl. ausführlich BGH – VI ZR 268/04 – in GuT 2006, 87 KL; auch BGH – VI ZR 338/04 – in GuT 2006, 154 KL m.w. Hinw.

**§ 313 BGB**  
**Geschäftsgrundlage;**  
**Mieteneinbruch am Wohnungsmarkt;**  
**Bedingungen des öffentlichen Baukredits**

**Der Einbruch der Mieten am Wohnungsmarkt rechtfertigt auch dann keine Anpassung des Errichtungsdarlehens nach den Grundsätzen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage, wenn der öffentlich-rechtliche Kreditgeber durch Zinsverbilligung einen Anreiz für die Schaffung des Wohnraums gegeben hat.**

(OLG Dresden, Beschluss vom 25.1.2005 – 8 U 2150/04)

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht [Dresden] die auf Anpassung der laufenden Darlehensverträge in Form der Ermäßigung der vereinbarten Annuitäten auf die in den Wohnhäusern jeweils erzielte Netto-Ist-Miete, hilfsweise auf Stundung der Annuitäten bis zum 31.12.2009 gerichtete Klage abgewiesen.

1. Entgegen ihrer mit der Berufung weiterverfolgten Ansicht können die Klägerinnen die geltend gemachten Ansprüche nicht auf die Regeln zum Wegfall der Geschäftsgrundlage stützen (vgl. nunmehr § 313 BGB). Unabhängig davon, ob die sonstigen Voraussetzungen vorliegen (vgl. dazu zuletzt BGH, Urteil vom 22.12.2004 – VIII ZR 41/04 [= WuM 2005, 132] unter II 1 m.w.N.), scheitern solche Ansprüche jedenfalls daran, dass

die Klägerinnen das Risiko der Verwendung der zinsverbilligt ausgereichten Darlehen und damit das Risiko der Rentierlichkeit ihrer Investitionen allein zu tragen haben.

a) Zutreffend gehen die Klägerinnen selbst davon aus, dass beim Darlehensvertrag das Verwendungsrisiko grundsätzlich beim Darlehensnehmer liegt (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 467 <469>; Palandt-Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 313 Rn. 43, 54 m.w.N.; ähnliches gilt beim Grundstückskauf für den Käufer <BGHZ 74, 370; OLG Dresden, OLGR 2001, 256>, im Bereich der gewerblichen Miete für den Mieter <OLG Dresden, ZMR 2002, 261, bestätigt durch Nichtannahmebeschluss des BGH vom 1. 9. 2004 – XII ZR 73/01 [= GuT 2004, 238]> und im Falle eines gewerblich geleasteten Fahrzeuges für den Leasingnehmer <Senat, OLG-NL 1996, 193>). Umstände, die es ausnahmsweise rechtfertigen könnten, ihnen dieses Risiko jedenfalls teilweise abzunehmen und es der Beklagten aufzubürden, sind nicht ersichtlich.

Die angeführte gravierende Äquivalenzstörung, der Einbruch des Wohnungsmietmarktes in Görlitz, betrifft nicht das jeweilige Darlehensverhältnis als solches, namentlich die insoweit vereinbarten Konditionen, sondern die Frage, ob sich die – wenn auch von der Beklagten befürworteten und deshalb subventionierten – Immobilieninvestitionen wirtschaftlich lohnen. Der erstinstanzlich in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.1.1963 (DB 1963, 448), die Roth an der zitierten Literaturstelle (MüKo-BGB, 4. Aufl., § 313 Rn. 200) als durchaus problematisch einschätzt, lässt sich nichts für die Klägerinnen Günstiges entnehmen. Diese Entscheidung hatte ein Darlehen zum Gegenstand, welches der dortige Kläger aus dem Verkauf von Ford-Aktien mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt hatte, dass das Darlehen später in Höhe des dann geltenden Wiederbeschaffungspreises der Aktien zurückzuzahlen war. Der Bundesgerichtshof bejahte einen Wegfall der Geschäftsgrundlage, nachdem die Ford-Aktien in der Zwischenzeit aufgrund besonderer, für die börsenunerfahrenen Parteien unvorhersehbarer Umstände weit über das normale Maß hinaus gestiegen 5 waren und zugleich die von den Darlehensnehmern übernommenen Verpflichtungen die Grenzen ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit völlig sprengten. Mit diesem besonderen Sachverhalt ist der vorliegende Fall nicht annähernd vergleichbar. Der Zweck, zu dem die beklagten Darlehensnehmer jenes Rechtsstreites das Darlehen aufgenommen hatten, spielte für die Entscheidung gerade keine Rolle. Umgekehrt hängt das Ausmaß der Verpflichtungen der hiesigen Klägerinnen gerade nicht von äußeren, ihrem Einfluss entzogenen Umständen ab, sondern ist im jeweiligen Darlehensvertrag abschließend festgelegt.

b) Soweit die Berufung im Anschluss an die Kommentierung von Heinrichs (a. a. O., § 313 Rn. 44) eine relevante Überschreitung des Risikobereiches einer Partei dann annimmt, wenn sich der andere Teil die geplante Verwendung soweit zu Eigen gemacht hat, dass sein Verlangen, den Vertrag trotz der aufgetretenen Störung unverändert durchzuführen, gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstößt, mag der genannte Rechtssatz in dieser Allgemeinheit richtig sein. Auch kann, wie die Berufung weiter geltend macht, die Berücksichtigung der Verwendung bei der Höhe des Entgeltes im Einzelfall durchaus indizielle Bedeutung dafür haben, ob sich der andere Teil die geplante Verwendung zu Eigen gemacht hat. Anders als in den bei Palandt-Heinrichs (a. a. O.) und in der Berufungsbegründung wiedergegebenen Beispielen scheidet im Streitfall aber eine Neuordnung des Verwendungsrisikos zu Lasten der anderen Partei aus. Mit ihrer Risikobetrachtung stellen die Klägerinnen die Dinge gewissermaßen auf den Kopf. Zwar hat die Beklagte auf die Verwendung der Darlehen Einfluss genommen, indem sie das jeweilige Darlehen objektbezogen gewährte, eine Subvention in Form der Zinsvergünstigung als Anreiz für die Schaffung (seinerzeit) vergleichsweise preiswerten Wohnraums bewilligte und im Gegenzug für einen überschaubaren Zeitraum Höchstmieten von anfänglich 9,00 DM 6 bzw. 9,50 DM je Quadratmeter Wohnfläche vorgab. Dieses Maß an Einflussnahme,

an „Sich-zu-Eigen-Machen“ der Darlehensverwendung, reicht indessen nicht ansatzweise aus, um den Standpunkt der Beklagten, die ausgereichten Darlehen seien unverändert zu bedienen, zumal die Klägerinnen bereits von den Subventionen profitiert hätten, als widersprüchlich erscheinen zu lassen. Die Investitionsbereitschaft knüpfte in allererster Linie an eine Wirtschaftlichkeitsberechnung an, die die jeweilige Klägerin im ureigenen Interesse vornehmlich unter Berücksichtigung der zu erwartenden Sanierungskosten einerseits und der erzielbaren Mieten andererseits anzustellen hatte; auch steuerliche Vorteile spielten eine erhebliche Rolle. Der gewisse zusätzliche Investitionsanreiz, den die Beklagte mit Blick auf eigene bzw. auf wohnungswirtschaftliche Ziele des Freistaates Sachsen gesetzt hat, begrenzte für die ersten Jahre – im Interesse sozial schwächerer Mieter – lediglich die Ertragschancen der Klägerinnen nach oben. Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es jedoch umgekehrt nicht, die Beklagte an sich aus einem Nachgeben des Wohnungsmietmarktes ergebenden Investitionsrisiken zu beteiligen.

2. Angesichts der nach Auffassung des Senates unzweifelhaften Rechtslage mögen die Klägerinnen erwägen, das Rechtsmittel zur Vermeidung weiterer erheblicher Verfahrenskosten zurückzunehmen.

### §§ 535, 307 BGB

#### Einkaufszentrum; Beitrittspflichten und Beiträge zur Werbegemeinschaft aufgrund Formularymietvertrags

a) Die formularmäßige Verpflichtung des Mieters in einem Einkaufszentrum, einer Werbegemeinschaft in Form einer GbR beizutreten, verstößt wegen des damit verbundenen Haftungsrisikos des Mieters gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

b) In einem Formularymietvertrag muss die Höhe der Beiträge, die der Mieter in einem Einkaufszentrum an eine Werbegemeinschaft zu leisten hat, wegen der nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Transparenz bestimmbar sein; mindestens muss eine Höchstgrenze festgesetzt sein, damit der Mieter die auf ihn zu kommenden Kosten kalkulieren kann.

(BGH, Urteil vom 12. 7. 2006 – XII ZR 39/04)

– Vorinstanz: OLG Hamburg GuT 2004, 162 –

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Werbegemeinschaft in einem Einkaufszentrum, verlangt von der Beklagten, die dort Mieterin ist, ihr beizutreten und die satzungsgemäßen Beiträge zu zahlen.

2 Mit Vertrag vom 18. Dezember 1990 mietete die Beklagte von der M. Gesellschaft eine Geschäftsraumfläche von insgesamt 4771,01 m<sup>2</sup> im M. SB Warenhaus/Einkaufszentrum in H. Die Beklagte betreibt dort ein Geschäft für Spielwaren sowie Kinder- und Jugendbedarf aller Art. In § 19 des Mietvertrages heißt es:

„§ 19 – Werbegemeinschaft 1. Der Mieter verpflichtet sich, auf Verlangen des Vermieters einer Werbegemeinschaft beizutreten. Details werden vom Vermieter festgelegt.

Die Kosten werden gemäß den Flächen laut § 8 des Mietvertrages abgerechnet. Der Vermieter ist berechtigt, aus berechtigtem Anlass einen anderen Schlüssel zu bestimmen.

Die auf den Hauptmieter (SB-Warenhaus) entfallenden Kosten werden mit maximal 50% der Gesamtsumme festgesetzt.

2. ...“

3 Die Klägerin wurde am 7. November 2001 in Form einer GbR gegründet. In § 6 des Gesellschaftsvertrages ist die Höhe der Beiträge der Gesellschafter geregelt. Sie berechnen sich aus dem Produkt der gemieteten Fläche mit einem bestimmten DM-Betrag, der nach der Größe der gemieteten Fläche gestaffelt ist. Die Vermieterin hat der Klägerin ihre Ansprüche aus

§ 19 des Mietvertrages abgetreten. Die Klägerin verlangt von der Beklagten, ihr beizutreten und ihr entsprechend der Satzung für die Zeit von November 2001 bis einschließlich November 2002 insgesamt 7894,66 € als Beitrag zu bezahlen.

4 Das Landgericht Hamburg hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Hamburg die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision sucht die Klägerin, die Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils zu erreichen.

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

6 I. Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in GuT 2004, 162 abgedruckt ist, hat ausgeführt: Die in § 19 Nr. 1 Satz 1 des Mietvertrages formularmäßig vorgesehene Beitrittspflicht zu einer Werbegemeinschaft sei unwirksam. Dabei handele es sich allerdings nicht um eine überraschende Klausel, die nach §§ 3 AGBG, 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden wäre. Vielmehr seien in gewerblichen Mietverträgen über Objekte in Einkaufszentren Abreden über die gemeinsame Werbung nicht ungewöhnlich. Auch sei die Regelung im konkreten Vertrag nicht überraschend, da ihr ein eigener Paragraph mit unterstrichener Überschrift gewidmet sei, der im Wesentlichen ohne weiteres zu verstehen sei. Die Regelung in § 19 Nr. 1 Satz 1 des Mietvertrages enthalte jedoch eine den Geboten von Treu und Glauben zuwiderlaufende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners (§ 9 Abs. 1 AGBG, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), die in der Beitrittspflicht zu einer Werbegemeinschaft auf Verlangen des Vermieters liege. Einer solchen Beitrittspflicht bedürfe es nicht. Zwar möge die Gründung einer Werbegemeinschaft der Mieter eine zweckmäßige Organisationsform für die gemeinsame Werbung sein, wenn sie der Vermieter nicht in eigener Regie durchführen wolle. Auch möge die Beitrittsmöglichkeit zu einer Werbegemeinschaft wegen der damit verbundenen Mitbestimmungsrechte dem Interesse der Mieter in der Regel eher entsprechen als eine bloße Umlage der Kosten der vom Vermieter durchgeführten Werbemaßnahmen. Eine auf freiwilliger Grundlage gebildete Werbegemeinschaft könne ihren Zweck jedoch auch ohne den Beitritt aller Mieter erfüllen, wenn nur die Umlage der zweckentsprechenden Kosten auf alle Mieter durch vertragliche Regelung sichergestellt sei. Eine Zwangsmitgliedschaft in der Werbegemeinschaft sei jedoch bedenklich, da sie gewichtige Interessen des Mieters verletzen könne. Insbesondere sei die durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete Entscheidungsfreiheit tangiert, einer privaten Vereinigung beizutreten oder auch fernzubleiben. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob diese grundgesetzliche Gewährleistung unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung habe. Jedenfalls zeige sich an ihr das Gewicht der hier formularvertraglich eingeschränkten Mieterinteressen. Hinzu komme, dass der Mieter, der wie hier Zwangsmitglied einer Werbegemeinschaft in Form einer GbR werden solle, als deren Gesellschafter weit reichenden zivilrechtlichen Haftungsrisiken ausgesetzt sei. Dies jedoch sei nicht der Fall, wenn die Kosten der gemeinsamen Werbung lediglich auf die einzelnen Mieter umgelegt würden. Die Beklagte sei daher nicht verpflichtet, der Klägerin beizutreten.

7 Darüber hinaus sei sie aber auch nicht verpflichtet, der Klägerin die geforderten Beiträge zu bezahlen. Zwar sei trotz Unwirksamkeit der in § 19 Nr. 1 Satz 1 des Mietvertrages vorgesehenen Beitrittspflicht die in Satz 3 geregelte Umlegung der Kosten auf die Mieter entsprechend den Mietflächen wirksam. Dies verstoße nicht gegen den Grundsatz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion. Auch wenn Satz 1 gänzlich entfalle, bleibe erkennbar, dass in Satz 3 die Kosten der gemeinsamen Werbung einer Werbegemeinschaft auf die einzelnen Mieter verteilt werden sollten. Außerdem verstoße die Regelung in Satz 1 nur im Verhältnis zum Verwendungsgegner gegen § 9 Abs. 1 AGBG, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, so dass der Mieter jedenfalls berechtigt sei, einer vom Vermieter gegründeten Werbegemeinschaft beizutreten. Zum gleichen Ergebnis gelang man aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung, da ge-

setzliche Vorschriften fehlten und die ersatzlose Streichung von Satz 1 keine interessengerechte Lösung wäre. Gegen die formularvertragliche Vereinbarung einer Beitrittspflicht aller Mieter zu den Kosten einer Werbegemeinschaft in einem Einkaufszentrum unabhängig vom Beitritt zu dieser bestünden keine Bedenken, solange alle Mieter potentiell von der mit den Beiträgen finanzierten Werbung profitierten. Keine Bedenken bestünden auch dagegen, dass die Höhe der Kosten aufgrund der genannten Regelung des Mietvertrages durch die Mitglieder der Werbegemeinschaft bestimmt werden solle. Das hier allein einschlägige Transparenzgebot sei nicht verletzt. An dieses dürften keine unerfüllbaren oder unzumutbaren Anforderungen gestellt werden. Wegen der unsicheren Entwicklung der zukünftigen Verhältnisse, auf die die Werbegemeinschaft reagieren müsse, sei die Bezugnahme auf die Festlegung der Beitragshöhe durch die Werbegemeinschaft ausreichend, zumal die jeweiligen Mieter durch den jederzeitig möglichen Beitritt zu der Gemeinschaft hierauf einen Einfluss hätten. Außerdem gelte für die Tätigkeit der Werbegemeinschaft der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, was zu einer Begrenzung der Höhe der Beiträge führe.

8 Trotzdem könne die Klägerin die Beiträge nicht mehr verlangen. Denn es sei inzwischen Abrechnungsreife eingetreten. Deshalb könnte die Klägerin für die Beitragsjahre 2001 und 2002 lediglich den Abrechnungssaldo fordern. Tatsächlich verlange sie jedoch Vorauszahlungen, worauf sie keinen Anspruch mehr habe.

9 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nur im Ergebnis stand.

10 1. Zu Recht geht das Oberlandesgericht allerdings davon aus, dass die in § 19 Nr. 1 Satz 1 des Mietvertrages normierte Pflicht der Beklagten, einer noch zu gründenden Werbegemeinschaft beizutreten, Vertragsbestandteil geworden ist. Denn hierbei handelt es sich nicht um eine überraschende Klausel, die nach § 305 c Abs. 1 BGB (§ 3 AGBG) nicht in den Mietvertrag einbezogen worden wäre. Vielmehr ist es nicht ungewöhnlich, dass es den Mietern in Einkaufszentren vertraglich zur Pflicht gemacht wird, einer Werbegemeinschaft beizutreten, die von allen Mietern und vom Betreiber des Einkaufszentrums gebildet wird (vgl. Senatsurteile vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1717 [= WuM 2000, 593] und vom 19. Juli 2000 – XII ZR 252/98 – veröffentlicht bei Juris; Bub in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rdn. 501 a; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 181, 665; Fritz Gewerberaummietrecht 4. Aufl. Rdn. 127 c; Eggersberger in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummierte Kap. 23 Rdn. 78; Lindner-Figura NZM 1999, 738, 739 je m.w.N.). Die Klausel besitzt daher für einen durchschnittlichen Mieter in einem Einkaufszentrum keinen Überraschungseffekt. Sie ist außerdem, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, leicht zu verstehen und drucktechnisch so angeordnet, dass mit ihrer Kenntnisnahme zu rechnen ist.

11 2. Hingegen vermag der Senat nicht der Ansicht des Berufungsgerichts zu folgen, wonach in der formularvertraglich begründeten Pflicht des Mieters, einer Werbegemeinschaft beizutreten, unabhängig von deren Rechtsform und den sonstigen Umständen eine unangemessene Benachteiligung des Mieters im Sinne von § 307 BGB (§ 9 AGBG) liegen soll, da eine bloße Umlage der Kosten der vom Vermieter in eigener Regie durchgeführten Werbung ausreichend sei. Denn der Mieter erhält durch die Pflichtmitgliedschaft in der Werbegemeinschaft Mitwirkungs- und Kontrollrechte, die er bei einem reinen Umlageverfahren nicht hätte. Außerdem genießen die jeweils getroffenen Werbemaßnahmen, wenn sie von der aus allen Mietern bestehenden Gemeinschaft getragen werden, eine höhere Akzeptanz bei den Mietern, als wenn sie der Vermieter allein träge. Dies wiederum kann zu einer besseren Einvernahme zwischen den Mietern des Einkaufszentrums und damit zu dessen Erfolg beitragen. Schließlich kann der Vermieter die Verpflich-

tung aller Mieter, der Werbegemeinschaft beizutreten, praktisch nur durch die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen erreichen.

12 Zu einem anderen Ergebnis gelangt man – entgegen der Meinung des Berufungsgerichts – auch nicht im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 GG. Richtig ist zwar, dass diese Norm, die wegen ihrer mittelbaren Drittwirkung bei der Auslegung des § 307 BGB (§ 9 AGBG) mit zu beachten ist, nicht nur den Beitritt zu einer Vereinigung, sondern auch das Recht schützt, einer privatrechtlichen Vereinigung von vornherein fernzubleiben oder aus ihr auszutreten (sog. negative Vereinigungsfreiheit; vgl. BGHZ 130, 243, 254; BVerfG NJW 2001, 2617). Das Grundrecht schützt die (negative) Vereinigungsfreiheit jedoch nicht schrankenlos. Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit – auch in Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung – ist hier jedenfalls durch sachliche Gründe gerechtfertigt: Die Beklagte ist aus eigenem Entschluss Mieterin in einem Einkaufszentrum geworden, in dem eine weitgehend übliche und für effektiv gehaltene Werbegemeinschaft aller Mieter gegründet werden sollte. Eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten ist nicht ersichtlich. Im Übrigen aber könnten verfassungrechtliche Bedenken, wenn sie tatsächlich bestünden, entgegen der Meinung des Berufungsgerichts schwerlich dadurch ausgeräumt werden, dass einerseits dem Mieter die Möglichkeit eingeräumt wird, der Werbegemeinschaft nicht beizutreten, ihm aber andererseits die Pflicht auferlegt wird, den vollen Mitgliedsbeitrag zur Gemeinschaft zu leisten. Denn das in Art. 9 Abs. 1 GG verankerte Recht, einer Vereinigung fernzubleiben oder aus ihr austreten zu können, umfasst das Recht, dass der Einzelne, der einer Vereinigung nicht beitrifft, diese auch nicht durch finanzielle Beiträge unterstützen muss. Genau dies aber wäre nach der Lösung des Berufungsgerichts der Fall.

13 3. Zu Recht aber hat das Berufungsgericht eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten darin gesehen, dass die Werbegemeinschaft nach § 19 des Mietvertrages auch in der Rechtsform einer GbR gegründet werden kann. Denn als Gesellschafterin einer GbR wäre die Beklagte weitgehenden Haftungsrisiken ausgesetzt (vgl. nur Palandt/Sprau BGB 65. Aufl. § 714 Rdn. 11 f.), was bei anderen Organisationsformen gegebenenfalls vermeidbar wäre. Insbesondere würde die Beklagte auch persönlich für Wettbewerbsverstöße der GbR haften (vgl. OLG Celle OLGR Celle 2005, 746). § 19 Nr. 1 Satz 1 des Mietvertrages verstößt aus diesem Grund gegen § 307 BGB (§ 9 AGBG) und ist damit unwirksam. Dieses Ergebnis steht – entgegen der Meinung der Revision – im Einklang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2. April 1979 (– II ZR 141/78 – NJW 1979, 2304). Danach kann ein Mitglied einer Werbegemeinschaft, bei der unklar ist, ob sie ein nicht rechtsfähiger Verein oder eine GbR ist, aus dieser nur dann aus wichtigem Grund austreten, wenn es sich zuvor um eine Satzungsänderung bemüht hat, durch die klargestellt werden sollte, dass die Haftung der Mitglieder der Werbegemeinschaft beschränkt sei. Aus der Entscheidung folgt nicht, dass, wie die Revision meint, die Beklagte der Klägerin zunächst beitreten und sich dann um eine ihre Haftung einschränkende Satzungsänderung bemühen müsste.

14 4. Die in § 19 Nr. 1 des Mietvertrages zwischen der Beklagten und der Vermieterin enthaltene Klausel ist darüber hinaus in ihrem ganzen Umfang unwirksam, da sie gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 9 AGBG) verstößt.

15 Die von § 535 BGB abweichende Vereinbarung der Übernahme weiterer Kosten neben der Miete für die Gewährung des Gebrauchs durch den Mieter bedarf stets einer ausdrücklichen und inhaltlich bestimmten Vereinbarung. Nur dann ist es dem Mieter möglich, sich zunächst ein grobes Bild davon zu machen, welche zusätzliche Kosten auf ihn zukommen können (Senatsurteil vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 – NJW-RR 2006, 84, 85 [= GuT 2005, 213]). Diesen Anforderungen genügt § 19 Nr. 1 des Mietvertrages nicht. Vielmehr ist dort über die tatsächliche Höhe der Beiträge zur Werbegemeinschaft nur bestimmt,

dass sie gemäß den Flächen abgerechnet werden. Dies genügt dem Transparenzgebot genauso wenig wie der Umstand, dass die Werbegemeinschaft nach Treu und Glauben den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit beachten muss, weil auch dadurch die dem Mieter entstehenden Kosten nicht kalkulierbar sind. Vielmehr muss die Höhe der Beiträge zur Werbegemeinschaft bestimmbar sein, z. B. durch einen bestimmten Prozentsatz der Miete; mindestens jedoch muss eine Höchstgrenze festgeschrieben werden (Bub in Bub/Treier a. a. O.; Wolf/Eckert/Ball a. a. O. Rdn. 666; Fritz a. a. O. Rdn. 127 c; Eggersberger in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Kap. II Rdn. 80; Lindner-Figura a. a. O. 739). Auch in diesem Fall kann sich die Gemeinschaft die für ihre Aktivitäten erforderliche Flexibilität bewahren.

16 5. Somit kommt es nicht mehr darauf an, ob das Berufungsgericht die Klägerin, wie diese geltend macht, verfahrensfehlerhaft nicht rechtzeitig darauf hingewiesen hat, dass die Beiträge für die Vergangenheit abzurechnen seien und nurmehr der Abrechnungssaldo verlangt werden könne. Ebenso wenig spielt die Gegenrüge der Beklagten eine Rolle, das Berufungsgericht habe, weil es § 19 Nr. 1 des Mietvertrages teilweise als wirksam angesehen habe, gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion verstoßen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 581, 535, 550, 557b, 242 BGB;  
§ 2 PAPKG; §§ 1, 4, 8 PrKV  
Gaststättenpacht; Preisgleitklausel; Negativattest;  
Indexbestimmung; Verwirkung der Pachtzinserhöhung**

**Zur Wirksamkeit und gerichtlichen Überprüfung der Preisgleitklausel im Pachtvertrag über eine Gaststätte im Verfahren der Zahlungsklage des Verpächters aus einer Pachterhöhung und auf zukünftige Zahlung bei Vorliegen eines Negativattests des Bundesamtes für Wirtschaft.**

**Zur Verwirkung des Anspruchs auf Pachterhöhung aus einer Preisgleitklausel.**

(OLG Rostock, Urteil vom 2. 6. 2006 – 3 U 113/05 – rkr.)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht mit ihrer Klage den Differenzbetrag aus einer Pachterhöhung aufgrund einer Wertsicherungsklausel sowie die Verurteilung auch zur künftigen Zahlung des erhöhten Pachtzinses geltend.

Die Beklagten schlossen mit der R.-C. GmbH & Co. KG C. B. KG P. am 5. 4. 1995 drei Pachtverträge für jeweils eine Gaststätte auf dem Campingplatz in P. Die Klägerin ist die Rechtsnachfolgerin der Verpächterin.

Im Einzelnen vereinbarten die Parteien eine monatliche Pacht für die Gaststätten „S.“ und „E.“ von jeweils 2000,00 DM, für die Gaststätte „I. B.“ 1500,00 DM sowie hierneben Betriebskostenvorauszahlungen.

Die Parteien vereinbarten eine Vertragslaufzeit von 10 Jahren – somit bis zum 4. 4. 2005 und sahen im weiteren eine Optionsmöglichkeit vor.

In § 7 des jeweiligen Vertrages sahen die Parteien folgende Preisgleitklausel vor:

„(1) Ändert sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Lebenshaltungskostenindex für Arbeitnehmerhaushalte mit mittlerem Einkommen, der im Basisjahr 1985 mit 100 Punkten bewertet ist, gegenüber dem Stand bei Vertragsbeginn oder der letzten Mietanpassung um mehr als 10 Punkte, so ändert sich der in § 2 vereinbarte Mietzins prozentual entsprechend. Einer besonderen Aufforderung bedarf es nicht.

(2) Sollte die Klausel von der Landeszentralbank nicht genehmigt werden, so verpflichten sich die Parteien bei einer Veränderung des Lebenshaltungskostenindex von mehr als 10

Punkten gegenüber dem Stand bei Vertragsbeginn oder gegenüber der letzten Mietanpassung in Vertragsverhandlungen über eine Abänderung des Mietzinses einzutreten ...“

Mit Vereinbarung vom 4. 2. 1999 wurde die Vertragsverlängerung für Herrn S. A., den Beklagten zu 1., bis 2010 vereinbart, das Optionsrecht aus den ursprünglichen Verträgen sollte davon unberührt bleiben. Die Vereinbarung wurde nur von ihm gezeichnet.

Im April 2003 fragte die Klägerin erstmals unter der Internetadresse www...de und beim Statistischen Bundesamt ab, wann nach den vertraglichen Voraussetzungen eine Erhöhung der Miete aufgrund der Wertsicherungsklausel eingetreten sei. Aus dieser Abfragemitteilung ergibt sich, dass die Voraussetzungen für eine Erhöhung im April 2001 erstmals gegeben waren. Die prozentuale Veränderung des Indexes für einen 4-Personen-Arbeiter- und Angestelltenhaushalt mit mittlerem Einkommen zwischen Vertragsschluss und erstmaliger Überschreitung des Schwellenwertes betrug 8,1%.

Hierauf beantragte die Klägerin beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle die Genehmigung der im Vertrag enthaltenen Preisgleitklausel. Dieses erteilte hierüber am 17. 7. 2003 eine Negativbescheinigung.

Mit Schreiben vom 30. 9. 2003 forderte die Klägerin die Beklagten unter Fristsetzung zum 14. 10. 2003 auf, für die Zeit von Mai 2001 bis September 2003 für die Gaststätte „S“ 2402,07 €, für die Gaststätte „I. B.“ 1801,48 € und für die Gaststätte „E.“ 2402,07 € jeweils zzgl. Umsatzsteuer nachzuzahlen.

Unter Darstellung der Berechnung des Anspruches im Einzelnen beantragte die Klägerin, 1. die Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin als Gesamtschuldner 12 946,91 € nebst Zinsen zu zahlen; 2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin für die auf dem Campingplatz R.-C. in P. gelegene Gaststätte „S.“ einen Mietzins i. H. v. 1105,41 €, für die ebendort gelegene Gaststätte „E.“ i. H. v. 1105,41 € und für die ebenso dort gelegene Gaststätte „I. B.“ i. H. v. 829,06 € monatlich zukünftig, erstmals zum 3. 6. 2005 und sodann bis zum Ablauf der einzelnen Mietverträge am 4. 4. 2010 zu zahlen.

Die Beklagten sind der Ansicht, die Klägerin könne eine Pächterhöhung aus der im Pachtvertrag enthaltenen Preisgleitklausel nicht mehr herleiten. Die Erhöhung der Pacht sei verwirkt. Bis zur Genehmigung und Geltendmachung der Erhöhung der Pacht seien mehr als 8 Jahre verstrichen. Die Klägerin habe einen Vertrauensatbestand dahingehend geschaffen, dass sie die erhöhte Pacht nicht geltend machen werde. Ein solcher sei auch durch den Abschluss der Zusatzvereinbarung im Februar 1999 entstanden. Bis zu diesem Zeitpunkt habe es an jeglicher Aktivität der Klägerin hinsichtlich der Wertsicherungsklausel gefehlt. Auch habe es keinen Hinweis auf die anstehenden Genehmigungen oder eine Erhöhung der Pacht gegeben. Die Beklagten seien daher vom Verfall der Wertsicherungsklausel ausgegangen. Eine rückwirkende Geltendmachung der Erhöhung für fast 2,5 Jahre stelle zudem eine unbillige Härte dar. Mit einer solchen Forderung hätten die Beklagten 2003 nicht mehr rechnen müssen. Auf Verlangen des Vorstandes der Klägerin nämlich hätten sie bis 2002 Investitionen i. H. v. ca. 30 000,00 € vorgenommen. In diesem Zeitraum hätten die Parteien nicht einmal andeutungsweise über eine Pächterhöhung gesprochen. Aufgrund ihrer Investitionen hätten sich die Beklagten darauf einrichten können, dass die Wertsicherungsklausel nicht mehr zum Zuge komme.

Weiterhin bestehe zwischen der im Vertrag vorgesehenen Klausel und derjenigen, nach der die Pächterhöhung berechnet worden sei, keine Übereinstimmung. Die vereinbarte Klausel gehe von einem vom Statistischen Bundesamt festgestellten Lebenshaltungskostenindex für Arbeitnehmerhaushalte mit mittlerem Einkommen aus. Die Berechnung sei aufgrund eines Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen erfolgt.

Das Landgericht Stralsund gab der Klage in vollem Umfang statt. Zur Begründung führte es aus, der Anspruch der Klägerin ergebe sich aus § 581 Abs. 1 Satz 2 BGB. Selbst wenn es sich um eine Formalklausel handele, stehe ihrer Wirksamkeit die AGB-rechtliche Unklarheitenregelung nicht entgegen. Für diese genüge es nicht, dass Streit über die Auslegung der Klausel bestehe. Die Klausel sei ohne jeden vernünftigen Zweifel dahin auszulegen, dass mit dem vom Statistischen Bundesamt festgestellten Lebenshaltungskostenindex für Arbeitnehmerhaushalte mit mittlerem Einkommen der Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen bezogen auf das frühere Bundesgebiet gemeint sei. Die Parteien hätten offenbar einen offiziellen Index gemeint. Es komme nicht darauf an, was sie mit den einzelnen Begriffen bei der Ausformulierung gemeint hätten, sondern welcher offizielle Index gemeint sein sollte. Von mittlerem Einkommen sei lediglich bei 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten die Rede. Dass es sich dabei um einen Index für das frühere Bundesgebiet handeln sollte, ergebe sich schon daraus, dass die Parteien als Basisjahr 1985 gewählt hätten. 1985 sei ein Lebenshaltungskostenindex für die neuen Bundesländer nicht erhoben worden.

Die Investitionen der Beklagten hätten entgegen deren Vortrag mit der Pacht nichts zu tun. Es sei nicht ersichtlich, dass diese mit einem Verzicht auf die Mietanpassung in Zusammenhang gestellt worden sei.

Eine Verwirkung sei nicht schon deshalb gegeben, weil die Klägerin den Anspruch längere Zeit nicht geltend gemacht habe. Es fehle an einem Umstandsmoment. Auch sonst könnten sich die Beklagten nicht darauf berufen, auf die Nichtanwendung der Preisgleitklausel vertraut zu haben, da ihnen die Erhöhungsmöglichkeit schon nach ihrem eigenen Sachvortrag nicht bewusst gewesen sei.

Soweit sich die Klage auf künftige Leistungen richte, sei diese gem. § 259 ZPO zulässig, da die Besorgnis bestehe, dass sich die Beklagten der Leistung entziehen werden. Dem stehe nicht entgegen, dass die Zusatzvereinbarung im Februar nicht von beiden Beklagten gezeichnet worden sei, da alle Beteiligten nach ihrem Vorbringen davon ausgegangen seien, dass über den Wortlaut der Vereinbarung hinaus beide Beklagten weiterhin Vertragspartner sein sollten.

Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung. Sie wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend greifen sie die Auslegung des Landgerichtes, die Parteien hätten den Lebenshaltungskostenindex für einen 4-Personen-Haushalt von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen vereinbaren wollen, dahin an, dass von Arbeitern und Angestellten auch Auszubildende und Praktikanten mit weit unterdurchschnittlichem Einkommen erfasst würden. Darüber hinaus sei es auch fehlerhaft, einen 4-Personen-Haushalt anzunehmen, denn die überwiegende Zahl aller Haushalte Deutschlands seien Ein-Personen-Haushalte. Soweit das Landgericht davon ausgehe, dass der Lebenshaltungskostenindex für das Altbundesgebiet gemeint sei, weil als Basisjahr 1985 vereinbart worden sei, könne dies schon deshalb nicht zutreffen, weil der Auskunft des Statistischen Bundesamtes ein Basisjahr 2000 zugrunde gelegt worden sei.

Schließlich berufen sich die Beklagten im Berufungsverfahren darauf, dass die Klägerin ihnen mit Schreiben aus Dezember 2002 dringlich die Aufhebung des Mietverhältnisses empfohlen habe, da sie sonst ihre Rechte ausschöpfen werde.

**Aus den Gründen:** II. Die Berufung ist zulässig und hat teilweise Erfolg.

Die Klägerin kann die geltend gemachten Zahlungen nach § 7 des Pachtvertrages i. V. m. § 535 BGB verlangen. Auch die Klage auf künftige Leistung ist gem. § 259 ZPO zulässig und gem. § 7 des Pachtvertrages, § 535 BGB gegenüber dem Beklagten zu 1. begründet.

1. Die Vereinbarung der Parteien in § 7 des Pachtvertrages sieht eine automatische Anpassung der Miete gekoppelt an die Entwicklung eines vom Statistischen Bundesamt ermittelten Lebenshaltungskostenindex für Arbeitnehmerhaushalte mit mittlerem Einkommen vor. Es handelt sich somit um eine Preisgleitklausel.

a) Zu ihrer Wirksamkeit bedurfte eine Preisgleitklausel bis zum 31. 12. 1998 der Genehmigung der Deutschen Bundesbank oder einer deren Aufgaben wahrnehmenden Landeszentralbank gem. § 3 WährG. § 3 WährG wurde mit dem EuroEG zum 1. 1. 1999 aufgehoben und mit Art. 9 § 4 des EuroEG entsprechende Regelungen in das Preisanpassungs- und Preisklauselgesetz (PAPKG) eingeführt.

Hiernach gilt zunächst der Grundsatz des § 2 Abs. 1 S. 1 PAPKG, wonach der Betrag von Geldschulden nicht unmittelbar und selbständig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden darf, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind (s. hierzu auch Rademacher, ZMR 1999, 218; Stapel, WuM 1999, 204; Schmidt-Räntsch, NJW 1998, 3166). Ausnahmen von diesem Indexierungsverbot sind gem. § 2 Abs. 1 S. 2 PAPKG zulässig, wenn Zahlungen langfristig zu erbringen sind oder besondere Gründe des Wettbewerbs eine Wertsicherung rechtfertigen und die Preisklausel nicht eine der Vertragsparteien unangemessen benachteiligt. Darüber hinaus sieht § 2 Abs. 2 PAPKG vor, dass weitere Ausnahmen vom Indexierungsverbot durch Rechtsverordnung der Bundesregierung geregelt werden können.

Von dieser Verordnungsermächtigung hat die Bundesregierung mit der Preisklauselverordnung (PrKV) Gebrauch gemacht. Nach § 1 PrKV sind grundsätzlich genehmigungsfrei zulässig Leistungsvorbehalte, Spannungsklauseln und Kostenelementeklauseln. Somit bleiben als grundsätzlich dem Indexierungsverbot unterliegend nur Preisgleitklauseln. Von dem Verbot des § 2 Abs. 2 S. 1 PAPKG lässt § 4 PrKV auch für Preisgleitklauseln Ausnahmen zu, die in Miet- und Pachtverträgen über Gebäude und Räume, die keine Wohnräume sind, enthalten sind (zur Systematik auch Herrlein/Kandelhard, Mietrecht ZAP-Praxiskommentar, 2. Aufl., § 557b Rn. 49 ff.). Verzichtet der Vermieter für mindestens zehn Jahre auf das Recht zur ordentlichen Kündigung oder steht dem Mieter das Recht zu, die Vertragsdauer auf mindestens zehn Jahre zu verlängern (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn. 413; Herrlein/Kandelhard, a. a. O., § 557b Rn. 51; Börstinghaus/Eisenschmid, Arbeitskommentar Mietrecht, 2001, S. 262), können derartige Klauseln dennoch als genehmigungsfrei gelten. Voraussetzung ist, dass eine der in § 4 PrKV als zulässig geregelten Bezugsgrößen gewählt wird (vgl. Herrlein/Kandelhard, a. a. O., § 557b Rn. 51; Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 413).

Auf die hier zu beurteilende Klausel ist § 4 PrKV anzuwenden, auch wenn diese bereits vor Inkrafttreten der Verordnung vereinbart worden ist. § 8 PrKV enthält nur für bereits nach § 3 WährG genehmigte Wertsicherungsklauseln eine Übergangsvorschrift. Hiernach werden diese durch die Rechtsänderungen nicht berührt (Zubrod, Beilage zu WuM 12/1998, 19; Kinne, GE 1998, 1069). Dies aber bedeutet nur, dass einmal erteilte Genehmigungen fortgehen sollen, ohne dass es hierzu einer erneuten Bestätigung durch das Bundesamt für Wirtschaft bedarf (Rademacher, a. a. O.; Stapel, a. a. O.; Schmidt-Räntsch, a. a. O.). Dies aber hindert die Vertragsparteien nicht, sich die Wirksamkeit der bereits genehmigten Klausel durch einen erneuten Bescheid bestätigen zu lassen. Erst recht gilt dies dann, wenn die Parteien bis zum 31. 12. 1998 die Genehmigung der Deutschen Bundesbank nicht beantragt hatten.

b) Somit bleibt es auch nach dem 1. 1. 1999 dabei, dass solche Klauseln, die der Genehmigungsfiktion des § 4 PrKV nicht unterliegen, der Genehmigung bedürfen, für welche das Bundesamt für Wirtschaft zuständig ist. Liegen dagegen die Voraussetzungen einer Genehmigungsfiktion nach § 4 PrKV vor,

entfällt die Prüfung der Klausel durch die Behörde. In diesen Fällen sind die Voraussetzungen einer Genehmigungsfiktion im Falle eines Zahlungsrechtsstreits durch das Zivilgericht zu prüfen (OLG Rostock NZM 2005, 506).

Sind sich die Parteien jedoch unsicher, ob die von ihnen gewählte Klausel der Genehmigungsfiktion unterliegt, können sie beim Bundesamt für Wirtschaft ein Negativattest beantragen, in welchem dieses mitteilt, dass die vereinbarte Preisklausel kraft Gesetzes als genehmigt greift (Gerber/Eckert, Gewerbliches Miet- und Pachtrecht, 6. Aufl., Rn. 135). Zweck eines solchen Negativattestes ist es, den Parteien die Unsicherheit darüber zu nehmen, ob die von ihnen gewählte Vertragsklausel zu ihrer Wirksamkeit einer Genehmigung bedarf oder nicht. Somit kann durch Einholung eines solchen Negativattestes vermieden werden, dass die Parteien über längere Zeit auf die Genehmigungsfreiheit der Klausel vertraut haben, im Rahmen eines Zahlungsrechtsstreites aber sich herausstellt, dass diese wegen einer bestehenden Genehmigungsbedürftigkeit keine Wirkung entfaltet hat. Die Prüfungskompetenz dafür, ob eine Genehmigung erforderlich ist oder nicht, hat die Bundesregierung mit der PrKV dabei grundsätzlich der Genehmigungsbehörde übertragen. Aus diesen Erwägungen hat der Senat bereits mit Urteil vom 8. 4. 2002 – 3 U 203/00 – GE 2002, 1331 entschieden, dass ein solches Negativattest das Vorliegen der für die Genehmigungsfiktion erforderlichen Voraussetzungen der zivilgerichtlichen Nachprüfung entzieht (so auch Herrlein/Kandelhard, a. a. O., § 557b Rn. 58; Both, MietrechtKompakt 2002, 160; a. A. Gerber/Eckert, a. a. O., Rn. 136). Soweit sich die Gegenansicht darauf stützt, es sei nicht ausgeschlossen, dass die Genehmigungsbehörde fehlerhaft annehmen könne, die Schriftform des § 550 BGB sei eingehalten und der Vertrag damit auf zehn Jahre fest geschlossen ist, überzeugt dies nicht. Diese Bindungswirkung, die Fehler der beurteilenden Behörde nicht ausschließt, besteht stets dann, wenn die zivilrechtliche Beurteilung an eine öffentlich-rechtliche Genehmigung gebunden ist. Hier gebieten es sowohl der unterschiedliche Rechtsweg als auch der durch die Genehmigung geschaffene Vertrauensschutz, den einmal genehmigten Rechtszustand der zivilrechtlichen Nachprüfung zu entziehen. Gerade im Hinblick auf das durch das Negativattest erzeugte Vertrauen verzichten die Parteien darauf, ihr Vertragswerk nachzubessern, was jedenfalls vernünftige Vertragsparteien getan hätten, wenn das Bundesamt sie darauf hingewiesen hätte, dass die erforderliche langfristige vertragliche Bindung nicht gegeben ist.

c) Aus den unter b) dargestellten Grundsätzen folgt, dass dann, wenn die Parteien die Genehmigungsfiktion des § 4 PrKV zugrundegelegt haben, im Rahmen der Überprüfung deren Voraussetzung durch das Gericht auch zu prüfen ist, ob etwa die mindestens zehnjährige Bindung der Vertragsparteien, die nach § 4 PrKV Voraussetzung für die Genehmigungsfiktion ist, durch einen Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB verloren gegangen ist (OLG Rostock NZM 2005, 506). Hat jedoch die Genehmigungsbehörde – wie hier – ein Negativattest erteilt, ist auch die Frage der Einhaltung des Schriftformerfordernisses im Rahmen der Prüfung der Voraussetzung des § 4 PrKV jedenfalls für die Zeit vor Erteilung des Attestes nicht mehr durch das Zivilgericht zu prüfen. Die durch die Gültigkeit der Wertsicherungsvereinbarung belastete Vertragspartei wird hierdurch nicht unbillig benachteiligt, weil sie das Mietverhältnis wegen Verfehlens der gesetzlich gebotenen Schriftform (§ 550 BGB) ordentlich kündigen oder jedenfalls unter Hinweis auf die Kündbarkeit Nachverhandlungen zur Miethöhe verlangen kann. Dafür, dass der Vertrag die Voraussetzung der zehnjährigen Bindung nach dem 17. 7. 2003 als dem Zeitpunkt der Erteilung des Negativattestes verloren hat, ist nichts ersichtlich.

d) Aus den gleichen Gründen ist die Frage, ob die Parteien eine der Bezugsgrößen des § 4 PrKV gewählt haben, im Rahmen der Prüfung der Wirksamkeit der Klausel nicht durch den Senat zu prüfen.

2. Gegen die Berechnung der Mieterhöhung, wie sie die Klägerin vorgenommen hat, hegt der Senat mit dem Landgericht keine Bedenken.

a) Soweit diese zu ihrer Nachvollziehbarkeit auf die Auskunft des Statistischen Bundesamtes von April 2003 Bezug nimmt, hält der Senat dies für ausreichend, da hierin sämtliche für die Berechnung und insbesondere für die zur Anpassung führenden Parameter erläutert sind. Weitergehendes ist von der Klägerin nicht zu verlangen, da sie ihren Anspruch lediglich schlüssig darlegen muss.

b) Der Einwand der Beklagten, die Berechnung der Mieterhöhung beruhe auf einem anderen als dem vereinbarten Index, vermag hier weder gegen die Berechnung der Mieterhöhung noch gegen die Wirksamkeit der gewählten Vertragsklausel durchzugreifen.

aa) Zwar haben die Parteien einen Index gewählt, der vom Statistischen Bundesamt auch zum Zeitpunkt der Mieterhöhung, nämlich im April 2001, nicht erhoben wurde. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, dass sowohl die Klägerin als auch das Landgericht die Klausel nach dem tatsächlichen Willen der Parteien ausgelegt haben. Im Zusammenhang mit der Umstellung der noch zu erhebenden Indices durch das Statistische Bundesamt ist dies ausdrücklich in der Literatur bejaht worden. Eine Wert sicherungsklausel in einem nach dem 1. 1. 2003 geschlossenen Vertrag, die sich an einen der früher geführten Indices anlehnt, lasse zweifelsfrei den Willen der Parteien erkennen, die Mietanpassung an einem vom Statistischen Bundesamt geführten Index auszurichten (Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 410). Diesem Gedanken folgt der Senat mit dem Landgericht in dem hier vorliegenden Fall. Auch hier haben die Parteien deutlich zu erkennen gegeben, dass sie sich an einem vom Statistischen Bundesamt ermittelten und veröffentlichten Index ausrichten wollen.

Bei der Bestimmung des zwischen den Parteien tatsächlich als gewollt vereinbarten Index folgt der Senat den Ausführungen des Landgerichtes und hält diese für überzeugend.

bb) Der Einwand der Beklagten, es bestehe keine Übereinstimmung zwischen dem Begriff des Arbeitnehmers einerseits und den Arbeitern und Angestellten andererseits, weil Letztere auch Auszubildende und Praktikanten erfassen, geht fehl. Arbeitnehmer nämlich ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit von einem anderen zur fremdbestimmten Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist (Palandt/Weidenkaff, BGB, 65. Aufl., Vorbem. 7 vor § 611). Die Arbeitnehmer werden, was noch heute zumindest für das Kündigungsrecht im Gesetz verankert ist, in Arbeiter und Angestellte unterteilt (Palandt/Weidenkaff, a. a. O., Vorbem. 8 vor § 611). Damit führt die Berücksichtigung von Auszubildenden nicht zur Differenzierung zwischen Arbeitnehmern, Arbeitern und Angestellten, sondern wird vom Arbeitnehmerbegriff mit erfasst.

cc) Auch der Verweis der Beklagten darauf, dass die überwiegende Zahl der deutschen Haushalte Ein-Personen-Haushalte seien, verlangt keine anderweitige Betrachtung. Ein Index über die Lebenshaltungskosten eines Ein-Personen-Haushaltes wurde und wird vom Statistischen Bundesamt nicht erhoben, so dass die Klausel auch nicht zugunsten solcher Haushalte ausgelegt werden kann.

3. Verwirkung können die Beklagten nicht mit Erfolg gegen die Ansprüche der Klägerin auf Zahlung der erhöhten Pacht einwenden. Dieser ergibt sich nicht schon daraus, dass der Vermieter die ihm zustehende höhere Miete über einen längeren Zeitraum nicht geltend macht und/oder die Genehmigung der Vertragsklausel über längere Zeit nicht beantragt hatte (BGH NJW 1984, 1684 [= WuM 1984, 127]; OLG Celle NJW-RR 1988, 723; Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 419). Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die bei dem Mieter ein Vertrauen darauf rechtfertigen, der Vermieter wolle die ihm nach der Wert sicherungsklausel zustehende erhöhte Miete nicht geltend machen (OLG Celle, Urteil vom 9. 5. 2001 – Az: 2 U 236/00 <zi-

tiert nach juris> [= GuT 2002, 41]; OLG Celle NJW-RR 1991, 271; OLG Düsseldorf ZMR 1995, 154 [= WuM 1995, 580]; Wolf/Eckert/Ball, Rn. 419; vgl. auch Rehborn, MietrechtKompakt 2002, 53). Dies können ausdrückliche Erklärungen des Vermieters ebenso sein, wie eine langjährige entgegenstehende Vertragspraxis, etwa wenn der Vermieter anderweitige Mieterhöhungen über Jahre und mehrfach praktiziert hat (OLG Karlsruhe OLGR 2003, 303).

Auf den Umstand, dass die Klägerin über längere Zeit eine Mieterhöhung nicht geltend gemacht hatte, lässt sich eine Verwirkung des Anspruches schon deshalb nicht gründen, weil die Parteien eine Preisgleitklausel vereinbarten, deren Wirkung automatisch bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen eintritt. Vorliegend haben die Parteien den automatischen Eintritt der Mieterhöhung sogar ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen. Somit bedarf es zur Anpassung der Miete keiner Erklärung des Vermieters (BGH NJW 1980, 589 [= WuM 1981, 66]; OLG Celle, Urteil vom 9. 5. 2001 – Az: 2 U 236/00 <zitiert nach juris> [= GuT 2002, 41]). Die Anpassungserklärung ist, haben die Parteien eine automatische Mietanpassung vertraglich vorgesehen, nicht konstitutiv. Unter diesen Umständen war es den Beklagten unbenommen aber auch zuzumuten, selbst die Entwicklung des vereinbarten Index zu beobachten, den Eintritt der vertraglich bestimmten Voraussetzungen der Mieterhöhung festzustellen und diese zu berechnen. Der Mieter ist nicht schutzwürdig, kann er sich doch in gleicher Weise wie der Vermieter über das Eintreten der Anpassungsvoraussetzungen informieren (Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 419 m.w.N). Ein Mieter, der Nachzahlungen entgehen will, wird daher die Indexentwicklung beobachten. Die Beklagten waren nicht gehindert, zumindest hinreichende Rückstellungen vorzunehmen, um den bestehenden Anspruch der Klägerin späterhin zu befriedigen. Ebenso hätten sie auch ihrerseits auf den Eintritt der Mieterhöhung hinweisen und die Klägerin zu einer Erklärung veranlassen können, ob diese hierüber einen Verzicht ausüben will.

Schon aus diesen Gründen vermögen die Beklagten nicht damit durchzudringen, dass ihnen eine sich über Jahre erstreckende Nachforderung in der hier geltend gemachten Höhe nicht zuzumuten sei.

Eine Verwirkung können die Beklagten hierneben auch nicht darauf stützen, dass sie auf Verlangen des Vorstandes der Klägerin erhebliche Investitionen in die Gaststätten vorgenommen und dabei darauf vertraut hätten, dass die Klägerin Mieterhöhungen nicht geltend machen werde. Dass die Parteien hierüber eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen hätten, tragen die Beklagten nicht vor. Auch dafür, dass die Klägerin anderweitig diesen Eindruck bei den Beklagten erweckt hätte, ist nichts ersichtlich, denn die Beklagten selbst haben ausgeführt, im Zusammenhang mit den Investitionen sei nicht über Mieterhöhungen gesprochen worden.

4. Künftige Leistungen ab dem 5. 4. 2005 kann die Klägerin allerdings nur von dem Beklagten zu 1. verlangen.

a) Einen Anspruch auf künftige Leistungen gegen beide Beklagte kann die Klägerin nicht auf § 2 des Mietvertrages stützen. Dieser sieht zwar ein Optionsrecht der Mieter vor, dass dieses ausgeübt worden ist, ist jedoch weder vorgetragen noch ersichtlich.

b) Den Anspruch kann die Klägerin jedoch gegen den Beklagten zu 1. aus der Vereinbarung vom 4. 2. 1999 herleiten. In dieser haben die Klägerin und der Beklagte zu 1. in § 1 vereinbart, dass das Mietverhältnis mit dem Beklagten zu 1. nach Ablauf der Vertragsbindung bis zum 4. 4. 2010 fortgesetzt werde. Die Vertragsfortsetzung zu unveränderten Bedingungen verpflichtet den Beklagten zu 1. für deren Dauer zur Errichtung der wirksam erhöhten Miete.

Dass der Beklagte zu 1. hier auch handelnd für den Beklagten zu 2. die Vereinbarung geschlossen hat, ist nicht ersichtlich. Vielmehr spricht der Wortlaut der Vereinbarung dagegen, da gem. deren § 2 das Optionsrecht aus dem Mietvertrag unberührt bleiben sollte. Die Vereinbarung kann folglich nur dahin ausgelegt werden, dass für den Fall, dass das Optionsrecht nicht

durch beide Mieter ausgeübt wird, das Mietverhältnis jedenfalls mit dem Beklagten zu 1. fortgesetzt werden sollte. Dass die Parteien in der Folgezeit eine Differenzierung, wer das Vertragsverhältnis fortsetzt, nicht mehr vorgenommen haben, steht dieser Auslegung nicht entgegen. Aufgrund der Auslegung der Urkunde nach ihrem insoweit klaren Wortlaut vermag der Senat der gegenläufigen Ansicht des Landgerichtes nicht zu folgen.

c) Bei der Tenorierung war zu berücksichtigen, dass Streitgegenstand nur der Erhöhungsbetrag ist, sodass der Beklagte zu 1. nicht zur Zahlung der im Vertrag bestimmten Monatspacht zu verurteilt ist.

III. [...] Die Revision lässt der Senat gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu. Er misst der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang ein Negativattest das Zivilgericht in seiner Entscheidung bindet, grundsätzliche Bedeutung zu.

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung ist rechtskräftig. – Zu „Indeksklauseln im Gewerbemietrecht“ s. in diesem Heft den Beitrag Ruff, GuT 2006, 211.

**§§ 273, 535 BGB  
Gewerberaummiete;  
Anlageform und Verzinsung der Barkaution**

**1. Der Vermieter von Gewerberäumen ist auch bei Fehlen einer entsprechenden Regelung im Mietvertrag verpflichtet, eine Barkaution getrennt von seinem übrigen Vermögen anzulegen.**

**Kommt der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nach, so kann der Mieter an der noch zu bezahlenden Restkaution ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.**

**2. Die Kautionsvereinbarung ist mangels abweichender Vereinbarung wie eine Spareinlage zu verzinsen.**

(OLG Nürnberg, Urteil vom 23. 2. 2006 – 13 U 2489/05)

**Aus den Gründen:** II. 2. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Zahlung von 5203,41 Euro Restkaution zu.

a) Die von der Beklagten zu leistende Kautionsleistung beträgt 17 000,- DM (§ 20 des Mietvertrages vom 11. 10. 2000). Der Kautionsbetrag hat sich weder durch die Reduzierung der gemieteten Fläche ab 1. 5. 2001 noch wegen eines Mangels (geringere tatsächliche Mietfläche als im Mietvertrag ausgewiesen) vermindert.

Der Text des § 20 des Mietvertrages, wonach die Kautionsleistung zwei Bruttomieten beträgt, nimmt erkennbar die Höhe der in § 3 des Vertrages vereinbarten Bruttomiete von 8500,- DM als Berechnungsgrundlage für die Kautionsleistung. Ein Wille der Vertragsparteien, daß sich bei späteren Änderungen der Mietfläche und/oder der Miethöhe auch die Höhe der Kautionsleistung gegebenenfalls auch zu Lasten der Beklagten – entsprechend verändern soll, läßt sich daraus nicht entnehmen. Die Verringerung der gemieteten Fläche und der Miete zum 1. 5. 2001 waren bei Vertragsschluß noch nicht absehbar. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BGH zu der für die Wohnraummiete geltenden Vorschrift des § 551 Abs. 1 BGB. Maßgeblich für die zulässige Höhe der Sicherheit ist danach die im Zeitpunkt der Kautionsvereinbarung geschuldete Miete, spätere Erhöhungen oder Ermäßigungen bleiben außer Betracht (BGH NJW 2005, 2773 [= WuM 2005, 573]).

Der Kautionsbetrag ist auch nicht gemindert, weil die gemieteten Räume bereits zum Zeitpunkt der Kautionsvereinbarung einen nicht behebbaren Mangel [Mietfläche, Red.] aufgewiesen hätten. [wird ausgeführt]

b) Die Beklagte hat auf die Kautionsleistung bei Beginn des Mietverhältnisses 4866,78 DM sowie am 5. 5. 2004 1000, 21 Euro bezahlt. Höhere Zahlungen hat die Beklagte nicht nachgewiesen. [...]

c) Nach Abzug der beiden Zahlungen, die zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen sind, vom Kautionsbetrag verbleibt ein Betrag von 5203,41 Euro.

[...] 4. Die Beklagte kann sich gegenüber dem Anspruch des Klägers auf Zahlung der Restkaution auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, da der Kläger nicht nachgewiesen hat, daß der Kautionsbetrag getrennt von seinem Vermögen und zu dem für Spareinlagen mit gesetzlicher Kündigungsfrist üblichen Zinssatz angelegt wird (§ 273 BGB).

a) Die Frage, ob der Vermieter von Gewerberäumen verpflichtet ist, eine Barkaution getrennt von seinem Vermögen anzulegen, ist umstritten. § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB, wonach die Anlage der Kautionsleistung vom Vermögen des Vermieters getrennt erfolgen muß, gilt nur für die Wohnraummiete; in § 578 BGB wird er für Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume sind, nicht für anwendbar erklärt, da der Gesetzgeber angesichts der im allgemeinen ausgeglichenen Verhandlungssituation einen Regelungsbedarf verneint hat. Ausgelöst durch die Entscheidung des BGH vom 21. 9. 1994 (BGHZ 127, 138 [= WuM 1994, 679]), in der der BGH bei Fehlen einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung eine Verpflichtung zur Verzinsung der Kautionsleistung auch bei der Geschäftsraummiete angenommen hat, ist jedoch die Meinung im Vordringen, daß auch bei Gewerberaum die Kautionsleistung getrennt vom Vermögen des Vermieters zu verwahren ist. Begründet wird dies mit einer ergänzenden Vertragsauslegung (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Leasing-, Miet- und Pachtrechts, 9. Aufl., Rn. 703; Emmerich, in: Staudinger, BGB (2003), § 551 Rn. 19, 35; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 551 Rn. 85; KG NJW-RR 1999, 738; anderer Ansicht: Bub/Treier, Handbuch der Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Rn. 790, die aber ebenfalls die Möglichkeit einer derartigen ergänzenden Auslegung sehen; LG Stuttgart ZMR 1997, 472; LG Bonn NJW-RR 1997, 1099; offengelassen von: KG DWW 2004, 85).

Die Verpflichtung des Klägers, die Kautionsleistung getrennt von seinem übrigen Vermögen anzulegen, ergibt sich aus ergänzender Auslegung der zwischen den Parteien zustande gekommenen Sicherungsabrede. Nach § 20 des Mietvertrages dient die Kautionsleistung zur Sicherstellung aller Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis und ist nach Beendigung des Mietverhältnisses und nach Erfüllung aller vertraglichen Vereinbarungen an den Mieter zurückzuerstatten. Bei der Kautionsleistung handelt es sich damit um eine Sicherheitsleistung, die Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte aus dem Pachtverhältnis sichern soll. Ein Zugriff des Klägers auf die Kautionsleistung soll erkennbar erst im Verwertungsfall in Betracht kommen. Er erhält damit den Betrag zur treuhänderischen Verwaltung (so auch OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1991, 1416 [= WuM 1991, 484]). Dem Sicherungsinteresse des Klägers ist aber genügt, wenn er die Zugriffsmöglichkeit auf den Kautionsbetrag erhält; es ist dafür nicht notwendig, den Betrag vollständig ins Vermögen des Vermieters zu überführen. Vielmehr entspricht es umgekehrt dem Sicherungsinteresse der Beklagten, einen Verlust der Kautionsleistung bei Insolvenz des Klägers zu verhindern, der einträte, wenn der Betrag vollständig ins Vermögen des Klägers überginge. Den erkennbaren und berechtigten Interessen beider Teile entspricht damit, wie auch bei anderen Sicherheiten, die Annahme einer treuhänderischen Verwaltung durch den Sicherungsnehmer.

Die Anerkennung einer Verpflichtung, die Kautionsleistung vom Vermögen des Vermieters getrennt zu halten, läuft auch nicht – wie das LG Bonn (NJW-RR 1997, 1099) meint – der gesetzgeberischen Intention zuwider, § 551 BGB für gewerbliche Mietverhältnisse nicht für anwendbar zu erklären. Die Tatsache, daß der Gesetzgeber keine Schutzvorschriften zugunsten des gewerblichen Mieters für erforderlich gehalten hat, steht einer interessengerechten Vertragsauslegung nicht entgegen.

Die Verpflichtung des Vermieters gewerblicher Mieträume, die vom Mieter geleistete Mietkaution zu dem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz zu verzinsen, wenn der Vertrag keine abweichende Regelung vorsieht, hat der BGH – ebenfalls aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung – bejaht (BGHZ 127, 138 [= WuM 1994, 679]).

b) Der Kläger ist diesen Verpflichtungen unstreitig hinsichtlich des bereits erhaltenen Teils der Kautionsleistung nicht nachgekom-

men. Er hat mitgeteilt, daß ihm eine Anlage der bereits erhaltenen Zahlungen auf einem separaten Kautionskonto bisher nicht möglich gewesen sei. Sein Angebot, die von der Beklagten bereits gezahlten Teile der Kaution auf einem Anderkonto seines Prozessvertreters oder dem der Beklagten zu hinterlegen, bis eine Anlage auf einem Kautionsparbuch möglich sei, ist nicht ausreichend. Es handelt sich dabei um kein Angebot, mit dem der Kläger einen Annahmeverzug der Beklagten herbei führen könnte; denn eine vertragskonforme Anlage wäre ihm auch ohne Mitwirkung der Beklagten möglich.

c) Die Beklagte kann auf die Verletzungen der Verpflichtungen des Klägers auch ein Zurückbehaltungsrecht stützen. Dieses ergibt sich aus § 273 BGB, da der Anspruch des Klägers auf Bezahlung der Kaution und der Anspruch der Beklagten auf eine vertragskonforme Anlage des Kautionsbetrages auf demselben Schuldverhältnis (Vereinbarung einer Mietsicherheit im Rahmen des Mietvertrages vom 11.10.2000) beruhen und zwischen ihnen ein innerer natürlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang in der Weise besteht, daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht und durchgesetzt werden könnte (zu dieser Voraussetzung Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 273 Rn. 9). Es sind keine Gründe ersichtlich, den Mieter zu weiteren Zahlungen auf die Kaution zu zwingen, obwohl der Vermieter seinerseits seiner Verpflichtung zur sicheren Verwahrung und zur verzinslichen Anlage des Kautionsbetrages nicht nachkommt. Es kann dahinstehen, ob der Auffassung des KG (DWW 2004, 85) zu folgen ist, wonach der Wortlaut des § 551 BGB in einer solchen Situation ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters ausschließt. Denn die Vorschrift des § 551 BGB gilt nicht für gewerbliche Mietverhältnisse. Jedenfalls im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen beider Vertragsparteien ist es nicht ausgeschlossen, ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters anzunehmen, wenn nach dem bisherigen Verhalten des Vermieters eine vertragskonforme Verwendung der Kaution nicht gewährleistet ist.

**§§ 535, 305c BGB**  
**Gewerberaumiete; Abwälzungsklausel zu den**  
**Hausverwaltungskosten;**  
**Überraschungsklausel zur Kostenhöhe**

**Eine von dem Vermieter in einem gewerblichen Mietvertrag verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der dem Mieter die Kosten der Hausverwaltung überbürdet werden, ist als Überraschungsklausel unwirksam, wenn diese Kosten im Mietvertrag nicht beziffert sind, aber einen so hohen Betrag ausmachen, dass der Mieter nach dem gesamten Inhalt der Nebenkostenregelung des Mietvertrags mit einem solchen Betrag vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte.**

(OLG Köln, Urteil vom 4. 7. 2006 – 22 U 40/06)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Abrechnung von Hausverwaltungskosten als Mietnebenkosten in einem gewerblichen Mietverhältnis.

Der Kläger ist Eigentümer eines Geschäftshauses in L. Die Verwaltung des Hauses lässt er von einer Hausverwaltungsfirma führen, mit der er ein Entgelt von 5,5% der Bruttosollmiete (mtl. 31 320,00 €) vereinbart hat. Er hat in dem Gebäude seit 15. 8. 2002 an die Beklagte Gewerberäume zum Betrieb eines Musik-Fachgeschäfts vermietet. Gemäß § 4 des Mietvertrags hat die Beklagte monatliche Vorauszahlungen auf die Nebenkosten zu leisten, nämlich 1000 € für Heizung und 1000 € für Betriebskosten jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer. Die Anlage 1 zum Mietvertrag enthält eine Aufstellung der einzelnen Betriebskosten. Unter Nr. 17, der letzten Position dieser Aufstellung, sind als „sonstige Betriebskosten“ u. a. die Kosten der

kaufmännischen und technischen Hausverwaltung der Mietsache aufgeführt. Die Höhe der Hausverwaltungskosten ist nicht angegeben.

Die erste Nebenkostenabrechnung des Klägers für den Zeitraum 15. 8. bis 31. 12. 2002 weist anteilige Heizungs- und Betriebskosten (ohne Hausverwaltung) von 9555,54 € brutto und zusätzlich anteilige Hausverwaltungskosten von 8159,38 € brutto (mtl. 1813,20 €) aus. Auf den Gesamtbetrag dieser Nebenkosten von 17 714,92 € hat der Kläger die Vorauszahlungen von 10 440,00 € angerechnet. Der Differenzbetrag von 7 274,92 €, dessen Zahlung die Beklagte verweigert, ist Gegenstand der Klage.

Das Landgericht Köln hat die Klage zugesprochen. Die Berufung der Beklagten, mit der ausschließlich die Geltendmachung von Verwaltungskosten angegriffen wird, führt zur Abweisung der Klage.

**Aus den Gründen:** II. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung restlicher Nebenkosten für den Zeitraum 15. 8. bis 31. 12. 2002. Denn der nur in Höhe von 9555,54 € entstandene Anspruch (Nebenkosten ohne Hausverwaltungskosten) ist durch die Nebenkostenvorauszahlungen der Beklagten erloschen. Einen Anspruch auf Zahlung von Verwaltungskosten von 8159,38 € aus § 4 des Mietvertrags in Verbindung mit Nr. 17 der Anlage 1 zum Mietvertrag hat der Kläger nicht. Denn bei dieser Klausel handelt es sich, soweit sie den Mietern die Kosten der Hausverwaltung auferlegt, um eine unwirksame allgemeine Geschäftsbedingung.

1. Bei dem Mietvertrag der Parteien handelt es sich um einen vom Vermieter gestellten Formularvertrag, dessen Regelungen sich nach den §§ 305 ff. BGB n. F. beurteilen, soweit sie nicht zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt worden sind. Dies war bezüglich der Regelung in Nr. 17 der Anlage 1 zum Mietvertrag nicht der Fall, wie sich aus der vorgelegten Korrespondenz über die Verhandlungen ergibt. Es handelt sich bei dieser Klausel somit, wie bereits das Landgericht unbeanstandet angenommen hat, um eine allgemeine Geschäftsbedingung.

2. Zwar ist die Bestimmung in Nr. 17 der Anlage 1 zum Mietvertrag nicht schon wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Denn eine Vereinbarung, mit der der Vermieter den Mieter von Gewerberäumen mit den Kosten einer vom Vermieter beauftragten Hausverwaltung belastet, wird grundsätzlich als zulässig angesehen (OLG Nürnberg, WuM 1995, 308, 309; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rdn. 34, 6). § 556 Abs. 3 BGB steht dem nicht entgegen, weil diese Vorschrift nur für Mietverhältnisse über Wohnraum gilt.

3. Die Überbürdung von nichtbezifferten Hausverwaltungskosten auf die Beklagte durch eine allgemeine Geschäftsbedingung ist jedoch als Überraschungsklausel gemäß § 305 c BGB unwirksam, weil sie jedenfalls in ihrer konkreten Auswirkung von den Erwartungen des Vertragspartners des Verwenders deutlich abweicht und dieser mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte.

Der Vertragspartner des Verwenders muss darauf vertrauen dürfen, dass sich die AGB im Rahmen dessen halten, was bei Würdigung aller Umstände bei Verträgen dieser Art zu erwarten ist. Gehen allgemeine Geschäftsbedingungen über diese Grenzen hinaus, werden sie als überraschende Klauseln nicht Vertragsinhalt (Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 305 c, Rdn. 2). Dies ist hier unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Nebenkostenregelung des Vertrags, insbesondere der Art und Weise, wie die Verwaltungskosten – ohne Angabe der Höhe – in der Aufstellung der Betriebskosten aufgeführt sind, der Fall.

Die Regelung verschleiert im Zusammenhang mit den zu niedrig angesetzten Nebenkostenvorauszahlungen die Höhe der Hausverwaltungskosten und damit die wahre Höhe der vom Mieter insgesamt zu tragenden Betriebskosten.

Sie enthält keine Angaben zur Höhe der Hausverwaltungskosten. Sie gibt nicht annähernd zu erkennen, in welcher Größen-

ordnung sich die davon erfasste Position bewegt. Auch ein Mieter, der die Überbürdung von Hausverwaltungskosten einkalkuliert, kann bei einer derartigen Regelung an unauffälliger Stelle ohne Bezifferung oder einen sonstigen Hinweis auf die Höhe der Kosten nicht erwarten, dass sich dahinter eine Kostenposition verbirgt, die – zusätzlich zu den gesondert erhobenen Betriebskosten für „Hausreinigung“ (Nr. 9 der Anlage 1) und „Hauswart“ (Nr. 14 der Anlage 1) – mit 8159,38 € höher ist als die Summe aller übrigen Betriebskosten unter Nr. 1 bis 16 der Anlage 1 zum Mietvertrag, obgleich die Erwähnung der Hausverwalterkosten als „sonstige Betriebskosten“ unter der – letzten – Nr. 17 der Betriebskostenaufstellung auf einen nur geringen Betrag schließen lässt. Dies ist irreführend. Der Mieter muss der Nebenkostenregelung des Mietvertrags zumindest in grobem Umfang entnehmen können, welche Belastungen neben der Grundmiete auf ihn zukommen. Nur so kann er entscheiden, ob das Mietobjekt sich für ihn „rechnet“ oder nicht. Je höher die auf ihn zukommenden Kosten, um so wichtiger ist der deutliche Hinweis auf diese Kosten (vgl. auch KG, NZM 2002, 954).

Dies gilt erst recht, wenn – wie hier – auch die im Mietvertrag vereinbarten Nebenkostenvorauszahlungen nicht erkennen lassen, dass weitere Kosten in weit höherem Umfang auf den Mieter zukommen werden. Zwar schafft die Höhe der Nebenkostenvorauszahlungen keinen Vertrauenstatbestand für den Mieter, dass diese Beträge dem letztlich errechneten Betrag entsprechen werden (OLG Hamm, NZM 2003, 717 m.w. Nachw.). Jedoch darf die tatsächliche Höhe der auf den Mieter zukommenden Nebenkosten auch nicht durch eine bei weitem zu niedrig angesetzte Nebenkostenvorauszahlung einerseits und eine unklare Nebenkostenregelung andererseits so verschleiert werden, dass die Größenordnung der vom Mieter insgesamt zu tragenden Betriebskosten nicht einmal entfernt erkennbar wird. Dies ist aber der Fall, wenn die nur als „sonstige Betriebskosten“ aufgeführten Kosten der Hausverwaltung für sich allein fast das Doppelte der Vorauszahlungen für die gesamten Betriebskosten ausmachen.

Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, die Höhe der Nebenkosten sei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar gewesen. Denn die Höhe der Verwaltungskosten, 5,5% der Bruttosollmiete, war ihm bekannt und konnte exakt berechnet werden. Die Höhe der Nebenkostenvorauszahlungen hätte also ohne weiteres angemessen festgesetzt werden können. Da dies nicht geschehen ist, hatte die Beklagte keinen Hinweis auf die tatsächliche Höhe der anfallenden Kosten, sondern musste von lediglich geringen Kosten im Verhältnis zu den übrigen im einzelnen aufgeführten Betriebskosten ausgehen.

Damit erweist sich die Regelung bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls als überraschend im Sinne des § 305 c BGB und damit unwirksam.

[...] IV. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes ab, noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung.

Mitgeteilt von VRiOLG Dr. Müller, Köln

**Ann. d. Red.:** Vgl. grundlegend BGH – XII. ZS – GuT 2004, 160.

## Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter [www.prewest.de](http://www.prewest.de)

Pfad: Medien und Kultur → hier

Telefax: 02 28 / 47 09 54

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

### §§ 535, 259 BGB Gewerberaumiete; Betriebskostenabrechnung im gemischt genutzten Gebäude

#### Zur Notwendigkeit eines „Vorwegabzugs“ der verbrauchsunabhängigen Betriebskosten bei gemischt genutzten Gebäuden.

(KG, Urteil vom 24. 7. 2006 – 8 U 224/05)

#### Aus den Gründen: B. Nebenkostennachforderungen

Der Klägerin stehen Nachzahlungen in Höhe von 6314,56 EUR aus Betriebskosten- und Heizkostenabrechnungen zu. Im Einzelnen kann die Klägerin Ausgleich der Nachzahlungsforderungen wie folgt verlangen:

- a) Betriebskostenabrechnung 2000 vom 8. August 2000 von noch 648,87 EUR [...]
- b) Betriebskostenabrechnung 2001 vom 23. August 2002 von 2251,33 EUR
- c) Betriebskostenabrechnung 2002 vom 22. August 2003 von 2306,80 EUR
- d) Heizkostenabrechnung 2000/2001 von noch 270,52 EUR [...]
- e) Heizkostenabrechnung 2001/2002 von 372,03 EUR
- f) Heizkostenabrechnung 2002/2003 von 465,01 EUR

1. Es ist davon auszugehen, dass die Betriebskostenabrechnungen ordnungsgemäß erstellt worden sind und den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entsprechen. Sie enthalten eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und den Abzug der Vorauszahlungen des Mieters (BGH NJW 1982, 573 [= WuM 1982, 207]).

Nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen Gewerbemietvertrag (AVB), die Vertragsbestandteil des Mietvertrages vom 11./12. Juni 1998 geworden sind, erfolgt die Umlage der Betriebskosten nach dem Verhältnis der jeweils tatsächlichen Mietflächen, soweit nicht für einzelne oder alle Betriebskosten vom Vermieter ein anderer Umlageschlüssel gewählt wird (vgl. Ziff. 6. 3). Der Abrechnungsmaßstab muss der Billigkeit entsprechen, d. h. er muss nach objektiven Kriterien ausgerichtet und möglichst nah am Verbrauch orientiert sein. Grundsätzlich ist die Abrechnung nach dem Verhältnis der Flächen angemessen (vgl. OLG Hamm WuM 1983, 315; Senatsurteil vom 12. 4. 2001 – 8 U 2143/99 – GE 2001, 850).

Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, dass sämtliche Abrechnungen „falsch“ – gemeint ist wohl nicht fällig – seien, weil bei dem gemischt genutzten Objekt von Wohnraum und Geschäftsraum die nicht verbrauchsabhängig erfassten Betriebskosten nicht getrennt nach Wohn- und Geschäftsraum aufgeteilt worden seien. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Betriebskostenabrechnung von vornherein deswegen nicht fällig ist, wenn die Betriebskosten für die im Gebäude befindlichen Gewerbebetriebe nicht getrennt ausgewiesen und vorweg abgezogen sind. Aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB folgt nicht, dass die auf die gewerbliche Nutzung entfallenden Betriebskosten stets vorweg abzuziehen sind (vgl. BGH Urteil vom 08. März 2006 – VIII ZR 78/05 – GE 2006, 502 [= WuM 2006, 200]). In dieser Entscheidung hat der BGH für preisfreien Wohnraum entschieden, dass ein Vorwegabzug der Kosten für Gewerbeflächen in gemischt genutzten Abrechnungseinheiten für alle oder einzelne Betriebskostenarten jedenfalls dann nicht geboten ist, wenn die auf die Gewerbeflächen entfallenden Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen (vgl. auch LG Düsseldorf DWW 1990, 240; LG Frankfurt/a.M. NZM 1998, 434 [= WuM 1997, 630]; LG Braunschweig ZMR 2003, 114). Hintergrund dieser Rechtsprechung ist, dass durch den Vorwegabzug verhindert werden soll, dass die *Wohnungsmie-*

ter mit Kosten belastet werden, die allein oder in höherem Maße aufgrund einer gewerblichen Nutzung entstehen (BGH GE 2006, 502 [= WuM 2006, 200]).

Es kann für die Entscheidung dahingestellt bleiben, ob sich der Beklagte, der selbst Gewerbemietter ist, hierauf berufen kann. Jedenfalls kann nicht festgestellt werden, dass der von der Klägerin gewählte Abrechnungsmaßstab für die Betriebskosten nach Flächenanteil – mit Ausnahme bezüglich der Grundsteuer, die nach dem Verhältnis der Rohmieterträge umgelegt ist – unbillig wäre. Der Beklagte hat hier auch nicht konkret geltend gemacht, in Bezug auf welche Betriebskosten im Verhältnis zu den Wohnraummietern Unbilligkeit vorliegen würde.

Soweit der Beklagte sich weiter darauf beruft, dass die Abrechnung nicht ordnungsgemäß sei, weil einzelne Gewerbemietter wie ein türkischer Imbiss, ein Internet-Café und eine Arztpraxis, einen höheren Wasserverbrauch hätten, ist der Einwand ebenfalls unerheblich. Zwar kann auch im Verhältnis von Gewerberaummietern untereinander ein differenzierter Abrechnungsmaßstab geboten sein, wenn einzelne Gewerbe bei bestimmten Abrechnungspositionen einen spezifisch höheren Verbrauch haben oder Kosten verursachen. Dann kann ein Vorwegabzug in Betracht kommen (vgl. Senatsurteil vom 12. April 2001 – 8 U 2143/99 –, GE 2001, 850 für Grundsteuer). Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die genannten anderen Gewerbeeinheiten erheblich höhere Wasserkosten verursachen würden als die als Anwaltskanzlei genutzten Büroräume des Beklagten. Der Beklagte hat auch keinerlei Anhaltspunkte dazu vorgetragen, aus denen sich ergäbe, dass eine Unbilligkeit vorliegen würde. Bezüglich des türkischen Imbisses hat der Beklagte weder zur Größe noch zum Umfang des Geschäfts etwas vorgetragen, die Schlüsse auf einen etwaigen höheren Verbrauch zuließen. Soweit es das Internet-Café und die Arztpraxis betrifft, ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen diese höhere Wasserkosten haben sollen als die Anwaltskanzlei des Beklagten. Im Übrigen betrifft dieser Einwand bezüglich der Wasserkosten auch nur die Betriebskostenabrechnung für 2000. In den Abrechnungen für die Folgejahre 2001 und 2002 ist – nach Einbau von Wasseruhren – der Wasserverbrauch für die einzelnen Einheiten erfasst und damit verbrauchsabhängig erfasst.

Soweit es die Grundsteuer angeht, hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass die Verteilung der Grundsteuerbeträge nach den Rohmieterträgen auf die einzelnen Abrechnungseinheiten erfolgt ist. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senat (vgl. Senatsurteil vom 12. 4. 2001, a. a. O.).

Der Beklagte hat demnach erhebliche Einwendungen gegen die Abrechnungen nicht erhoben. Zudem sind Einwendungen des Mieters gegen einzelne Betriebskostenpositionen nur dann zu berücksichtigen, wenn er diese aufgrund der eingesehenen Belege konkretisiert (OLG Düsseldorf GE 2003, 878 [= GuT 2003, 147]; LG Berlin GE 2003, 1492 f.; LG Berlin GE 2003, 1492; Kinne/Schach/Bieber, a. a. O., § 556 BGB, Rdnr. 100a).

Soweit der Beklagte geltend macht, dass er die Klägerin verblichlich aufgefordert habe, die Belege für die Abrechnungen gegen Aufgabe der Kosten zu übersenden, ist auch dies unerheblich. Nach der Rechtsprechung des BGH besteht ein Anspruch des Mieters auf Übersendung von Fotokopien auch gegen Übernahme der Kosten nicht. Dem Interesse des Mieters an einer Überprüfung der Abrechnung wird in der Regel bereits dadurch Rechnung getragen, dass er vom Vermieter Einsicht in die der Abrechnung zugrunde liegenden Belege verlangen kann (BGH Urteil vom 8. März 2006 – VIII ZR 78/05 –, a. a. O.). Es ist auch nichts dazu vorgetragen und auch nicht ersichtlich, dass es dem Beklagten ausnahmsweise nicht zugemutet werden könnte, die Belege bei der Klägerin einzusehen.

2. Die Heizkostenabrechnungen sind entsprechend den Anforderungen der Heizkostenverordnung erstellt. Der Beklagten hat Einwendungen dagegen auch nicht erhoben.

II. [...] Die Revision wird nicht zugelassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbil-

dung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO).

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

**§§ 242, 535, 581 BGB; § 138 ZPO; § 29 NMV  
Gewerberaummiete; Pacht; Betriebskostenabrechnung;  
Belegensicht; Belegzusendungen; Plausibilität sinkender  
Kosten; Hausmeisterkosten des Gesamtgebäudes**

**1. Will der Mieter sich erfolgreich gegen eine Betriebskostennachforderung des Vermieters verteidigen, setzt dies in Ausübung seines Prüfungsrechts grundsätzlich die vorherige Einsichtnahme in die Berechnungsunterlagen voraus.**

**2. Ausnahmsweise kann der (hier: gewerbliche) Mieter nach Treu und Glauben Übermittlung von Fotokopien der Rechnungsbelege verlangen, wenn ihm die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen in den Räumen des Vermieters oder dessen ortsnaher Hausverwaltung nicht zugemutet werden kann, etwa weil Mieter und Vermieter heillos zerstritten sind, der Ort der Belegensicht nicht in zumutbarer Weise und angemessener Zeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu erreichen ist oder der in einer entfernt liegenden Stadt wohnende Vermieter sich trotz Aufforderung des Mieters weigert, die Belege am Ort des Mietobjekts zur Einsicht bereit zu stellen.**

**3. Durchgreifende Bedenken gegen die materielle Berechtigung des Kostenansatzes ergeben sich nicht allein daraus, dass einzelne der im Folgejahr ausgewiesenen Kosten niedriger sind als die des Vorjahres.**

**4. Betreut der Hausmeister eine aus mehreren Gebäuden bestehende Liegenschaft, kann der Pächter auch dann anteilig mit den vertraglich als umlagefähig vereinbarten Hausmeisterkosten belastet werden, wenn er für das gepachtete Hotel selbst nicht unmittelbar tätig geworden ist.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 22. 6. 2006 – I-10 U 164/05)

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Dem Kläger steht gegen die Beklagten entgegen der Auffassung des Landgerichts [Düsseldorf] ein fälliger Anspruch auf Zahlung rückständiger Betriebskosten für die Abrechnungsjahre 2000 (= 4196,83 €) und 2001 (= 8914,47 €) in Höhe von insgesamt 13 111,40 € zu. Dies beruht im Einzelnen auf folgenden Überlegungen:

1. Die Beklagten haften dem Kläger gesamtschuldnerisch entweder unmittelbar als Pächter aus § 535 Abs. 2 BGB oder jedenfalls aus § 128 HGB als Gesellschafter der von ihnen gebildeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die fälligen streitgegenständlichen Betriebskostennachforderungen.

Der Anspruch des Vermieters auf Bezahlung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten wird grundsätzlich mit der Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung fällig (BGH, Urte. v. 8. 3. 2006, VIII ZR 78/05 [= WuM 2006, 200]). Nach ständiger Rechtsprechung (zuletzt BGH, Urte. v. 20. 7. 2005, GE 2005, 1118 = ZMR 2005, 937 [= WuM 2005, 579]) ist eine Betriebskostenabrechnung formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB genügt und bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten folgende Mindestangaben enthält: Eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und den Abzug der Vorauszahlungen des Mieters. Diesen Anforderungen genügen aus den insoweit zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung sowohl die Betriebskostenabrechnung des Klägers für 2001 als auch die Betriebskostenabrechnung 2000 in ihrer mit Schriftsatz vom 25. 5. 2004 überreichten korrigierten Fassung.

Erhebliche Einwendungen gegen den Kostenansatz haben die Beklagten insgesamt nicht erhoben. Will der Mieter sich erfolg-

reich gegen eine Betriebskostennachforderung des Vermieters verteidigen, darf er sich im Prozess nicht darauf beschränken, die materielle Berechtigung des Kostenansatzes insgesamt oder hinsichtlich einzelner Betriebskostenarten zu bestreiten. Sein Bestreiten erfüllt nur dann die prozessualen Anforderungen des § 138 Abs. 2 ZPO, wenn er konkret zu den einzelnen Abrechnungsposten Stellung bezieht und seine Bedenken gegen die materielle Berechtigung der Abrechnung plausibel darlegt. Das setzt in Ausübung seines Prüfungsrechts grundsätzlich die vorherige Einsichtnahme des Mieters in die Berechnungsunterlagen voraus. Macht der Mieter – wie hier die Beklagten – von seinem Einsichtsrecht keinen Gebrauch, bleibt sein Bestreiten nach § 138 Abs. 3 ZPO unberücksichtigt (OLG Düsseldorf, NZM 2000, 762; ZMR 2003, 570 [= GuT 2003, 147 KL]; LG Berlin, GE 2003, 1492; GE 2001, 1469).

Auf die Überlassung von Fotokopien gegen Kostenerstattung hat der Mieter weder aus einer entsprechenden Anwendung des § 29 NMV noch aus § 242 BGB einen Anspruch (BGH, Urt. v. 8. 3. 2006, VIII ZR 78/05 [= WuM 2006, 200] für die Wohnraummiete; Senat, WuM 1993, 411 für gewerbliche Mietverhältnisse). Ausnahmsweise kann der Mieter nach Treu und Glauben Übermittlung von Fotokopien der Rechnungsbelege verlangen, wenn ihm die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen in den Räumen des Vermieters oder dessen ortsnaher Hausverwaltung nicht zugemutet werden kann, etwa weil Mieter und Vermieter heillos zerstritten sind oder der Ort der Belegung nicht in zumutbarer Weise und angemessener Zeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu erreichen ist. Gleiches gilt, wenn der – wie der Kläger – in einer entfernt liegenden Stadt (hier: Berlin) wohnende Vermieter sich trotz Aufforderung des Mieters weigert, die Belege am Ort des Mietobjekts zur Einsicht bereit zu stellen. Dass ein solcher Ausnahmefall hier vorliegt, ergibt sich nicht bereits aus der nicht näher konkretisierten Behauptung der Beklagten, der Kläger sei ihrer vorprozessualen Aufforderung, die Gesamtkosten zu belegen, nur fragmentarisch nachgekommen.

Durchgreifende Bedenken gegen die materielle Berechtigung des Kostenansatzes ergeben sich entgegen der Auffassung des Landgerichts und der Beklagten auch nicht allein daraus, dass einzelne der im Jahr 2001 ausgewiesenen Kosten niedriger sind als die des Jahres 2000. Weder ist – wie das Landgericht ohne tatsächliche Grundlage angenommen hat – üblicherweise das Gegenteil zu erwarten noch widerspricht die hinsichtlich der Kostenpositionen „Gebäudeversicherung Hotel“, „Grundsteuer Hotel“, „Hausmeister Gewerbe“ und „Straßenreinigung“ für 2001 ausgewiesene Kostensenkung – wie die Beklagten meinen – jeglicher Lebenserfahrung. Auch insoweit hätten die Beklagten zunächst Einsicht in die Abrechnungsbelege nehmen und sich danach verbleibende Unklarheiten durch den Vermieter oder eine von diesem beauftragte sachkundige Person erläutern lassen müssen. Insoweit trifft den Vermieter, der den Mieter auf die Belegung verweist, bereits vor Ort eine entsprechende Erläuterungspflicht (BGH, Urt. v. 8. 3. 2006, VIII ZR 78/05 [= WuM a. a. O.]).

Mangels Ausübung ihres Einsichtsrechts ist es den Beklagten schon aus diesem Grund verwehrt, sich insbesondere darauf zu berufen, der von dem Kläger eingesetzte Hausmeister sei auch noch für andere Objekte des Klägers tätig. Dass der Hausmeister – wie die Beklagten vortragen – für die W.-Straße ... nicht tätig geworden sein soll, steht dem Kostenansatz nicht grundsätzlich entgegen. Betreut der Hausmeister eine – wie hier – aus mehreren Gebäuden bestehende Liegenschaft, kann der Pächter auch dann anteilig mit den vertraglich als umlagefähig vereinbarten Hausmeisterkosten belastet werden, wenn er für das gepachtete Hotel selbst nicht unmittelbar tätig geworden ist (vgl. Senat, Urt. v. 23.12.1999, DWW 2000, 54). Im Übrigen ist der Vortrag der Beklagten auch substanzlos.

Soweit die Beklagten den Ansatz der Heiznebenkosten bestreiten, handelt es sich um die Kosten der Heizungswartung, die der Kläger für die auf die Beklagten bzw. auf die von ihnen gebildete BGB-Gesellschaft entfallende Vertragszeit (1. 8. bis

31.12.2000) in Einklang mit § 9 Abs. 3 HeizKV für das Rumpfabrechnungsjahr 2000 zeitanteilig umgelegt hat. Die von den Beklagten insoweit beanstandete Kostensteigerung von 164,9% für 2001 hat der Kläger plausibel damit erklärt, dass den Beklagten in 2001 die vertraglich vereinbarten zwei Heizungswartungen anteilig berechnet worden sind, während in der Abrechnung 2000 lediglich eine Wartung angesetzt sei. Rechtserhebliches hierzu ist dem Vorbringen der Beklagten nicht zu entnehmen. Ihre Behauptung, die Heizungsanlage werde von der Pächterin des Restaurants, der R.-GmbH betrieben, ist substanzlos und steht zudem in Widerspruch zu den in § 4 Nrn. 1 und 7 PV hinsichtlich der Wartung der Heizungsanlage durch den Kläger getroffenen Regelungen. Dass die Wartungsrechnung an die Hausverwaltung H-GmbH und nicht unmittelbar an den Kläger als Hauseigentümer adressiert ist, stellt die sachliche Richtigkeit der Umlage nicht in Frage. Ob der Kläger die in Rechnung gestellten Betriebskosten bezahlt hat, ist für die materielle Berechtigung der streitgegenständlichen Betriebskostenabrechnungen ohne Belang. Durch den Nichtansatz von Müllabfuhrkosten für 2000 werden die Beklagten nicht benachteiligt.

[...] 3. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 535, 548, 307 BGB; § 9 AGBGB**  
**Gewerberaumiete; Ladengeschäft;**  
**formularmietvertragliche Schönheitsreparaturpflicht**  
**des Mieters; starre Fristen;**  
**Verjährung; Zurückerhalten der Mietsache**

**Auch bei einem gewerblichen Mietverhältnis ist eine Schönheitsreparaturklausel mit einer starren Fristenregelung unwirksam.**

**Sobald der Vermieter in der Lage ist, die Mieträume nach der endgültigen Besitzaufgabe durch den Mieter uneingeschränkt zu besichtigen, liegt ein Zurückerhalten der Mietsache i. S. d. § 548 Abs. 1 S. 2 BGB vor und die Verjährungsfrist fängt an zu laufen. Eine vom Mieter unterlassene Schlüsselrückgabe ändert hieran nichts.**

(OLG München, Urteil vom 22. 9. 2006 – 19 U 2964/06)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger begehrt von dem Beklagten Zahlung wegen unterlassener Durchführung von Schönheitsreparaturen sowie wegen Schäden am Mietobjekt.

Der Kläger vermietete dem Beklagten in München ein Ladengeschäft mit Nebenräumen sowie ein angrenzendes Appartement als Einheit. § 8 Abs. 2 des Formularmietvertrages vom 17.11.1999 über die streitgegenständlichen Mieträume lautete wie folgt: „Der Mieter ist verpflichtet, die Schönheitsreparaturen alle 5 Jahre, jeweils gerechnet vom Beginn des Mietverhältnisses, fachgerecht auszuführen“.

Der Beklagte erklärte die Kündigung des Mietverhältnisses mit den Schreiben vom 4. 6. und 21.10.2004. Der Kläger erklärte die Kündigung des Mietverhältnisses mit dem Schreiben vom 27.10.2004.

Der Beklagte verließ das Mietobjekt, ohne Schönheitsreparaturen durchgeführt oder Schäden am Mietobjekt beseitigt zu haben.

Am 23.11.2004 besichtigte der Kläger mit einem Sachverständigen die Mieträume. Hierbei wurden diverse Schäden festgestellt.

Zur Geltendmachung seiner Ansprüche ließ der Kläger am 30. 5. 2005 einen Mahnbescheidsantrag stellen. Der Mahnbescheid vom 13. 6. 2005 wurde dem Beklagten am 16. 6. 2005 zugestellt. Der Beklagte legte gegen den Mahnbescheid form- und fristgerecht Widerspruch ein.

Der Beklagte erhob die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht München I hat den Beklagten mit Endurteil vom 24. 3. 2006 verurteilt, an den Kläger € 13 881,72 nebst 10% Zinsen aus € 13 866,38 seit dem 5. 2. 2005 zu bezahlen. Es hat § 8 Abs. 2 des Mietvertrages als wirksame Vertragsklausel angesehen, weshalb der Beklagte die Durchführung von Schönheitsreparaturen geschuldet habe. Die vom Sachverständigen ermittelten Schäden hat es als zutreffend angenommen. Den Eintritt der Verjährung hat es mit der Begründung verneint, der Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass der Kläger die streitgegenständlichen Räumlichkeiten vor dem 30.11.2004 zurückerhalten habe. Ihm sei nicht der Beweis gelungen, dem Kläger die Schlüssel zurückgegeben zu haben. Letzteres wäre jedoch notwendig gewesen.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung des Beklagten führt zum Erfolg, da ein Anspruch auf Durchführung von Schönheitsreparaturen nicht bestanden hat und im Übrigen sämtliche Ansprüche des Klägers verjährt sind.

Nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs sind Klauseln in Mietverträgen über Wohnraummietverhältnisse, durch die dem Mieter die Durchführung von Schönheitsreparaturen auferlegt wird, unwirksam, wenn sie starre Fristen enthalten. Eine starre Fristenregelung liegt vor, wenn die Durchführung von Schönheitsreparaturen nach Ablauf eines nach Jahren bemessenen Zeitraums ohne jeden Zusatz verlangt wird. Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters i. S. d. § 9 AGBG a. F. bzw. § 307 BGB wird durch starre Fristen deshalb gesehen, weil der Vermieter, der gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB für die Aufrechterhaltung des vertragsmäßigen Zustands zu sorgen hat, nur dann bei Nichtabwälzung der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen tätig werden muss, wenn solche wegen des Zustands der Mietsache tatsächlich durchzuführen sind (vgl. BGH NJW 2004, 2586 [= WuM 2004, 463]; 2005, 3416 [= GuT 2005, 259 f. KL = WuM 2005, 716]; 2006, 1728 [= WuM 2006, 248]). Diese Argumentation leuchtet ein, da es in der Tat keinen Sinn macht, den Mieter Schönheitsreparaturen durchzuführen zu lassen, wenn diese wegen des guten Zustands der Mietsache noch nicht notwendig sind. Dies gilt auch für gewerbliche Mietverhältnisse, da die Renovierung eines nicht renovierungsbedürftigen Gewerbemietraums in gleicher Weise sinnlos ist (vgl. hierzu auch: Ahlt in GuT 2005, 50 f).

Im vorliegenden Fall liegt eine solche unwirksame starre Fristenregelung vor, da hier nach der vorformulierten Schönheitsreparaturklausel alle fünf Jahre, jeweils gerechnet vom Beginn des Mietverhältnisses, Schönheitsreparaturen durchgeführt werden sollten. Zusätze wie „in der Regel“ oder „sofern erforderlich“ hat diese Klausel nicht enthalten.

Unabhängig von der Unwirksamkeit dieser Klausel sind Ersatzansprüche des Klägers wegen der unterlassenen Durchführung von Schönheitsreparaturen und wegen der vom Sachverständigen festgestellten Schäden gemäß § 548 BGB verjährt.

Diese Vorschrift, die gleichermaßen für das Wohnungs- wie das Gewerberaummietrecht gilt, besagt, dass der Lauf der sechsmonatigen Verjährungsfrist mit dem Zurückerhalten der Mietsache durch den Vermieter beginnt. § 200 BGB setzt im Gegensatz zu § 198 BGB a. F. nicht zwingend die Entstehung eines Anspruchs für den Fristlaufbeginn voraus (vgl. BGH GuT 2005, 59).

Der Begriff „Zurückerhalten“ i. S. d. § 548 BGB ist nicht gleichzusetzen mit dem Begriff „Rückgabe“ i. S. d. § 546 BGB (vgl. OLG Bamberg ZMR 2000, 282). Während § 546 Abs. 1 BGB die Verpflichtung des Mieters zur Einräumung des unmittelbaren Besitzes regelt, dient § 548 Abs. 1 BGB der zügigen Abwicklung von Ersatzansprüchen wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, wozu auch Ersatzansprüche wegen der unterlassenen Durchführung von Schönheitsreparaturen gehören. Der Begriff „Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsa-

che“ ist weit auszulegen (vgl. BGHZ 128, 79 sowie Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Auflage, Rn. 37 und 56 zu § 548 BGB). Die Verjährungsfrist beginnt somit auch bei einer Schlechterfüllung der Rückgabepflicht zu laufen (vgl. OLG Hamm ZMR 1996, 373). Für die Frage des Zurückerhaltens kommt es deshalb grundsätzlich nur auf den Zeitpunkt an, in dem der Vermieter freien Zugang zur Mietsache hat. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der Vermieter die Schlüssel zum Mietobjekt bekommen hat. Hat der Mieter die Räume verlassen, ohne die Schlüssel zurückzugeben, dann ist es ausreichend, wenn der Vermieter zur Untersuchung der Mieträume in der Lage war und hinreichend sicher von der endgültigen Besitzaufgabe des Mieters ausgehen konnte (vgl. OLG Hamm ZMR 1996, 372). Für die hinreichend sichere Annahme einer endgültigen Besitzaufgabe durch den Mieter ist eine vollständige Räumung des Mietobjekts nicht notwendig (vgl. BGH WuM 1981, 262).

Hier hat der Kläger unstreitig am 23.11.2004 die Mieträume zusammen mit dem Sachverständigen besichtigt und die im Gutachten aufgeführten Schäden feststellen können. Wie die am 23.11.2004 vom Sachverständigen aufgenommenen Fotos im Gutachten zeigen, sind die Mieträume zum Besichtigungszeitpunkt geräumt gewesen. Lediglich auf dem Foto vom Balkon ist ein wenig Sperrmüll in Form von vertrockneten Topfpflanzen, eines vergammelten Katzenbaums und eines Bildes mit zerbrochener Glasabdeckung zu sehen. Es besteht somit kein vernünftiger Zweifel daran, dass zu diesem Zeitpunkt eine endgültige Besitzaufgabe durch den Beklagten vorgelegen hat, da weder eine Gewerbefortführung durch den Beklagten noch eine weitere Wohnnutzung durch den Beklagten im streitgegenständlichen Mietobjekt möglich war. Die Tatsache, dass der Kläger die Schlüssel nicht erhalten hatte, spielt nach der oben dargestellten Rechtsprechung keine Rolle. Würde – wie es das Landgericht München I gemacht hat – ausschließlich auf die Schlüsselerückgabe abgestellt werden, dann würde in all den Fällen, in denen die Schlüssel nicht zurückgegeben werden, nie die Verjährungsfrist des § 548 BGB zu laufen beginnen. Dies entspräche aber nicht dem Zweck des § 548 BGB, Ersatzansprüche wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache zügig abzuwickeln.

Die Sechsmonatsfrist des § 548 BGB ist unter Berücksichtigung der §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB bei Stellung des Mahnbescheidsantrags schon abgelaufen gewesen, so dass der Kläger sich nicht erfolgreich auf § 691 Abs. 2 ZPO berufen kann.

Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung unstreitig bereits in der ersten Instanz mit der Klageerwiderung erhoben.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Fellner, München

### §§ 535, 536, 543 BGB

**Gewerberaummiete zum Zwecke eines Vereinslokals oder Gastronomiebetriebs; Gebrauchstauglichkeit; behördliche Beanstandung; Genehmigungsfähigkeit; Mangel**

**Solange eine Behörde einen ordnungswidrigen Zustand des Mietobjekts nicht beanstandet hat, liegt bei dessen Gebrauchstauglichkeit ein Sachmangel nicht vor.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.3.2006 – I-24 U 91/05)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger macht aus einem gewerblichen Mietvertrag über Räume „zum Betrieb eines Vereinslokals oder in der Gastronomie liegenden Branche“ im Hause Zahlungen auf Mietzins für die Monate Januar 2003 bis Dezember 2004 geltend (20 247,12 €). Der monatliche Mietzins beträgt 1400,- DM (= 715,81 €), die Nebenkostenvorauszahlung war in Höhe von 250,- DM (= 127,82 €) monatlich festgelegt, insgesamt sind 1650,- DM = 843,63 €/Monat geschuldet.

Die Parteien schlossen den schriftlichen Mietvertrag unter dem 17. April 1999 mit Wirkung ab 1. Mai 1999. In einem Zusatz zu diesem ist folgendes vereinbart:

„Ich G. A. bin damit einverstanden, wenn ein Schallschutz von den Behörden verlangt wird, werden die Kosten vom Vermieter und Mieter zusammen übernommen. Die Nutzungsänderung für das kleine Lokal wird vom Vermieter durchgeführt. Die Toiletten vom großen Ladenlokal werden kompl. vom Vermieter renoviert.“

Der Beklagte stellte in dem Objekt Spielautomaten auf, genutzt wurden die Räume vom Verein V. Der Kläger beantragte eine Nutzungsänderung bei der Stadt D. Unter dem 22. April 1999 erteilte die Stadt D. dem Y. vom Verein V. eine „Belassung“.

Die Mieten einschließlich Nebenkostenvorauszahlungen für November und Dezember 2002 bezahlte der Beklagte zunächst nicht, weshalb vor dem Amtsgericht Duisburg (73 C 158/03) ein Rechtsstreit anhängig war, in welchem der Beklagte antragsgemäß verurteilt wurde.

Unter dem 21. November 2002 kündigte der Beklagte das Mietverhältnis fristlos unter Berufung darauf, der Kläger habe die Einholung einer Nutzungsänderung abgelehnt.

Der Beklagte hat gemeint, zur Mietzinszahlung aufgrund der wirksamen fristlosen Kündigung nicht verpflichtet zu sein. Der Kläger habe es nachhaltig abgelehnt, eine Nutzungsänderung zu einem in der Gastronomiebranche liegenden Betrieb einzuholen. Diese sei erforderlich, um die Räume als Gaststätte zu nutzen. Des weiteren habe er einen Wasserschaden nicht behoben, was zu Folgeschäden geführt habe. Der Kläger habe seine Mitwirkung an der Rückgabe der Räume verweigert, diese würden nicht mehr genutzt.

Das Landgericht Duisburg hat nach Vernehmung des Zeugen B. der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, aufgrund der Aussage des Zeugen stehe fest, dass der Kläger lediglich die Nutzung als Vereinslokal habe sicherstellen müssen, was er unstrittig getan habe. Das Vorbringen des Beklagten zum Wasserschaden sei unsubstantiiert und beweislos.

Gegen dieses Urteil richtet sich die zulässige Berufung des Beklagten. Er meint, die Klausel des Mietvertrages sei so zu verstehen, dass er jederzeit die Änderung der Nutzung in eine zu einem in der Gastronomiebranche liegenden Betrieb verlangen könne. Dies erfordere auch Änderungen im Bereich des Schallschutzes. Die Einholung einer dahingehenden Nutzungsänderung habe der Kläger nachhaltig abgelehnt.

Der Kläger meint, er habe lediglich die Nutzung als Vereinslokal sicherstellen müssen.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Der Kläger hat gegen den Beklagten Anspruch auf Zahlung von Mietzins für die Monate Januar 2003 bis einschließlich Dezember 2004 aus § 535 Abs. 2 BGB i.V.m. Ziffer 2 des Mietvertrages vom 17. April 1999 in Höhe von 17 179,41 € (1400,- DM × 24 = 33 600,- DM = 17 179,41 €;) und zwar Januar 2003 bis März 2004 = 15 Monate = 21 000,- DM = 10 737,13 € und April bis Dezember 2004 = 9 Monate = 12 600,- DM = 6 442,28 €).

Der Mietzinsanspruch des Klägers ist trotz der vom Beklagten unter dem 21. November 2002 erklärten fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses entstanden, denn Kündigungsgründe liegen nicht vor (§ 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Der Kläger war nicht verpflichtet, eine Nutzungsänderung für „einen in der Gastronomiebranche liegenden Betrieb“ herbeizuführen; dies war Sache des Beklagten. Es steht auch nicht fest, dass das Objekt nicht genehmigungsfähig gewesen wäre. Des weiteren liegen Mängel wegen der unterbliebenen Nutzungsänderung nicht vor; denn ein behördliches Tätigwerden ist nicht ersichtlich.

a. Der Kläger hat nach Abschluss des Mietvertrages durch die eingeholte „Belassung“ die Nutzung als Vereinslokal sichergestellt. Der Beklagte trägt nicht vor, dass von Seiten der Behörden Beanstandungen erhoben worden seien.

b. Soweit der Beklagte vorbringt, er habe seit dem Jahr 2002 den Betrieb einer Gaststätte beabsichtigt und der Kläger habe nachhaltig und vertragswidrig die Herbeiführung einer Nutzungsänderung abgelehnt, stellt dies nicht eine die fristlose Kündigung rechtfertigende Gebrauchsentziehung im Sinne von § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Der Beklagte selbst hätte sich um die Einholung einer Genehmigung zur Nutzungsänderung bemühen müssen. Dies hat er unterlassen und auch nicht vorgetragen, dass eine solche nicht erteilt worden wäre bzw. behördliche Maßnahmen angedroht worden seien, weshalb auch ein Mangel gemäß § 536 BGB nicht ersichtlich ist.

aa. Grundsätzlich ist anerkannt, dass durch behördliche Verbote oder Auflagen herbeigeführte Gebrauchshindernisse und -beschränkungen keinen Rechts-, sondern einen Sachmangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB darstellen (BGH NJW 1980, 777 zu den Anforderungen der Warenhausverordnung); OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat, ZMR 1993, 275 zu Brandschutzbestimmungen; Senat, GuT 2005, 14; ferner Beschluss vom 28. 2. 2000, 24 W 6/00 zur Genehmigungsfähigkeit einer Galerie n.v.): Denn sie hindern den Mieter daran, die gemietete Sache vereinbarungsgemäß zu nutzen (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Rn. 228 m.w.N.).

Ein solches, die Nutzung einschränkendes Verbot liegt hier jedoch nicht vor und ist auch nicht angedroht worden. Anhaltspunkte dafür, dass aus bauordnungsrechtlichen oder sonstigen ordnungsbehördlichen Gründen eine Nutzungsgenehmigung hätte verweigert werden können, hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht vorgetragen. Er ist offensichtlich mit den zuständigen Behörden noch nicht einmal in Kontakt getreten, um gegebenenfalls erforderliche Änderungen bzw. Umgestaltungen in Erfahrung zu bringen. Da der Beklagte diese Kontaktaufnahme unterlassen hat, konnten naturgemäß mangelbegründende ordnungsbehördliche Maßnahmen nicht ergehen bzw. angedroht werden.

Bei bereits erfolgter gewerblicher Nutzung und sich daraus möglicherweise ergebenden gewerbeordnungs- und/oder bauordnungsrechtlichen Maßnahmen verbietet sich eine generalisierende Betrachtungsweise ohnehin. Die Anforderungen im Einzelfall sind maßgeblich durch die individuelle Ausgestaltung des Objekts und die sich aus dem Ermessensgebrauch der zuständigen Behörde ergebende Handhabung bestimmt. Ohne Rücksprache mit jener kann jedenfalls nicht zuverlässig festgelegt werden, welche baulichen Änderungen erforderlich sind (vgl. auch Beschluss des Senats vom 14. 11. 2005 – I-24 U 74/05 z. Vö. b. [= GuT 2006, 237 L]). Gerade im Hinblick darauf, dass in den Räumlichkeiten zuvor eine Versammlungsstätte mit Spielautomaten betrieben worden war, mithin eine geräuschintensive, gewerbliche Nutzung bereits erfolgt ist, bleibt auch offen, welche Maßnahmen von der zuständigen Behörde überhaupt verlangt worden wären.

Soweit der Beklagte Schallschutzmängel behauptet, ist dieses Vorbringen substanzlos, da durch keinerlei Tatsachenbehauptungen nachvollziehbar dargestellt, zumal Mängel in diesem Bereich regelmäßig nur durch sachverständige Begutachtung festzustellen sind. Hierzu fehlt jegliches Vorbringen des Beklagten. Es ist nicht behauptet oder sonst ersichtlich, dass von Seiten Dritter Beschwerden über störende Lärmbelästigungen aus den Mieträumen geführt worden sind. Gleiches gilt für den behaupteten Wasserschaden, zu welchem der Beklagte in der Berufungsinstanz nichts mehr dargetan hat.

bb. Der Kläger hat auch sonst keine Vertragsverletzung beangelt. Denn es wäre die Aufgabe des Beklagten, nicht des Klägers, gewesen, Genehmigungen (soweit erforderlich) einzuholen. Die im Mietvertrag festgelegte Zweckvereinbarung „zum Betrieb eines Vereinslokals oder in der Gastronomie liegenden Branche“ (Ziffer 1. MV) umfasste zwar ausdrücklich den Betrieb einer Gastronomie. Der Vermieter muss jedoch nur die *Genehmigungsfähigkeit* der überlassenen Räume für den vorgesehenen Zweck gewährleisten (vgl. auch Senat, Beschluss vom 23. März 2004, – I-24 W 3/04 n.v.; Beschluss vom 14. No-

vember 2005 a. a. O.). Das bloße Fehlen der Nutzungsgenehmigung stellt noch keinen Mangel dar. Zwar bedarf ein Mieter bei einer beabsichtigten Nutzungsänderung einer behördlichen Genehmigung (vgl. BVerwG BauR 1990, 582). Er darf auch ohne deren (auch vorläufige) Erteilung den Betrieb nicht aufnehmen, andernfalls handelt er ordnungswidrig. Einen Mangel stellt das bloße Fehlen der Genehmigung jedoch nicht dar, weil im Falle der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens die Beschaffenheit der Mietsache nicht beeinträchtigt ist (BGH MDR 1992, 1147 [= WuM 1992, 687]). Nur im Ausnahmefall kommt das Fehlen der Genehmigung einem Sachmangel gleich, wenn der Mieter über einen langen Zeitraum mit der Unsicherheit belastet bleibt, ob die Genehmigung erteilt wird oder nicht (BGH, a. a. O.; vgl. hierzu auch Senat, B. v. 23. 3. 2004). Hierfür ist aber nichts ersichtlich.

cc. Der Kläger befand sich mit der Herbeischaffung der Genehmigung auch nicht in Verzug bzw. hat diese nicht zu Unrecht nachhaltig verweigert. Für das Einholen der Nutzungsgenehmigung ist grundsätzlich der Mieter zuständig (vgl. die genannten Beschlüsse des Senats, s.o.), was der Beklagte allerdings nicht betrieben hat. Auf einen Sachmangel kann sich der Mieter nicht berufen, wenn es ihm obliegt, eine behördliche Genehmigung zu beschaffen, er aber untätig bleibt (OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat, MDR 1993, 443; Senat, B. v. 14. 11. 2005, a. a. O., Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 232).

Dem steht die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag vom 17. April 1999 nicht entgegen. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Vereinbarung gemäß §§ 133, 157 BGB insoweit auslegungsbedürftig ist, als der Wortlaut offen lässt, ob nach Vertragsschluss vom Mieter gewünschte Nutzungsänderungen ebenfalls vom Vermieter herbeizuführen sind. Die landgerichtliche Würdigung aufgrund der Aussage des Zeugen B, die Parteien seien bei Vertragsschluss übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Zusatzvereinbarung alleine vor dem Hintergrund des Betriebs eines Vereinslokals im Hinblick auf die seinerzeit geänderten gesetzlichen Regelungen getroffen worden war und die Verpflichtung des Klägers zur Beschaffung der Nutzungsgenehmigung sich nur darauf beziehen sollte, ist nachvollziehbar und überzeugend. Sie wird vom Beklagten in der Berufungsbegründung auch nicht angegriffen.

c. Mithin ist der Kläger zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet, zumal es unerheblich ist, ob er das Mietobjekt nutzt, da er allein das Verwendungsrisiko trägt (§ 537 Abs. 1 BGB, vgl. auch Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 515 m.w.N.). Eine Minderung des Mietzinses ist nicht eingetreten, denn Mängel sind nicht ersichtlich. Insoweit darf auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden.

Mithin darf sich der Beklagte auch nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, zumal er zur Erfüllung des Mietvertrages nicht länger bereit war, den Vertrag – wenn auch unwirksam – gekündigt hat und nach eigenem Vorbringen das Objekt geräumt hat (vgl. BGH NJW 1982, 874 [= WuM 1982, 296]; OLG Düsseldorf MDR 1989, 640).

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

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

### §§ 535, 536 BGB

**Gewerberaumiete; Internet-Café;  
Genehmigungsfähigkeit; Mangel;  
Kautionszahlungspflicht vor Beginn des Mietverhältnisses**

**1. Leistet der Mieter die Kautionszahlung nicht vereinbarungsgemäß vor Beginn des Mietverhältnisses, so gerät der Vermieter mit der Überlassung des Mietobjekts in vertragsgerechtem Zustand nicht in Verzug.**

**2. Gewährt der Vermieter „den Gebrauch der Mietsache in einem für den vorgesehenen Zweck grundsätzlich geeigneten Zustand“, schuldet er eine entsprechende Genehmigungsfähigkeit.**

**3. Ein Sachmangel liegt noch nicht vor, wenn der Mieter, der die Genehmigung einzuholen hat, untätig bleibt, obwohl nichts gegen die Genehmigungsfähigkeit spricht.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. 11. 2005 – I-24 U 74/05)

**Hinw. d. Red.:** Rechtsbeständig; nach dem Hinweis hat der Beklagte die Berufung zurückgenommen. – Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 536, 536c BGB

**Ladenlokal; gewerbliche Miete;  
Mangel der Einbruchssicherheit**

**a) Eine unzureichend vermauerte Wandöffnung, die den Einbruch in ein vermietetes Ladenlokal erleichtert, kann einen Mangel der vermieteten Räume darstellen.**

**b) Zu den Voraussetzungen der Anzeigepflicht des Mieters nach § 536 c Abs. 1 BGB.**

(BGH, Urteil vom 7. 6. 2006 – XII ZR 34/04)

**1 Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt vom Beklagten Schadensersatz aus einem gewerblichen Mietvertrag.

2 Die Klägerin mietete mit Vertrag vom 22. Oktober 1997 von der P. GmbH Gewerberäume in O. In dieses Mietverhältnis ist auf Vermieterseite der Beklagte durch Erwerb des Grundstücks eingetreten.

3 Vor Abschluss des Mietvertrages war an der Rückseite des Gebäudes eine Tür- oder Fensteröffnung ohne Verbund mit dem Restmauerwerk zugemauert worden. Auf diese von innen nicht sichtbare Beschaffenheit war die Klägerin nicht hingewiesen worden. Die Gebäuderückseite, an der sich ursprünglich die Öffnung befand, grenzt an ein Brachgelände der Deutschen Bahn AG.

4 Die Klägerin betreibt in den angemieteten Räumen ein Elektrogeschäft. Sie nutzt es zum Verkauf und zur Vorführung von hochwertigen Videoprojektoren, Lautsprechern und Abspielgeräten. In der Nacht vom 29. auf den 30. Juni 2002 drangen Einbrecher, nachdem sie die Gebäudemauer an der zugemauerten Stelle durchbrochen hatten, in den Verkaufsraum der Klägerin ein und entwendeten Waren, deren Wert die Klägerin mit 50 000 € beziffert.

5 Mit ihrer Teilklage verlangt die Klägerin vom Beklagten u. a. Schadensersatz in Höhe von 856,51 €, weil ihr bei dem Einbruch ein Verstärker mit einem solchen Nettoeinkaufswert entwendet worden sei. Das Amtsgericht Oberhausen hat die Klage insoweit mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte habe keine Pflichtverletzung begangen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht Duisburg den Beklagten zur Zahlung des geforderten Schadensersatzes in Höhe von 856,41 € nebst Zinsen verurteilt, weil die Mieträume bei Abschluss des Mietvertrages mangelhaft gewesen seien und der Klägerin dadurch der behauptete Schaden entstanden sei. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der vom Landgericht zugelassenen Revision.

**6 Aus den Gründen:** Die Revision bleibt ohne Erfolg.

7 1. Das Landgericht hat ausgeführt: Der Klägerin sei durch einen anfänglichen Mangel der Mietsache ein Schaden in Höhe von 856,41 € entstanden, für den der Beklagte gemäß § 566 Abs. 1 in Verbindung mit § 536 a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB einzustehen habe. Die Mieträume seien bei Abschluss des Mietvertrages hinsichtlich des Mauerwerks mangelhaft im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB gewesen. Ein Mangel liege vor, wenn die Mietsache mit einem Fehler behaftet sei, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch aufhebe oder erheblich mindere. Zwar hätten die Klägerin und die damalige Vermieterin keine ausdrückliche Vereinbarung über die Beschaffenheit des Mauerwerks getroffen. Auszugehen sei jedoch davon, dass die

Räume zu dem von der Klägerin beabsichtigten Nutzungszweck geeignet sein sollten. Dazu gehöre nach der Verkehrsanschauung auch, dass die Räume den nach ihrem äußeren Erscheinungsbild erkennbaren Sicherheitsstandard erfüllten. Von innen hätten die Räume den Eindruck einer einheitlichen massiven Außenmauer hervorgerufen. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die damaligen Geschäftsführer der Klägerin den tatsächlichen Zustand des Mauerwerks bei Vertragsschluss gekannt hätten. Derartiges werde von dem Beklagten auch nicht konkret behauptet. Zudem habe der heutige Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen seiner Anhörung nachvollziehbar erklärt, es sei erforderlich, entweder durch fremde Gärten oder um den gesamten Straßenblock herumzugehen, um auf die Hinterseite des Grundstücks zu gelangen und die äußere Vermauerung zu sehen; daher habe bei Anmietung keine Besichtigung von außen stattgefunden. Die Klägerin habe nach dem Eindruck, den die Räume von innen bei der Vermietung machten, den von einem massiven Mauerwerk ausgehenden üblichen Sicherheitsstandard als vertraglich geschuldet voraussetzen dürfen. Dieser sei jedoch tatsächlich nicht eingehalten gewesen, was zu einem Mangel der Mieträume führe. Denn die Vermauerung der Wandöffnung sei nicht fachgerecht vorgenommen worden und habe deswegen einen Baumangel dargestellt. Die Vermauerung sei nämlich unstreitig ohne Verbund mit dem übrigen Mauerwerk erfolgt. Soweit die Öffnung mit einem Gitter versperrt gewesen sei, sei dieses nicht hinreichend einzementiert worden. Bei der Vermauerung sei – ebenfalls unstreitig – mit Zement gesparrt worden. Überdies sei die Mauer auch nicht von der gleichen Stärke wie das Restmauerwerk gewesen. Ein Putz – wie er an der umgebenden Wand aufgebracht gewesen sei – habe gefehlt, so dass sich die eingesetzte Mauer schon optisch vom übrigen Mauerwerk unterscheiden habe. Durch diese nicht fachgerechte und nach außen erkennbare Vermauerung sei die Gefahr eines Einbruchs erhöht worden und habe sich an dieser Stelle auch tatsächlich realisiert. Mit dem Einbruch sei die Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mieträume wegen des beschriebenen Baumangels deutlich geworden.

8 Da es sich um einen Mangel handle, der als Gefahrenquelle bereits bei Abschluss des Vertrages vorhanden gewesen sei, treffe den Beklagten die in § 536 a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB festgeschriebene Garantiehaftung, so dass es nicht darauf ankomme, ob er von dem Mangel hätte Kenntnis haben können oder müssen. Für den aus dem anfänglichen Mangel entstandenen Schaden habe der Beklagte gemäß § 566 Abs. 1 BGB als Erwerber des Grundstücks einzustehen. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Darüber hinaus würde der Zweck des § 566 Abs. 1 BGB, die Rechte des Mieters bei einem Eigentumswechsel nicht zu verkürzen, nicht erreicht werden, wenn der Erwerber sich darauf berufen könnte, während der Dauer seines Eigentums sei zwar der Schaden eingetreten, mit der weiteren Voraussetzung des Ersatzanspruchs, dem Vorliegen eines Mangels zur Zeit des Abschlusses des Vertrages, habe er allerdings nichts zu tun.

9 Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei schließlich davon auszugehen, dass der Klägerin durch den Einbruch u. a. auch der bislang geltend gemachte Schaden für den streitgegenständlichen Verstärker in Höhe von 856,41 € entstanden sei. Die Zeugin S. habe nämlich glaubhaft ausgesagt, der Verstärker sei unmittelbar vor dem Einbruch noch vorhanden und nach dem Einbruch zusammen mit anderen Elektrogeräten verschwunden gewesen.

10 2. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

11 a) Zu Recht hat das Berufungsgericht das Vorliegen eines anfänglichen Mangels der Mietsache im Sinne des § 536 a BGB bejaht.

12 Ein Mangel der Mietsache liegt dann vor, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist. Es sind allein die Vertragsparteien, die durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs be-

stimmen, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter und von da ab während der gesamten Vertragsdauer aufweisen muss. Ein Mangel ist nur dann anzunehmen, wenn die „Ist-Beschaffenheit“ des Mietobjekts von der „Soll-Beschaffenheit“ der Mietsache abweicht. Haben die Parteien einen konkret gegebenen schlechten Bauzustand als vertragsgemäß vereinbart, so sind insoweit Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche des Mieters ausgeschlossen.

13 Ist keine ausdrückliche Regelung zum „Soll-Zustand“ getroffen, muss anhand von Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB) geprüft werden, was der Vermieter schuldet bzw. welchen Standard der Mieter aufgrund seines Vertrages vom Vermieter verlangen kann. Dabei ist die Verkehrsanschauung als Auslegungshilfe heranzuziehen. In der Regel ist auf den Standard zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen, wobei Veränderungen der Anschauungen über den vertragsgemäßen Standard oder neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Einzelfall zu einer Vertragsanpassung führen können (Senatsurteil vom 10. Mai 2006 – XII ZR 23/04 – zur Veröffentlichung bestimmt, m. N. [= GuT 2006, 189]).

14 Diese Maßstäbe hat das Berufungsgericht beachtet und einen anfänglichen Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 Alt. 1 BGB rechtsfehlerfrei bejaht. Es ist durch Auslegung des Vertrages und unter Heranziehung der Verkehrsanschauung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Vermieterin bei Abschluss des Vertrages auch hinsichtlich des Mauerwerks den üblichen Sicherheitsstandard schuldet. Dies wird auch von der Revision zu Recht nicht in Abrede gestellt. Allerdings macht sie geltend, dass der Zustand der Räume dem üblichen Sicherheitsstandard entsprochen habe, denn dieser verlange nicht, dass das Gebäude in einer Weise gegen Einbruch gesichert sei, dass ein solcher überhaupt nicht mehr möglich sei. Einbrüche in Geschäftslokale ereigneten sich immer wieder, ohne dass dabei zugleich ein Mangel der Mietsache vorliege. Mieträume müssten daher, um dem üblichen Sicherheitsstandard zu genügen, nicht gegen Einbrüche gesichert sein, die – wie im vorliegenden Fall – eine erhebliche kriminelle Energie voraussetzten.

15 Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Richtig ist zwar, dass die üblichen Sicherheitsanforderungen nicht verlangen, dass jedweder Einbruch ausgeschlossen ist. Hiervon ist jedoch das Landgericht nicht ausgegangen. Vielmehr hat es festgestellt, dass die nicht fachgerechte Vermauerung eine erhebliche Gefahrenquelle für Einbrüche darstellte und es den Einbrechern ermöglichte, an dieser Schwachstelle „ohne größere Schwierigkeiten“ in die Mieträume einzubrechen. Unter diesen Voraussetzungen aber ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die bereits bei Vertragsschluss bestehende, nicht fachgerechte Vermauerung einen anfänglichen Mangel der Mietsache darstellte.

16 b) Die Revision rügt weiter, dass das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob die Klägerin in den fünf Jahren zwischen Abschluss des Mietvertrages und dem Einbruch Kenntnis von der fehlerhaften Vermauerung erlangt habe. Der Beklagte habe nämlich geltend gemacht, dass die Klägerin die bearbeitete Stelle im Mauerwerk hätte erkennen müssen. Dies beinhalte die Behauptung, dass die Klägerin, wenn schon nicht bei Vertragsschluss, so doch jedenfalls später von dem Zustand des Gebäudes Kenntnis erlangt habe, jedenfalls aber hätte erlangen müssen.

17 Eine Schadensersatzpflicht des Beklagten entfällt auch nicht etwa deshalb, weil die Klägerin ihm diesen Mangel trotz Kenntnis oder grober Unkenntnis nicht angezeigt hätte (vgl. BGHZ 68, 281, 284 [= WuM 1978, 88]). Denn nach den Feststellungen des Landgerichts liegen keine Anhaltspunkte vor, dass die Klägerin den Mangel kannte. Er musste sich ihr auch nicht aufdrängen, da er von innen nicht sichtbar war und von außen nur bei einer besonderen Nachschau, zu der die Klägerin als Mieterin nicht verpflichtet war (vgl. BGHZ a. a. O. 285), zu erkennen gewesen wäre. Der Beklagte hat insoweit auch keine substantiierten Behauptungen aufgestellt, denen das Berufungsgericht hätte nachgehen können.

18 c) Die Revision rügt weiter, dass das Berufungsgericht kein Mitverschulden der Klägerin beim Zustandekommen des Schadens angenommen hat. Die Klägerin habe nämlich in den Räumen elektronische Geräte gelagert, die erfahrungsgemäß bei Dieben besonders beliebt seien, ohne sich insoweit davon zu überzeugen, dass diese ausreichend gegen Diebstahl gesichert seien.

19 Das Berufungsgericht hat jedoch zu Recht kein Mitverschulden der Klägerin angenommen. Vielmehr hatte die Klägerin, die auch mit der Lagerung hochwertiger Geräte von der Mietsache nur den vertragsgemäßen Gebrauch machte, keinen Anlass, das Mauerwerk, das von innen fehlerfrei erschien, von außen auf Mängel zu überprüfen.

20 d) Die Revision rügt schließlich, dass das Berufungsgericht die Aussage der Zeugin S., auf die es die Tatsache des Diebstahls gestützt hat, nicht ordnungsgemäß nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO protokolliert habe. Der Senat hat die Rüge dieses Verfahrensmangels geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 536 BGB**  
**Geschäftsraummiete; Mangel der Hofzufahrt zu den Geschäftsräumen; Hoftorsperre**

**Ist die Zufahrt zu den Gewerberäumen durchgängig halbseitig durch ein Tor verschlossen, so dass der Mieter keine Zufahrt mit einem Fahrzeuganhänger hat, so liegt ein Mangel der Mietsache vor, da zur Nutzung der Mieträume – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – die Zufahrt in voller Breite gehört. Trägt der Mieter nicht hinreichend konkret die Auswirkungen des halb geschlossenen Hoftores auf seinen Geschäftsbetrieb (Verkauf von Motorradteilen) vor, kann eine konkrete Minderung der Miete wegen dieses Umstands nicht festgestellt werden.**

(KG, Urteil vom 6. 7. 2006 – 12 U 157/05)

**Zum Sachverhalt:** Das Landgericht Berlin hat mit Urteil vom 18. 7. 2005 die Klage auf Zahlung von Mietzins für Gewerberäume für die Zeit von Dezember 2003 bis März 2005 in Höhe von 6174,45 EUR abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Mietzins sei wegen einer erheblichen Zufahrtsbehinderung in diesem Umfang gemindert, denn die Kläger hätten vertragswidrig das Tor zur Hofdurchfahrt seit Dezember 2003 zur Hälfte geschlossen gehalten. In diesem Zusammenhang hat es die Formel „halbes Tor - halbe Miete“ verwendet.

**Aus den Gründen:** II. Die hiergegen form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Kläger ist erfolgreich. Entgegen der Auffassung des Landgerichts rechtfertigen die Darlegungen des Beklagten die von ihm beanspruchte Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB nicht.

1. Eine Mietminderung ist nicht wegen des halb geschlossenen Hoftores gerechtfertigt.

a) Zwar hat das Landgericht auf Seite 6 der Urteilsgründe einen Mangel der Mietsache dem Grunde nach insoweit rechtsfehlerfrei bejaht.

Zur im Vertrag vom 1. Juli 2000 zwischen den Parteien vereinbarten Nutzung der Gewerbemieträume gehört auch ohne ausdrückliche Vereinbarung die Nutzung der Zufahrt durch den Beklagten, und zwar in voller Breite. Auf die Auseinandersetzung der Parteien zu der Frage, ob das Tor bereits seit 1993 durchgängig halbseitig verschlossen war (so die Kläger) oder ob es stets offen war und die Einfahrt mit einem Fahrzeuganhänger befahren werden konnte (so der Beklagte), kommt es nicht an, denn durch eine halbseitige Schließung des Tores wäre der vertraglichen Anspruch des Beklagten auf die volle Nutzung der vorhandenen Zufahrt nicht berührt. Selbst wenn man durch den Vertrag eine Nutzung der Mietsache „wie sie liegt und steht“ annehmen will, würde das nicht von vornherein zu

einem Nutzungsrecht nur an der halb geöffneten Einfahrt führen. Schließlich ist ein halbgeöffnetes Tor keine unabänderliche bauliche Konstante.

b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat der Beklagte jedoch keine hinreichenden Umstände zum konkreten Ausmaß der durch die hälftige Torschließung verursachten Minderung der Tauglichkeit dargelegt; der Vortrag bietet auch keine Grundlage für eine richterliche Schätzung der Minderung entsprechend § 287 ZPO.

(1) Nach § 536 Abs. 1 BGB knüpft die Mietminderung an die Minderung oder Aufhebung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch an. Es ist Sache des Mieters, hierzu konkrete Tatsachen vorzutragen und diese bei Bestreiten zu beweisen. Das Gericht kann den Umfang der Minderung auch nach § 287 ZPO schätzen (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 65. Aufl. 2006, § 536 BGB, Rn. 5 m.w.N., Rn. 34).

(2) An hinreichenden Darlegungen des Beklagten hierzu fehlt es. Im Schriftsatz vom 11. Februar 2006, Seite 3 ff., hat der Beklagte lediglich sehr allgemeine Ausführungen dazu gemacht, besonders schwere Teile habe er nicht oder nur unter besonderen Schwierigkeiten und mit zusätzlichen Kosten für Mitarbeiter transportieren und verkaufen können. Der „Zuspruch der Kunden“ habe sich merklich reduziert. Dieses Vorbringen hat der Beklagte im Schriftsatz vom 14. Juni 2005 nur geringfügig konkretisiert und den Transportvorgang bei sperrigen Teilen bei halbgeschlossener Hoftüre geschildert. Welchen konkreten Anteil diese besonderen Teile am Geschäftsaufkommen hatten und wie sich dieses Verfahren konkret wirtschaftlich auf die Geschäftstätigkeit ausgewirkt haben soll, hat der Beklagte nicht mitgeteilt. Damit kann dahinstehen, ob man - mit dem Landgericht - dieses Verfahren als umständlich ansieht, denn jedenfalls ist seine quantitative Bedeutung für den Geschäftsbetrieb des Beklagten völlig offen. Die Ausführungen des Beklagten bieten daher keine hinreichende Grundlage für die Berechnung oder auch nur Schätzung einer Mietminderung. Keine hinreichender Berechnungsweg ist insbesondere die Formel vom „halben Tor“.

Ebensowenig lässt sich das torbedingte Ausmaß der Nutzungsbeeinträchtigung an den vom Beklagten erstmals mit Schriftsatz vom 13. Juni 2006 mitgeteilten Zahlen zu seinen Einkünften in den Jahren 2002 bis 2004 ablesen (Bescheinigung der Steuerberaterin H. vom 12. Juni 2006). Für die bestrittene Behauptung des Beklagten, der angegebene Rückgang der Einkünfte von 21 241,51 EUR im Jahre 2002 auf 9399,94 EUR (Januar bis September 2004) sei auf die Sache mit dem Tor zurückzuführen, fehlt jede konkrete Darlegung. Es ist zwar nicht auszuschließen, dass sich Kunden - wie behauptet - wegen der nur halb geöffneten Hoftüre haben abschrecken lassen, die Geschäftsräume des Beklagten zu betreten und dort Motorradteile zu erwerben; der Beklagte selbst führt jedoch aus, er könne hierzu nichts Konkretes darlegen. Damit scheidet er mit diesem Einwand im Prozess, ohne dass es darauf ankommt, ob das jetzige Vorbringen nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist.

2. Der zweite zur Rechtfertigung einer Minderung vorgetragene Tatsachenkomplex (schlechter Allgemeinzustand der Räume) ist zu vage und zu wenig auf die konkreten Mieträume und die Geschäftsabläufe bezogen, um eine Mietminderung begründen zu können. Aus dem Beklagtenvorbringen geht nicht hervor, inwieweit sich der behauptete Zustand der Räume auf die Nutzung zu den vereinbarten Mietzwecken ausgewirkt haben soll.

Es kommt daher mangels Darlegung der Minderungsvoraussetzungen insgesamt nicht darauf an, ob eine Minderung nach § 8 des Mietvertrages überhaupt zulässig war (vgl. KG, GE 2003, 952).

3. Ein Zurückbehaltungsrecht, auf das sich der Beklagte weiterhin beruft, scheidet nach Beendigung des Mietverhältnisses aus (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, a. a. O., § 320 BGB, Rn. 2).

4. Den von ihm auch in der mündlichen Verhandlung erneut behaupteten vorsätzlichen deliktischen Eingriff der Kläger in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb des Be-

klagen hat dieser schon tatbestandlich nicht dargelegt (unter anderem fehlen Ausführungen zum dadurch angeblich ausgelösten Schaden völlig). Jedenfalls ist aber nicht erkennbar, wie ein solcher Schadensersatzanspruch der Mietzinsforderung entgegeng gehalten werden soll.

III. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

### § 538 BGB a. F.; § 287 ZPO

#### Gewerberaumiete; Lagerhalle; Beweislast für Mangelfolgeschaden an eingelagerten Gegenständen

**Treten infolge eines Mangels der Mietsache Schäden an Sachen des Mieters ein, muss dieser die Schäden nach Grund und Höhe auch dann beweisen, wenn der Vermieter behauptet, diese seien bereits aufgrund eines früheren Schadensereignisses eingetreten. Eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Vermieters findet nicht statt.**

(BGH, Urteil vom 7. 6. 2006 – XII ZR 47/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von dem Beklagten als Gesellschafter der G. GbR Schadensersatz für behauptete Feuchtigkeitsschäden an Rohren, die sie in einer von der G. GbR gemieteten Halle eingelagert hatte.

2 Bereits im Sommer 2000 war Regen durch das Dach der Halle eingedrungen und hatte die dort gelagerten Rohre beschädigt. Diesen Schaden hatten die Parteien einvernehmlich dadurch ausgeglichen, dass der Klägerin die Mieten für Juli und August 2000 erlassen wurden. Die G. GbR ließ das Dach daraufhin reparieren. Die Klägerin verlangt mit der Behauptung, in der Folgezeit sei erneut Wasser durch das Hallendach eingedrungen und habe die von ihr nach der Dachreparatur eingelagerten neuen, unbeschädigten Rohre beschädigt, Ersatz des dadurch entstandenen Schadens.

3 Das Landgericht Stuttgart hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

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

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten als Gesellschafter der G. GbR gemäß § 538 BGB a. F. in Verbindung mit §§ 705, 709, 714 BGB sei nicht gegeben. Zwar habe die Klägerin einen Sachmangel der Mietsache bewiesen, für den der Beklagte dem Grunde nach hafte. Der vom Gericht bestellte Sachverständige habe nämlich festgestellt, dass das Hallendach auch nach der Reparatur undicht gewesen und weiterhin Wasser in die Halle eingetreten sei. Bei dem Mangel handele es sich um einen bei Vertragsschluss bereits angelegten Sachmangel. Selbst wenn dieser erst später entstanden sei, habe die Beklagte ihn jedenfalls zu vertreten, weil die Klägerin sie auf den Mangel hingewiesen habe. Die Klägerin habe aber den ihr obliegenden Beweis dafür, welche und wie viele ihrer eingelagerten Rohre durch den erneuten Wassereintritt beschädigt worden seien, nicht erbracht. Durch die Beweisaufnahme habe nicht annäherungsweise geklärt werden können, welche der in der Halle gelagerten beschädigten Rohre schon durch den ersten bereits regulierten und welche durch den zweiten hier geltend gemachten Wassereintritt beschädigt worden seien. Die Klägerin treffe aber als Mieterin die Beweislast für die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 538 a. F. BGB und damit auch für den Schadensumfang als solchen, zumal wenn es sich wie hier um vom Mieter in die Mietsache eingebrachte, somit seiner Sphäre entstammende Gegenstände handele. Zur Klärung dieser Rechtsfrage hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen.

6 II. Die Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

7 1. Nach § 538 BGB a. F. kann der Mieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn ein Mangel der Mietsache bei Abschluss des Vertrages vorhanden ist oder später durch Verschulden des Vermieters entsteht.

8 Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich den Mieter die Beweislast für die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus § 538 BGB a. F. (§ 536 a Abs. 1 BGB) trifft (MünchKomm/Schilling 4. Aufl. § 536 a BGB Rdn. 10; Staudinger/Emmerich 13. Bearb. 1995 § 538 BGB Rdn. 62; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 8. Aufl. § 536 a BGB Rdn. 177 m.w.N.).

9 Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin bewiesen, dass das Hallendach aufgrund eines anfänglichen Mangels auch nach der Reparatur noch undicht war und dass dadurch Wasser in die Halle eingetreten ist. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin müsse auch beweisen, in welchem Umfang ihr aufgrund dieses Mangels ein Schaden entstanden sei, steht in Einklang mit den oben genannten allgemeinen Grundsätzen (Baumgärtel/Strieder Handbuch der Beweislast Bd. I 2. Aufl. § 249 BGB Rdn. 13; Erman/Kuckuk 11. Aufl. vor §§ 249 bis 253 Rdn. 192; Esser/Schmidt Schuldrecht Bd. I Teilband 2, 8. Aufl. § 33 VI 2).

10 a) Die Revision ist demgegenüber der Ansicht, die Darlegungs- und Beweislast der Klägerin beschränke sich darauf, dass überhaupt Rohre beschädigt worden seien, während der Beklagte als Schädiger beweispflichtig für den von ihm behaupteten vorgeschädigten, wertlosen Zustand der Rohre bei Schadensereignis sei. Diese Ansicht findet indes in der von ihr zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25. April 1972 – VI ZR 134/71 – NJW 1972, 1515) keine Stütze. In dem dort entschiedenen Fall ging es um Ersatzansprüche (§ 844 Abs. 2 BGB) der Kinder eines Getöteten wegen Entziehung des Rechts auf Unterhalt und dabei insbesondere darum, ob der Getötete aufgrund einer schon vorhandenen Erkrankung überhaupt weiterhin seiner Unterhaltungspflicht hätte nachkommen können. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, die Klägerinnen seien nicht verpflichtet, alle denkbaren Verläufe auszuschließen, die zum Wegfall der Erwerbsfähigkeit ihres Vaters hätten führen können. Es genüge vielmehr eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Fortbestehen seiner Erwerbsfähigkeit. Dieses Ergebnis lasse sich auch auf § 287 ZPO stützen. Danach sei in besonderen Fällen eine echte Schätzung im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsurteils gerechtfertigt, und zwar vor allem dann, wenn Ersatz für die Zerstörung eines Rechtsguts zu leisten sei, dessen Bewertung aus von dem Schadensereignis ganz unabhängigen Gründen Schwierigkeiten bereite. In solchen Fällen führe es zu einer einseitigen Bevorzugung des Schädigers, wenn man nach der allgemeinen Regel, dass der Geschädigte den Schaden zu beweisen habe, stets den geringsten Wert zugrunde legen würde, auch wenn dieser wenig wahrscheinlich sei (BGH Urteil vom 25. April 1972 a. a. O. S. 1517 und das dort zitierte Urteil vom 7. Juli 1970 – VI ZR 233/69 – NJW 1970, 1970, 1971).

11 Die von der Revision für ihre Ansicht angeführte Entscheidung hält folglich an der grundsätzlichen Beweislast des Geschädigten für den Umfang des Schadens fest, lässt aber eine Beweiserleichterung zu seinen Gunsten – wie bei § 287 ZPO – dahin zu, dass die Feststellung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Überzeugung des Gerichts ausreichend ist. Aus der Entscheidung kann somit nicht hergeleitet werden, dass sich die Beweislast für den Umfang des Schadens umkehrt, wenn der Schädiger den behaupteten Zustand der beschädigten Sache vor dem Schadensereignis substantiiert bestreitet. Vielmehr wird durch die Beweiserleichterung gemäß § 287 ZPO lediglich eine geringere Anforderung an die Überzeugungsbildung des Gerichts für den vom Geschädigten behaupteten Schaden gestellt.

12 b) Entgegen der Ansicht der Revision beruft sich der Beklagte mit seiner Behauptung, die Rohre seien bei Schadenseintritt bereits wertlos gewesen, auch nicht auf einen abweichenden Geschehensablauf, für den er beweispflichtig wäre. Denn mit dieser Behauptung bestreitet der Beklagte nicht, dass die gelagerten Rohre durch den zweiten Wassereintritt Roststellen und Verfärbungen erlitten haben. Er bestreitet lediglich, dass die Klägerin dadurch einen Schaden erlitten habe. Denn die Rohre seien zum Zeitpunkt des zweiten Wassereintritts bereits wertlos gewesen. Er bestreitet damit nur den von der Klägerin behaupteten Sachwert der Rohre zum Zeitpunkt des zweiten Schadenseignisses. Für diesen Zustand ist die Klägerin jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen beweispflichtig. Anhaltspunkte, die ausnahmsweise eine andere Beweislastverteilung gebieten könnten, wie beispielsweise Beweisschwierigkeiten wegen fehlender Kenntnis der Schadensumstände, liegen nicht vor. Vielmehr ist es der Klägerin, worauf das Berufungsgericht zu Recht hingewiesen hat, ohne weiteres möglich, Angaben zum Zustand der Rohre vor dem Schadenseignis zu machen, da deren Einlagerung ihrem Einflussbereich unterlag.

13 c) Das Berufungsgericht ist auch in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die Klägerin den ihr obliegenden Beweis für die Höhe des Schadens, die sich aus der Differenz zwischen dem Wert der beschädigten Rohre vor und nach Eintritt des schädigenden Ereignisses ergibt, nicht erbracht hat. Zwar kommt der Klägerin insoweit die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute, die es dem Gericht gestattet, sich je nach Lage des Falles anstelle einer an Sicherheit grenzenden mit einer mehr oder minder hohen, mindestens aber überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu begnügen (BGH Urteile vom 7. Juli 1970 a. a. O., 1971 und vom 25. April 1972 a. a. O., 1517). Hierzu muss die Klägerin jedoch die für die Schätzung erforderlichen Anknüpfungstatsachen darlegen und beweisen. Dieser Beweis ist ihr nicht gelungen. Die von ihr benannten Zeugen haben ihre Behauptung, sie habe die in der Halle gelagerten, durch den ersten Wasserschaden wertlos gewordenen Rohre nach der Dachreparatur durch neue unbeschädigte Rohre ersetzt, nicht bestätigt. Es fehlt deshalb an hinreichenden Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung des nach der Dachreparatur durch den zweiten Wassereintritt entstandenen Schadens.

14 2. Die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den von der Klägerin angebotenen Sachverständigenbeweis zur Ermittlung der Höhe des Schadens zu Unrecht nicht erhoben, greift nicht.

15 Da die Klägerin nicht beweisen konnte, dass die vor dem zweiten Wassereintritt eingelagerten Rohre neu und unbeschädigt waren, konnte durch die beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Zustand der Rohre nach dem zweiten Wassereintritt der durch diesen verursachte Schaden nicht festgestellt werden. Das Berufungsgericht hat deshalb den hierzu angetretenen Sachverständigenbeweis zu Recht nicht erhoben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 541, 537 BGB a. F.; § 325 ZPO**  
**Ladenlokal; Schriftformmangel des Mietvertrags der**  
**Erbengemeinschaft; Widerspruch gegen eine**  
**stillschweigende Vertragsverlängerung;**  
**Rechtskrafterstreckung zum Vertragsfortbestand;**  
**Rechtsmangel in der Kette von Untermietverhältnissen**  
**ohne weiteres Hauptmietverhältnis; neues Hauptmiet-**  
**verhältnis zwischen Untermieter und Hauptvermieter**

**Zur Frage der Rechtskrafterstreckung eines zwischen den Hauptmietparteien ergangenen Feststellungsurteils über den Fortbestand des Hauptmietvertrages auf den Untermieter.**

**Gibt nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses der Unter-Untermieter, der den unmittelbaren Besitz hat, dem**

**Drängen des Hauptvermieters nach, einen neuen Mietvertrag mit diesem unmittelbar zu schließen, mittelt er den Besitz fortan diesem und nicht mehr dem Untermieter sowie über diesen dem Hauptmieter. Bei fortbestehendem Untermietverhältnis wird der Untermieter dadurch dem Hauptmieter gegenüber gemäß § 541 BGB a. F. von seiner Verpflichtung zur Zahlung weiteren Untermietzinses frei, weil der Hauptmieter ihm den mittelbaren Mietbesitz nicht mehr gewähren kann.**

(BGH, Urteil vom 12. 7. 2006 – XII ZR 178/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt die am Revisionsverfahren allein noch beteiligten Beklagten zu 1 und 2 als Untermieter gesamtschuldnerisch neben weiteren Beklagten auf Zahlung rückständiger Miete nebst Zinsen in Anspruch.

2 Er hatte am 13. September 1982 mit den Grundstückseigentümern, der „Erbengemeinschaft I., vertreten durch Herrn H. M., Ö.“ einen als „Vormietvertrag“ bezeichneten Vertrag über ein Ladenlokal geschlossen, das sich zunächst über das gesamte Erdgeschoss erstreckte.

3 Dieser Vertrag enthält unter anderem folgende Regelungen:

„Mietvertrag beginnt am 1. Oktober 1982. Er ist bis 31. Dezember 1992 unkündbar. Außerdem erhält Mieterin eine Option von 5 Jahren, die in Kraft tritt, wenn Mieterin nicht 12 Monate vor Ablauf kündigt.

Dieser Mietvertrag ist beiderseits verbindlich.

Mieterin erhält das Recht, die Räume zu modernisieren, gegebenenfalls eine Trennung in zwei Ladenlokale durchzuführen und unterzuvermieten.

Weitere Einzelheiten werden in einem ausführlichen Mietvertrag, wie besprochen, niedergelegt.“

4 Dieser Vertrag ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts „von beiden Seiten unterzeichnet“. Ein weiterer schriftlicher Vertrag wurde nicht geschlossen.

5 Der Kläger teilte das Ladenlokal in zwei getrennte Einheiten, von denen er die linke an Dritte untervermietete. In dieses Untermietverhältnis traten die Beklagten zu 1 bis 4 mit schriftlichem Untermietvertrag vom 23. Juli 1986 ein. Dieser sah vor, dass das Untermietverhältnis am 31. Dezember 1997 endet und sich anschließend jeweils um drei Monate verlängert, wenn nicht eine der Parteien spätestens zwei Monate vor Ablauf der Mietzeit widerspricht (§ 2 Abs. 1 MV).

6 Im Oktober 1986 überließen die Beklagten zu 1 bis 4 das Ladenlokal an die Eheleute S. (nicht identisch mit den Beklagten zu 3 und 4), die es fortan nutzten und die (Unter-)Miete an den Kläger zahlten.

7 Ab Juli 1991 wurde das Ladenlokal von Frau Y. genutzt.

8 Mit Schreiben vom 27. Dezember 1991 an den Kläger kündigte H. M. namens der „F. I. Erben“ unter entsprechendem Briefkopf mit der Angabe „Anwesen-Betreuung: H. M.“ das Mietverhältnis mit dem Kläger zum 31. Dezember 1992. Dem widersprach der Kläger mit Schreiben vom 15. Januar 1992 unter Hinweis auf die eingeräumte Fünfjahresoption. Eine Rüge fehlender Vollmacht enthält dieses Schreiben nicht.

9 Mit Schreiben vom 22. Dezember 1992 teilten die Mitglieder der Erbengemeinschaft der Nutzerin Y. unter Bezugnahme auf mündliche Absprachen mit, wegen Ablaufs des Hauptmietvertrages mit dem Kläger sei sie ab 1. Januar 1993 nicht mehr dessen Untermieterin, sondern für die Dauer von zunächst fünf Jahren unmittelbar Mieterin und habe den Mietzins fortan an die Erbengemeinschaft zu zahlen. Dieser Aufforderung kam Frau Y. nach. Auch die Beklagten zu 1 bis 4 stellten ihre (Unter-)Mietzahlungen an den Kläger ein.

10 Zu einem nicht bekannten Zeitpunkt überließ Frau Y. das Ladenlokal den Herren Sü. und Yi., die ihrerseits die Miete an die Erbengemeinschaft zahlten.

11 Mit rechtskräftigem Urteil des Landgerichts Mannheim vom 15. September 1994 wurden die Beklagten zu 1 bis 4 ver-

urteilt, an den Kläger für den Zeitraum Januar 1993 bis August 1994 Miete zu zahlen. Im dortigen Verfahren hatten die Beklagten vorgetragen, Frau Y. sei ihre Untermieterin.

12 Eine Klage der Miterben gegen den jetzigen Kläger auf Feststellung, dass das Hauptmietverhältnis vor dem 31. Dezember 2000 geendet habe, wurde durch inzwischen rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 2. August 2001 (die dagegen gerichtete Revision im Verfahren XII ZR 244/01 wurde zurückgenommen) abgewiesen.

13 Das Landgericht Mannheim hat die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner mit den durch Teilversäumnisurteil gesondert verurteilten Beklagten zu 3 und 4 unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 88 885,84 DM nebst gestaffelten Zinsen durch Teilurteil verurteilt und ihnen durch Schlussurteil – unter Aufrechterhaltung des Teilversäumnisurteils gegen die Beklagten zu 3 und 4 – die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der Kosten der Nebenintervention der Miterben auferlegt.

14 Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zu 1 bis 4 führte lediglich dazu, dass das Oberlandesgericht [Karlsruhe] einen Teil (4863,66 €) des ausgeurteilten Betrages nicht auf den Hauptantrag, sondern auf den Hilfsantrag zugesprochen hat.

15 Dabei hat das Oberlandesgericht den Beklagten zu 1 bis 4 als Gesamtschuldner lediglich 90% der erstinstanzlichen Kosten und von den Kosten des zweiten Rechtszuges 54% der Gerichtskosten und 90% ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten auferlegt, und zwar wegen des teilweise nur auf dem Hilfsantrag beruhenden Erfolgs der Klage, ferner wegen der erfolglosen Anschlussberufung des Klägers (Klageerweiterung um weitere Beträge gegenüber den Beklagten zu 1 bis 4 und um weitere Klageanträge gegen die Miterben – Beklagte zu 6 bis 8 –) sowie wegen des im Rahmen der Anschlussberufung übereinstimmend für erledigt erklärten Räumungs- und Herausgabeverlangens des Klägers.

16 Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Beklagten zu 1 und 2, mit der diese das Berufungsurteil angreifen, soweit zu ihren Lasten entschieden wurde.

17 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg und führt zu der aus dem Tenor ersichtlichen Teilaufhebung und Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

18 I. 1. Das Berufungsgericht hat dem Kläger auf den Hauptantrag die geltend gemachte Miete für September 1994 bis Januar 1995, für Dezember 1996 (Teilbetrag) und für Januar 1997 bis März 2000 zugesprochen, ferner (zur Wiederauffüllung des in Höhe von 4863,66 € abgewiesenen Hauptantrages) auf den – rückwärts gestaffelten – Hilfsantrag des Klägers einen Teilbetrag für Juni 1996, die Miete für Juli bis November 1996 und den verbleibenden Teilbetrag für Dezember 1996.

19 Es hat den Untermietvertrag zwischen den Parteien des Revisionsverfahrens entgegen der Ansicht der Beklagten nicht für sittenwidrig gehalten. Dies hält der rechtlichen Prüfung stand und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

20 Das Berufungsgericht ist ferner der Auffassung, das Untermietverhältnis sei nicht vor dem 30. September 2000 beendet worden. Der Kläger habe die Beklagten zu 1 bis 4 weder ausdrücklich – etwa anlässlich der Übergabe des Ladens an die Eheleute S. im Oktober 1986 – noch stillschweigend – anlässlich des Übergangs der Nutzung auf Frau Y. im Juli 1991 – aus dem Untermietvertrag entlassen, und eine angebliche zum 30. September 1986 erklärte Kündigung durch die Beklagten hätten diese nicht nachweisen können, abgesehen davon, dass die von ihnen insoweit vorgetragene Gründe sie nicht hätten rechtfertigen können. Auch dies wird von der Revision nicht angegriffen und ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

21 2. Nicht zu folgen ist aber der Auffassung des Berufungsgerichts, auch der Hauptmietvertrag zwischen den Miterben als Grundstückseigentümern und dem Kläger habe im gesamten Zeitraum fortbestanden, für den der Kläger Zahlung verlangt, und deshalb stehe dem (Unter-)Mietzinsanspruch des Klä-

gers kein nach Abschluss des Untermietvertrages entstandener Rechtsmangel (Unvermögen des Klägers, den Beklagten weiterhin den Mietbesitz zu gewähren) entgegen.

22 a) Insoweit bedarf es keiner Entscheidung, ob der als „Vor-Mietvertrag“ bezeichnete Vertrag vom 13. September 1982 bereits einen bindenden Vertrag darstellte, wovon allerdings mit dem Berufungsgericht auszugehen sein dürfte. Denn auch dann wäre er – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – durch die namens der Erben erklärte Kündigung vom 27. Dezember 1991 zum 31. Dezember 1992 beendet worden, weil er nicht der Schriftform entsprach und deshalb gemäß § 566 BGB a. F. ungeachtet der vereinbarten Verlängerungsoption mit gesetzlicher Frist kündbar war.

23 Ob der Auffassung des Berufungsgerichts zu folgen ist, die Wahrung der Schriftform scheitere nicht an weiteren mündlichen Vereinbarungen der Vertragsparteien, weil die Beklagten zu 1 bis 4 solche nicht bewiesen hätten, bedarf keiner Entscheidung. Denn ein Mangel der Schriftform ergibt sich bereits daraus, dass der von H. M. namens der Erbengemeinschaft abgeschlossene Mietvertrag mangels Rechtsfähigkeit derselben nicht mit der Erbengemeinschaft als solcher, sondern mit den einzelnen Miterben zustande kam, diese aber aus der allein von H. M. unterzeichneten Vertragsurkunde nicht ersichtlich sind (vgl. Senatsurteil vom 11. September 2002 – XII ZR 187/00 – NJW 2002, 3389 ff. [= GuT 2003, 19 KL = WuM 2002, 601]).

24 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung verstößt die wegen dieses Formmangels mögliche vorzeitige Kündigung des Vertrages durch die Erben auch nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung insoweit geltend, der Vertrag sei bis zur Kündigung viele Jahre lang durchgeführt worden. Letzteres beruht nämlich darauf, dass die Erben von ihrem Recht zur ordentlichen Kündigung zuvor keinen Gebrauch gemacht hatten. Von einem solchen jederzeit gegebenen Kündigungsrecht erst nach langjährigem Bestehen des Mietverhältnisses Gebrauch zu machen, ist nicht treuwidrig. Soweit die Revisionserwiderung ferner geltend macht, nach der Kündigung hätten die Erben acht Jahre lang die Mieten doppelt eingenommen, nämlich sowohl vom Kläger als auch von den Untermietern, kann dieser nachträgliche Umstand nicht zur Beurteilung der Wirksamkeit herangezogen werden. Die Treuwidrigkeit der Ausübung eines Gestaltungsrechts kann nur anhand der im Zeitpunkt seiner Ausübung gegebenen Umstände beurteilt werden.

25 b) Das Hauptmietverhältnis zwischen den Erben und dem Kläger hat sich nach Wirksamwerden der Kündigung zum 31. Dezember 1992 auch nicht gemäß § 568 BGB a. F. verlängert. Dies scheidet bereits an der Erklärung des entgegenstehenden Willens der Erben, die zum einen darin zu sehen ist, dass die Erben mit ihrer Kündigung vom 27. Dezember 1991 zum Ausdruck brachten, zu einer Verlängerung des Vertrages nur bei der vorgeschlagenen Erhöhung der Miete bereit zu sein (vgl. Emmerich/Sonnenschein Miete 8. Aufl. § 545 Rdn. 6). Ein erneuter Widerspruch der Erben gegen die Fortsetzung des Mietverhältnisses über den 31. Dezember 1992 hinaus ist zum anderen in dem Schreiben vom 2. Oktober 1992 an den Kläger zu sehen, sie erwarteten von ihm die Räumung und Herausgabe des Mietobjekts zum 31. Dezember 1992. Denn der Widerspruch des Vermieters kann auch konkludent – etwa durch das Verlangen nach Räumung – und schon vor Beginn der Widerspruchsfrist des § 568 BGB a. F. erklärt werden (vgl. Emmerich/Sonnenschein a. a. O. § 545 Rdn. 6, 8).

26 c) Der Senat ist auch nicht etwa deshalb gehindert, von der Beendigung des Hauptmietvertrages zum 31. Dezember 1992 auszugehen, weil eine Klage der Erben gegen den Kläger auf Feststellung der Beendigung des Hauptmietvertrages vor Ende 2000 – inzwischen rechtskräftig – abgewiesen wurde. Damit steht nämlich nur zwischen diesen Parteien rechtskräftig fest, dass das Mietverhältnis bis Ende 2000 fortbestand. Für das vorliegende Verfahren zwischen dem Kläger und den Beklagten zu 1 und 2 ist diese Feststellung nicht bindend.

27 Etwas anderes ergibt sich – entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung – auch nicht daraus, dass die getroffene Feststellung die Wirksamkeit eines Gestaltungsrechts betrifft und das Untermietverhältnis in vielfacher Weise (vgl. insbesondere § 546 Abs. 2 BGB) vom Bestand des Hauptmietverhältnisses abhängig ist.

28 Zwar wird die Auffassung vertreten, dass die Rechtskraft eines Räumungstitels gegen den Mieter sich insoweit auf den Untermieter erstreckt, dass dieser die Herausgabepflicht des Mieters nicht mehr leugnen könne, wenn er seinerseits vom Vermieter auf Rückgabe nach § 546 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen wird (Blomeyer, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. S. 520; Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 218 f.; AG Hamburg NJW-RR 1992, 1487).

29 Die herrschende Meinung in der Literatur lehnt eine derartige Rechtskrafterstreckung auf den Untermieter jedoch ab, jedenfalls unter der Voraussetzung, dass der Untermieter den unmittelbaren Besitz – wie hier – vor Rechtshängigkeit des Verfahrens zwischen Vermieter und Hauptmieter erlangt hat (vgl. Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 1266; Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. V Rdn. 51; Emmerich/Sonnenschein Miete 6. Aufl. § 556 Rdn. 76; MünchKommZPO/Gottwald § 325 Rdn. 74; Stein/Jonas/Leipold ZPO 21. Aufl. § 325 Rdn. 91; Musielak ZPO 4. Aufl. § 325 Rdn. 18; HkZPO/Saenger § 325 Rdn. 22; Wicczorek ZPO 2. Aufl. § 325 Anm. B III b; Berg NJW 1953, 30; Planck BGB 4. Aufl. § 556 Anm. 3 d; vgl. zum Meinungsstand auch Zöller/Vollkommer ZPO 25. Aufl. § 325 Rdn. 38).

30 Der Senat, der diese Frage in einer früheren Entscheidung (Senatsbeschluss vom 17. Januar 2001 – XII ZB 194/99 – NJW 2001, 1355 f. [= WuM 2001, 247]) noch offen gelassen hatte, schließt sich jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation der herrschenden Meinung an.

31 Gegen eine solche Rechtskrafterstreckung spricht hier bereits, dass zwischen Hauptvermieter und Untermieter keine vertraglichen Beziehungen bestehen und der Bestand des Untermietverhältnisses – sofern wie hier nichts anderes im Untermietvertrag vereinbart wurde – nicht vom Bestand des Hauptmietverhältnisses abhängt.

32 Soweit eine Rechtskrafterstreckung wegen materiell-rechtlicher Abhängigkeit befürwortet wird, soll dies zwar der Vermeidung nachfolgender Prozesse zwischen anderen Parteien dienen, in denen – wie hier – der Streitgegenstand des ersten Verfahrens Vorfrage ist. Eine solche Durchbrechung des Grundsatzes, dass die Rechtskraft einer Entscheidung sich auf die Parteien beschränkt, zwischen denen sie ergeht, ist aber abzulehnen, wenn dies für den Dritten, der auf diese Entscheidung keinen Einfluss nehmen konnte, zu prozessual unzumutbaren Ergebnissen führen kann.

33 Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Untermieter, der vom (Haupt-)Vermieter nach Kündigung des Hauptmietvertrages bedrängt wurde, entweder einen Mietvertrag unmittelbar mit ihm zu schließen oder aber zu räumen, die Mietzahlung an den Hauptmieter einstellt und sich auf einen Rechtsmangel beruft. Sein Einwand, sein Mietbesitz sei durch das Recht eines Dritten (hier: des Hauptvermieters) beeinträchtigt, darf ihm nicht dadurch abgeschnitten werden, dass – gegebenenfalls Jahre später – in einem Verfahren zwischen den Parteien des Hauptmietvertrages rechtskräftig festgestellt wird, dass dieses Recht des Hauptvermieters auf Räumung und Herausgabe mangels wirksamer Beendigung des Hauptmietvertrages nicht bestanden hat.

34 3. Nach alledem stehen dem Kläger für den hier maßgeblichen Zeitraum Mietzinsansprüche gegen die Beklagten zu 1 und 2 nicht zu, weil er spätestens seit dem 1. Januar 1993 den Beklagten zu 1 bis 4 als seinen Untermietern den (mittelbaren) Mietbesitz nicht mehr gewährt hat.

35 Nach dem Abschluss eines Hauptmietvertrages zwischen den Erben und der bisherigen Unter-Untermieterin Y., der spätestens mit deren Aufnahme unmittelbarer Mietzinszahlungen an die Erben am 1. Januar 1993 zustande gekommen war und durchgeführt wurde, verlor der Kläger seinen mittelbaren Mietbesitz. Denn Frau Y. – und ebenso die ihr nachfolgenden Nutzer – leiteten ihren unmittelbaren Besitz fortan nicht mehr vom Kläger und seinen Untermietern, den Beklagten zu 1 bis 4, ab, sondern unmittelbar von den Hauptvermietern, denen sie den Besitz von nun an mittelte. Für die Änderung des Besitzmittlungsverhältnisses genügt nämlich die Erkennbarkeit der Willensänderung des unmittelbaren Besitzers, die Sache nunmehr für einen neuen Oberbesitzer besitzen zu wollen (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Mai 1999 – XII ZR 134/97 – NJW-RR 1999, 1239 f.); eine Erklärung gegenüber dem bisherigen mittelbaren Besitzer oder dessen Kenntnis ist nicht erforderlich (vgl. BGHZ 161, 90, 113; Erman/Lorenz BGB 11. Aufl. § 686 Rdn. 41 m. N.).

36 Hierdurch wurde auch den Beklagten zu 1 bis 4 der mittelbare Besitz und damit der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache vollständig entzogen. Darin ist ein nachträglicher Rechtsmangel zu sehen (vgl. Wolf/Eckert/Ball a. a. O. Rdn. 285), der den Mietzins nach §§ 541, 537 BGB a. F. auf Null minderte. Denn eine Störung oder Entziehung des Besitzes erfüllt bereits dann die Voraussetzungen des § 541 BGB a. F., wenn sie darauf beruht, dass der Hauptvermieter dem Mieter kündigt und dem Untermieter gegenüber seinen Rückgabeanspruch geltend macht oder dies auch nur androht (vgl. Emmerich/Sonnenschein, Miete 7. Aufl. § 541 BGB Rdn. 5; Senatsurteil vom 18. Januar 1995 – XII ZR 30/93 – NJW-RR 1995, 715 ff.).

37 Für den Fall gestaffelter Untervermietung kann nichts anderes gelten, wenn der Hauptvermieter sich nach Kündigung des Hauptmietvertrages an den letzten, unmittelbar besitzenden Untermieter (hier: Frau Y.) wendet und diesen mit der Ankündigung, andernfalls seinen Herausgabeanspruch geltend zu machen, zum Abschluss eines unmittelbaren Mietvertrages veranlasst. In diesem Fall wird der mittelbare Besitz eines zwischengeschalteten Untermieters (hier: der Beklagten zu 1 bis 4) durch das Recht eines Dritten (hier: der Erben) und die dadurch ausgelöste Veränderung der Besitzmittlungsverhältnisse nicht nur gestört, sondern vollständig entzogen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 546, 556 a. F., 546a, 557a a. F. BGB  
Gewerberaummieta; Vermietung an einen  
Lebensmittelmarkt im Konzernverbund;  
Kündigungsbeschränkung des Mieters; Rückgabe der  
Mietsache; Besitzaufgabe und Schlüsselrückgabe;  
Vorenthaltung und Schönheitsreparaturmaßnahmen**

**1. Ist das vertragliche Kündigungsrecht eines Mieters ausgeschlossen, falls er im Einzugsbereich des Mietobjekts eine andere Filiale eröffnen will oder eine andere, bestehende Filiale erweitern will, so gilt dies nicht für dasselbe Verhalten eines demselben Konzern wie der Mieter angehörenden Unternehmens.**

**2. Eine ordnungsgemäße Rückgabe nach Ende des Mietvertrages liegt vor, wenn der Mieter einem Beauftragten des Vermieters die Mietsache übergibt.**

**3. Unschädlich ist dabei, wenn von einer Vielzahl von Schlüsseln ein einzelner nicht zurückgegeben wird, der Mieter den Besitz aber zugunsten des Vermieters vollständig aufgegeben hat.**

**4. Händigt der Vermieter dem Mieter nach Übergabe der Räume einen Schlüssel zur Durchführung von Schönheitsreparaturen aus, so liegt während deren Ausführung kein Vorenthalten des Mieters vor.**

(nur Leitsätze zu 2.–4.)

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. 4. 2006 – I-24 U 152/05)

**Zum Sachverhalt:** Die Kläger sind Miteigentümer von Gewerberäumen in R. Die Rechtsvorgänger der Kläger hatten durch Mietvertrag (MV) vom 21. 5./22. 6. 1979 an die Beklagte die Räumlichkeiten zum Betrieb eines Lebensmittelmarkts vermietet. Die zuletzt im Jahre 2000 zu zahlende Miete belief sich auf monatlich 23 254,93 DM. Unter Berufung auf ein Sonderkündigungsrecht hat die Beklagte das Mietverhältnis mit Schreiben vom 20.10.1999 gekündigt. Die Kündigung war allerdings ausgeschlossen, „wenn oder weil der Mieter im Einzugsbereich R. eine andere Filiale eröffnen will oder eine andere, bestehende Filiale erweitern will“. Einige Zeit vor der Kündigung hatte ein zum selben Konzern wie die Beklagte gehörendes Unternehmen eine Filiale in R. eröffnet.

Das Objekt sollte am 28. 4. 2000 an die Klägerin zurückgegeben werden. Sodann wurde eine Übergabe für den 4. 5. 2000 vorgesehen. Die Parteien streiten über den Ausschluss der Kündigung sowie darum, wann das Objekt an die Kläger zurückgegeben worden ist. Die Kläger verlangen Nutzungsentschädigung für die Zeit von Januar 2001 bis Juli 2003 und Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen. Die Beklagte beruft sich demgegenüber auf Verjährung und macht geltend, spätestens zum 19.12. 2000 geräumt zu haben.

Das Landgericht Wuppertal hat der Klage nur in geringem Umfang stattgegeben. Die Berufung der Kläger blieb erfolglos.

**Aus den Gründen:** Die Berufung der Kläger gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, weil die Berufung in der Sache keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Berufungsgerichts auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist.

I. Zur Begründung und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf die Erwägungen des Senats in seinem Hinweisbeschluss vom 16. März 2006 Bezug genommen. Dort hat der Senat ausgeführt:

«Die zulässige Berufung der Kläger hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Im Ergebnis hat das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen:

#### I. Mietzinsanspruch

Den Klägern steht für die Zeit von Januar 2001 bis April 2002 ein Anspruch auf Zahlung von Mietzins – § 535 S. 2 BGB a. F. – gegen die Beklagte nicht zu. Zu Recht ist das Landgericht von einer Beendigung des Mietverhältnisses zum 30. April 2000 auf Grund der außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 20. Oktober 1999 ausgegangen.

1.) Die Beklagte war nach § 3 Abs. 4 des zwischen ihr und den Rechtsvorgängern der Kläger geschlossenen Mietvertrags vom 21. Mai / 22. Juni 1979 (MV) berechtigt, ab dem 9. Mietjahr den Mietvertrag mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende des Mietjahrs zu kündigen. Die Mietzeit begann, wie im Nachtrag Nr. 1 zum MV vereinbart, am 1. Mai 1982; das Mietjahr endete mithin am 30. April eines jeweiligen Jahres. Durch ihre Kündigungserklärung vom 20. Oktober 1999 hat die Beklagte von ihrem Kündigungsrecht rechtzeitig zum Ablauf des Mietjahres am 30. April 2000 Gebrauch gemacht.

Das Recht der Beklagten zur Kündigung war im Oktober 1999 nicht durch § 3 Abs. 4 MV infolge der Eröffnung einer Filiale der P.-GmbH in R. im April 1999 ausgeschlossen. Nach jener Klausel war das außerordentliche Kündigungsrecht nur dann nicht gegeben,

„wenn oder weil der Mieter im Einzugsbereich (Stadtteil Wuppertal-R.) eine andere Filiale eröffnen will oder eine andere, bestehende Filiale erweitern will“.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Bestimmung über ihren Wortlaut („... eröffnen will oder ... erweitern will“) hinaus auch auf eine erst *nach* Eröffnung einer anderen Filiale

ausgesprochene Kündigung Anwendung findet. Denn der Regelungsgehalt jener Bestimmung beschränkte sich auf Filialen der Beklagten, wozu Filialen der P.-GmbH nicht zählen.

§ 3 Abs. 4 MV ist insoweit eindeutig formuliert. Die Klausel bezieht sich auf eine Filialeröffnung/-erweiterung durch den „Mieter“, nämlich die Beklagte. Die P.-GmbH ist mit der Beklagten aber weder in ihrer Rechtsperson noch in ihrer unternehmerischen Struktur identisch. Beide Unternehmungen verfügen jeweils über einen eigenständigen Einkauf, eine eigenes Marketing und einen eigenen Vertrieb. Es ist allgemeinkundig, dass sich auch die unternehmerische Ausrichtung unterscheidet: Während die Beklagte Lebensmitteleinzelhandel im herkömmlichen Sinn betreibt, tritt die P.-GmbH als Discounter am Markt auf. So liegen z. B. in M.-B. Filialen beider Unternehmungen im selben Einkaufszentrum dicht beieinander.

Die gem. §§ 133, 157 BGB an Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und mithin auch an der Interessenlage der Vertragschließenden orientierte Auslegung der Klausel lässt eine Erstreckung auf Filialen anderer Unternehmen der T.-Gruppe selbst mit Blick auf den Zweck der Kündigungsbeschränkung nicht erkennen. Entsprechend liegt in der Kündigung trotz relativ zeitnah zuvor erfolgter Eröffnung eines P.-Marktes in R. auch keine Umgehung der vertraglichen Kündigungsbeschränkung. Es mag sein, dass die T.-KG beherrschenden Einfluss auf beide Unternehmen auszuüben vermag und tatsächlich auch unternehmerische Entscheidungen für die Beklagte wie die P.-GmbH trifft oder getroffen hat. Dem Mietvertrag ist aber nicht zu entnehmen, dass die Vertragschließenden eine Ausdehnung der wettbewerbsbeschränkenden Bestimmung auf den ganzen T.-Konzern gewollt hätten, obwohl die Beklagte schon vor Abschluss des Mietvertrages, nämlich seit 1971, zur T.-Gruppe gehörte (vgl. [www.krefeld-ihk.de](http://www.krefeld-ihk.de)).

Ersichtlicher Zweck der Kündigungsbeschränkung war es, den Bestand des Mietvertrages zwischen dem Ende des 9. Mietjahres und dem Ablauf der 20-jährigen Mietzeit vor Konkurrenzangeboten örtlicher Vermieter zu schützen. Die Klausel diene allein den Interessen der Vermieter und beschränkte zugleich die unternehmerische Dispositionsfreiheit der Mieterin. Fraglos käme eine Erstreckung der Bestimmung auf Filialen anderer Unternehmen der T.-Gruppe den wirtschaftlichen Interessen der Kläger entgegen. Verbunden wäre dies allerdings mit einem noch weitergehenden Eingriff in die Dispositionsfreiheit der Beklagten und damit in den Wettbewerb. Für einen entsprechenden Willen der Vertragschließenden fehlt indes jeder Anhalt im Vertrag. Insbesondere ergibt ein solcher Wille der Vertragsparteien nicht aus § 9 S. 2 MV, wonach der Mieter berechtigt ist, „die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten auf eine andere Firma der Unternehmensgruppe überzuleiten“. Diese Bestimmung enthält lediglich eine Erweiterung der Befugnisse der Mieterin, ohne ihr allerdings jenseits der Ausübung dieses Rechts irgendwelche Beschränkungen aufzuerlegen. Von der ihr durch § 9 S. 2 MV eröffneten Befugnis hat die Beklagte nicht Gebrauch gemacht.

Begleitumstände des Vertragschlusses, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht dargetan.

2.) Die Kündigung ist auch formell ordnungsgemäß erfolgt: [wird ausgeführt]

#### II. Nutzungsentschädigung

Mit Recht ist das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung von einer vor Januar 2001 erfolgten Rückgabe der Mietsache ausgegangen und hat entsprechend einen Anspruch der Kläger auf Zahlung von Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltens der Mietsache ab Januar 2001 – der Zeitraum Mai bis Dezember 2000 ist nicht im Streit – verneint. [wird ausgeführt]

III. Schadensersatzansprüche wegen unterlassener Schönheitsreparaturen

Diesem Anspruch steht, wie in der angefochtenen Entscheidung im Ergebnis zutreffend gesehen, die Einrede der Verjährung entgegen: [wird ausgeführt]

#### IV. Vorgerichtliche Anwaltskosten [...]

II. Die mit Schriftsatz vom 3. April 2006 gegen die angekündigte Verfahrensweise erhobenen Einwendungen der Kläger sind nicht geeignet, eine für sie günstigere Entscheidung zu rechtfertigen:

1. Die Auffassung der Kläger, der in § 3 Abs. 4 MV geregelte Ausschluss des Sonderkündigungsrechts der Beklagten umfasse auch die Eröffnung der Filialen anderer rechtlich selbständiger Unternehmen der T.-Gruppe, geht fehl. Der Wortlaut der Vertragsbestimmung trägt eine solche Auslegung nicht. Ebenso wenig lässt sich diese Auffassung auf § 9 S. 2 MV stützen, da die Beklagte von der dort vorgezeichneten Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Eine Ausdehnung der Regelung des § 3 Abs. 4 MV auf den T.-Konzern ist auch nicht durch die Interessenlage der Parteien gerechtfertigt, da eine solche Ausdehnung allein den Klägern vorteilhaft wäre und zureichende Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen der Vertragsschließenden nicht dargetan sind.

2.–4. [...]

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**Hinw. d. Red.:** Die vollständige Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 535, 543, 307 BGB

#### Geschäftsraummiete; Verlust der Mieterrechte; vertragsauflösende Bedingungen; Kautionszahlung

**1. Zur Auslegung einer formularmäßig getroffenen Regelung in einem Geschäftsraummietvertrag, wonach der Mieter bei Nichtzahlung die „Rechte“ aus dem Vertragsverhältnis „verliert“ und der Vermieter „berechtigt“ ist, über das Mietobjekt „anderweitig zu verfügen“.**

**2. Zur Frage, ob das für eine fristlose Kündigung geltende Erfordernis einer Abhilfefrist (§ 543 Abs. 3 BGB) dadurch umgangen wird mit der Folge einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB, dass mit der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung für den Fall der Nichtzahlung der Kautionszahlung das Mietverhältnis beendet sein soll.**

(KG, Urteil vom 26.1.2006 – 8 U 128/05)

**Zum Sachverhalt:** Die Berufung der Klägerin richtet sich gegen das Urteil des Landgerichts Berlin, mit dem die auf Räumung und Herausgabe der Mietobjekte gemäß Mietverträgen vom 12./13. 5. 2004 gerichtete Klage abgewiesen worden ist. Das Landgericht hat ausgeführt, dass § 4 Nr. 2 der Verträge eine auflösende Bedingung enthalte, die Klausel jedoch die Mieterin nach § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteilige, da die Nichtzahlung der Kautionszahlung ohne weiteres zur Vertragsbeendigung führen solle, während eine darauf gestützte fristlose Kündigung nach § 543 BGB eine Abmahnung voraussetzen würde.

Die Klägerin trägt zur Begründung der Berufung vor: Die Verträge seien durch Eintritt einer in § 4 Nr. 2 zu sehenden auflösenden Bedingung der Nichtzahlung der Kautionsbeträge bis zum 30. 5. 2004 beendet. Das Landgericht setzte zu Unrecht die Bedeutung und Wirkung einer Bedingung mit denen einer Kündigung gleich. Eine Bedingung könne in AGB eines Gewerbemietverhältnisses ohne weiteres vereinbart werden. Im Übrigen handele es sich bei den drei gleichlautenden Verträgen nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen, da die Regelungen privatautonom und gleichberechtigt ausgehandelt worden seien. Eine vielfache Verwendung des Vertragsmusters durch die Klägerin scheitere schon an der „Besonderheit des jeweiligen Mietobjekts“. Jedenfalls sei die fristlose Kündigung berechtigt, da eine Abmahnung in § 4 der Verträge enthalten sei.

Die Beklagte teilt die Auffassung des Landgerichts und meint, dass jedenfalls durch Fortsetzung der Mietverträge über den 30. 5. 2004 hinaus die Klausel des § 4 Nr. 2 schlüssig aufgehoben worden sei. Für den Willen der Klägerin zur Vertragsfortsetzung spreche auch, dass sie mit Schreiben jeweils vom 15. 9. 2004 Mietrückstände für den Monat September 2004 angemahnt habe, ohne die Kautionszahlung zu erwähnen.

**Aus den Gründen:** B. Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Ihr steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Rückgabe der drei Mietobjekte gemäß § 546 Abs. 1 BGB zu, da die Mietverträge vom 12./13. 5. 2004 nicht beendet sind.

1) Die Mietverhältnisse endeten nicht von selbst auf Grund dessen, dass die Beklagte die Kautionsleistung entgegen § 4 Nr. 2 der Verträge nicht bis zum 30. 5. 2004 leistete.

a) Zweifelhaft ist bereits, ob § 4 Nr. 2 der Verträge nach Wortlaut und Gesamtzusammenhang der Klausel eine auflösende Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 2 BGB enthält, also den Willen der Parteien zum Ausdruck bringt, dass die Verträge bei nicht fristgerechter Kautionsleistung von selbst enden sollten. Denn dies hätte auf einfache und naheliegende Weise durch die Anordnung erfolgen können, dass der Vertrag „endet“, „die Wirkung verliert“ oder Ähnliches, wenn die Kautionsleistung nicht bis zum 30. 5. 2004 geleistet wird. § 4 Nr. 2 Satz 2 und 3 hingegen sehen vor, dass der Mieter bei Nichtzahlung die „Rechte“ aus dem Vertragsverhältnis „verliert“ und der Vermieter „berechtigt“ ist, über das Mietobjekt „anderweitig zu verfügen“. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass eine Vertragsbeendigung nicht automatisch eintreten, sondern vom Willen der Klägerin abhängen sollte, was rechtstechnisch – wenn auch nicht notwendig wirksam – als Recht zur fristlosen Kündigung oder „anderweitigen Verfügungsberechtigung“ der Klägerin unter Fortbestand einer subsidiären vertraglichen Zahlungsverpflichtung der Beklagten, also unter Begründung einer Art Garantiehaftung für einen künftigen Mietausfall, zu begreifen sein könnte.

Auch die sich anschließende Bestimmung in § 4 Nr. 2 Satz 4, dass der Mieter für den „tatsächlich ausgefallenen Mietzins ... einzustehen“ habe, lässt eine auflösende Bedingung eher fernliegend erscheinen. Denn diese Klausel sieht bei zutreffender Auslegung eine Einstandspflicht für einen Mietausfall *nach Beendigung des Mietgebrauchs* der Beklagten vor (s. dazu unten zur AGB-rechtlichen Prüfung), und diese Rechtsfolge ist mit einer auflösenden Bedingung weniger zu vereinbaren als mit einer Vertragsbeendigung durch fristlose Kündigung – die zu einem Schadensersatzanspruch wegen Auflösungsverpflichtung führen kann –, oder mit einem Fortbestand der Mietzinsforderung unter Anrechnung anderweitiger Mieteinnahmen. Eine auflösende Bedingung führt nämlich zur Unwirksamkeit des Vertrags, ohne dass es eine Grundlage für den Ersatz des Erfüllungsinteresses gäbe. Eine solche Schadensersatzpflicht folgt nicht etwa aus § 160 BGB. Diese Vorschrift sieht nicht etwa einen Schadensersatzanspruch wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung infolge Bedingungseintritts gegen diejenige Vertragspartei vor, die den Eintritt einer auflösenden Bedingung (oder Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung) zu vertreten hat, sondern begründet eine Schadensersatzpflicht nur hinsichtlich einer etwaigen Beeinträchtigung der an den Bedingungseintritt knüpfenden Leistungspflicht (hier: auf Rückgewähr), dient also dem Schutz vor Verletzung von Erhaltungspflichten während der Schwebezeit des Vertrags (vgl. Staudinger/Bork, BGB, Neubearbeitung 2003, § 160 Rn 3, 6).

Auch begründet das Verhalten der Klägerin, die trotz Nichtleistung der Kautionsleistung bis zum 30. 5. 2004 die Verträge bis zum 15. 11. 2004 widerspruchslos fortsetzte sowie Mieten für September 2004 und betreffend das Objekt „O.“ unter dem 17. und 30. 6. 2004 sogar die Kautionszahlung anmahnte, auslegungsrelevante Zweifel daran, dass sie selbst die Klausel als auflösende Bedingung verstanden hat.

b) Jedenfalls hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die Klausel in § 4 Nr. 2 der Verträge, sofern darin eine auflösende Bedingung zu sehen sein sollte, einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht standhält.

aa) Bei der Regelung in § 4 Nr. 2 der drei Mietverträge handelt es sich um von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Wie schon den Urkunden zu entnehmen und auch nicht streitig ist, wurden die gleichlautenden Verträge aus dem Textverarbeitungssystem der „Abt. Recht/Verträge“ der Klägerin ausgedruckt. Es handelt sich bei § 4 Nr. 2 um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung. Das folgt bereits daraus, dass die gleiche Klausel in drei Mietverträgen verwendet wurde; die dreimalige Verwendung, sei es auch am gleichen Tag gegenüber dem gleichen Vertragspartner, führt zum Vorliegen einer für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Klausel (BGH NJW 2004, 1454 f. [= GuT 2004, 68 KL]).

Die Klausel ist nicht zwischen den Parteien im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt worden, wofür die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast trägt. Ein „Aushandeln“ bedeutet mehr als Verhandeln und liegt nur vor, wenn der Verwender die Regelung inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner die reale Möglichkeit einräumt, die inhaltliche Ausgestaltung zu beeinflussen. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines „Aushandelns“ gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt (BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.). Vorliegend hat die Klägerin nicht einmal behauptet, dass überhaupt über die Regelung in § 4 Nr. 2 der Verträge gesprochen worden sei. Dass das Datum für die Kautionszahlung noch eingesetzt werden musste, um die Klausel auf die Verträge anzupassen, begründet selbstverständlich noch kein „Aushandeln“.

bb) Allerdings ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht bereits daraus, dass mit der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung für den Fall der Nichtzahlung der Kautions das für eine fristlose Kündigung geltende Erfordernis einer Abhilfefrist (§ 543 Abs. 3 BGB) umgangen würde. Zwar kann formularvertraglich auf das Erfordernis einer Abhilfefrist nach § 543 Abs. 3 BGB nicht verzichtet werden (vgl. Bub/Treier/Grapentin, a. a. O., Rn IV 172; Schmidt-Futterer/Blank, a. a. O., § 543 Rn 169, 201; allgemein für die Unzulässigkeit formularvertraglicher Lockerung der Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung BGH NJW 1987, 2506, 2507 [= WuM 1987, 259]). Von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung wird insoweit jedoch nicht abgewichen, weil die Kündigung nach § 543 BGB und die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB *unterschiedliche Institute* sind, die sich nach Voraussetzungen und Wirkung unterscheiden und daher im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 307 BGB nicht verglichen werden können. Die auflösende Bedingung führt dazu, dass der Vertrag automatisch endet, Ansprüche *beider* Parteien für die Zukunft nicht mehr in Betracht kommen und auch kein Schadensersatz wegen Nichtdurchführung des Vertrags geschuldet wird (siehe oben). Eine fristlose Kündigung wegen Nichtleistung der Kautions nach § 543 Abs. 1 BGB hingegen stellt ein *einseitiges* Recht zur Vertragsbeendigung dar und setzt voraus, dass das Sicherheitsbedürfnis des Vermieters durch die Nichtzahlung erheblich tangiert wird und ferner grundsätzlich, dass eine Abhilfefrist nach § 543 Abs. 3 BGB gesetzt wurde (vgl. OLG Celle NJW-RR 1998, 585 und NZM 2003, 64, 65; OLG München NJW-RR 2000, 1251; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1100 [= WuM 1995, 438]; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 8. Aufl., § 543 Rn 169). Folge einer solchen berechtigten Kündigung ist sodann, dass der Mieter, sofern er den Kündigungsgrund zu vertreten hatte, also in Verzug war, wegen so genannten „Auflösungsverschuldens“ den Kündigungsschaden zu er-

setzen hat, der dem Vermieter in Gestalt der bis zum Ablauf der fest vereinbarten Vertragsdauer entgehenden Mieten entsteht (vgl. BGH NZM 2005, 340 f. [= GuT 2005, 115]; NJW 1984, 2687; NJW 1998, 372, 374).

Eine auflösende Bedingung dürfte in Gewerbemietverträgen auch nicht grundsätzlich wegen ihrer Wirkungen als unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners anzusehen sein, da die Vertragsbeendigung sich gleichermaßen zum Nachteil beider Vertragsparteien auswirken kann und mit einer solchen Regelung keine Risiken verbunden sind, die unternehmerisch handelnde Parteien nicht überschauen könnten (für Unangemessenheit jedoch beiläufig Bub/Treier/Grapentin, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Rn IV 285 und Bub, a. a. O., Rn II 545). So hat auch der BGH in der Entscheidung ZMR 1993, 320, 321 f. nicht etwa grundsätzliche Bedenken gegen eine formularvertragliche auflösende Bedingung eines Pachtvertrags erhoben, sondern eine unangemessene Benachteiligung des Pächters nur darin gesehen, dass die Vertragsbeendigung bei Eintritt der Bedingung (Versagung einer Konzession des Pächters) zu einer Risikoabwälzung auf den Pächter führte, da die Bedingung auch den Fall einer objektbedingten Konzessionsversagung umfasste. Derartige Wirksamkeitsbedenken kommen vorliegend nicht in Betracht, da die Bedingung in einem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten liegen sollte.

cc) Auf die generelle Zulässigkeit einer auflösenden Bedingung in AGB eines Geschäftsraummietverhältnisses kommt es jedoch vorliegend nicht an, weil § 4 Nr. 2 der Verträge jedenfalls über die Vereinbarung einer bloßen Bedingung hinausgeht. Denn § 4 Nr. 2 Satz 4 ordnet an, dass der Mieter – trotz Eintritts der auflösenden Bedingung – für ausgefallenen Mietzins einzustehen habe. Entgegen der von der Klägerin im Verhandlungstermin vor dem Senat geäußerten Ansicht kann darin nicht lediglich ein überflüssiger Hinweis auf einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung (§ 546 a BGB) gesehen werden, der der Klägerin bei Nichtrückgabe der Mietobjekte nach Vertragsbeendigung zustehen würde. Nach allgemeinem (juristischem) Sprachgebrauch – auf den bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzustellen ist, vgl. Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 305 c Rn 16 – weist die Einstandspflicht für „ausgefallenen“ Mietzins auf einen Schadensersatzanspruch des Vermieters gegen den Mieter in Höhe der Differenz zwischen dem vereinbarten und dem von einem Folgemieter erzielten (niedrigeren) Mietzins hin; der Begriff des „Mietausfalls“ hat einen dahin gehenden juristischen Bedeutungsgehalt (vgl. etwa Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 543 Rn 62; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., Rn I 388 und II 451; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 543 Rn 117), während das Gesetz für den Fall der Fortzahlungspflicht des Mieters bei Nichtherausgabe nach Vertragsende von „Entschädigung“ spricht (§ 546 a Abs. 1 BGB). Nicht nur der Wortlaut des § 4 Nr. 2 Satz 4 der Verträge weist demnach auf eine Regelung der Ansprüche der Klägerin für den Fall einer ungünstigeren oder nicht möglichen Neuvermietung hin, sondern auch die systematische Stellung der Bestimmung, die an das in § 4 Nr. 2 Satz 3 postulierte Recht der Klägerin zur „anderweitigen Verfügung über das Mietobjekt“ anschließt. Hinzu kommt, dass kein Anlass bestand, die Selbstverständlichkeit einer Zahlungsverpflichtung für die Zeit der Nutzung (§ 546 a Abs. 1 BGB) im Vertrag aufzugreifen; insofern bestand kein Regelungsbedarf.

Die Anordnung in § 4 Nr. 2 Satz 4, dass der Mieter – trotz Eintritts der auflösenden Bedingung – für ausgefallenen Mietzins „einzustehen“ hat, ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), da kraft Gesetzes ein solcher Schadensersatzanspruch nur als Kündigungsschaden (siehe oben) in Betracht kommt, während eine auflösende Bedingung zu einer ersatzlosen Beendigung des Vertrags führt (vgl. auch Senat, NZM 2005, 946, 947 zum Nichtbestehen einer Mietausfallhaftung bei einvernehmlicher Vertragsaufhebung). Die Schadensersatzfolge an den bloßen Bedingungsentrtritt zu knüpfen, verändert die ge-

setzliche Lage einseitig zu Gunsten der Klägerin, da der Anspruch auch ohne die Kündigungsvoraussetzungen der Unzumutbarkeit (§ 543 Abs. 1 BGB), die wiederum häufig nur bei schuldhafter Nichtleistung der Kautions vorliegen wird, und ohne Abhilfefrist (§ 543 Abs. 3 BGB) bestehen soll, und stellt eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten dar. Darüber hinaus weicht § 4 Nr. 2 Satz 4 der Verträge auch für sich genommen insoweit von Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, als die Pflicht zur Tragung des Mietausfalls nicht als verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch ausgestaltet ist, sondern ohne weiteres Folge der Vertragsbeendigung sein soll („... hat ... einzustehen“); die Verschuldensabhängigkeit der Haftung ist jedoch ein allgemeiner Grundsatz des Zivilrechts, von dem in AGB nicht abgewichen werden kann (vgl. BGH NJW 1992, 3158, 3161; NJW 1991, 2414, 2415; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rn 981).

Die Unangemessenheit (jedenfalls) der in § 4 Nr. 2 Satz 4 enthaltenen Bestimmung führt zur Unwirksamkeit der gesamten Regelung des § 4 Nr. 2 Sätze 2 bis 4. Denn es handelt sich um eine inhaltlich einheitliche Regelung der Folgen nicht fristgemäßer Kautionszahlung. Die Unwirksamkeit eines Klauselteils führt grundsätzlich zur Gesamtnichtigkeit, insbesondere wenn sie zwar sprachlich teilbar ist, jedoch ein innerer Zusammenhang zwischen den Regelungsteilen besteht (vgl. BGH NJW 2004, 3775, 3776 [= WuM 2004, 660]; Palandt/Heinrichs, BGB, a. a. O., Vorb. § 307 Rn 8, 11). Ein solcher folgt hier daraus, dass eine bloße Vertragsbeendigung durch § 4 Nr. 2 Sätze 2 und 3 gerade nicht erfolgen sollte, wie sich aus der in Satz 4 vorgesehenen Folge des Einstehens für Mietausfall ergibt.

c) Im Übrigen hätten die Parteien § 4 Nr. 2 Satz 2-4 der Verträge, sofern darin eine wirksame Regelung zu sehen wäre, stillschweigend dadurch aufgehoben, dass sie die Mietverhältnisse nach Ablauf der Kautionszahlungsfrist fast ein halbes Jahr lang einverständlich fortgesetzt haben, ohne dass eine Seite aus der Nichtwahrung der Frist Rechte hergeleitet hat. Für die Annahme eines Aufhebungswillens in Bezug auf eine auflösende Bedingung genügt die monatelange Nutzung der Räume zu dem vereinbarten Zweck unter Zahlung der Miete und ohne dass sich der Vermieter auf den Bedingungseintritt beruft, wie der BGH im Urteil vom 29. 6. 1983 (WPM 1983, 991, 992), das einen in maßgeblicher Hinsicht gleich gelagerten Fall betraf, ausgesprochen hat. Der darin liegenden Vertragsänderung steht die (einfache) Schriftformklausel in § 15 Nr. 2 der Verträge – die nach ihrer Stellung im Vertrag unter der Überschrift „Salvatorische Klausel“ bereits überraschend im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB und damit unwirksam sein dürfte – nicht entgegen. Denn der auch konkludent zum Ausdruck gebrachte Wille der Parteien, vom Inhalt des schriftlichen Vertrags abzuweichen, geht der Schriftformklausel vor, ohne dass es darauf ankommt, ob sich die Parteien der Kollision mit der Klausel bewusst sind (vgl. BGH GE 2005, 1546 = NJW 2006, 138 [= GuT 2006, 7]; Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 125 Rn 14).

2) Die Mietverhältnisse sind nicht durch die von der Klägerin in den Schreiben vom 15. 11. 2004 und in der Klageschrift vorsorglich ausgesprochenen fristlosen Kündigungen wegen nicht fristgerechter Kautionszahlungen beendet worden. Zwar war die Beklagte nach § 4 Nr. 2 Satz 1 der Verträge in Verbindung mit § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit der Kautionszahlung ab dem 31. 5. 2004 in Verzug, und wegen Beeinträchtigung des Sicherungsinteresses der Klägerin kam eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB in Betracht. Diese setzte jedoch nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB das Setzen einer Abhilfefrist voraus, also eine mit Fristsetzung verbundene Leistungsaufforderung. Gründe, die ein solches der Warnung des Mieters dienendes Vorgehen vorliegend entbehrlich erscheinen lassen (§ 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 BGB), sind nicht ersichtlich und werden auch von der Klägerin nicht vorgebracht. Eine Abhilfefrist bzw. Abmahnung lag nicht in der Regelung des § 4 Nr. 2 der Verträge. Eine Abhilfefrist kann begrifflich nicht im Vertrag selbst enthalten sein, da sie die Beanstandung einer konkreten Pflichtverletzung

voraussetzt (vgl. Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 543 Rn 47). Auch kann in § 4 Nr. 2 keine Abbedingung dieses Kündigungserfordernisses gesehen werden, da eine solche nicht formularvertraglich, sondern nur durch klare Individualvereinbarung möglich wäre.

Darüber hinaus stünde der wirksamen Ausübung eines ohne Abhilfefristsetzung seit dem 31. 5. 2004 begründeten Kündigungsrechts entgegen, dass die Klägerin dieses erstmals unter dem 15. 11. 2004 geltend gemacht hat. Dahin stehen kann, ob § 314 Abs. 3 BGB, wonach die Kündigung innerhalb angemessener Frist ab Kenntnis vom Kündigungsgrund ausgesprochen werden muss, unmittelbar auch im Rahmen von § 543 BGB anzuwenden ist, obwohl der Gesetzgeber mit der mit Wirkung ab dem 1. 1. 2002 eingefügten Regelung des § 314 BGB für einzelne Dauerschuldverhältnisse bestehende spezielle Kündigungstatbestände unberührt lassen wollte (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 177). Denn zur Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund ist anerkannt, dass diese verwirkt sein kann (§ 242 BGB), wenn sie nicht in angemessener Frist nach Kenntnis vom Kündigungsgrund erklärt wird (vgl. Sternel, a. a. O., Rn IV 78, 370; OLG Karlsruhe ZMR 2001, 799, 800). Vorliegend ist Treuwidrigkeit anzunehmen, weil die Klägerin nicht nur fast sechs Monate lang die Kündigung unterlassen hat, sondern die Beklagte gerade wegen der Formulierung in § 4 Nr. 2 der Verträge dem Schweigen der Klägerin entnehmen durfte, dass diese offenbar der Kautionsfrage nunmehr doch keine erhebliche Bedeutung mehr beimaß. Hinzu kommt, dass die Klägerin die Kautionszahlung (betreffend das Objekt „x“) sogar im Juni 2004 annahmte und damit gerade zum Ausdruck brachte, dass ihr an einer Vertragsfortsetzung gelegen sei.

Die Kündigung in der Klageschrift vom 13. 12. 2004 war sodann nicht wirksam, weil die Beklagte die Kautions mit Übersendung der Verpfändungsunterlagen am 22. 11. 2004 in Annahmeverzug begründender Weise (§§ 293, 294 BGB) angeboten hatte und sich seither nicht in Verzug befindet.

3) Die in den Schreiben vom 15. 11. 2004 hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigungen sind ebenfalls nicht wirksam. Allerdings wäre eine Kündigung der Mietverhältnisse wegen Nichtwahrung der gesetzlichen Schriftform nach §§ 550, 578 BGB gegeben, wenn § 4 Nr. 2 der Verträge eine wirksame auflösende Bedingung enthalten würde und die Vertragsverhältnisse lediglich unter stillschweigender Aufhebung dieser Bedingung fortgesetzt worden wären. Trotz des im Vordergrund stehenden Zwecks des § 550 BGB n. F./§ 566 BGB a. F., einen nach § 566 BGB n. F./§ 571 BGB a. F. in den Mietvertrag eintretenden Grundstückserwerber über den Vertragsinhalt zuverlässig zu unterrichten, gilt die Formvorschrift auch für einen (hier vorliegenden) Untermietvertrag (BGHZ 81, 46 ff = NJW 1981, 2246, 2247 [= WuM 1981, 261]). Formbedürftig ist auch eine Verlängerung des ursprünglichen Vertrags. Vorliegend würde es sich sogar um eine Neubegründung handeln, wenn die Mietverhältnisse mit Eintritt der Bedingung beendet waren und sodann die Nutzung zu den Bedingungen des alten Vertrags stillschweigend fortgesetzt wurde. Denn ein aufgelöster Vertrag kann nicht mehr aufleben (vgl. BGHZ 139, 123 ff = NJW 1998, 2664, 2666 [= WuM 1998, 599]) für den Fall der formbedürftigen Neubegründung nach Wirksamwerden einer fristlosen Kündigung.

Die ordentliche Kündigung scheidet jedoch daran, dass – wie oben dargelegt – § 4 Nr. 2 der Verträge eine auflösende Bedingung nicht, jedenfalls nicht in wirksamer Weise vorsieht und eine Neubegründung der Mietverhältnisse daher nicht stattfand.

4) Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2 ZPO).

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

**§§ 404, 535, 546a, 566 BGB; § 32a GmbHG;  
§§ 39, 119, 135 InsO**

**Gewerberaumiete; Insolvenz des Mieters; Ehefrau als Vermieterin; Eigenkapitalersatzeinwand; fristloses Kündigungsrecht des Vermieters im Mietvertrag bei Vermögensverfall des Mieters**

**1. Erwirbt die Ehefrau des einzigen Gesellschafters der (späteren) Insolvenzschuldnerin mit von diesem zur Verfügung gestellten Mitteln der Gesellschaft im eigenen Namen ein Geschäftsgrundstück und tritt sie hierdurch gemäß § 566 BGB in ein zwischen der Gesellschaft und der Veräußerin bestehendes (hier: befristetes) Mietverhältnis ein, steht dem Insolvenzverwalter gegenüber dem Anspruch auf Mietzahlung bzw. Nutzungsentschädigung der Eigenkapitalersatzeinwand nur zu, wenn entweder bereits der Veräußerer diesem Einwand ausgesetzt war oder die Erwerberin in der „Krise der Gesellschaft“ von der Möglichkeit, das Mietverhältnis vorzeitig (fristlos) zu kündigen, keinen Gebrauch gemacht hat.**

**2. Die Regelung in einem gewerblichen Mietvertrag, die dem Vermieter das Recht einräumt, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, wenn über das Vermögen des Mieters das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden ist, ist wegen Verstoßes gegen § 119 InsO unwirksam.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.8.2006 – I-10 U 62/06)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten darüber, ob der Klägerin gegen den Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen der im Rubrum genannten Schuldnerin restliche Mietzins- und Nutzungsentschädigungsansprüche aus dem mit dieser geschlossenen Mietvertrag über Geschäftsräume in D. zum Betrieb eines Waschcenters zustehen oder ob die an der Schuldnerin gesellschaftsrechtlich nicht beteiligte Klägerin dieser die Geschäftsräume als kapitalersetzende Leistung überlassen hat, weil sie – so der Vortrag des Beklagten – das Haus aus den Mitteln des Gesellschafters der Schuldnerin, ihres Ehemannes, erworben habe. Wegen der insoweit getroffenen Feststellungen – mit Ausnahme der streitigen Kreditierung durch die Fa. E. – wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Gegen die der Klage in Höhe von 22 393,22 € stattgebende Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung, mit der er seinen Klageabweisungsantrag in Höhe von 15 225,84 € unter Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens weiter verfolgt.

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

1. Der Senat geht mit dem Landgericht davon aus, dass der Klägerin gemäß §§ 535, 546 a Abs. 1 BGB gegen die durch den Beklagten vertretene Masse (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) ein Miet- und Nutzungsentschädigungsanspruch für die Zeit von Januar 2004 bis zur Rückgabe des Mietobjekts am 5. 10. 2004 in zuerkannter Höhe von 22 393,22 € zusteht, weil das Mietverhältnis zwischen der Klägerin und der Schuldnerin erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. 12. 2003 durch Kündigung beendet und die Mietsache durch den Beklagten erst am 5. 10. 2004 zurückgegeben worden ist. Hinsichtlich der Nutzungsentschädigung für die Monate Juli bis einschließlich 5. 10. 2004 in Höhe von insgesamt 7167,38 € hat der Beklagte das Urteil nicht angegriffen.

Entgegen der Auffassung des Beklagten handelt es sich aber auch bei der allein zur Überprüfung des Senats gestellten weiteren Miet- und Nutzungsentschädigungsforderung von 15 225,84 € für die Monate Januar bis Juni 2004 nicht um eine nachrangige Insolvenzforderung i. S. des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, da die Überlassung der Mieträume an die Schuldnerin keinen eigenkapitalersetzenden Charakter im Sinne dieser Bestimmung hat.

Die Anwendung der Regeln über das eigenkapitalersetzende Darlehen dürfte im Streitfall bereits an der Rechtskraft des von der Klägerin gegen den Beklagten erstrittenen Räumungsurteils des Landgerichts Düsseldorf vom 23. 9. 2004 im Verfahren 8 O 90/04 scheitern. Danach hat das Landgericht den Beklagten zur Herausgabe des streitgegenständlichen Ladenlokals verurteilt und ein von dem Beklagten geltend gemachtes Besitzrecht wegen des eigenkapitalersetzenden Charakters des gemäß § 566 BGB erfolgten Eintritts der Klägerin in den Mietvertrag verneint. Die Rechtskraft dieser Entscheidung steht einer erneuten Berufung des Beklagten auf die Grundsätze des Eigenkapitalersatzes gegenüber den geltend gemachten Miet- und Nutzungsentschädigungsansprüchen ausnahmsweise entgegen. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 26. 7. 2005, X ZR 109/03 [= GuT 2005, 261 KL]) kann eine rechtskräftige Verurteilung zur Herausgabe Bindungswirkung in einem Folgeprozess entfalten, für den es als Vorfrage darauf ankommt, ob die zur Herausgabe verurteilte Partei die Herausgabe verweigern darf. Das Herausgaberecht stellt in diesem Fall für den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bindend fest, dass der herausgabepflichtigen Partei kein gesetzliches oder vertragliches Recht zur Verweigerung der Herausgabe zustand. Hieran gemessen kann sich der Beklagte nicht auf einen eigenkapitalersetzenden Charakter der Gebrauchsüberlassung berufen. Sowohl der Anspruch auf Mietzahlung aus § 535 BGB als auch der Anspruch auf Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a Abs. 1 BGB würden entfallen, wenn zugunsten des Beklagten von einer eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung auszugehen wäre, denn dann wäre der Beklagte entgegen den Feststellungen des Vorprozesses zum Besitz der Mieträume berechtigt und könnte diese für einen angemessenen Zeitraum *unentgeltlich* nutzen (BGH, Urt. v. 31. 1. 2005, GuT 2005, 63). Das wäre aber mit der Rechtskraft des im Vorprozess ergangenen Urteils unvereinbar (BGH, a. a. O.; BGHZ 123, 137; BGH, Urt. v. 13. 11. 1998, NJW-RR 1999, 376 [= WuM 1999, 169]). Der rechtskräftig zuerkannte Anspruch auf Herausgabe beinhaltet, dass dem Beklagten kein Recht zur Verweigerung der Herausgabe, insbesondere auch kein Recht auf unentgeltliche Nutzung der Mieträume zustehen kann. Ließe man ein anderes Ergebnis zu, könnte die Entscheidung in einem Folgeprozess der Sache nach auf eine Verweigerung der Herausgabepflicht und damit auf das kontradiktorische Gegenteil des im Vorprozess zuerkannten Anspruchs gestützt werden. Anhaltspunkte, die für die Zeit vor und nach Rechtshängigkeit diesbezüglich eine unterschiedliche Bewertung nahe legen, sind nicht ersichtlich.

Unerheblich ist schließlich, dass das Landgericht der Herausgabeklage lediglich aus § 985 BGB stattgegeben und einen Räumungsanspruch gegen die Masse aus § 546 BGB verneint hat. Soweit es – wie im Vorprozess – lediglich um den schlichten Herausgabeanpruch geht, ist die Masse sowohl aus § 985 als aus § 546 BGB zur Herausgabe verpflichtet (BGH, Urt. v. 5. 7. 2001, BGHZ 148, 252 = DWW 2001, 334 = NJW 2001, 2966 = NZM 2001, 856 = ZfIR 2001, 728 = ZMR 2001, 792). Mit diesem begrenzten Umfang begründet auch der Herausgabeanpruch des Vermieters ein Aussonderungsrecht im Konkurs. Ein weitergehender – im Vorprozess nicht streitbefangener – mietvertraglicher Räumungsanspruch ist dagegen lediglich eine Insolvenzforderung.

Letztlich kann dies jedoch dahinstehen. Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen liegen jedenfalls die sachlichen Voraussetzungen für die Annahme eines in der Gebrauchsüberlassung liegenden eigenkapitalersetzenden Darlehens oder ähnlichen Geschäfts nicht vor. Zwar können die Bestimmungen

über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen ausnahmsweise über den Kreis der Gesellschafter hinaus auch auf Leistungen Dritter anzuwenden sein. Die Eigenkapitalersatzhaftung erstreckt sich insoweit auch auf Personen, deren Leistungsgewährung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise der eines Gesellschafters gleichzustellen sind. Das ist der Fall bei Treuhand- und Strohmannverhältnissen oder dann, wenn die hingeebene Leistung letztlich aus Mitteln des eigentlichen Gesellschafters stammt (BGH, NJW 1993, 2179). Gleiches gilt, wenn es sich um Leistungen naher Familienangehöriger, insbesondere von Ehegatten handelt. Der Senat lässt offen, ob diese Voraussetzungen in der Person der Klägerin erfüllt sind. Jedenfalls ist der Schuldnerin durch den in Anwendung des § 566 BGB erfolgten Eintritt der Klägerin in das zwischen ihr und der Firma G. & Co bereits seit der Nachtragsvereinbarung vom 21. 12. 1999/27. 4. 2000 bestehende Mietverhältnis keine eigenkapitalersetzende Leistung i. S. der §§ 32 a Abs. 1 und 2 GmbHG, 135 InsO zugeflossen. Ein kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen liegt danach vor, wenn ein Gesellschafter ein Darlehen oder eine sonstige Leistung gewährt, die im Leistungszeitpunkt Eigenkapitalersatzfunktion hat. Das ist der Fall, wenn das Darlehen oder die ähnliche Leistung in der „Krise der Gesellschaft“ gewährt wurde. Hierunter versteht der Gesetzgeber den Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter (statt einer Darlehensgewährung) als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugefügt hätten. Das ist anzunehmen, wenn die Gesellschaft ihren zur Geschäftsführung notwendigen Kapitalbedarf im gleichen Zeitpunkt nicht durch entsprechenden Kredit von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen hätte decken können (Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 135, RdNr. 11 m.w.N.). Nach § 32 a Abs. 3 GmbHG gelten diese Grundsätze sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen. Hierzu zählt auch eine Gebrauchsüberlassung von Mieträumen, die es der konkursreifen oder ohne Unterstützung des Gesellschafters nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft ermöglicht, ihren Geschäftsbetrieb fortzusetzen. Zwar beseitigt die Gebrauchsüberlassung nicht eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft; sie ermöglicht ihr aber den Fortbestand in einer Zeit, während der ein außenstehender Dritter ihr weder die Nutzung des Wirtschaftsguts noch einen Kredit zu dessen Ankauf zur Verfügung stellen würde (BGH, ZMR 2006, 433 [= GuT 2006, 154 KL]; BGHZ 109, 55; BGH, DB 1997, 1662; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl., § 32 a, RdNr. 32).

Hieran gemessen ist der veräußerungsbedingte Eintritt der Klägerin in das Mietverhältnis über die streitgegenständlichen Geschäftsräume – anders als im Fall BGH, DB 1997, 1662 (Unternehmenskauf) – unter den besonderen Umständen des Streitfalls keine Rechtshandlung, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entspricht. § 566 BGB bewirkt, dass im Augenblick des Eigentumsübergangs durch Eintragung im Grundbuch kraft Gesetzes ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter entsteht und zwar mit demselben Inhalt, den es zuvor mit dem Veräußerer besessen hat (BGH, ZMR 2006, 433 [= GuT 2006, 154 KL]; ZMR 2000, 595 [= WuM 2000, 422]). Es findet keine Rechtsnachfolge statt, sondern es wird ein lediglich mit dem alten inhaltsgleiches Mietverhältnis begründet. Der Grundstückserwerber tritt folglich nur in solche Rechte und Pflichten ein, die sich aus dem Mietverhältnis ergeben, also in dem Mietvertrag selbst festgelegt sind oder auf einer Zusatzvereinbarung beruhen, die in einem unlöslichen Zusammenhang mit dem Mietvertrag steht. Einwendungen, die dem Mieter aus anderen Gründen gegen den Altvermieter zustehen, können gegen den Grundstückserwerber nicht nach § 404 BGB geltend gemacht werden. Soweit die Rechtsfolgen der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung bei einer Veräußerung des Grundstücks ausnahmsweise dann auf den Erwerber übergehen, wenn dieser Gesellschafter ist oder einem Gesellschafter nach § 32 a GmbHG gleichsteht, geht der BGH davon aus, dass es sich um einen fortbestehenden Einwand handelt. Das impliziert, dass bereits der Veräußerer dem Eigenkapitalersatzeinwand ausgesetzt war (BGH, ZMR 2006,

433 [= GuT a. a. O.]). Hieran fehlt es. Der Schuldnerin ist durch den Vermieterwechsel auf die Klägerin auch keine Leistung zugeflossen, die ihr nicht ohnehin auch ohne die Veräußerung zugestanden hätte. Das Mietverhältnis mit der in keinerlei gesellschaftsrechtlicher Beziehung zu der Schuldnerin stehenden Firma G., in das die Schuldnerin durch die dreiseitige Vereinbarung vom 21. 12. 1999/27. 4. 2000 eingetreten ist, war gemäß § 3 Nr. 1 Satz 2 des Ursprungmietvertrags vom 11. 4. 1995 bis zum 30. 4. 2005 befristet. Der Schuldnerin waren die Mieträume von der Fa. G. zum Gebrauch überlassen und weder diese noch die Schuldnerin konnten das Mietverhältnis vor Ablauf der Befristung einseitig im Wege der ordentlichen Kündigung beenden. An dieser Ausgangssituation hat sich für die Schuldnerin durch die Veräußerung des Grundstücks an die Klägerin – bis auf den Wechsel in der Person des Vermieters – nichts geändert. Die Klägerin hat – auch wenn sie einem Gesellschafter nach § 32 a GmbHG gleichzusetzen wäre – durch den Erwerb des Grundstücks und den gemäß § 566 BGB damit kraft Gesetzes verbundenen Eintritt in das Mietverhältnis nicht eine anderenfalls nicht abzuwendende Liquidation der Schuldnerin verhindert. Dieser ist auch nach dem Vortrag der Beklagten in Bezug auf die hier nach § 32 a Abs. 3 GmbHG allein maßgebliche Gebrauchsüberlassung nichts zugeflossen, was ihr nicht ohnehin auch ohne den Eigentumswechsel zugestanden hätte, so dass für die Anwendung der Grundsätze über die Gewährung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen bereits aus diesem Grund kein Raum ist. Dass die Schuldnerin bereits bei Abschluss der Mietübernahmevereinbarung in der Krise war, ist dem Vorbringen des Beklagten nicht zu entnehmen.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Klägerin eine Finanzierungsleistung, die sie zu einem Zeitpunkt erbracht hat, als die Gesellschaft noch gesund war, dieser bei einem späteren Eintritt der Krise belassen hat, obwohl sie rechtlich in der Lage war, sie zurückzufordern. Gemäß § 3 Nr. 4 a des Ausgangsmietvertrags war die Klägerin berechtigt, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, wenn die Schuldnerin mit der Zahlung einer Mietzinsrate ganz oder mit wesentlichen Teilen länger als Monate nach schriftlicher Zahlungsaufforderung in Rückstand ist. Die Klägerin hat den Mietrückstand der Schuldnerin für die Monate Dezember, Januar und Februar 2004 zum Anlass genommen, das Mietverhältnis mit der Schuldnerin durch fristlose Kündigung vom 10. 2. 2004 zu beenden und damit noch in angemessener Zeit von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht. Vor Stellung des Eröffnungsantrags am 2. 10. 2003 ist ein Zahlungsverzug der Schuldnerin nicht festgestellt.

Soweit § 3 Nr. 4 b des Ausgangsmietvertrags dem Vermieter darüber hinaus das Recht einräumt, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, wenn über das Vermögen des Mieters das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden ist, oder der Mieter sonstige in Vermögensverfall gerät und seinen Betrieb nicht aufrechterhält, ist die Regelung jedenfalls hinsichtlich ihres ersten Teil wegen Verstoßes gegen § 119 InsO unwirksam (OLG Hamm, Urt. v. 7. 3. 2001, NZM 2002, 343; Hörndler in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, Kap. 20, RdNr. 10). Im Übrigen ist für die Zeit vor Stellung des Insolvenzantrags nicht festgestellt, dass die Schuldnerin im Sinne der Klausel in Vermögensverfall geraten ist und ihren Betrieb nicht aufrechterhalten hat.

Ob der Beklagte den Erwerb des Hauses durch die Klägerin insolvenzrechtlich hätte anfechten können, bedarf keiner Entscheidung. Der Beklagte hat sich hierauf nicht berufen.

2. Hinsichtlich der Entscheidung der Kammer über die Widerklageforderung ist das Urteil nicht angefochten, so dass es hierbei sein Bewenden hat. Gleiches gilt für den zuerkannten Zinsanspruch.

3. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§ 11 InsVV**  
**Eigenkapitalersetzende Nutzungsregelung**  
**des Betriebsgrundstücks**

**Bei der Prüfung, ob der vorläufige Insolvenzverwalter ein Zuschlag zur Regelvergütung verdient hat, sind auch Bemühungen zur Klärung des kapitalersetzenden Charakters der Nutzungsüberlassung des angepachteten Betriebsgrundstücks erheblich.**

(BGH, Beschluss vom 27.7.2006 – IX ZB 243/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Der (Antragsteller) Rechtsbeschwerdeführer war vorläufiger, mit einem Zustimmungsvorbehalt gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO ausgestatteter Insolvenzverwalter in dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Diese betrieb ihr Unternehmen auf einem von ihrem Alleingesellschafter angepachteten Grundstück. Nach Abschluss seiner Tätigkeit beantragte der vorläufige Insolvenzverwalter, seine Vergütung auf 67 039,88 € festzusetzen. Dabei legte er eine Istmasse von 2 687 000 € zugrunde, wovon 2 500 000 € auf das gepachtete Betriebsgrundstück entfielen.

2 Das Amtsgericht München hat die Vergütung auf lediglich 25 220,72 € festgesetzt. Es hat nicht den Grundstückswert der Immobilie, sondern statt dessen den Pachtzins für drei Monate (insgesamt 90 000 €) angesetzt. Die sofortige Beschwerde des vorläufigen Insolvenzverwalters, mit der dieser lediglich noch einen Betrag von 66 169,88 € weiterverfolgt hat, hatte keinen Erfolg. Mit seiner Rechtsbeschwerde erstrebt der vorläufige Insolvenzverwalter weiterhin die Festsetzung in dem in der Beschwerdeinstanz aufrechterhaltenen Umfang seines Antrags.

3 **Aus den Gründen:** II. Das Rechtsmittel ist statthaft (§§ 6, 7, 63 Abs. 3 Satz 1 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und zulässig (§ 574 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1 ZPO). Es führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

4 1. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2005 (IX ZB 256/04, WPM 2006, 530 ff, z.V.b. in BGHZ; vgl. ferner Beschl. v. 12. Januar 2006 – IX ZB 127/04, ZInsO 2006, 257 ff; v. 13. Juli 2006 – IX ZB 104/05, z.V.b. in BGHZ) hat der Senat seine Rechtsprechung zur Vergütung von vorläufigen Insolvenzverwaltern, deren Tätigkeit sich auf Gegenstände mit Aussonderungsrechten und werterschöpfenden Absonderungsrechten bezogen hat, geändert. Solche Gegenstände werden bei der Vergütung – und zwar in Form eines Zuschlags – nur noch berücksichtigt, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter sich in erheblichem Umfang damit befasst hat. Ein nur „nennenswerter“ Umfang genügt danach nicht mehr.

5 2. Der Rechtsbeschwerdeführer hatte bereits in der Beschwerdeinstanz geltend gemacht, er habe sich mit der Betriebsimmobilie nicht nur in nennenswertem, sondern sogar in erheblichem Umfang befasst. Seine Tätigkeit habe sich vom ersten Tag an auch auf die Inbesitznahme, Feststellung sowie die Verwaltung und Erhaltung der weiteren Nutzung des schuldnerfremden Grundstücks bezogen. Er habe dieses in Besitz genommen, den Zustand der Gebäude ermittelt und den dafür bestehenden Versicherungsschutz überprüft. Ferner habe er die Eigentumsverhältnisse geklärt, mit dem Eigentümer eine Reihe von Gesprächen über die weitere Nutzung der Immobilie geführt und mit erheblichem Aufwand die Frage geprüft, ob eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung vorliege.

6 Das Beschwerdegericht hat hierzu lediglich bemerkt, allein die Klärung des Versicherungsschutzes bedeute noch keine nennenswerte Befassung mit der schuldnerfremden Betriebsimmobilie. Auch die Klärung der Eigentumsverhältnisse sei einfach gewesen. Außerdem habe der Antragsteller diese Aufgabe bereits in seiner Eigenschaft als Sachverständiger erledigt. Zu diesem Zeitpunkt sei die vorläufige Insolvenzverwaltung noch gar nicht angeordnet gewesen. Dass der etwaige

eigenkapitalersetzende Charakter des Pachtverhältnisses im Insolvenzeröffnungsverfahren von Bedeutung gewesen sei, lasse sich dem Vorbringen des Antragstellers nicht entnehmen.

7 Dies hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Will der vorläufige Insolvenzverwalter den Geschäftsbetrieb fortführen, kann die Prüfung, ob dies in den bisherigen Räumen möglich ist und welche Aufwendungen dafür anfallen, in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung sein.

8 Zunächst kann die Betriebsfortführung rein tatsächlich davon abhängen, ob die bisherigen Räumlichkeiten dafür weiter zur Verfügung stehen und was dafür bezahlt werden muss. Außerdem zählt zu dem Vermögen, das der vorläufige Insolvenzverwalter zu sichern und nach Maßgabe der gerichtlichen Anordnung zu verwalten hat, auch der Gesamtwert des von dem Schuldner betriebenen Unternehmens. Betreibt eine insolvente Gesellschaft ihr Geschäft auf einem Grundstück, [dessen] Eigentümer zugleich Alleingesellschafter ist, kann dessen etwaige Verpflichtung, der Gesellschaft das Grundstück nach den Eigenkapitalersatzregeln unentgeltlich zur Nutzung zu überlassen (vgl. BGH, Ur. v. 2. Februar 2006 – IX ZR 67/02, WPM 2006, 621, 622, z.V.b. in BGHZ [= GuT 2006, 154 KL]), einen wesentlichen Teil des Unternehmenswertes ausmachen.

9 Da das Beschwerdegericht aufgrund seines abweichenden rechtlichen Ansatzes nicht geprüft hat, in welchem Umfang der Antragsteller seine Arbeitskraft auf die Klärung des kapitalersetzenden Charakters der Nutzungsüberlassung verwendet hat, kann der angefochtene Beschluss nicht bestehen bleiben. Die Sache ist an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen. Wegen der Voraussetzungen an eine wesentliche Beschäftigung mit Aus- oder Absonderungsrechten wird auf die Entscheidung des Senats vom 13. Juli 2006 (IX ZB 104/05, z.V.b. in BGHZ) verwiesen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 97, 559 a. F., 562, 560 a. F., 562a BGB; § 55 InsO**  
**Geschäftsraummiete; Metallveredelungsbetrieb;**  
**Umfang des Vermieterpfandrechts;**  
**Nutzungsentschädigungspflicht des Insolvenzverwalters**

**1. Ein Verzicht auf das Vermieterpfandrecht an den in Geschäftsräumen lagernden Gegenständen erstreckt sich nicht ohne weiteres auf deren Zubehör.**

**2. Der Insolvenzverwalter schuldet dem Vermieter eine Nutzungsentschädigung, wenn er bei Mietvertragsende das Mietobjekt nicht räumt, sondern es als Lager für an Gegenständen des Schuldners interessierte Dritte benutzt.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 9. 5. 2006 – I-24 U 180/05)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt den Beklagten als Insolvenzverwalter der G. Metallveredelung GmbH in Anspruch.

Das Landgericht Wuppertal hat die in erster Instanz auf Zahlung von 36 624,04 EUR gerichtete Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Unter Beschränkung seines Begehrens verlangt er lediglich noch die Zahlung nachfolgender Beträge:

– 9479,77 EUR: Hierzu macht er geltend, von dem Beklagten seien Gegenstände verwertet worden (insb. gelöstes Gold), die dem Vermieterpfandrecht unterlegen hätten. Durch das Vermieterpfandrecht sei seine Forderung gegen die Schuldnerin auf Zahlung von Mietzins einschl. Nebenkostenvorauszahlungen und Nutzungsentschädigung vom 1. August 2000 bis zum 30. November 2000 gesichert gewesen (4 Monate × 9191,17 DM = 36 764,68 DM abzgl. 18 223,86 DM verwerteter Kautions = 18 540,82 DM = 9479,77 €).

– 10 405,75 EUR: Dieser Betrag stehe ihm als Entschädigung für die Nutzung der früher an die Schuldnerin vermieteten Betriebsräume durch den Beklagten zu und zwar für die Zeit vom 1. Dezember 2000 (Eröffnung des Insolvenzverfahrens)

bis zum 6. Februar 2001 (Rückgabe der gemieteten Fabrikations- und Büroräume). Den Wert der Nutzung beziffert er entsprechend der mit der Schuldnerin vereinbarten Zahlung mit monatlich 9191,17 €.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

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

I. Zeitraum 1. August 2000 bis 25. Oktober 2000:

Der Kläger kann von dem Beklagten als Insolvenzverwalter Bereicherungsausgleich nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2 BGB, 55 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO in Höhe von 3 871,07 EUR verlangen. Denn die Insolvenzmasse ist in dieser Höhe auf Kosten des Klägers bereichert, weil ein diesen Betrag übersteigender Gegenwert aus der Verwertung von Gegenständen, die dem Vermieterpfandrecht des Klägers unterlagen, ununterscheidbar in die Insolvenzmasse gelangt ist und der Kläger mit gesicherten Forderungen aus dem Mietverhältnis in der genannten Höhe ausgefallen ist.

1. Dem Vermieterpfandrecht des Klägers aus § 559 BGB a. F. unterlagen sämtliche eingebrachten Sachen der Insolvenzschriftschuldnerin, soweit sie der Pfändung unterworfen waren, mit Ausnahme derjenigen Gegenstände, für die der Kläger gegenüber der Sparkasse S. mit Erklärung vom 17. Februar 1998 auf sein Vermieterpfandrecht verzichtet hatte.

a) Danach umfasste das Vermieterpfandrecht zunächst das gelöste Gold in der Galvanikanlage. Denn das Gold und die chemischen Lösungsmittel waren nicht von der im Berufungsverfahren zu den Akten gereichten Freigabeerklärung des Klägers vom 17. Februar 1988 erfasst. In jener Erklärung sind die Gegenstände, auf die sich die Freigabe beziehen soll, in einem gesonderten Verzeichnis exakt und ins Einzelne gehend bezeichnet. Es werden nicht nur die Maschinen (Handgalvanik, Tampopdruckmaschinen und Direktvergoldungsautomaten) genannt, sondern auch deren Einzelteile – wie etwa zugehörige Stahluntergestelle, Filterpumpen, Anoden, Gleichrichter und dgl. – aufgelistet. Diese Genauigkeit lässt erkennen, dass auch nur die dort aufgeführten Elemente der Maschinen gemeint waren. Das chemisch gelöste Gold ist nicht genannt und entsprechend von der Freigabe auch nicht erfasst.

aa) Die Auffassung des Landgerichts, bereits aus der Zubehöreigenschaft des Goldbades ergebe sich, dass dieses von dem Verzicht auf das Vermieterpfandrecht mitumfasst sei, ist verfehlt. Die Zubehöreigenschaft einmal unterstellt, ist der in der angefochtenen Entscheidung aufgestellte Grundsatz, Zubehör teile das rechtliche Schicksal der Hauptsache, in dieser Allgemeinheit dem deutschen Recht fremd (Staudinger/Dilcher 1995, § 97 BGB Rn. 28). Er rechtfertigt sich nicht aus § 97 BGB, da diese Norm lediglich den Begriff des Zubehörs definiert, aber Rechtsfolgen an die Zubehöreigenschaft nicht knüpft. Er rechtfertigt sich auch nicht aus § 926 BGB: Diese Norm regelt den Eigentumsübergang von Grundstückszubehör im Falle der Veräußerung eines Grundstücks, ohne jenseits der Veräußerung von Grundstück Regelungen zu treffen. Auch aus der Erstreckung der Hypothek auf Grundstückszubehör (§ 1120 BGB) lassen sich Rechtsfolgen außerhalb des Rechts der Grundpfandrechte nicht ableiten; überdies zeigt bereits die Ausnahme in § 1120 BGB a. E. für Zubehör, das nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt ist, dass das Gesetz eine schicksalhafte Verknüpfung zwischen Zubehör und Hauptsache nicht kennt.

bb) Überdies hat der Beklagte auch nicht dargetan, dass sich das gelöste Gold überhaupt in jenen Behältnissen und Maschinen befunden hätte, die der Sparkasse S. zur Sicherheit übereignet worden waren. Der Aufstellung des mit der Bewertung des Inventars beauftragten Sachverständigen K. vom 8. November 2000 ist zu entnehmen, dass nur ein Teil der Vergoldungsmaschinen von der Sicherungsübereignung erfasst war.

Nicht erfasst war insbesondere eine elektro-galvanische Vergoldungsanlage mit sieben Bädern, die erst im Jahre 2000 angeschafft worden war.

b) Ferner waren die in der Aufstellung des Sachverständigen K. vom 8. November 2000 aufgelisteten Gegenstände mit Ausnahme der dort als Sicherungseigentum der Sparkasse S. bezeichneten Sachen vom Vermieterpfandrecht belastet.

2. Das Vermieterpfandrecht des Klägers ist auch hinsichtlich des Goldbades nicht gem. § 560 BGB erloschen. Das Goldbad ist ohne Wissen des Klägers durch eine Fa. W. vom Grundstück zum Zwecke der Rückgewinnung des Goldes entfernt worden. Ob das Vermieterpfandrecht an den in der Liste des Sachverständigen K. aufgeführten Gegenständen (vorstehend b) durch Entfernen vom Grundstück mit Zustimmung des Klägers erloschen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Denn bereits die durch Verwertung des Goldes eingetretene Bereicherung der Masse reicht aus, die Klageforderung zu rechtfertigen: Dem von dem Beklagten für das Insolvenzverfahren eingerichteten Anderkonto ist nach Verwertung des Goldes eine Überweisung der Fa. W. in Höhe von 54 111,76 DM = 27 666,90 € gutgeschrieben worden.

3. Dem Kläger stand gemäß § 50 Abs. 1 und 2 S. 1 InsO hinsichtlich des Goldbades das Recht zur abgesonderten Befriedigung zu. Nach Verwertung gem. § 166 InsO war der Beklagte aus § 170 Abs. 1 InsO verpflichtet, den Kläger unter Vorwegabzug der Verwertungskosten unverzüglich zu befriedigen. Welche Absprachen vor oder nach der vorgenannten Überweisung der Fa. W. von 54 111,76 DM getroffen worden sind, ist nicht mitgeteilt. Dem Vortrag des Beklagten ist aber jedenfalls zu entnehmen, dass er – sei es auch nur konkludent – die Rückgewinnung und Verwertung des Goldes durch die Fa. W. genehmigt und auf diese Weise eine Verwertungsmaßnahme i. S. d. § 166 InsO – zugleich Handlung i. S. d. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO – getroffen hat. Der Gegenwert ist auf das Anderkonto des Beklagten geflossen und damit ununterscheidbar in die Masse gelangt. Verwertungskosten (§ 170 Abs. 1 S. 1 InsO) sind nicht geltend gemacht.

Bereichert ist die Masse in Höhe der durch das Vermieterpfandrecht gesicherten Forderungen des Klägers. Bis zur fristlosen – und wegen Zahlungsrückstands in Höhe von 2 Monatsmieten auch wirksamen – Kündigung vom 26. Oktober 2000 stand dem Kläger Anspruch auf Mietzins und Nebenkostenvorauszahlung in Höhe von unstreitig 9191,17 DM mtl. zu. Vorauszahlungen können, da Abrechnungsreife für das Jahr 2000 längst eingetreten ist, zwar nicht mehr verlangt werden. Die Nebenkostenabrechnung ist aber bereits erfolgt und schließt mit einer Nachzahlung ab.

Anspruchshöhe:  
 $(2^{+25/31} \text{ Monate}) \times 9191,17 \text{ DM} = 25 795,02 \text{ DM}$   
 $-18 223,86 \text{ DM Kautio} = 7 571,16 \text{ DM} = 3 871,07 \text{ €}.$

4. Die Forderung ist nicht verjährt:

Der Klageanspruch unterliegt nicht der kurzen Verjährung des § 558 BGB a. F., da der Kläger nicht Ersatzansprüche wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache geltend macht. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung verjährt nach altem Recht grds. in 30 Jahren. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob – wie gegenüber dem Mieter – die vierjährige Verjährungsfrist des § 197 BGB a. F. auch auf den Anspruch gegen die Insolvenzmasse aus § 812 BGB anzuwenden ist: Durch Zustellung der Klage am 22. September 2003 ist diese Frist jedenfalls rechtzeitig gehemmt.

II. Zeitraum vom 26. Oktober 2000 bis zum 7. November 2000:

Für diesen Zeitraum hat der Kläger mangels einer durch Vermieterpfandrecht gesicherten Forderung keinen Bereicherungsanspruch gegen die Insolvenzmasse. Ein Anspruch gegen die Schuldnerin, die G. GmbH, auf Nutzungsentschädigung nach § 557 Abs. 1 BGB a. F. oder aus ungerechtfertigter Bereicherung steht dem Kläger insoweit nicht zu. Unstreitig verfü-

te allein er in dieser Zeit über die Schlüssel zum Mietobjekt, wobei hier offen bleiben kann, ob er die Schlüssel der Geschäftsführerin der Schuldnerin gegen deren Willen weggenommen oder sie ihm die Schlüssel freiwillig übergeben hat. Zwar war die Rückgabe der Mietsache mangels Räumung noch nicht erfolgt. Durch die Inbesitznahme der Mieträume unterband der Kläger aber die von der Insolvenzschuldnerin geschuldete Rückgabe der Mietsache nach § 556 BGB. Das Unterlassen der Räumung in jenen Tagen widersprach mithin nicht dem Willen des Klägers mit der Folge, dass ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung nicht besteht (vgl. BGH NJW 1983, 112 und NJW-RR 1996, 1480). Der Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 3. Mai 2006 rechtfertigt keine andere Entscheidung.

### III. Zeitraum vom 8. bis zum 30. November 2000:

Aus den oben Ziff. I. genannten Gründen kann der Kläger von dem Beklagten für diesen Zeitraum wiederum aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2 BGB, 55 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO einen Bereicherungsausgleich in Höhe von 3602,85 € verlangen.

Ab Rückgabe der Schlüssel durch den Kläger an die Geschäftsführerin der Schuldnerin am 8. November 2000 hat der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter das Gewerbeobjekt genutzt und die Produktion jedenfalls bis Ende November 2000 fortgeführt. Der Schuldnerin erwachsen hierdurch ohne Rechtsgrund Gebrauchsvorteile, deren Wert sie dem Kläger nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2 BGB zu ersetzen hatte. Da das Mietverhältnis zwischen dem Kläger und der Schuldnerin zwar durch fristlose Kündigung beendet, aber mangels Räumung noch nicht abgewickelt war, ist auch dieser Anspruch – nicht anders als ein Anspruch auf Zahlung von Nutzungsentschädigung wegen verspäteter Rückgabe der Mietsache – vom Sicherungszweck des Vermieterpfandrechts umfasst.

#### Anspruchshöhe:

Den Wert dieser Gebrauchsvorteile bemisst der Senat entsprechend der für die Mietzeit vereinbarten Zahlung einschließlich Nebenentgelt mit monatlich 9191,17 DM. Bei <sup>23</sup>/<sub>30</sub> Monate sind dies 7046,56 DM = 3602,85 €.

### IV. Zeitraum vom 1. Dezember 2000 bis zum 6. Februar 2001:

Der Beklagte hatte in der Zeit von der Verfahrenseröffnung (und seiner Bestellung zum Insolvenzverwalter) am 1. Dezember 2000 bis zur Rückgabe der gemieteten Räume am 6. Februar 2001 die alleinige Möglichkeit zu ihrer Nutzung, und zwar unter Ausschluss des Klägers. Er ist deswegen – als Insolvenzverwalter – aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt., 818 Abs. 2 BGB, 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO zum Bereicherungsausgleich in Höhe des vom Kläger für diesen Zeitraum errechneten Betrags von 10 405,75 € verpflichtet. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hängt dies nicht davon ab, ob der Beklagte in dieser Zeit die Produktion der Insolvenzschuldnerin in den Mieträumen fortgeführt hat oder nicht.

#### Im Einzelnen:

Infolge der Kündigung des Mietverhältnisses vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestanden im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung keine mietvertraglichen Beziehungen mehr, die vom Insolvenzverwalter hätten fortgesetzt werden können. Die Masse hatte kein Recht zum Besitz der Räume; die vorenthalte Mietsache unterlag nicht der Verfügungsbefugnis des Beklagten als Insolvenzverwalter. Entsprechend ist der Anspruch auf Nutzungsentschädigung im Falle der Beendigung des Mietverhältnisses vor Insolvenzeröffnung grundsätzlich auch nur einfache Konkursforderung (vgl. BGH NJW 1994, 516 [= WuM 1994, 74]; BGH NJW 1995, 2783, 2785; OLG Hamm ZIP 1992, 1563; OLG Köln ZIP 1995, 1608 f.; OLG Dresden ZIP 1998, 1725 [= WuM 1998, 689 KL]; Eckert EWiR 1993, 65; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn. 1564; Bub/Treier-Belz, Mietrecht, 3.

Aufl., S. 1569; Kübler/Prütting, InsO, § 55 Rn. 50; Münchner-Kommentar-Hefermehl, § 55 InsO Rn. 147; Jaeger, InsO, § 55 Rn. 48; Hess, InsO, § 55 Rn. 110).

Etwas anderes gilt nach in Rechtsprechung und Literatur übereinstimmender Auffassung allerdings dann, wenn der Insolvenzverwalter – sei es auch noch vor Verfahrenseröffnung als vorläufiger Insolvenzverwalter – die Mietsache aktiv in Besitz nimmt und für die Masse nutzt. Der Bundesgerichtshof (NJW 1995, 2783, 2785; vgl. auch BGH NJW 1994, 516 f.; OLG Köln ZIP 1995, 1608 f.; OLG Dresden ZIP 1998, 1725; OLG Köln EWiR 2002, 583) hat hierzu die Voraussetzungen des Masseanspruchs wie folgt umrissen:

„Anders verhält es sich jedoch, wenn der Konkursverwalter die Mietsache nach der Verfahrenseröffnung für die Konkursmasse in Anspruch nimmt (...). Insoweit kommt es nicht einmal entscheidend darauf an, ob der Verwalter die Mietsache tatsächlich umfassend – oder gar bestimmungsgemäß – nutzt. Eine Masseschuld nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO wird bereits dadurch ausgelöst, dass er die Sache – über § 117 Abs. 1 KO hinaus – für die Masse auch gerade gegenüber dem Vermieter aktiv in Besitz nimmt und den Vermieter gezielt vom Besitz ausschließt. Dann entscheidet nach der Verkehrsauffassung die alleinige Nutzungsmöglichkeit.“

Eine derartige Besitzentziehung behaupten die Beklagten hier. Nach ihrem Vorbringen hätten sie die Räume – zwecks anderweitiger Vermietung – wieder in Besitz genommen, wenn der Kläger sie nicht in Kenntnis des Fremdeigentums durch Auswechsellern der Schlösser ausgesperrt hätte. Diesen von ihm als Sequester geschaffenen Zustand hat er nach Eröffnung des Konkursverfahrens aufrechterhalten. Diese Handlung wirkt dann für und gegen die Masse. Die genaue Art der Nutzung durch den Kläger – etwa nur als sicherer Lagerraum für Massegüter – ist für die Rechtsstellung der Beklagten unerheblich.“

Vorliegend ist die Rechtslage im Ergebnis nicht anders zu beurteilen:

Der Kläger hatte auf die beiden Schreiben des Beklagten vom 8. und 16. November 2000 die Schlüssel für die beiden Türen des Objekts dem Beklagten überlassen, der dies noch als Sequester – unstrittig – zur Inbesitznahme der Mieträume und zur Wiederaufnahme der Produktion nutzte. Die Wiederaufnahme der Produktion unter Einsatz von Personal zeigt, dass der Vermieter ab Überlassung der Schlüssel von der Nutzung des Objekts de facto ausgeschlossen war, und zwar, wie sich gezeigt hat, bis zur Rückgabe am 6. Februar 2001.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob bei der gegebenen Sachlage die bloße Nutzungsmöglichkeit bereits ausreichte, einen Bereicherungsanspruch gegen die Masse zu begründen. Denn der Beklagte hat – unabhängig von der zwischen den Parteien streitigen Frage einer Fortführung der Produktion nach der Verfahrenseröffnung – für die Masse tatsächlich Gebrauchsvorteile erlangt, indem er die Räume zur Lagerung und Verkaufspräsentation der zur Konkursmasse gehörenden Maschinen und Einrichtungen genutzt hat. Er hat auf diese Weise die Kosten einer ansonsten sofort nach Verfahrenseröffnung notwendig gewordenen Einlagerung der Gegenstände in hierzu anzumietenden Lagerräumen einschließlich der dann erforderlich gewordenen Transportkosten erspart. Dies entspricht auch der Einschätzung des Beklagten selbst im Zeitpunkt seiner Bestellung zum Insolvenzverwalter. In einem Schreiben vom 1. Dezember 2000 an das Amtsgericht Wuppertal hat der Beklagte drohende Masseunzulänglichkeit geltend gemacht und dies unter anderem wie folgt begründet:

„Des weiteren wird auf jeden Fall im Hinblick auf die weitere Nutzung der Betriebsräume eine monatliche Nutzungsentschädigung in Höhe von 9800,- DM anfallen.“

Dem ist zu entnehmen, dass der Beklagte selbst – unabhängig von der Fortführung der Produktion, die nach seinem Vor-

trag im Zeitpunkt jenes Schreibens bereits eingestellt war – die weitere Innehaltung der Betriebsräume als eine *aus der Masse* zu entschädigende Nutzung angesehen hat.

Gegen die Schätzung der Nutzungsvorteile nach § 287 ZPO auf den früher vereinbarten Mietzins samt Nebenkostenvorauszahlung sind Einwendungen nicht vorgebracht. Es errechnet sich ein Anspruch von  $(2 + \frac{6}{28} \text{ Monate}) \times 9191,17 \text{ DM} = 20\,351,88 \text{ DM} = 10\,405,75 \text{ €}$ .

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 200, 205, 212, 548 BGB**  
**Geschäftsraummiete; Verjährung von Ersatzansprüchen des Vermieters; Rückgabe vor Vertragsbeendigung; Endrenovierungspflicht des Mieters**

**1. Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters gemäß §§ 548 Abs.1 Satz 2, 200 Satz 1 BGB wird auch dann mit dem Zeitpunkt in Gang gesetzt, in dem er die Mietsache zurückerhält, wenn die Ansprüche erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen. Das gilt auch dann, wenn der Mietvertrag erst später endet.**

**2. Sendet der Mieter die Schlüssel der Mietsache mit dem Bemerkn zurück, aus seiner Sicht sei das Mietverhältnis beendet, gibt er damit für den Vermieter erkennbar seinen Besitz an der Mietsache vollständig und eindeutig auf und der Vermieter hat die Möglichkeit, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen.**

**3. § 205 BGB setzt eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner voraus, wonach letzter berechtigt ist, eine bereits fällige Leistung zu einem späteren Zeitpunkt zu erbringen. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn der Mieter vertraglich zur Endrenovierung verpflichtet ist. Die schlechte Fälligkeitsvereinbarung begründet kein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht des § 205 BGB.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 31. 8. 2006 – I-10 U 46/06)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche des Klägers wegen nicht bzw. schlecht ausgeführter Schönheitsreparaturen, Mängelbeseitigungs- und Rückbauarbeiten aus dem zum 31. 12. 2002 beendeten Mietverhältnis der Parteien über im 4. OG des Hauses gelegene Mieträume. Das Landgericht Düsseldorf hat die Klage wegen Verjährung des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er sein erstinstanzliches Zahlungs- und Feststellungsbegehren weiter verfolgt. Der Senat hat den Klägervorteiler durch den Berichtstatter telefonisch am 13. 6. 2006 auf die Entscheidung BGH VIII ZR 123/05 [= GuT 2006, 142 L = WuM 2006, 319] hingewiesen. Der Kläger hält die aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Verjährungsbeginn bei vorzeitiger Rückgabe der Mieträume für korrekturbedürftig. Es widerspreche der Gesetzessystematik und sei vom Gesetzgeber auch so nicht gewollt, dass die Verjährungsfrist auch dann bereits mit der Rückgabe der Mietsache beginne, wenn der Anspruch noch gar nicht entstanden sei. Die mietvertragliche Endrenovierungsvereinbarung enthalte eine Vereinbarung i.S. des § 205 BGB, so dass die Verjährung nicht bereits mit der Rückgabe der Mieträume im April 2002 begonnen habe. Zudem habe die Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 Ziffer 1 BGB mit der Aufnahme der Rückbau- und Renovierungsarbeiten neu zu laufen begonnen. Die endgültige Rückgabe der Mieträumlichkeiten sei erst am 14. 12. 2004 erfolgt, als die Beklagte die zurückerhaltenen Schlüssel wieder ausgehändigt habe.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 546

ZPO) noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zu Grunde zu legenden Tatsachen (§§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 529 Abs. 1 ZPO) eine abweichende Beurteilung. Das Landgericht hat mit einer in jeder Hinsicht überzeugenden Begründung angenommen, dass etwaigen Schadensersatzansprüchen des Klägers gemäß § 214 Abs. 1 BGB die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegensteht. Der Senat folgt den Gründen der angefochtenen Entscheidung nach Maßgabe der folgenden durch das Berufungsvorbringen veranlassten Ausführungen.

1. Gemäß § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, auch soweit sie auf unerlaubte Handlung gestützt sind, in sechs Monaten. Hierzu gehören neben Schadensersatzansprüchen wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen und Beschädigung der Mietsache auch die hier in Rede stehenden Ansprüche auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mietsache sowie der unterlassenen Entfernung von Einbauten und anderer vom Mieter zurückgelassener Gegenstände. Nach § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält. Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger die Mieträume im April 2002 zurückerhalten hat. Hiervon ausgehend sind die geltend gemachten Schadensersatzansprüche des Klägers spätestens Ende Oktober 2002 verjährt (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB). Da die Klageschrift erst am 7. 6. 2005 bei Gericht eingegangen und der Beklagten am 22. 7. 2005 zugestellt worden ist, ist die sechsmonatige Verjährungsfrist vor ihrem Ablauf nicht gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, §§ 167, 253 Abs. 1 ZPO gehemmt worden.

Hiergegen wendet sich der Kläger ohne Erfolg. Unerheblich ist insbesondere, dass das Mietverhältnis der Parteien erst zum 31. 12. 2002 beendet worden ist. Nach der Rechtsprechung des BGH wird die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters gemäß §§ 548 Abs. 1 Satz 2, 200 Satz 1 BGB auch dann mit dem Zeitpunkt in Gang gesetzt, in dem er die Mietsache zurückerhält, wenn die Ansprüche erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen; denn mit § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB ist im Sinne des § 200 Satz 1 BGB „ein anderer Verjährungsbeginn“ als der der Entstehung des Anspruchs bestimmt worden (BGHZ 162, 30, 35 ff. [= GuT 2005, 59 = WuM 2005, 126]; BGH, NJW 2005, 2004 [= WuM 2005, 381]). Entgegen der Ansicht des Klägers gilt das nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung aber nicht nur dann, wenn der Mietvertrag zum Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bereits beendet ist, sondern auch dann, wenn er, wie hier, erst später endet (unausgesprochen bereits BGH, NJW 2005, 2004 [= WuM 2005, 381]; BGH, ZMR 2006, 507 [= GuT 2006, 142 L = WuM 2006, 319]; zuletzt Ur. v. 23. 5. 2006, VI ZR 259/04 [= WuM 2006, 437 = GuT 2006, 265 KL]). Die hiergegen vom Kläger mit Schriftsatz vom 23. 6. 2006 vorgebrachten Bedenken geben keine Veranlassung, von der in der Rechtsprechung des BGH als geklärt anzusehenden Rechtsfrage abzuweichen. Der Kläger als Vermieter wird durch diese Auslegung des § 548 BGB auch nicht unangemessen benachteiligt. Für den Fall der hier vereinbarten Endrenovierung hatte er die Möglichkeit, gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Hemmung der Verjährung – nach § 213 BGB auch für den Schadensersatzanspruch – noch vor Beendigung des Mietverhältnisses durch Erhebung der Feststellungsklage (§ 256 ZPO), dass der Mieter zur Renovierung verpflichtet ist, herbeizuführen (BGH, ZMR 2005, 507 [= WuM 2006, 319]). Hiervon hat er keinen Gebrauch gemacht.

Der Kläger hat die Mieträume auch im April 2002 zurückerhalten. Entscheidend für den Beginn der Verjährung nach § 548 BGB ist nicht die Rückgabe der Mietsache durch den Mieter, sondern nur, dass der Vermieter in die Lage versetzt wird, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen zu machen, und dass der Mieter mit Kenntnisnahme des Vermieters den Besitz vollständig und unzweideutig aufgibt, weil das Mietverhältnis sonst sein tatsächliches Ende nicht findet (st. Rspr., BGH, Ur. v. 23. 5. 2006, VI ZR

259/04 [= WuM 2006, 437]; Urt. v. 22. 2. 2006, GE 2006, 646 – XII ZR 48/03 [= GuT 2006, 140]; Urt. v. 28. 7. 2004, NJW-RR 2004, 1566 – XII ZR 153/03 [= GuT 2004, 152]). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Aus dem außergerichtlichen Schreiben der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 7. 6. 2002 geht hervor, dass die Beklagte dem Kläger die Schlüssel im April 2002 zurückgeschickt hat mit dem Bemerkung, aus ihrer Sicht sei das Mietverhältnis nunmehr beendet. Damit hatte der Kläger zum einen nicht nur die Möglichkeit, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen, von der er ersichtlich auch Gebrauch gemacht hat. Zum anderen hatte die Beklagte für den Kläger erkennbar mit der Rücksendung der Schlüssel ihren Besitz vollständig und eindeutig aufgegeben. Ob der Kläger verpflichtet war, die Mieträume vorzeitig zurückzunehmen, mag dahin stehen. Denn nach dem Inhalt des Anwaltsschreibens vom 7. 6. 2002 hat er die Mieträume zurückgenommen. Der Kläger hat die Beklagte – insoweit rechtlich zutreffend – danach zwar darauf hingewiesen, dass das Mietverhältnis erst zum 31. 12. 2002 ende und sie daher verpflichtet sei, Miete und Nebenkosten weiter zu zahlen. Er hat jedoch die Rücknahme der Schlüssel nicht zurückgewiesen, sondern der Beklagten lediglich angeboten, ihr jederzeit wieder Zugang zu dem Objekt gewähren zu wollen und insoweit seine Bereitschaft bekundet, ihr hierzu auch die Schlüssel wieder auszuhändigen. Einen etwaigen, einer vorzeitigen Rückgabe der Mietsache entgegenstehenden Willen hat er damit nicht nach außen dokumentiert. Hieran muss er sich festhalten lassen (§ 116 Satz 1 BGB).

2. Die Verjährung war auch nicht gemäß § 205 BGB gehemmt, weil die Endrenovierung nach der mietvertraglichen Vereinbarung erst zum 31. 12. 2002 geschuldet war. Die Fälligkeitsregelung stellt weder ein pactum de non petendo dar noch steht sie einem vertraglichen vorübergehenden Leistungsverweigerungsrecht gleich. Nach § 205 BGB ist die Verjährung gehemmt, solange der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Das setzt nach Sinn und Zweck der Vorschrift eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner voraus, wonach letzter berechtigt ist, eine bereits fällige Leistung zu einem späteren Zeitpunkt zu erbringen. Ist die Leistung – wie hier – jedoch von Anfang an erst zu einem bestimmten Zeitpunkt – nämlich bei Vertragsende – fällig, ist für eine Hemmung der Verjährung kein Raum. Die schlichte Fälligkeitsvereinbarung begründet kein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht des § 205 BGB.

Auch aus einer Anwendung des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB ergibt sich zugunsten des Klägers schon deshalb kein anderes Ergebnis, weil ein etwaiges Anerkenntnis der Beklagten nach Eintritt der Verjährung diese nicht beseitigt. Für einen etwaigen Verzicht auf die Einrede der Verjährung ist nichts dargetan. Im Übrigen hätte aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, auf die der Senat Bezug nimmt, eine etwaige, durch die Aufnahme von Renovierungsarbeiten neu in Gang gesetzte Verjährung spätestens im Mai/Juni 2003 zu laufen begonnen und wäre spätestens im Dezember 2003 abgelaufen. Die Berufung zeigt keine Umstände auf, die eine hiervon abweichende Beurteilung rechtfertigen.

3. Mangels durchsetzbarer Schadensersatzansprüche fehlt der Feststellungsklage bereits das nach § 256 ZPO vorausgesetzte Feststellungsinteresse.

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 854, 861, 868, 869 BGB; § 123 HGB; § 91a ZPO  
Geschäftsraummiete; Besitzschutzanspruch  
der GbR/oHG**

**1. Eine GbR ist nach Geschäftsaufnahme als oHG kraft Geschäftsbeginns einzustufen.**

**2. Eine oHG übt Besitz durch ihre Organe aus.**

**3. Übt eine oHG nur mittelbaren Besitz aus, kann sie bei verbotener Eigenmacht grundsätzlich nur Wiedereinräumung des Besitzes an den Besitzmittler beanspruchen.**

(OLG Brandenburg, Beschluss vom 10. 7. 2006 – 3 W 29/06)

**Zum Sachverhalt:** Die Verfügungsklägerin wendet sich mit der sofortigen Beschwerde, die Verfügungsbeklagte mit der Anschlussbeschwerde gegen eine Kostenentscheidung des Landgerichts Cottbus gemäß § 91a ZPO nach Erledigung eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Der polizeilich gesuchte Zeuge D. unterzeichnete am 30. 8. 2005 als Geschäftsführer einer M.Gesellschaft Ltd. auf Mieterseite einen Mietvertrag über Gewerbeflächen zum Betrieb einer Diskothek. In dieser Eigenschaft hat ihm die vermietende Verfügungsbeklagte die Räume gemäß Übergabeprotokoll vom 15. 10. 2005 übergeben. Nachdem Lieferantenrechnungen an die Verfügungsklägerin – eine GbR – unbeglichen blieben und an diese verkaufte indessen noch unbezahlte Waren aus den Mieträumen entwendet wurden, wandte sich ein vom Zeugen D. angestellter Mitarbeiter der Verfügungsklägerin, den der Zeuge D. zuvor vergebens gebeten hatte, die Gaststättenkonzession auf seinen – des Angestellten – Namen zu beantragen, und der bislang gleichfalls noch keine Vergütung erhalten hatte, Anfang Dezember 2005 an die Verfügungsbeklagte und übergab ihr einen Schlüssel für das Mietobjekt. An diesem ließ die Verfügungsbeklagte sodann die Schlösser austauschen unter gleichzeitiger fristloser Kündigung des Mietverhältnisses gegenüber der M.Gesellschaft Ltd. Unter Vorlage der Ablichtung eines Vertragsexemplars, auf dem der Zeuge D. unter den Vertragseingang einen Rundstempel der Verfügungsklägerin eingefügt hatte, beantragte diese Wiedereinräumung des Besitzes an sich, u. a. mit der Begründung, sie habe den Zeugen D. mit ihren Geschäftsführungsaufgaben betraut und die Verfügungsbeklagte verhalte sich widersprüchlich, wenn sie die Mieteigenschaft der Verfügungsklägerin trotz dieses Stempels im Hinblick auf die im Vertragseingang genannte Gesellschaftsform verneine.

Nachdem das Landgericht eine einstweilige Verfügung zur Herausgabe des Mietobjekts an die Verfügungsklägerin erlassen hatte, hat die Verfügungsbeklagte dieses an einen nicht herausgabebereiten Dritten vermietet, woraufhin die Parteien im Verfahren nach Widerspruch den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Das Landgericht hat die Kosten in einer Entscheidung nach § 91a ZPO gegeneinander aufgehoben mit der Begründung, die Erfolgsaussichten der Verfügungsklägerin seien von der Feststellung ihrer Mieterstellung abhängig und diese bei Fortgang des Verfahrens offen gewesen.

Hiergegen wendet sich die Verfügungsklägerin mit der Beschwerde, die Verfügungsbeklagte mit der Anschlussbeschwerde.

**Aus den Gründen:** II. Von den nach den §§ 91a Abs. 2 Satz 1, 567 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 ZPO statthaften und auch im Übrigen zulässigen Beschwerden hat diejenige der Verfügungsbeklagten Erfolg.

Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes hatte der Antrag der Verfügungsklägerin keine Erfolgsaussichten. Der Verfügungsklägerin stand schon der geltend gemachte Verfügungsanspruch nicht zu.

Die Voraussetzungen eines Wiedereinräumungsanspruches nach § 861 Abs. 1 BGB lagen ihr gegenüber nicht vor. Diese Bestimmung schützt nur den unmittelbaren Besitzer. Die Ver-

fügungsklägerin war nicht unmittelbarer Besitzer der Mieträume. Sie ist nach Geschäftsaufnahme als oHG kraft Geschäftsbegins einzustufen (§ 123 Abs. 2 HGB). Die oHG übt Besitz durch ihre Organe aus (vgl. Müko-Joost, BGB, 4. Aufl., § 854 Rn. 23 m.w.N.). Die Organe der Verfügungsklägerin hatten keinen unmittelbaren Besitz (§ 854 BGB). Die tatsächliche Sachherrschaft lag vielmehr bei dem Zeugen D. Dieser war bei Austausch der Schlösser noch im Besitz des verbliebenen Schlüssels, wie die Verfügungsklägerin mit Schriftsatz vom 23.1.2006 selbst vorträgt. Zuvor war das Mietobjekt ihm übergeben worden (vgl. Übergabeprotokoll vom 15.10.2005), und zwar, wie die Verfügungsklägerin ausführt, als der mit den Geschäftsführungsaufgaben betrauten Person, die im Übrigen auch den Mietvertrag alleinverantwortlich unterzeichnet hatte. Die Geschäftsführungsbeauftragung durch die Verfügungsklägerin begründet ihr gegenüber ein Besitzmittlungsverhältnis (§ 868 BGB), da der Zeuge D. ihr den Besitz vermitteln wollte. Für eine gesellschaftsrechtliche Organstellung gibt sie nichts her.

Als mittelbare Besitzerin hat die Verfügungsklägerin bei der hier geltend gemachten Besitzentziehung nur Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer, § 869 Satz 2 Halbsatz 1 BGB. Einen derartigen Anspruch hat die Verfügungsklägerin nicht geltend gemacht.

Die Mieterstellung des Besitzers ist für einen possessorischen Besitzschutz unerheblich. Selbst der erschlichene Besitz eines Mietsfremden wäre possessorisch zunächst geschützt.

Mitgeteilt von RiOLG Hüsgen, Brandenburg

**§ 651a BGB; §§ 823, 847 BGB  
Aparthotel; Pauschalflugreise; nicht bruchssichere  
Eingangstür; Verkehrssicherungspflicht**

**Bewirbt der Reiseveranstalter eine Unterkunft mit „kindgerechter Ausstattung“, kann das Vorhandensein einer notwendig zu benutzenden Eingangstür aus nicht bruchssicheren Glas und ohne sichtbare Kennzeichnung eine Verletzung der dem Reiseveranstalter obliegenden Verkehrssicherungspflicht darstellen.**

(BGH, Urteil vom 18.7.2006 – X ZR 44/04)

**1 Zum Sachverhalt:** Die Eltern der 1991 geborenen Klägerin buchten bei der beklagten Reiseveranstalterin für die Familie im Sommer 1999 eine Pauschalflugreise in das Aparthotel „M.“. Im Prospekt der Beklagten war die kindgerechte Ausstattung der Anlage aufgeführt. Das Appartement, das der Klägerin mit ihren Eltern zunächst zugewiesen war, war von außen nur über die Terrasse durch eine nicht besonders gekennzeichnete, von einem Stahlrahmen von 10 bis 15 cm Breite eingefassten Glasschiebetür aus einfachem, nicht bruchfestem Glas zugänglich. Zum Öffnen wurde die Tür über ein gleich breites Fenster geschoben. Am Morgen des dritten Urlaubstags, dem 3. August 1999, prallte die Klägerin von innen gegen die geschlossene Glastür, wobei sie Verletzungen erlitt, von denen Beeinträchtigungen zurückblieben. Die Klägerin, die in der ungesicherten Glasschiebetür eine Verletzung der der Beklagten obliegenden Verkehrssicherungspflicht gesehen hat, hat diese auf angemessenes Schmerzensgeld, mindestens 76 693,78 EUR (150 000,- DM), nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht Köln hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Köln unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zur Zahlung eines Schmerzensgelds von 25 000 EUR verurteilt. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag im Umfang der zweitinstanzlichen Verurteilung weiter.

**2 Aus den Gründen:** Die zulässige Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

**3 I.** Das Berufungsgericht hat anders als die Vorinstanz angenommen, die Beklagte habe ihre Verkehrssicherungspflicht

verletzt, weil die Glastür nicht so gekennzeichnet gewesen sei, dass sie auch für Kinder leicht zu erkennen gewesen wäre. Eine weitere Verletzung der Verkehrssicherungspflicht hat es darin gesehen, dass sich die Beklagte nicht darüber vergewissert habe, ob splitterfreies Glas verwendet worden sei. Ein Mitverschulden der Klägerin hat es verneint.

**4 II.** Die Revision sieht es als rechtsfehlerhaft an, dass das Berufungsgericht eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht bejaht hat. Die Sicherungspflicht, die der Senat (im Urteil vom 14.12.1999 – X ZR 122/97, WPM 2000, 888, 890) im Anschluss an BGHZ 103, 298, 303 bejaht habe, werde nicht schon durch jede bloß theoretische Möglichkeit einer Gefährdung ausgelöst. Sie begrenze sich auf Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar seien und die ein verständiger und umsichtiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend halte, um andere vor Schaden zu bewahren. Auch die Pflicht, Kinder vor den Folgen ihres eigenen unvernünftigen Tuns zu schützen, habe ihre Grenzen. Die Glasschiebetür habe den örtlichen Bauvorschriften entsprochen und auch den Anforderungen des Baurechts in Nordrhein-Westfalen genügt. Die Tür habe nicht dem öffentlichen Verkehr gedient, sondern zum vertrauten Wohnbereich der Familie der Klägerin gehört. Hierfür hätten keine besonderen Sicherungsvorkehrungen getroffen werden müssen. Die Einfassung der Tür habe zudem dem Eindruck entgegengestanden, dass die Tür geöffnet sei, was das Landgericht zutreffend festgestellt habe. Glastürfertigelemente wie vorliegend verwendet seien in Hotels weitgehend üblich. Wenn überhaupt, habe nur ein verborgener Mangel vorgelegen, nach dem zu suchen die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei. Davon sei auch nicht wegen der Zusicherung der kindgerechten Ausstattung abzuweichen, da sich diese ersichtlich nicht auf die bauliche Beschaffenheit des Gebäudes bezogen habe.

**5 III.** Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält den Anträgen der Revision stand.

**6 1.** Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass ein Reiseveranstalter, der mit der „kindgerechten Ausstattung“ für eine Urlaubsunterkunft wirbt, auch Gefahren, die sich aus der baulichen Ausstattung für Kinder ergeben können, im Rahmen seiner Verkehrssicherungspflicht gering zu halten und nach Möglichkeit zu beseitigen hat, und dass die Beklagte als Reiseveranstalter der Klägerin für die Verletzung dieser Pflichten nach §§ 823, 847 BGB a. F. haftet, und zwar internationalprivatrechtlich nach Art. 40 Abs. 2 EGBGB (vgl. BGHZ 103, 298, 303 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1483). Das gilt auch für Gefahren, die sich beim notwendigen Passieren von Glastüren, die – wie hier – den einzigen Zugang zum Wohnraum bilden und nicht aus splitterfreiem Glas hergestellt sind, auswirken können. Es kann dabei dahinstehen, ob die Beklagte, der als Reiseveranstalterin neben dem Beherbergungsbetrieb ebenfalls eine Verkehrssicherungspflicht bezüglich Auswahl und Kontrolle des Vertragshotels oblag (vgl. BGHZ a. a. O.), schon generell Veranlassung hatte, gegen den nach dem unwiderlegt gebliebenen Vortrag der Beklagten nicht gegen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften verstoßenden Zustand der Unterkunft einzuschreiten. Auch wenn man eine dahingehende Verpflichtung der Beklagten verneint (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 16.5.2006 – VI ZR 189/05 [= WuM 2006, 388], zur Veröffentlichung vorgesehen, zu Mietverhältnissen), ergibt sich ihre Haftung dem Grunde nach aber daraus, dass sie die Unterkunft als mit einer „kindgerechten Ausstattung“ versehen beworben hat. Grundsätzlich sind bei Ausübung eines Gewerbes diejenigen Sicherungsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der jeweiligen Berufsgruppe für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schaden zu bewahren, und die ihm den Umständen nach zumutbar sind. Danach ist für die deliktsrechtliche Haftung des Reiseveranstalters wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten von Bedeutung, welche vertragsrechtlichen Verpflichtungen ihm nach dem Gesetz und den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen typischerweise obliegen.

Denn die gewerblichen Berufspflichten begründen und begrenzen zugleich auch Verkehrssicherungspflichten (BGHZ a. a. O.). Im vorliegenden Fall werden die Pflichten maßgeblich von der Angabe der Ausstattung als „kindgerecht“ mitbestimmt. Diese Angabe durfte nach dem Verständnis der Kunden der Beklagten dahin verstanden werden, dass sie sich nicht nur auf zusätzliche Ausstattungselemente, sondern auch auf die bauliche Beschaffenheit der Unterkunft selbst bezog. Insoweit vermag die Revision mit ihrer abweichenden Auffassung einen Verfahrensfehler des Berufungsgerichts nicht aufzuzeigen. Ob damit auch bei der Ausstattung etwa von Gaststätteneinrichtungen oder Hoteleingangstüren entsprechende Sicherheitsmaßstäbe anzulegen sind, bedarf im vorliegenden Fall keiner Klärung, weil sich die Anpreisung nach dem maßgeblichen Kundenverständnis jedenfalls auf die eigentlichen Unterkunftsräume bezog. Dass die Beklagte die Ausstattung trotz der Umstände als „kindgerecht“ bezeichnet hat, dass die nicht bruchsichere Glasschiebetür der einzige Zugang zu den Wohnräumen und zudem nicht gekennzeichnet war und ihr geschlossener Zustand jedenfalls von Kindern nicht sicher erkannt werden konnte, trägt den Vorwurf pflichtwidrigen und schuldhaften Verhaltens der Beklagten und damit auch deren Verurteilung und unterscheidet den Fall von dem vom Landgericht Frankfurt am Main (in RRA 2003, 73) entschiedenen.

7 2. Gegen die Verneinung eines Mitverschuldens seitens der Klägerin sowie gegen die Bemessung des Schmerzensgelds erhebt die Revision keine Einwände. Rechtsfehler treten insoweit nicht hervor.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### §§ 652, 242 BGB

#### Nachweismakler; Benennung des Vermieters; Provisionsanspruch; Ursachenzusammenhang von Nachweis und Hauptvertrag

a) **Zum Provisionsanspruch des Nachweismaklers, der den Namen des Vermieters nicht bekannt gegeben hat.**

b) **Sind zwischen dem Nachweis und dem Abschluss des Hauptvertrages ein Jahr (oder mehr) vergangen, streitet nicht mehr ein sich von selbst ergebender Schluss auf den Ursachenzusammenhang für den Makler.**

(BGH, Urteil vom 6. 7. 2006 – III ZR 379/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte wollte in M. ca. 1000 m<sup>2</sup> Bürofläche anmieten. Sie wandte sich deswegen am 3. November 2000 an den Kläger, einen Makler. Der wies sie darauf hin, dass er gegen Provision tätig werde, und übersandte ihr am selben Tag Kurzexposés von Mietobjekten, darunter auch die „A.“. Den betreffenden Vermieter teilte der Kläger allerdings nicht mit. Die Beklagte hatte Interesse, Bürofläche in der „A.“ zu mieten, hielt sie aber für teuer; zu einer Besichtigung der Räume unter Vermittlung des Klägers kam es nicht.

2 Im Januar 2002 beauftragte die Beklagte andere Makler. Mit Vertrag vom 5. Juni 2002 mietete sie – ohne Beteiligung des Klägers – die Büroräume in der „A.“.

3 Der Kläger beansprucht von der Beklagten Maklerprovision. Er klagt auf Auskunft über die „Mietvertragsdaten“, insbesondere über die Höhe der Miete. Widerklagend begehrt die Beklagte Feststellung, dass Zahlungsansprüche des Klägers gegen sie wegen der Anmietung von Büroräumen in der „A.“ nicht bestehen.

4 Das Landgericht München I hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Berufungsgericht [OLG München] hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, Auskunft zu erteilen, und die Widerklage abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision ist begründet.

6 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Kläger könne von der Beklagten Auskunft über die „Mietvertragsdaten“ verlangen, um die ihm zustehende Maklerprovision bemessen zu können.

8 Die Parteien hätten am 3. November 2000 einen Nachweismaklervertrag geschlossen. Der Kläger habe der Beklagten die – schließlich wahrgenommene – Mietgelegenheit in der „A.“ nachgewiesen. Zwar habe er der Beklagten nicht den Vermieter der Büroräume genannt. Darauf sei es der Beklagten vorerst aber auch nicht angekommen; sie habe die damals erforderlichen Informationen erhalten. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sei sie daran gehindert, dem Kläger die fehlende Mitteilung des Vermieters entgegenzuhalten.

9 Die Nachweistätigkeit sei ferner ursächlich gewesen für den Abschluss des Mietvertrages. Dafür spreche eine Vermutung, die im Streitfall nicht widerlegt worden sei. Zwar lägen „möglicherweise 1 1/2 Jahre“ zwischen dem Erstnachweis durch den Kläger und dem Vertragsschluss. In der Zwischenzeit hätten aber fernmündliche Kontakte zwischen den Parteien stattgefunden und den Mitarbeitern der Beklagten sei noch im Dezember 2001/Januar 2002 bewusst gewesen, dass der Kläger die „A.“ erstmals nachgewiesen habe.

10 II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Aufgrund der bisherigen Feststellungen kann ein Auskunftsanspruch des Klägers nicht angenommen und die von der Widerklage beantragte Feststellung, dass dem Kläger kein Provisionsanspruch zustehe, nicht versagt werden.

11 1. Das Berufungsgericht ist im Anschluss an das Landgericht davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien ein Nachweismaklervertrag (§ 652 Abs. 1 Satz 1 BGB) zustande gekommen ist. Das wird von der Revision nicht angegriffen und ist auch sonst nicht zu beanstanden.

12 2. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe einen „Maklernachweis“ erbracht, die Beklagte sei gemäß § 242 BGB gehindert, die fehlende Mitteilung des Vermieters dem eingeklagten Provisionsanspruch entgegenzuhalten.

13 a) Die dem Nachweismakler obliegende Maklerleistung besteht gemäß § 652 Abs. 1 BGB in dem „Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages“. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist damit eine Mitteilung des Maklers an seinen Kunden gemeint, durch die dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten. Da der Kunde derartige Verhandlungen nur einleiten kann, wenn er auch erfährt, an wen er sich wegen des angestrebten Vertrages wenden muss, wird der Immobilienmakler seinem am Kauf oder an der Anmietung interessierten Kunden im allgemeinen nicht nur das konkrete Grundstück zur Kenntnis bringen, sondern auch den Namen und die Anschrift des möglichen Verkäufers oder Vermieters nennen (vgl. BGH, Urteile vom 15. Februar 1984 – IVa ZR 150/82 – WPM 1984, 560; vom 22. Oktober 1986 – IVa ZR 4/85 – NJW-RR 1987, 172, 173; vom 14. Januar 1987 – IVa ZR 206/85 – WPM 1987, 511 und vom 27. Januar 1988 – IVa ZR 237/86, WPM 1988, 725 f; siehe auch OLG Düsseldorf OLG-Report 1998, 357 f; OLG Hamm NJW-RR 1999, 632, 633; Staudinger/Reuter, BGB 2003 § 652 Rn. 35; MünchKommBGB/Roth, 4. Aufl. 2005 § 652 Rn. 99). Trotzdem kann ein ausreichender Nachweis im Sinne von § 652 Abs. 1 BGB auch dann vorliegen, wenn der Makler den Namen des Vertragspartners (noch) nicht mitgeteilt hat. Die Namhaftmachung des Interessenten ist entbehrlich, wenn bei der Mitteilung der Angaben über das Objekt keine weiteren Nachforschungen zur Feststellung des Interessenten erforderlich sind, etwa weil die Anschrift des Verkäufers mit der örtlichen Bezeichnung des Grundstücks übereinstimmt. Die Nichtnennung des Eigentümers kann den Provisionsanspruch ferner dann nicht zu Fall bringen, wenn es dem Maklerkunden vorerst nicht auf dessen Person ankam, weil er sich zunächst einmal über die Geeignetheit des Grundstücks schlüss-

sig werden wollte. Die gegenteilige Auffassung nähme nicht genügend Bedacht darauf, dass mit der Preisgabe aller erforderlichen Daten des nachgewiesenen Objekts die wesentliche (geldwerte) Maklerleistung bereits erbracht war, und dass die Ermittlung des Eigentümers „am Makler vorbei“ für einen zahlungsunwilligen Maklerkunden in dieser Lage ein Leichtes sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 1984 a. a. O.; siehe auch Urteile vom 22. Oktober 1986 a. a. O. und vom 14. Januar 1987 a. a. O.; OLG Düsseldorf a. a. O. S. 358; OLG Hamm a. a. O. S. 633; Staudinger/Reuter a. a. O. Rn. 36; MünchKommBGB/Roth a. a. O. Rn. 102).

14 b) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat einen danach zulässigen Ausnahmefall angenommen, wonach es nicht provisions-schädlich ist, wenn der Makler den Namen des Vermieters nicht nennt, durch den gegebenen (unvollständigen) Nachweis das Interesse des Auftraggebers aber – zunächst – voll befriedigt wird (vgl. Staudinger/Reuter a. a. O.) und der Kunde den Hauptvertrag später „am Makler vorbei“ abschließt. Der Provisionsanspruch des Maklers hängt dann nicht weiter davon ab, dass dem Kunden Arglist zur Last fällt. Insbesondere ist (entgegen etwa OLG Hamm a. a. O.) nicht erforderlich, dass der Kunde den Eigentümer oder Vermieter gezielt auf eigene Faust ermittelt, um so die (eine) Maklerprovision zu sparen. Auch dann, wenn – wie hier – die vollständige Adresse des Vermieters von einem später eingeschalteten Makler mitgeteilt wird, kann dem Kunden im Einzelfall die Berufung auf die Unvollständigkeit des – unterstellt kausalen – Erstnachweises versagt sein (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1987 a. a. O.; dort wurde dem Erstmakler die Provision vor allem deshalb abgesprochen, weil er seinem Kunden weitere Informationen über die Person des Verkäufers „vorenthalten“ hatte).

15 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und den von ihm in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts fragte eine Mitarbeiterin der Beklagten am 3. November 2000 bei dem Kläger an wegen der Anmietung von Büroräumen in München. Der Kläger übersandte der Beklagten sogleich unter anderem ein Kurzexposé der „A.“, ohne allerdings den Vermieter zu nennen. Die Beklagte wurde hierdurch erstmals auf dieses Bürogebäude hingewiesen. Im August 2001 besichtigten Mitarbeiter der Beklagten die „A.“; das Treffen hatte jedoch nicht der Kläger, sondern ein anderer Makler vermittelt. Zugleich blieben die Parteien aber in fernmündlicher Verbindung; dabei gab die Beklagte dem Kläger zu erkennen, dass sie ihn – weiterhin – als denjenigen ansah, der die „A.“ als erster nachgewiesen habe: Am 13. Dezember 2001 rief A., ein Angestellter der Beklagten, bei dem Kläger an und teilte mit, er habe im Hinterkopf, dass der Kläger dieses Objekt – das er, A., nun besichtigen solle – angeboten habe. Der Kläger bestätigte das seinerseits mit Schreiben vom 14. Dezember 2001. Am 9. Januar 2002 teilte A. dem Kläger telefonisch mit, dass die Beklagte einen anderen Makler eingeschaltet habe. Auf entsprechenden Vorhalt des Klägers versicherte A., die entscheidenden Stellen der Beklagten würden unterrichtet, dass der Kläger angesichts seines Erstnachweises Maklerprovision für den Fall der Anmietung der „A.“ beanspruche. Die Beklagte mietete dann die „A.“ ohne Mitwirkung des Klägers.

16 Bei dieser Sachlage ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Beklagte für gehindert (§ 242 BGB) ansah, geltend zu machen, der Kläger habe einen vollständigen Nachweis nicht erbracht.

17 3. Die Revision wendet sich jedoch zu Recht dagegen, dass das Berufungsgericht von der Ursächlichkeit der Nachweistätigkeit des Klägers für den Abschluss des Mietvertrages ausgegangen ist.

18 a) Wenn der Makler die Gelegenheit zum Vertragsabschluss nachgewiesen hat und seiner Nachweistätigkeit der Vertragsschluss in angemessenem Zeitabstand nachfolgt, ergibt sich daraus der Schluss auf den Ursachenzusammenhang zwischen beiden von selbst (vgl. Senat, BGHZ 141, 40, 44 [= WuM 1999,

290]; BGH, Urteil vom 26. September 1979 – IV ZR 92/78 – NJW 1980, 123; so schon RGZ 148, 354, 357). Als ein „angemessener Zeitabstand“, der eine solche Schlussfolgerung rechtfertigt, sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vier Monate (Senat, BGHZ a. a. O. 43 f), ca. drei bis fünf Monate (BGH, Urteil vom 26. September 1979 a. a. O.) und „mehr als ein(em) halbe(s) Jahr“ (Senatsurteil vom 22. September 2005 – III ZR 393/04 – NJW 2005, 3779, 3781 [= GuT 2005, 260 KL = WuM 2005, 731]) angesehen worden. Hier lagen zwischen dem „Erstnachweis“ des Klägers im November 2000 und dem Vertragsschluss am 5. Juni 2002 indes rund 19 Monate. In vergleichbaren Fällen hat die obergerichtliche Rechtsprechung wegen des längeren Zeitraums zwischen Nachweis und Vertragsschluss eine Kausalitätsvermutung zwischen beiden abgelehnt und es bei der (gewöhnlichen) Darlegungs- und Beweislast des Maklers für den Kausalzusammenhang zwischen Nachweis und Vertragsschluss belassen (vgl. OLG Hamburg OLG-Report 2000, 398 f; OLG Bremen OLG-Report 2002, 433, 435; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2004, 704; siehe auch Staudinger/Reuter a. a. O. Rn. 125). Dem ist im Wesentlichen beizutreten; jedenfalls wenn ein Jahr (oder mehr) zwischen dem Nachweis und dem Hauptvertragsschluss vergangen sind, streitet nicht mehr ein sich von selbst ergebender Schluss auf den Ursachenzusammenhang für den Makler. Das gilt auch dann, wenn sich der Nachweis – wie hier – auf einen Hauptvertrag bezieht, den der Kunde nicht sogleich, sondern erst in ein bis zwei Jahren schließen will; dieser Umstand hat aber bei der – von einer Kausalitätsvermutung gelösten – tatrichterlichen Kausalitätsprüfung Gewicht.

19 b) Das Berufungsurteil geht indessen ohne weiteres hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers von einer Kausalitätsvermutung für den Vertragsschluss aus und prüft, ob die Umstände des Falles, wie z. B. die „eineinhalb Jahre“ zwischen „Erstnachweis“ und Vertragsschluss, diese entkräftet haben (was es verneint). Es wäre jedoch – insoweit hat die Revision Recht – zunächst zu fragen gewesen, ob überhaupt ein den Kausalitätsschluss (vgl. Senat, BGHZ 141, 40, 44 [= WuM a. a. O.]) rechtfertigender angemessener zeitlicher Zusammenhang zwischen Nachweis und Vertragsschluss bestand. Davon hätte bei dem hier gegebenen Abstand von rund 19 Monaten und dem Fehlen von Besonderheiten – wie ausgeführt – nicht mehr die Rede sein können. Der Kläger hätte folglich vollen Beweis für die Kausalität des von ihm erbrachten Nachweises für den Abschluss des Mietvertrages erbringen müssen. Die betreffende, auf eine Kausalitätsvermutung gestützte Feststellung des Berufungsgerichts hat keinen Bestand.

20 III. Der Senat ist gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden. Es bedarf einer neuen tatrichterlichen Würdigung, ob der von dem Kläger erbrachte Nachweis ursächlich für den Abschluss des Mietvertrages war.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 1018, 1020, 1021, 748, 742 BGB  
Grunddienbarkeit Wegerecht; Unterhaltungspflicht  
des Berechtigten; Winterdienst; Zufahrt zum  
Gewerbebetriebsgrundstück des Berechtigten**

**Die Unterhaltung und Verkehrssicherung eines Zugangsweges zu seinem Betriebsgrundstück kann mangels besonderer Vereinbarung dem Wegerechtsinhaber obliegen.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Urteil vom 7. 7. 2006 – V ZR 156/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist Eigentümerin des Flurstücks 129/26 der Flur 10 der Gemarkung H. (B.), das sie als Acker und Wald nutzt. An der nördlichen Grenze des Flurstücks zu den im Eigentum des Klägers stehenden Flurstücken 129/24 und 129/25 verläuft ein etwa 3 m breiter Weg, der den Zugang von einer öffentlichen Straße, dem Radelandweg, zu dem Flur-

stück der Beklagten bildet. Das Flurstück 129/25 grenzt an den Radelandweg. Seine Bebauung versperrt dem dahinter gelegenen Flurstück 129/24 den Zugang zu diesem.

2 Der Kläger nutzt das Flurstück 129/24 für seinen Gewerbebetrieb als Tischler und Zimmermann. Der Zugang erfolgt über den Weg auf dem Flurstück der Beklagten. 1990 einigten sich die Parteien, den Zugang durch eine Grunddienstbarkeit zu sichern. Die Dienstbarkeit wurde gemäß Bewilligung der Beklagten vom 8. Oktober 1990 in das Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragen. Die Bewilligung enthält keine Regelungen zur Unterhaltung des Weges.

3 Der Kläger meint, die Beklagte sei als Eigentümerin der Wegfläche verpflichtet, die Verkehrssicherheit des Weges zu gewährleisten. Er hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, den Weg von November bis März eines jeden Jahres von Schnee zu räumen und den Weg zu streuen. Das Amtsgericht Bad Liebenwerde hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Landgericht Cottbus zugelassenen Revision verfolgt er seinen Klageantrag weiter.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht verneint den geltend gemachten Anspruch. Es hat festgestellt, dass eine Vereinbarung zur Unterhaltung des Weges zwischen den Parteien nicht getroffen sei. Es meint, auch aus § 1020 Satz 2 BGB ergebe sich der geltend gemachte Anspruch nicht. Selbst wenn man unterstelle, dass es sich bei dem Weg um eine Anlage im Sinne der Vorschrift handele und die Verkehrssicherungspflicht als Pflicht zur Unterhaltung im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB angesehen werde, sei die Vorschrift nicht einschlägig, weil der Weg von beiden Parteien genutzt werde. Da §§ 741 ff. BGB auf die Nutzung des Weges durch die Parteien keine Anwendung fänden, könne keine der Parteien von der jeweils anderen verlangen, den Weg zu räumen und zu streuen. Einem Dritten gegenüber, der aufgrund einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf dem Weg zu Schaden komme, sei jede der Parteien verantwortlich und müsse daher im eigenen Interesse Gefahren vorbeugen, die mit der Nutzung des Weges verbunden seien.

5 Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 II. An der Erfüllung des Winterdienstes auf dem Weg haben im Verhältnis zueinander grundsätzlich beide Parteien mitzuwirken.

7 Der Weg auf dem Grundstück der Beklagten bildet eine Anlage im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB. Ob und in welcher Weise der Weg befestigt ist, ist ohne Bedeutung. Schon Fahrspuren bedeuten eine Anlage im Sinne der Vorschrift (Senat, Urte. v. 17. Februar 2006, V ZR 49/05, NJW 2006, 1428, 1429). Dass zumindest derartige Spuren auf dem Grundstück der Beklagten als Zufahrt zu den Flurstücken der Parteien dienen, ist nach dem beiderseitigen Vortrag unstrittig.

8 Die eingetragene Berechtigung zur Benutzung des Weges lässt den Kläger Halter des Weges im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB sein. Die Frage, ob er den Weg angelegt hat, ist insoweit ohne Bedeutung (MünchKomm-BGB/Falkenberg, 4. Aufl., § 1020 Rdn. 9; RGRK-BGB/Rothe, 12. Aufl., § 1020 Rdn. 5; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1020 Rdn. 5; Staudinger/Mayer, BGB <2002>, § 1020 Rdn. 13). Die Mitbenutzung des

Weges durch die Beklagte führt nicht dazu, dass der Kläger nicht Halter des Weges ist, sondern hat zur Folge, dass sich die Beklagte, sofern sich aus den Umständen bei der Bestellung der Dienstbarkeit nichts Anderes ergibt, gegenüber dem Kläger an der Unterhaltung des Weges, zu der die Wahrung der Verkehrssicherungspflicht gehört (Senat, BGHZ 161, 115, 122 [= GuT 2005, 27 KL]), zu beteiligen hat (Senat, a. a. O., 119 ff.). Das Maß der Verpflichtung der Parteien im Verhältnis zueinander wird von dem Umfang und der Intensität der beiderseitigen Nutzung des Weges bestimmt. Ist nichts anderes feststellbar, haben gemäß §§ 748, 742 BGB beide Parteien im selben Umfang zur Unterhaltung des Weges und damit zum Winterdienst auf diesem Weg beizutragen (Senat, a. a. O., 123).

9 Das haben die Parteien bisher nicht gesehen; Feststellungen zu Umfang und Intensität der beiderseitigen Nutzung des Weges sind nicht getroffen. Die Aufhebung und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gibt den Parteien Gelegenheit, näheres hierzu vorzutragen. Bei der Entscheidung wird auch zu berücksichtigen sein, dass die Beklagte behauptet hat, der Weg sei mit einem Tor verschließbar gewesen, bis der Kläger dieses entfernt habe. Trifft dieses Vorbringen zu und sind weder die Beklagte noch ein Pächter der Beklagten bei Eis und Schnee auf die Benutzung des Weges angewiesen, konnte die Beklagte ihre Pflicht zur Verkehrssicherung auf dem Weg im Winter dadurch vermeiden, dass sie die Benutzung des Weges durch Dritte verhinderte, indem sie das Tor verschloss. Verhält es sich so, ist für eine Verpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger, sich an dem Winterdienst auf dem Weg zu beteiligen, kein Raum. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Beteiligung an dem Winterdienst scheidet schließlich auch dann aus, wenn die Benutzung des Weges durch die Beklagte, ihre Pächter und Besucher im Verhältnis zur Nutzung des Weges durch den Kläger und die Angehörigen sowie Besucher seines Betriebs von absolut untergeordnetem Ausmaß ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Zur Einräumung eines Notwegrechts vgl. BGH GuT 2006, 197.

#### §§ 312, 312f, 1204 BGB

##### **Haustürgeschäft; Verpfändungserklärung der Ehefrau des Schuldners in dessen Geschäftsräumen**

a) **Das Widerrufsrecht eines Verpfänders gemäß § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB hängt nicht von der Verbrauchereigenschaft des persönlichen Schuldners oder einer auf diesen bezogenen Haustürsituation ab (Abweichung von BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 – IX ZR 56/95, BGHZ 139, 21).**

b) **Zu den Voraussetzungen des § 312f Satz 2 BGB, wenn der persönliche Schuldner seine Ehefrau bittet, zur Abgabe einer Verpfändungserklärung aus der gemeinsamen Wohnung in seine Geschäftsräume zu kommen.**

(BGH, Urteil vom 10.1.2006 – XI ZR 169/05)

#### § 1 HWiG

##### **Haustürgeschäft; Geschlossener Immobilienfonds; Widerruf der Beitrittserklärung**

**Auf den Widerruf einer Beitrittserklärung zu einem geschlossenen Immobilienfonds sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar. Danach hat der widerrufende Gesellschafter einen Anspruch gegen den Fonds auf Zahlung des Abfindungsguthabens.**

(BGH, Beschluss vom 27. 6. 2006 und Hinweisbeschluss vom 10. 4. 2006 – II ZR 218/04)

#### **Hinweisbeschluss vom 10. 4. 2006:**

1 **Aus den Gründen:** 1. Die Rechtsfragen, wegen deren grundsätzlicher Bedeutung das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, sind von dem Senat mit Urteil vom 18. Okto-



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

ber 2004 (II ZR 352/02, ZIP 2004, 2319) zwischenzeitlich entschieden worden. In dieser Entscheidung hat der Senat insbesondere seine bereits in BGHZ 148, 201, 207 f. geäußerte Auffassung bekräftigt, dass auf den Widerruf einer Beitrittserklärung zu einem geschlossenen Immobilienfonds die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar sind, die Rechtsfolge eines solchen Widerrufs also nur darin besteht, dass der Widerrufende einen Anspruch auf Zahlung des Abfindungsguthabens hat. Diese Rechtsprechung hat der Senat auch in der Folgezeit mehrfach bestätigt, nämlich mit den Urteilen vom 29. November 2004 (II ZR 6/03, ZIP 2005, 254, 255), 21. März 2005 (II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 756) und 18. April 2005 (II ZR 224/04, ZIP 2005, 1124, 1126). Die Frage erneut zum Gegenstand einer Revisionsentscheidung zu machen, besteht kein Anlass. Insbesondere steht die Rechtsprechung des Senats nicht in Widerspruch zu der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 (ABl. EG Nr. L 372, S. 31 ff.), da sich nach deren Art. 7 die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen der Richtlinie nach einzelstaatlichem Recht richten. Dass der Senat in dem Urteil vom 14. Juni 2004 (II ZR 395/01, ZIP 2004, 1402, 1406) die Anwendbarkeit der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf den Widerruf eines Gesellschaftsbeitritts nach dem Haustürwiderrufsgesetz offen gelassen hat, beruht auf den Besonderheiten des verbundenen Geschäfts i. S. des § 9 VerbrKrG, wie es jenem Verfahren zugrunde gelegen hat.

2 Aus den genannten Urteilen ergibt sich zugleich, dass die Revision des Klägers in der Sache keine Aussicht auf Erfolg hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 93, 276, 307 ZPO**  
**„Sofortiges“ Anerkenntnis bei Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens**

**Bei Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens kann der Beklagte den geltend gemachten Anspruch innerhalb der Klagerwiderrungsfrist jedenfalls dann „sofort“ im Sinne des § 93 ZPO anerkennen, wenn die Verteidigungsanzeige keinen auf eine Abweisung der Klage gerichteten Sachantrag enthält.**

(BGH, Beschluss vom 30. 5. 2006 – VI ZB 64/05)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung u. a. in BGHZ und in WuM 2006, 454.

**§ 546 BGB; § 253 ZPO**  
**Restaurantbetrieb; Rechtsschutzbedürfnis zur Räumungsklage gegen den bereits ausgezogenen Mitmieter nach Beendigung des Mietverhältnisses**

**Grundsätzlich kann der Vermieter auch von dem bereits ausgezogenen Mieter die Räumung und Herausgabe der Mieträume nach Beendigung des Mietverhältnisses verlangen.**

(KG, Beschluss vom 25. 7. 2006 – 8 W 34/06)

**Aus den Gründen:** Die sofortige Beschwerde des Beklagten zu 2) gegen die Kostenentscheidung des Landgerichts im Schlussurteil ist gemäß den §§ 567 Abs. 1, 99 Abs. 2 ZPO zulässig. Sie ist innerhalb der Frist nach § 569 Abs. 1 ZPO eingelegt.

*Dokumentation, Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

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

Das Urteil ist dem Beklagten zu 2) am 19. Mai 2006 zugestellt worden und die Beschwerdeschrift ist beim Landgericht am 2. Juni 2006 eingegangen.

Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zur Begründung wird auf die angefochtene Entscheidung des Landgerichts verwiesen, denen sich der Senat anschließt und die durch die Beschwerdegründe nicht entkräftet worden sind. Im Hinblick auf die Beschwerde ist ergänzend Folgendes auszuführen:

1. Ohne Erfolg macht der Beklagte zu 2) mit der Beschwerde geltend, dass das Landgericht seinen Vortrag nicht berücksichtigt habe, dass er bereits im Oktober 2003 aus dem Mietverhältnis ausgeschieden sei und deswegen bezüglich des geltend gemachten Räumungsanspruchs nicht passiv legitimiert gewesen sei. Der Beklagte zu 2) hat eine solche Behauptung nicht aufgestellt und hierfür auch keinen Beweis angetreten. Der Beklagte zu 2) hat sich im Schriftsatz vom 8. März 2006 den Vortrag des Beklagten zu 1) zu seinem „Ausscheiden im Jahr 2003“ zu eigen gemacht und ausgeführt, dass die Hausverwaltung der Klägerin darüber informiert worden sei, dass er, der Beklagte zu 2), aus dem gemeinsamen Restaurantbetrieb beider Beklagten ausscheidet. Der Beklagte zu 2) hat in diesem Zusammenhang den notariellen Vertrag vom 9. Oktober 2003 vorgelegt, wonach der Beklagte zu 2) seinen Gesellschaftsanteil auf den Beklagten zu 1) übertragen hat. Dies betrifft (nur) das Ausscheiden des Beklagten zu 2) aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Stellung des Beklagten zu 2) als Mietvertragspartei blieb davon aber unberührt. Der Beklagte zu 2) hat auch nicht substantiiert behauptet, dass mit der Klägerin bzw. der für sie handelnden Hausverwaltung eine Vertragsänderung mit dem Inhalt vereinbart worden sei, dass der Beklagte zu 2) aus dem Mietverhältnis ausscheidet.

2. Soweit der Beklagte zu 2) weiter geltend macht, dass der Räumungsklage das Rechtsschutzbedürfnis gefehlt habe, weil er bereits im Oktober 2003 aus den Mieträumen ausgezogen sei, ist auch dies unerheblich.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der vertragliche Herausgabe- und Räumungsanspruch nach Beendigung des mit mehreren Mietern begründeten Mietverhältnisses auch gegen denjenigen begründet, der im Gegensatz zu den anderen den Besitz an der Mietsache durch seinen Auszug endgültig aufgegeben hat (vgl. BGH GE 1996, 255 [= WuM 1996, 83]). Für eine solche Räumungsklage besteht daher auch dann ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn der ausgezogene Mieter den Vermieter von seinem Auszug in Kenntnis gesetzt hat (OLG Düsseldorf ZMR 1987, 377 und 423; LG Berlin GE 2004, 352 (ZK 62); LG Berlin GE 2005, 1431 (ZK 64 unter Aufgabe bisheriger Rechtsprechung); vgl. Bub/Treier/Scheuer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, V.A., Rdnr. 22; Kinne in Schach/Kinne/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Auflage, Teil II, Rdnr. 82; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Auflage, Rdnr. 1058). Soweit der Beklagte zu 2) darauf abhebt, dass er den Räumungsanspruch der Klägerin nicht hätte erfüllen können, weil nur noch der Beklagte zu 1) im Besitz der Schlüssel und damit der Mietsache gewesen sei, ist dem nicht zu folgen. Dem ausgezogenen Mieter ist die Erfüllung seiner Rückgabepflicht nicht unmöglich, da diese objektiv – wenn auch nur von dem zurückgebliebenen Mitmieter – erbracht werden kann. Das Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich daraus, dass der Räumungstitel es dem Vermieter nicht nur ermöglicht, nach § 283 BGB auf vereinfachtem Weg einen Schadensersatzanspruch gegen den ausgezogenen Mieter durchzusetzen, sondern auch Schutz dafür bietet, dass der ausgezogene Mieter seinen Entschluss revidiert und in die Räume zurückkehrt (Bub/Treier/Scheuer, a. a. O., V. A. Rdnr. 22; Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rdnr. 1059; vgl. BGHZ 65, 226).

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil Gründe für deren Zulassung im Sinne von § 574 ZPO nicht vorliegen.

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

**§ 1123 BGB; §§ 146, 148, 152 ZVG**  
**Mieten, Pachten, Nutzungsentschädigungsanspruch und**  
**Nutzungsersatzanspruch in der Zwangsverwaltung**

**a) Der Anspruch auf Ersatz schuldhaft nicht gezogener Nutzungen unterfällt nicht der Beschlagnahme im Wege der Zwangsverwaltung.**

**b) Die Befugnis des Zwangsverwalters, auch solche Ansprüche zu verfolgen, die sich aus einer rechtsgrundlosen Benutzung der der Zwangsverwaltung unterliegenden Sache sowie der Verletzung von Besitzrechten ergeben, erlischt, wenn die Zwangsverwaltung nach Erteilung des Zuschlags im Wege der Zwangsversteigerung aufgehoben wird.**

(BGH, Urteil vom 29. 6. 2006 – IX ZR 119/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist Konkursverwalter der Sch. GmbH (i. F.: Schuldnerin). Die Klägerin geht aus abgetretenem Recht des Zwangsverwalters in dem Zwangsverwaltungsverfahren betreffend ein Grundstück in D. (Grundbuch von R. Bl. ... Flst-Nr. ...) vor.

2 Der Schuldner des späteren Zwangsverwaltungsverfahrens hatte dieses Grundstück an die M. GmbH verpachtet, über deren Vermögen später das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet wurde. Der Gesamtvollstreckungsverwalter jenes Verfahrens schloss mit der Schuldnerin einen Unterpachtvertrag über das Grundstück. Auf Antrag der Klägerin, die aus einer Grundschuld vollstreckte, ordnete das Vollstreckungsgericht mit Beschluss vom 19. März 1999 die Zwangsverwaltung des Grundstücks an. Nachdem auch über das Vermögen der Schuldnerin das Konkursverfahren eröffnet worden war, verpachtete der Beklagte als Konkursverwalter das Grundstück in einem weiteren Unterpachtvertrag vom 26. März 1999 an die S. GmbH.

3 Das zwischen der M. GmbH und dem Schuldner des Zwangsverwaltungsverfahrens bestehende Hauptpachtverhältnis endete am 31. Dezember 1999, der Unterpachtvertrag zwischen dem Beklagten und der S. GmbH am 31. Dezember 2000. Die S. GmbH nutzte das Grundstück in der Folgezeit jedoch weiter.

4 Am 16. März 2001 wurde das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung veräußert. Die Zwangsverwaltung wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Dresden vom 2. Mai 2001 uneingeschränkt aufgehoben.

5 Aufgrund einer Abtretung vom 22. Januar 2003 verlangt die Klägerin von dem Beklagten für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2000 Herausgabe der Pachtzahlungen der S. GmbH in Höhe von monatlich 5.400 DM zuzüglich Umsatzsteuer. Für die Zeit vom 1. Januar bis 16. März 2001 verlangt sie Nutzungsersatz in derselben Höhe.

6 Das Landgericht Dresden hat die Klage abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht [OLG Dresden] der Klage stattgegeben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

7 **Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel hat Erfolg.

8 1. Das Berufungsgericht hat gemeint, der Klägerin stehe ein Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB auf Zahlung der vereinbarten Pacht für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2000 zu. Der Zwangsverwalter habe die Forderung wirksam an die Klägerin abgetreten. Auch Forderungen aus Untermiet- oder Unterpachtverhältnissen seien von der hypothekarischen Haftung und damit von der Beschlagnahme durch die Anordnung der Zwangsverwaltung erfasst. Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung folge aus § 987 Abs. 2 in Verbindung mit § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dieser Anspruch unterliege als ein mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundenes Recht auf wiederkehrende Leistung der Beschlagnahme in der Zwangsverwaltung.

9 2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

10 a) Durch den Abtretungsvertrag vom 22. Januar 2003 konnte die Klägerin einen Anspruch des Zwangsverwalters aus § 816 Abs. 2 BGB auf Herausgabe der vom Beklagten vereinbarten Pachtzahlungen der S. GmbH für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2000 nicht erwerben. Dabei kann dahinstehen, ob und inwieweit der Zwangsverwalter befugt ist, beschlagnamte Forderungen abzutreten (vgl. Böttcher, ZVG 4. Aufl. § 152 Rn. 37; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG 12. Aufl. § 152 Rn. 30; Depré/Mayer, Die Praxis der Zwangsverwaltung 2. Aufl. Rn. 376; Haarmeyer Rpfleger 2000, 30, 32; Vonnemann Rpfleger 2002, 415, 418 f.). Denn der Zwangsverwalter hatte gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Herausgabe der Pachtzahlungen gemäß § 816 Abs. 2 BGB (zur Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts vgl. BGH, Urt. v. 28. Juni 1967 – VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197; Staudinger/Gursky, BGB Neubearbeitung 2006 Vorbem. zu §§ 987-993 Rn. 21 ff m.w.N.). Er war insoweit nicht Berechtigter im Sinne der Vorschrift. Der Anspruch des Beklagten aus dem Unterpachtvertrag mit der S. GmbH ist von der Zwangsverwaltung nicht erfasst worden.

11 aa) Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Verkündung des Berufungsurteils entschieden, die Beschlagnahme durch Anordnung der Zwangsvollstreckung erfasse Forderungen aus einem Untermiet- oder Unterpachtverhältnis grundsätzlich nicht, es sei denn, der Hauptmiet- oder Hauptpachtvertrag sei wegen Vereitelung der Gläubigerrechte nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig (BGH, Urt. v. 4. Februar 2005 – V ZR 294/03, WPM 2005, 610, 612 [= GuT 2005, 120]). Anhaltspunkte dafür, dass die genannte Bedingung in dem hier gegebenen Fall erfüllt sein könnte, bestehen nicht. Somit verbleibt es bei dem Grundsatz, dass die Beschlagnahme durch Anordnung der Zwangsverwaltung nur die Forderungen aus dem Hauptpachtvertrag erfasst (§ 148 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 2 ZVG). Denn Gläubiger des Eigentümers haben keinen Anspruch darauf, sich aus schuldnerfremdem Vermögen zu befriedigen. Dass das Hauptpachtverhältnis am 31. Dezember 1999 endete, ist dem vom V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (a. a. O.) entschiedenen Fall, in dem der Unterverpächter nur formell die Stellung als Forderungsinhaber einnahm, nicht gleich zu achten. Hier wurden die Erträge nicht auf den Unterverpächter verlagert, um sie dem Zugriff der Gläubiger des Eigentümers zu entziehen. Diesem verblieb der Anspruch auf Nutzungsentschädigung (§ 584b BGB), auf den dessen Gläubiger zugreifen konnten. Auf diesen Anspruch erstreckte sich auch die Beschlagnahme im Wege der Zwangsverwaltung (Stöber, ZVG 18. Aufl. § 148 Anm. 2. 3 Buchst. g; vgl. auch BGH, Urt. v. 23. Juli 2003 – XII ZR 16/00, NJW-RR 2003, 1308 [= GuT 2003, 192 KL = WuM 2003, 510] zu § 557 Abs. 1 BGB a. F.). Damit ist der Zweck sowohl des § 148 ZVG als auch des § 1123 Abs. 1 BGB erfüllt; der Gläubiger erhält dafür, dass der Grundstückseigentümer das ihm zustehende Benutzungs- und Fruchtziehungsrecht wirksam auf den Pächter übertragen hat (§ 152 Abs. 2 ZVG), den Zugriff auf die diese Einbuße ausgleichende Pachtzinsforderung (vgl. Staudinger/Wolfsteiner, BGB <2002> § 1123 Rn. 1; Stöber, a. a. O. § 148 Anm. 2. 3. Buchst. a). Zwar ist der Hauptpächter hier insolvent geworden; doch ist dies lediglich ein äußerlicher, die haftungsrechtliche Zuordnung der Ansprüche nicht beeinflussender Umstand.

12 bb) Sofern die Revisionserweiterung dahin zu verstehen sein sollte, dem Grundstückseigentümer stehe auch für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2000 ein Anspruch aus § 987 Abs. 2, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB zu, könnte dem nicht gefolgt werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (§ 559 ZPO) hatte der Beklagte Kenntnis von seinem fehlenden Besitzrecht (erst) nach dem 31. Dezember 2000 erlangt.

13 b) Die Klägerin hat auch keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. Januar 2001 bis zum 16. März 2001. Auch insoweit ging die Abtretung durch den ehemaligen Zwangsverwalter ins Leere. Ob der Grundstückseigentümer, wie das Berufungsgericht

meint, für den genannten Zeitraum gegen den Beklagten einen Anspruch aus § 987 Abs. 2, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB erworben hatte, kann daher dahinstehen.

14 aa) Ein solcher – neben § 584b BGB bestehender (vgl. BGH, Urt. v. 28. Juni 1967 – VIII ZR 59/65, NJW 1968, 197 zu § 597 BGB) – Anspruch unterfällt nicht der Beschlagnahme nach §§ 146, 148 ZVG (offen gelassen in BGHZ 71, 216, 220). Mit der Anordnung der Zwangsverwaltung werden im Wesentlichen die Miet- und Pachtzinsforderungen beschlagnahmt (§ 148 Abs. 1 Satz 1, § 20 Abs. 2, 21 Abs. 2 ZVG, § 1123 BGB; vgl. BGHZ 109, 171, 173), wozu der Anspruch aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis auf Ersatz schuldhaft nicht gezogener Nutzungen (§ 987 Abs. 2, § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht gehört. Zwar ist in der Ziff. 2a ergibt, der Anspruch aus § 990 Abs. 1 Satz 2, § 987 Abs. 2 BGB nicht einen gegen den Beklagten gerichteten, beschlagnahmten Pachtzinsanspruch ersetzt. Die Annahme der Revisionserwidern, der Nutzungersatzanspruch zähle zu den Erzeugnissen des Grundstücks, geht fehl.

15 Bei diesem Anspruch handelt es sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht um einen Anspruch aus einem mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundenen Recht auf wiederkehrende Leistungen. Auch unter diesem Gesichtspunkt ergreift die Beschlagnahme jenen Anspruch nicht (§ 148 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 2 ZVG, § 1126 BGB). Hiervon erfasst werden wiederkehrende Leistungen aus subjektiv-dinglichen Rechten, die nach § 96 BGB als Bestandteile des Grundstücks gelten (vgl. Böttcher, a. a. O. § 148 Rn. 13; Staudinger/Wolfsteiner, a. a. O. § 1126 Rn. 1). Dazu gehört der auf eine grundsätzlich einmalige Ersatzleistung gerichtete schuldrechtliche Anspruch aus § 987 Abs. 2 BGB nicht.

16 bb) Allerdings ist der Verwalter nicht darauf beschränkt, nur die mit der Anordnung der Zwangsverwaltung beschlagnahmten Ansprüche geltend zu machen. Die nach § 152 Abs. 1 ZVG bestehende Aufgabe des Verwalters, für eine ordnungsgemäße Nutzung und Verwaltung des Grundstücks zu sorgen, schließt die Befugnis ein, auch solche Ansprüche zu verfolgen, die sich aus einer rechtsgrundlosen Benutzung der Zwangsverwaltung unterliegenden Sache sowie der Verletzung von Besitzrechten ergeben. Die Durchsetzung dieser Rechte dient dazu, eine Schmälerung der nach § 155 ZVG zu verteilenden Nutzungen abzuwenden (BGHZ 109, 171, 173 f; BGH, Urt. v. 14. Mai 1992 – IX ZR 241/91, NJW 1992, 2487; v. 23. Juli 2003 – XII ZR 16/00, NJW-RR 2003, 1308 [= GuT 2003, 192 KL = WuM 2003, 510]).

17 Diese Befugnis erlischt jedoch, wenn die Zwangsverwaltung – wie hier – aufgehoben wird. Dabei kommt es nicht auf die Frage an, ob und welche Befugnisse der Verwalter nach der Aufhebung der Zwangsverwaltung wegen Erteilung des Zuschlags hat, etwa, ob er noch neue Prozesse anhängig machen kann (so beiläufig BGHZ 71, 216, 220; BAG AP § 613a BGB Nr. 19 unter I. 3. Buchst. b; ebenso OLG Stuttgart NJW 1975, 265, 266; offen gelassen in BGH, Urt. v. 25. Mai 2005 – VIII ZR 301/03, NJW-RR 2006, 138, 139 [= WuM 2005, 463]; a. A. LG Frankfurt am Main Rpfleger 2000, 30 mit zust. Anm. Haarmeyer; Wrobel KTS 1995, 19, 35 ff). Etwa verbleibende Befugnisse des Verwalters werden aus seiner Aufgabe abgeleitet, die Verwaltung der Zwangsverwaltungsmasse, zu der die Nutzungen aus der Zeit vor der Wirksamkeit des Zuschlags zählen, ordnungsgemäß abzuwickeln (vgl. BGHZ 155, 38, 42; BGH, Beschl. v. 7. Februar 1990 – VIII ZR 98/89, WPM 1990, 742 f; Urt. v. 21. Oktober 1992 – XII ZR 125/91, NJW-RR 1993, 442 f [= WuM 1993, 61]; Stöber, a. a. O. § 161 Anm. 3. 11). Ansprüche, die nicht beschlagnahmt sind, unterfallen jedoch nach Aufhebung der Beschlagnahme nicht mehr einer gegebenenfalls fort-

dauernden Verfügungsbefugnis des ehemaligen Zwangsverwalters. Mit dem Wirksamwerden des Aufhebungsbeschlusses verliert der Zwangsverwalter seine ihm kraft hoheitlichen Amtes übertragenen Befugnisse. Offene Forderungen kann er weder einziehen noch einklagen (BGH, Urt. v. 25. Mai 2005 – VIII ZR 301/03, NJW-RR 2006, 138, 139 [= WuM 2005, 463]). Seine Befugnisse beziehen sich nur noch auf diejenigen Miet- oder Pachtansprüche, auf welche sich die Beschlagnahme erstreckt; zur Geltendmachung nicht von der Beschlagnahme erfasster Gegenstände ist er nicht berechtigt (BGH, Urt. v. 27. Januar 1954 – VI ZR 257/52, ZMR 1954, 172, 173). Sein Amt gründet sich allein auf die Bestellung durch das Vollstreckungsgericht (BGHZ 96, 61, 68). Ob sich etwas anderes ergibt, wenn das Vollstreckungsgericht dem früheren Verwalter die Einziehung nicht beschlagnahmter Forderungen in dem Aufhebungsbeschluss vorbehält, bedarf hier keiner Entscheidung; einen solcher Vorbehalt enthält der Beschluss vom 2. Mai 2001 nicht. Der einzige in den Beschluss aufgenommene Zusatz – „Die Beschlagnahme ist weggefallen“ – macht vielmehr deutlich, dass das Vollstreckungsgericht dem Verwalter keine auf unbestimmte Zeit fortwirkenden Verwaltungsbefugnisse einräumen wollte; eine gegenteilige Auslegung verbietet sich auch aus Gründen der Rechtssicherheit.

18 3. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind, hat der Senat selbst eine Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO) und das klageabweisende Urteil des Landgerichts wiederherzustellen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 49, 89, 110 InsO; §§ 1123, 1124, 1147 BGB; §§ 829, 832, 835, 865 ZPO; §§ 146, 148, 155, 172 ZVG**  
**Pfändung von Mieten oder Pachten in der Insolvenz;**  
**Zwangsvollstreckungsverfahren während der Insolvenz;**  
**Beschränkung auf die Zwangsverwaltung**

**Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners ist die Pfändung mithaftender Mieten oder Pachten durch absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger nicht mehr zulässig.**

(BGH, Beschluss vom 13. 7. 2006 – IX ZB 301/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Gläubigerin hat nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners aufgrund vollstreckbarer Grundschuldbestellungsurkunde über 90 000 DM nebst Zinsen und der gegenüber dem Insolvenzverwalter erteilten Vollstreckungsklausel beantragt, Ansprüche des Schuldners gegen die Drittschuldnerin F. in Höhe von 5977,13 € nebst Zinsen in Höhe weiterer 7,23 € zu pfänden und ihr zur Einziehung zu überweisen. Das Vollstreckungsgericht [AG Dresden] hat diesen Antrag abgelehnt und der hiergegen erhobenen sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen. Das Landgericht Dresden hat den Ablehnungsbeschluss des Amtsgerichts aufgehoben und dasselbe angewiesen, von seinen auf § 49 InsO gestützten Bedenken gegen die beantragte Vollstreckungsmaßnahme abzusehen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde beantragt der Insolvenzverwalter, die landgerichtliche Entscheidung aufzuheben.

2 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und nach § 575 Abs. 1 bis 3 ZPO auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Einer Pfändung der nach § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehenden Mietforderungen losgelöst von dem Absonderungsrecht der Grundpfandgläubigerin steht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO entgegen. Die Bedenken des Amtsgerichts gegen die beantragte Mietpfändung aus dem Absonderungsrecht der Grundpfandgläubigerin treffen zu. Seine Entscheidung ist deshalb wieder herzustellen.

3 1. In § 49 InsO ist bestimmt, dass Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen zusteht, nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung berechtigt sind. Dieser Wortlaut spricht dagegen, dass Grundpfandgläubiger ihr Absonderungsrecht an den gemäß §§ 1123, 1124 BGB mithafteten Mieten und Pachten noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Grundstückseigentümers (Schuldners) im Wege der Forderungspfändung verfolgen können.

4 Diese wortgetreue Auslegung steht im Einklang mit dem Vorrang der Zwangsverwaltung gegenüber der Forderungspfändung, welcher sich aus § 865 Abs. 2 Satz 2 ZPO für die Zwangsvollstreckung des Grundpfandgläubigers in mithaftende Mieten und Pachten ergibt. Das Recht des Grundpfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf welche sich sein Recht nach den §§ 1123, 1124 BGB erstreckt, folgt aus § 1147 BGB und § 865 Abs. 1 ZPO. Der Vorschrift des § 865 Abs. 2 Satz 2 ZPO entspricht es, wenn nur die Zwangsverwaltung den Insolvenzbeschlagnahme hypothekarisch mithaftender Mieten und Pachten zugunsten absonderungsberechtigter Grundpfandgläubiger überwindet. Die bloße Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen bei Mieten und Pachten im hypothekarischen Haftungsverbund gewährt Grundpfandgläubigern entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwiderung noch kein eigenständiges Absonderungsrecht nach § 50 Abs. 1 InsO, welches die Anwendung von § 49 InsO verdrängen könnte.

5 Bestätigt wird die wortgetreue Auslegung von § 49 InsO insbesondere durch § 110 Abs. 1 und 2 InsO. Eine Vorauspfändung von Mieten nach den §§ 829, 832, 835 ZPO begründet spätestens nach Ablauf des nächsten auf die Eröffnung folgenden Kalendermonats kein Absonderungsrecht mehr. Dabei stellt § 110 Abs. 2 Satz 2 InsO klar, dass rechtsgeschäftliche Verfügungen des Schuldners solchen gleichstehen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt sind (Begründung zu § 124 des Regierungsentwurfs der Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443 S. 147). Hierunter fällt jedenfalls die Pfändung und Überweisung einer Forderung an den Vollstreckungsgläubiger zur Einziehung. Dann leuchtet nicht ein, wenn die im hypothekarischen Haftungsverbund stehenden Mieten und Pachten noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens von einem Grundpfandgläubiger durch Pfändung mit der Folge des § 1124 BGB beschlagnahmt werden könnten.

6 Stimmen des Schrifttums, die eine solche – hier verfahrensgegenständliche – Pfändung rechtlich billigen, treten daher folgerichtig für eine einschränkende Auslegung von § 110 Abs. 1 und 2 Satz 1 InsO ein (vgl. HKInsO/Eickmann, 4. Aufl. § 110 Rn. 10; Uhlenbruck/Berscheid, InsO 12. Aufl. § 110 Rn. 8; zu § 21 Abs. 2 KO im gleichen Sinne Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 21 Rn. 15 a.E.). Denn es spräche nichts dagegen, eine Pfänderverstrickung aufrechtzuerhalten, die der Gläubiger noch im eröffneten Insolvenzverfahren herbeiführen kann. Damit wird indes das richtige Gesetzesverständnis auf den Kopf gestellt (zutreffend dagegen MünchKomm-InsO/Eckert, § 110 Rn. 20 bei Fn. 39). Hierauf deutet schon die Gesetzesgeschichte hin: Der Gesetzgeber hat die erweiternde Auslegung von § 21 Abs. 2 KO, welche Verfügungen einbezog, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten, in § 110 Abs. 2 Satz 2 InsO übernommen, ohne die Wirksamkeit von Pfändungen aufrechtzuerhalten, die absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger vor Verfahrenseröffnung bewirkt haben. Die Gesetzesmaterialien enthalten gleichfalls keinen Hinweis auf eine solche Ausnahme. Abgesehen davon stimmt die wortgetreue Auslegung von § 110 Abs. 1 und 2 InsO inhaltlich mit der Fassung des § 49 InsO überein, welche die Pfändung mithaftender Mieten durch den absonderungsberechtigten Grundpfandgläubiger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht erwähnt.

7 Der Mieteinzug durch den Zwangsverwalter nach § 152 ZVG kommt als Verfügung des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung nicht in Betracht. Dem Schuldner ist nach

§ 148 Abs. 2, § 152 ZVG die Verfügungszuständigkeit für die Mieterträge vollständig entzogen; sie liegt in den Händen des hoheitlich bestellten Zwangsverwalters. Damit fehlt die Voraussetzung, die es zuließe, seine Handlungen entsprechend § 110 Abs. 2 Satz 2 InsO dem Schuldner zuzurechnen. Folglich ermöglicht § 153b ZVG dem Insolvenzverwalter nur, die Einstellung der Zwangsverwaltung zu erwirken, wenn ihre Fortsetzung eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Insolvenzmasse wesentlich erschwert.

8 2. Die aus Wortlaut und innerem Zusammenhang des Gesetzes gewonnene Auslegung von § 49 InsO, nach welcher die Pfändung mithaftender Mieten gemäß §§ 829, 832, 835 ZPO durch den Grundpfandgläubiger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners unzulässig und der absonderungsberechtigte Gläubiger auf den Weg der Zwangsverwaltung verwiesen ist (ebenso AG Kaiserslautern NZI 2005, 636; AG Hamburg ZIP 2005, 1801 mit zustimmender Anmerkung Gundlach/Frenzel EWiR 2006, 209; Tetzlaff ZInsO 2004, 521, 527 f; Hofmann/Vendolsky ZfIR 2006, 403; a.A. LG Traunstein NZI 2000, 438; LG Chemnitz RpfI 2004, 234; LG Stendal ZIP 2005, 1800; Staudinger/Wolfsteiner, BGB 13. Bearb. 2002 § 1123 Rn. 20; Stöber, Forderungspfändung 14. Aufl. Rn. 577 d; Braun/Bäuerle, InsO 2. Aufl. § 49 Rn. 25; Hmb-Komm-Insolvenzrecht/Büchler, § 49 InsO Rn. 23, § 50 InsO Rn. 17 a.E.; HK-InsO/Eickmann, 4. Aufl. § 49 Rn. 21 und Eickmann ZfIR 2006, 273, 278) entspricht auch der Interessenlage.

9 Die Amtsgerichte Kaiserslautern und Hamburg (a. a. O.) haben zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die Durchsetzung des Absonderungsrechts von Grundpfandgläubigern in die nach §§ 1123, 1124 BGB mithaftenden Mieten oder Pachten auf dem Wege der Forderungspfändung den Insolvenzverwalter in die Lage brächte, die öffentlichen Lasten des Grundeigentums und die laufenden Kosten der Gebäudeinstandhaltung und der Gebäudeversicherung als Masseverbindlichkeiten zu berichtigen. Deckung für diese Ausgaben könnte der Insolvenzverwalter aus den Nutzungen des Absonderungsgutes unter diesen Umständen nicht erlangen. Anders als bei einem zahlungsfähigen Vollstreckungsschuldner benachteiligt von der Insolvenzeröffnung an die durch Pfändung bewirkte Mietenbeschlagnahme von Seiten absonderungsberechtigter Grundpfandgläubiger die Insolvenzgläubiger. Schon einem vor der Insolvenzeröffnung durch dann noch zulässige Vorauspfändung der Mietforderungen begründeten Absonderungsrecht gemäß § 50 Abs. 1 InsO versagt § 110 Abs. 1 und 2 InsO die weitere Anerkennung. Gerade der massenreichernden allgemeinen Zielsetzung der Insolvenzordnung würde es zuwiderlaufen, wenn der absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger hier nicht auf den von § 49 InsO bezeichneten Weg der Zwangsverwaltung beschränkt bliebe. Die Zwangsverwaltung stellt im Interesse der Masseerhaltung mit § 155 Abs. 1 und § 156 Abs. 1 ZVG sicher, dass aus den Nutzungen des Grundstücks die öffentlichen Lasten und die Ausgaben der Verwaltung vorweg bestritten werden. Damit werden auch die vorbezeichneten Kosten der laufenden Unterhaltung und Versicherung des Grundstücks abgedeckt, ohne dass dies die Insolvenzmasse beschwert.

10 Die Grenzen der abgesonderten Befriedigung zieht das Insolvenzrecht zum Schutze der Insolvenzgläubiger hier von vornherein enger als der Rahmen des Sachenrechts und des Rechts der Einzelzwangsvollstreckung. Das ist auch sinnvoll; denn der Insolvenzverwalter hätte es sonst nicht nur in der Hand, sondern er wäre dazu sogar verpflichtet, der Pfändung mithaftender Mieten durch einen Grundpfandgläubiger im Verfahren unverzüglich mit einem eigenen Antrag auf Zwangsverwaltung gemäß § 165 InsO, §§ 172 f ZVG zu begegnen. Die Zwangsverwaltung geht nach § 865 Abs. 2 Satz 2 ZPO der Forderungspfändung vor. Der Pfändungsgläubiger kann außer seinem Grundpfandrecht nur noch das bis zum Zwangsverwaltungsbeschlagnahme erlangte Pfändungspfandrecht geltend machen (vgl. Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz 3. Aufl. § 865 ZPO Rn. 7). Auf diese Möglichkeit, die Masse in den Genuss der günstigeren Verteilungsregeln des § 155 Abs. 1,

§ 156 Abs. 1 ZVG zu bringen, hat Eickmann (ZfIR 2006, 273, 278) mit Recht hingewiesen. Dabei wäre es sinnlos, absonderungsberechtigten Grundpfandgläubigern abweichend vom Wortlaut des § 49 InsO einen Weg der Zwangsvollstreckung in die mithaftenden Mieten oder Pachten zu eröffnen, der den Insolvenzgläubigern empfindliche Nachteile bringt und sich rechtlich ohnehin nicht durchhalten lässt.

11 3. Die Entstehungsgeschichte stellt die nach Wortlaut, Zusammenhang und Interessenwertung des Gesetzes gebotene Auslegung, den absonderungsberechtigten Grundpfandgläubigern nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners die Pfändung mithaftender Mieten und Pachten zu versagen, nicht in Frage.

12 Nach der Begründung der Bundesregierung zu § 56 ihres Entwurfes zur Insolvenzordnung (a. a. O. S. 125) sollte es mit der als § 49 InsO Gesetz gewordenen Vorschrift trotz des engeren Wortlauts bei dem bereits in § 47 KO, § 27 Abs. 1 VerglO enthaltenen Rechtsgrundsatz bleiben. Die Vorschrift des § 47 KO gewährte denjenigen ein Absonderungsrecht an unbeweglichen Gegenständen, welchen ein Recht auf Befriedigung aus demselben zustand. Aus § 27 Abs. 1 VerglO ergab sich nichts anderes. Der Wortlaut des § 47 KO setzte im Gegensatz zu seiner Nachfolgeregelung nicht voraus, dass der Grundpfandgläubiger auf mithaftende Mieten oder Pachten im Wege der Immobiliervollstreckung gemäß §§ 146, 148 Abs. 1, § 21 Abs. 2 ZVG zugriff. Möglich blieb ihm nach § 865 Abs. 2 Satz 2 ZPO auch die Forderungspfändung gemäß §§ 829, 832, 835 ZPO. Verfügte der Gläubiger dafür über einen dinglichen Schuldtitel, so nahm diese Pfändung die Mieten auch nach § 1124 BGB in Beschlag (RGZ 76, 116, 120). Nach Ansicht des Reichsgerichts (RG WarnRspr 1915 Nr. 62) sollte der Grundpfandgläubiger zu einer Pfändung der mithaftenden Mieten auch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners berechtigt sein, weil sich das Vollstreckungsverbot des § 14 Abs. 1 KO nur gegen Konkursgläubiger richtete. Diese Auslegung von § 47 KO war jedoch nicht unumstritten. Anders hatte insbesondere vorher schon das Reichsgericht selbst entschieden, indem es die Zwangsverwaltung nach Konkurseröffnung als einzig mögliche Form der Beschlagnahme gemäß §§ 1123, 1124 BGB bezeichnet hatte (vgl. RGZ 52, 138). Darauf ist die spätere Entscheidung des Reichsgerichts nicht eingegangen. Sie hat sich auch mit § 13 KO nicht auseinandergesetzt, obwohl die Vorschrift in dem Sinne verstanden werden konnte, dass die im Wege der Pfändung bewirkte Mietenbeschlagnahme mit Eröffnung des Verfahrens über das Vermögen des Eigentümers den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam wurde.

13 Der Ansatz, dass nach § 13 KO nur die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgte Beschlagnahme den Konkursgläubigern gegenüber wirksam blieb, ist zwar im neuen Recht entfallen, weil § 80 Abs. 2 Satz 2 InsO die Pfändung einbezieht. Dafür ist jedoch nunmehr der Wortlaut des § 49 InsO enger gefasst als zuvor § 47 KO. In der Gesamtbetrachtung führt demzufolge auch das historische Auslegungsargument, die Rechtslage nach der Insolvenzordnung habe gegenüber derjenigen nach der Konkursordnung unverändert bleiben sollen, nicht zu der Lösung, die Pfändung mithaftender Mieten und Pachten durch absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners als zulässig anzusehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe



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

## Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Gewerbemiete etc.

### §§ 222 a. F., 425, 249, 675 BGB; §§ 256, 287 ZPO; § 51b BRAO a. F. – Anwaltshaftung; Sozietät; Schadensdarlegung

1. a) Zu den Anforderungen an die Schadensdarlegung, wenn der Auftraggeber geltend macht, im Zuge des Austritts aus einer Gesellschaft über Pflichten und Haftungsrisiken als Gesellschafter und Geschäftsführer anwaltlich falsch beraten worden zu sein.

b) Bleibt nach einem anwaltlichen Beratungsfehler offen, für welche von mehreren Vorgehensweisen sich der Auftraggeber bei zutreffender und vollständiger Belehrung entschieden hätte, so ist im Rahmen einer Feststellungsklage die zur Zulässigkeit und Begründetheit notwendige Schadenswahrscheinlichkeit nur zu bejahen, wenn sie sich – nicht notwendig in gleicher Weise – für alle in Betracht zu ziehenden Ursachenverläufe ergibt.

2. Verzichtet einer von mehreren gesamtschuldnerisch in Anspruch genommenen Anwälten namens der Sozietät auf die Einrede der Verjährung, wirkt ein solcher Verzicht nicht zu Lasten eines inzwischen ausgeschiedenen Sozietätsmitglieds, wenn diese Einschränkung für den Mandanten erkennbar ist.

(BGH, Urteil vom 19. 1. 2006 – IX ZR 232/01)

### § 326 BGB a. F. – Anwaltshaftung; Kaufvertrag

Hat ein Rechtsanwalt für seinen Mandanten einen Verzugschadensersatzanspruch geltend zu machen, stellt es eine Pflichtverletzung dar, wenn er es unterlässt, in dem Mahnschreiben eine Ablehnungsandrohung auszusprechen. Er darf sich regelmäßig nicht darauf verlassen, dass die Ablehnungsandrohung wegen Interessenwegfalls entbehrlich ist.

(BGH, Urteil vom 29. 6. 2006 – IX ZR 76/04)

### § 138 BGB – Sittenwidriger Grundstückskaufvertrag; Herrenhausruine zum Hotelausbau; wucherähnliches Geschäft; subjektive Erfordernisse

Ein Mangel an Urteilsvermögen liegt nicht vor, wenn der Betroffene nach seinen Fähigkeiten in der Lage ist, Inhalt und Folgen eines Rechtsgeschäfts sachgerecht einzuschätzen, diese Fähigkeiten aber nicht oder nur unzureichend einsetzt und deshalb ein unwirtschaftliches Rechtsgeschäft abschließt.

(BGH, Urteil vom 23. 6. 2006 – V ZR 147/05)

### §§ 249, 280, 311, 241 (Culpa in Contrahendo) BGB – Kauf eines Projektgrundstücks; Schadensersatz wegen Verletzung von Aufklärungspflichten

a) Nach einer Verletzung von Aufklärungspflichten bei Vertragsverhandlungen steht dem Geschädigten kein Anspruch auf Anpassung des Vertrages zu. Er hat lediglich das Recht, an dem für ihn ungünstigen Vertrag festzuhalten und den verbliebenen Vertrauensschaden zu liquidieren.

b) Zur Berechnung dieses Restvertrauensschadens ist der Geschädigte so zu behandeln, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen; ihm ist dann der Betrag zu ersetzen, um den er den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat. Auf den Nachweis, dass die andere Vertragspartei sich darauf eingelassen hätte, kommt es dabei nicht an.

c) Als Folge einer Verletzung von Aufklärungspflichten bei Vertragsschluss kann der Geschädigte auch so zu stellen sein, als habe er mit dem anderen Teil einen für ihn besseren Vertrag

geschlossen. Das setzt aber voraus, dass ein solcher Vertrag bei erfolgter Aufklärung zustande gekommen wäre, was der Geschädigte darzulegen und zu beweisen hat.

(Ergänzung von Senatsurt. v. 6. April 2001, V ZR 394/99, NJW 2001, 2875)

(BGH, Urteil vom 19. 5. 2006 – V ZR 264/05)

### **Art. 10 § 3 MRVerbG – Koppelungsverbot; Grundstückserwerb von einem Architekten; freie Architektenwahl im Bauprojekt**

Das Koppelungsverbot greift grundsätzlich nicht ein, wenn ein Käufer ein Grundstück von einem Architekten erwirbt und sich ein Dritter aus Eigeninteresse an dem Verkaufsgeschäft verpflichtet, Honorar an den Architekten zu zahlen.

(BGH, Urteil vom 27. 4. 2006 – VII ZR 291/04)

### **§ 7 VermG; § 15 UStG – Vermögensgesetz; Mietzinsherausgabe an den Berechtigten; Umsatzsteuer bei dem Berechtigten; Mietherabsetzung durch den Verfügungsberechtigten**

1. Im Anschluss an die erste Entscheidung in dieser Sache (Urt. v. 10. 10. 2003 – V ZR 39/02, WPM 2004, 889 = GuT 2004, 18 KL) ist der Vorsteuerabzug auch bei den Instandhaltungs- und Verwaltungskosten des Verfügungsberechtigten zu berücksichtigen.

2. Zur Frage des Schaden bei dem Berechtigten, wenn der Verfügungsberechtigte eine Mietherabsetzung zugestanden hat.

(nichtamtliche Leitsätze)

(BGH, Urteil vom 30. 9. 2005 – V ZR 185/04)

### **§§ 307, 535 BGB; §§ 6, 9 AGBG – Vermietung von Telekommunikationsanlagen; Laufzeitklauseln**

1. Die Vereinbarung einer 10-jährigen Laufzeit bei der Vermietung von Telekommunikationsanlagen in allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt regelmäßig keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) dar.

2. Die (Verlängerungs-) Klausel in einem Vertrag über die Anmietung einer Telekommunikationsanlage,

„Wird eine Anlage vor Ablauf der Mindestvertragsdauer erweitert (ausgenommen um *einfache* Sprechapparate), ohne daß dabei eine Auswechslung der Zentralsteuerung stattfindet, so wird neben der Anpassung der laufenden Miete für die Erweiterung ... die Mindestvertragsdauer der Anlage verlängert: Die Verlängerung der Mindestvertragsdauer ergibt sich aus folgender Tabelle:

Restmietvertragslaufzeit																
Jahre	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	
Verlängerungsfaktor																
Faktor	3,6	3,2	2,8	2,4	2,0	1,6	1,2	0,8	0,4	0,3	0,2	0,1	0,05	0,025	0,01	...

hält einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand. Sie verstößt gegen das bei der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beachtende Transparenz- und Bestimmtheitsgebot.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. 7. 2006 – I-10 U 145/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### **§ 249 BGB – Mietwagentarif; Unfallersatztarif**

Zur Frage der Erforderlichkeit eines Mietwagentarifs im Rahmen der Schadensabrechnung, wenn der Autovermieter nicht zwischen „Unfallersatztarif“ und „Normaltarif“ unterscheidet, sondern einen einheitlichen Tarif anbietet, der weit über dem Durchschnitt der auf dem örtlichen Markt erhältlichen „Normaltarife“ liegt.

(BGH, Urteil vom 9. 5. 2006 – VI ZR 117/05)

### **§ 249 BGB – Mietwagentarif; Unfallersatztarif**

Dass ein Mietwagenunternehmen dem Geschädigten nur einen Tarif angeboten hat, reicht grundsätzlich nicht für die Annahme aus, dem Geschädigten sei kein wesentlich günstigerer Tarif zugänglich gewesen.

(BGH, Versäumnisurteil vom 13. 6. 2006 – VI ZR 161/05)

**Hinw. d. Red.:** Zum Unfallersatztarif vgl. jetzt auch BGH GuT 2006, 220 (in diesem Heft).

### **§ 249 BGB; § 287 ZPO – Unfallersatztarif**

Zu den Anforderungen an die Überzeugungsbildung des Tatrichters hinsichtlich der Frage, ob dem Geschädigten bei Anmietung eines Fahrzeugs zu einem überhöhten Unfallersatztarif ein wesentlich günstigerer Tarif auf dem in seiner Lage zeitlich und örtlich relevanten Markt – zumindest auf Nachfrage – zugänglich war.

(BGH, Versäumnisurteil vom 4. 7. 2006 – VI ZR 237/05)

### **§§ 134, 138 BGB; §§ 1, 2 BRAO; Art. 1 § 1 RBerG; § 522 ZPO – Unfallhelferring; vom Mietwagenunternehmer empfohlener Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter des Klägers gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer**

Die Abweisung einer Klage und die Verwerfung eines Rechtsmittels als unzulässig mit der Begründung, der vom Kläger als Prozessbevollmächtigter bestellte Rechtsanwalt arbeite mit einem Mietwagenunternehmen in Form eines Unfallhelferrings zusammen, kommt nur dann in Betracht, wenn aufgrund konkreter Umstände festgestellt wird, dass der Rechtsanwalt im Zusammenwirken mit dem Mietwagenunternehmen auf dessen Veranlassung und dessen Interesse, nicht aber auf Veranlassung und im Interesse des Mandanten tätig ist.

Mit einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO kann die Berufung nur als unbegründet zurückgewiesen werden. § 522 Abs. 3 ZPO schränkt die durch § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO eröffnete Möglichkeit der Rechtsbeschwerde gegen einen die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss nicht ein.

(BGH, Beschluss vom 20. 6. 2006 – VI ZB 75/05)

### **§ 3 PflVG; AVB Haftpflicht- und Fahrzeugversicherung für Kraftfahrzeug-Handel und -Handwerk – rotes Kennzeichen; Missbrauch**

Der Versicherungsschutz einer Haftpflicht- und Fahrzeugversicherung für Kraftfahrzeug-Handel und -Handwerk erstreckt sich nicht auf Fahrzeuge, die von einem unberechtigten Dritten ohne Wissen und Wollen des Versicherungsnehmers mit roten Kennzeichen versehen worden sind, die die Zulassungsstelle dem Versicherungsnehmer zugeteilt hat.

(BGH, Urteil vom 28. 6. 2006 – IV ZR 316/04)

### **§ 535 BGB – Änderungen der Rechtsform des Mieters**

Zum Übergang der Mieterstellung durch Änderungen der Rechtsform des Mieters.

(KG, Urteil vom 13. 4. 2006 – 8 U 160/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### **§§ 204, 535, 536, 540 BGB; §§ 72, 74 ZPO – Streitverkündung an den Untermieter; Mängel der Mieträume; Mietzinsklage des Hauptvermieters; Gewerberaummiete; Verjährungshemmung**

Zu den Wirkungen der Streitverkündung.

Beruft sich der auf Zahlung von Miete in Anspruch genommene Mieter gegenüber dem Vermieter darauf, dass sein (des Mieters) Untermieter die Miete wegen Mängeln gemindert ha-

be, kann eine Streitverkündung des Mieters an den Untermieter nicht zur Hemmung der Verjährung der Mietansprüche des Mieters gegen den Untermieter führen.

Die Revision wird zugelassen.

(KG, Urteil vom 23. 2. 2006 – 8 U 164/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 307, 389, 536 BGB; § 253 ZPO – Minderungsbeschränkung und Aufrechnungsbeschränkung im gewerblichen Mietvertrag

1. Die Formulklausel in einem gewerblichen Mietvertrag, „Eine Minderung [ist] nur dann zulässig, wenn die Minderung von Vermieterseite aus anerkannt, mithin unstreitig, oder dem Grunde und der Höhe nach rechtskräftig festgestellt ist“, hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB stand. Sie ist dahin auszulegen, dass nicht das Minderungsrecht schlechthin, sondern nur dessen Verwirklichung durch Abzug vom geschuldeten Mietzins ausgeschlossen ist. Die Klausel wirkt über eine Vertragsbeendigung und Rückgabe der Mietsache hinaus fort.

2. Die Formulklausel in einem gewerblichen Mietvertrag, „Eine Aufrechnung ist lediglich mit unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen zulässig“, enthält keine unangemessene Benachteiligung des gewerblichen Mieters im Sinne von § 307 BGB. Das Aufrechnungsverbot gilt auch nach Vertragsende und Rückgabe der Mieträume.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. 6. 2006 – I-10 U 159/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 240, 242, 280, 281, 536, 536b, 539, 543 BGB – Gaststättenmiete; fristlose Kündigung wegen Hochwassers; Auffüllung der Mietkaution nach Vertragsende; Verjährung des Wegnahmeanspruchs zu Mietereinrichtungen; Nutzungsentschädigung für den Gebrauch von Mietereinrichtungen

1. Zur Kündigung des Mietverhältnisses gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen wiederholten Wassereintritts infolge Rheinhochwassers in den Keller der gemieteten Gaststätte.

2. Hat der Mieter seine vertragliche Verpflichtung zur Leistung der Kaution ganz oder anteilig nicht erfüllt oder ist diese verbraucht, steht dem Vermieter wegen seiner zu sichernden Ansprüche ein Zahlungs- bzw. Wiederauffüllungsanspruch auch noch nach Beendigung des Mietverhältnisses zu.

3. Der Vermieter hat nach Beendigung des Vertrages grundsätzlich die Wahl, ob er die Kaution einklagt oder ob er die Zahlungsansprüche selbst klageweise geltend macht. Beide Forderungen gleichzeitig einklagen kann er nicht.

4. Der Anspruch aus § 539 Abs. 2 BGB verjährt nach § 548 Abs. 2 BGB in sechs Monaten und wird weder durch eine (unberechtigte) Ausübung des Vermieterpfandrechts noch durch eine innerhalb der Sechsmonatsfrist bei Gericht eingereichte Widerklage auf Zahlung von Schadens- bzw. Aufwendungsersatz gehemmt.

5. Der infolge der eingetretenen Verjährung auf Dauer zum Besitz berechtigte Vermieter schuldet weder eine Nutzungsentschädigung noch haftet er dem Mieter auf Schadensersatz oder Bereicherungsausgleich, wenn dessen Eigentum an der zurückgelassenen Einrichtung untergeht. Darauf, ob der Vermieter sich auf die Einrede der Verjährung des Wegnahmeanspruchs berufen hat, kommt es nicht an.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. 5. 2005 – I-10 U 196/04 – rkr.)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 535, 781 BGB; § 119 GVG – Deklaratorisches Schuldanerkenntnis des Mieters zur Durchführung von nicht mietvertraglich geschuldeten Schönheitsreparaturen

Teilt der Mieter dem Vermieter nach Aufforderung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen mit, dass er um Fristverlängerung zur Durchführung der nach dem Aufforderungsschreiben erforderlichen Arbeiten bitte, kann hierin ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gesehen werden.

(KG, Urteil vom 6. 4. 2006 – 8 U 99/05)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2006, 436. Vgl. BGH – III ZR 187/05 – in GuT 2006, 266 KL (in diesem Heft).

### § 542 BGB – Geschäftsraummiete; Auslegung des vereinbarten Sonderkündigungsrechts

Zu den Anforderungen an die Darlegungslast für die Inanspruchnahme eines vertraglich vereinbarten Sonderkündigungsrechtes („... wenn bei Fortsetzung des Mietverhältnisses ... eine wirtschaftliche Situation entsteht, die als wirtschaftlich bedrohlich oder existenzbedrohend anzusehen ist ...“)

(KG, Urteil vom 22. 5. 2006 – 8 U 143/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 546 BGB – Geschäftsraummiete; Kanzleiräume; Rückgabe mit nur einem der Schlüssel; vereinbarter Zustand bei Rückgabe

1. Zur ordnungsgemäßen Rückgabe der Mietsache ist grundsätzlich die Übergabe aller Schlüssel erforderlich. Ausnahmsweise kann die Rückgabe nur eines Schlüssels genügen, wenn daraus der Wille des Mieters zur endgültigen Besitzaufgabe hervortritt und dem Vermieter ein ungestörter Gebrauch ermöglicht wird.

2. Eine individualvertragliche Abrede zum Zustand der Mietsache bei Rückgabe überlagert die formularmäßig übernommene Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen.

(OLG Köln, Urteil vom 27. 1. 2006 – 1 U 6/05)

**Hinw. d. Red.:** Zu Leits. 1 vgl. OLG München GuT 2006, 234 (in diesem Heft). – Die Entscheidung des OLG Köln kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 242, 546a BGB – Gewerberaummiете; Abgrenzung Teilräumung von Schlechterfüllung der Räumungspflicht

Hat der Gewerbemietler von Räumen im 1. OG (286 m<sup>2</sup>) sowie eines Kellerraumes (18 m<sup>2</sup>) zwar die Räume im 1. OG vollständig geräumt, jedoch im Kellerraum ein Regal mit einer Grundfläche von ca. 2 m<sup>2</sup> zurückgelassen, so schuldet er jedenfalls dann lediglich für den Kellerraum Nutzungsentschädigung, wenn der Vermieter die Räume im 1. OG – trotz unvollständiger Räumung des Kellers – weitervermietet hat (§ 242 BGB).

(KG, Urteil vom 29. 9. 2005 – 12 U 266/04)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 548 BGB – Verjährung von Ansprüchen des Vermieters aus unerlaubter Handlung wegen Verschlechterungen der Mietsache

Zur Verjährung von Ansprüchen des Vermieters aus unerlaubter Handlung wegen Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache.

(BGH, Urteil vom 23. 5. 2006 – VI ZR 259/04)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2006, 437.

### §§ 635 a. F., 251 BGB – mangelhaft errichtetes Bauwerk; Halle zum Einlagern von Ernterzeugnissen; großer Schadensersatzanspruch

a) Der Besteller kann unter den Voraussetzungen des § 635 BGB grundsätzlich Schadensersatz in der Weise verlangen, dass er das mangelhaft errichtete Werk zur Verfügung stellt und dem ihm aus der Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schaden geltend macht. Dieser so genannte große Schadensersatzanspruch führt jedenfalls vor der Abnahme dazu, dass der Werklohnanspruch untergeht.

b) Verlangt der Besteller wegen des Mangels eines Bauwerks großen Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der Weise, dass er unter Anrechnung des nicht bezahlten Werklohns Mehrkosten für die Errichtung eines neuen Bauwerks geltend macht, ist in entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB zu prüfen, ob die Aufwendungen dafür unverhältnismäßig sind (im Anschluss an BGH, Urteil vom 26. Oktober 1972 – VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365, 366).

c) Sind die Aufwendungen nicht unverhältnismäßig, kann der Besteller grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden, dass ihm unter Abgeltung des Minderwerts lediglich die Kosten für eine Ersatzlösung zu gewähren sind, mit der er nicht in die Lage versetzt würde, den vertraglich geschuldeten Erfolg selbst herbeizuführen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 27. März 2003 – VII ZR 443/01, BGHZ 154, 301).

(BGH, Urteil vom 29. 6. 2006 – VII ZR 86/05)

### § 781 BGB – Deklaratorisches Schuldanerkenntnis

1 Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Rechtsfortbildung oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

2 1. Entgegen der Ansicht der Beschwerde liegt insbesondere der letztgenannte Zulassungsgrund nicht vor. Zwar beanstandet die Klägerin mit Recht die Ausführungen auf Seite vier des Berufungsurteils, in denen die Vorinstanz für das deklaratorische Schuldanerkenntnis ein Rechtsverhältnis als Grundlage voraussetzt, das sie hier vermisst, weil die Beklagte Vereinbarungen der Parteien über die Leistungen der Klägerin bestreitet.

3 Diesen Erwägungen vermag der Senat nicht zu folgen. Richtig ist zwar, dass ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ausscheidet, wenn beide Parteien ein Schuldverhältnis nicht für gegeben halten (Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, § 781 Rn. 9). Besteht aber Streit oder Ungewissheit über den Bestand des Schuldverhältnisses, ist ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gerade das Mittel, das Schuldverhältnis insgesamt oder teilweise endgültig festzulegen (BGHZ 104, 18, 24). Insbesondere auch Einwendungen gegen das Entstehen oder den Fortbestand des Schuldverhältnisses können durch das deklaratorische Schuldanerkenntnis abgeschnitten werden (BGH a. a. O.). Für den Ausschluss eines solchen Anerkenntnisses genügt es deshalb entgegen der vom Berufungsgericht geäußerten Rechtsauffassung nicht, wenn eine Partei das Entstehen des kausalen Schuldverhältnisses bestreitet.

4 Dies erfordert aber, ungeachtet dessen, dass es sich ohnehin nur um einen einfachen Rechtsfehler handeln dürfte, nicht die Zulassung der Revision. [...]

(BGH, Beschluss vom 30. 3. 2006 – III ZR 187/05)

### § 812 BGB – Bereicherungsanspruch des Pächters nach wertsteigernden Investitionen in die Pachtsache

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 11. November 2005 wird zurückgewiesen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

Entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde haben die Vorinstanzen dem Beklagten zu 1 nicht einen Anspruch auf Ersatz der wertsteigernden Investitionen dem Grunde nach zugesprochen, sondern einen Anspruch gem. § 812 Abs. 1 BGB wegen der dem Verpächter vorzeitig zugefallenen, gesteigerten Nutzungsmöglichkeit der Pachtsache. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senats, der den Umfang der Bereicherung danach bemisst, welchen höheren Pachtzins der Verpächter nach vorzeitiger Beendigung des Pachtvertrages aufgrund des erhöhten Ertragswerts der Sache früher als vertraglich vorgesehen erlangen kann (Senatsurteile vom 5. Oktober 2005 – XII ZR 43/02 – NJW-RR 2006, 294 [= GuT 2006, 32], vom 25. Oktober 2000 – XII ZR 136/98 – NJW-RR 2001, 727 und vom 16. September 1998 – XII ZR 136/96 – ZMR 1999, 93). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 S. 2, 2. Halbs. ZPO abgesehen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens (§§ 97 Abs. 1, 565, 516 Abs. 3 ZPO).

Wert: 65 000 €

(BGH, Beschluss vom 23. 8. 2006 – XII ZR 205/05)

### § 823 BGB – Ausstattung der Mieträume mit Sicherheitsglas-Türen

Der Vermieter einer Wohnung verstößt nicht gegen seine Verkehrssicherungspflicht, wenn er die mit einem Glasausschnitt versehenen Zimmertüren der Wohnung, die insoweit den baulichen Vorschriften entspricht, bei einer Vermietung an eine Familie mit Kleinkindern nicht mit Sicherheitsglas nachrüsten lässt.

(BGH, Urteil vom 16. 5. 2006 – VI ZR 189/05)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2006, 388.

### Art. 12 GG; § 1 RBerG 2. AVO – Erbenermittler als Rechtsbeistand

Einem als Rechtsbeistand in Nachlassangelegenheiten zugelassenen Erbenermittler ist es nicht verwehrt, den von ihm ermittelten Erben die zur Nachlassabwicklung gebotenen rechtsbesorgenden Tätigkeiten unaufgefordert anzubieten.

(BGH, Urteil vom 1. 6. 2006 – I ZR 143/03)

**Hinw. d. Red.:** Zum Erbenermittler (Berufsbild, Geschäftsrisiko, Vergütungsansprüche) vgl. BGH GuT 2006, 153.

### §§ 9, 11 JVEG – Dolmetscherhonorar

Die Festsetzung des Stundensatzes des Dolmetscherhonorars auf 55 Euro in § 9 Abs. 3 Satz 1 JVEG stellt eine abschließende Regelung dar, die Zuschläge auch bei besonderer Schwierigkeit der Dolmetscherleistung ausschließt. Auf eine analoge Anwendung des für Übersetzer geltenden § 11 Abs. 1 Satz 2 JVEG kann eine Erhöhung des Dolmetscherhonorars nicht gestützt werden.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 4. 8. 2006 – 2 Ws 180/06)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

# GuT

## Gewerbemiete und Teileigentum

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

## § 152 ZVG – Auszahlung der Mietkaution durch den Zwangsverwalter

§ 152 Abs. 2 ZVG bezieht sich nur auf zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beschlagnahme bestehende Mietverhältnisse. Der Zwangsverwalter einer Mietwohnung ist deshalb nicht zur Auszahlung einer vom Mieter an den Vermieter geleisteten und von diesem nicht an den Zwangsverwalter weitergegebenen Kautions verpflichtet, wenn das Mietverhältnis bereits beendet und die Wohnung geräumt ist, bevor die Anordnung der Beschlagnahme wirksam wird.

(BGH, Urteil vom 3. 5. 2006 – VIII ZR 210/05)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2006, 403.

## § 152 ZVG; § 556 BGB; § 538 ZPO – Betriebskostenabrechnung des Zwangsverwalters

a) Der Zwangsverwalter eines vermieteten Grundstücks hat bei einem im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Anordnung der Zwangsverwaltung noch laufenden Mietverhältnis über die vom Mieter geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen auch für solche Zeiträume abzurechnen, die vor der Anordnung liegen.

b) § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO ist – wie § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO a. F. – entsprechend anzuwenden, wenn das erstinstanzliche Gericht eine Stufenklage insgesamt abgewiesen hat, das Berufungsgericht hingegen dem Rechnungslegungs- oder Auskunftsanspruch stattgibt (Fortführung von BGH, Urteil vom 24. Mai 1995 – VIII ZR 146/94, NJW 1995, 2229 m.w. Nachw.)

(BGH, Urteil vom 3. 5. 2006 – VIII ZR 168/05)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2006, 402.

## §§ 50, 51, 511, 513 ZPO – Prozessführungsbefugnis des Verwalters des Mietgrundstücks; absoluter Berufungsgrund

1. Die ZPO sieht für das Berufungsverfahren – anders als in § 547 ZPO für die Revision – keine absoluten Berufungsgründe vor.

Selbst wenn das angefochtene Urteil in vollständiger Fassung prozessordnungswidrig erst später als 5 Monate nach seiner Verkündung zugestellt wird (wesentlicher Verfahrensmangel), kann der Rechtsstreit nicht allein deshalb an das Erstgericht zurückgewiesen werden, weil die Entscheidung nicht darauf beruht (BGH NJW-RR 2004, 361).

2. Die Prozessführungsbefugnis des Hausverwalters zur Einziehung von Mieten aufgrund einer Ermächtigung des Vermieters (gewillkürte Prozesstandschaft) erfordert ein eigenes rechtlich schutzwürdiges Interesse des Verwalters. Dieses liegt nur dann vor, wenn die Entscheidung des Prozesses die eigene Rechtslage des Verwalters beeinflusst.

Dies ist nicht schon deshalb der Fall, weil der Vermieter den Verwalter bevollmächtigt hat, ihn gegenüber den Mietern zu vertreten oder er dem Verwalter zu ordnungsgemäßer Verwaltung und Rechenschaft verpflichtet ist.

(KG, Beschluss vom 10. 7. 2006 – 12 U 217/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## § 91 ZPO – Prozesskosten; Kosten des Verkehrsanwalts

Im Berufungsverfahren sind vor Inkrafttreten des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes am 1. August 2002 Kosten eines Verkehrsanwalts nur ausnahmsweise erstattungsfähig. Es genügt hierzu nicht, dass die Partei in großer Entfernung vom Ort des Prozesses wohnt. Erstattungsfähig sind jedoch regelmäßig die fiktiven Kosten einer Informationsreise der Partei zu ihrem Prozessbevollmächtigten am Sitz des Gerichts.

(BGH, Beschluss vom 7. 6. 2006 – XII ZB 245/04)

## § 91 ZPO – Prozesskosten; Hausanwalt der Rechtsschutzversicherung; Reisekosten

Überlässt ein bundesweit tätiger Versicherer nach endgültiger Leistungsablehnung seine Akten einem Rechtsanwalt, der aufgrund ständiger Geschäftsbeziehungen derartige Verfahren weiter bearbeitet („Hausanwalt“), hat der unterliegende Prozessgegner diese Betriebsorganisation hinzunehmen und etwaige fiktive Reisekosten des bevollmächtigten Hausanwalts als notwendige Kosten des Rechtsstreits zu tragen (Fortführung von Senatsbeschluss vom 21. Januar 2004 – IV ZB 32/03 – RuS 2005, 91).

(BGH, Beschluss vom 28. 6. 2006 – IV ZB 44/05)

## § 91 ZPO – Prozesskosten; Reisekosten des Prozessbevollmächtigten

Die Reisekosten eines am dritten Ort ansässigen Prozessbevollmächtigten zum Termin sind bis zur Höhe der fiktiven Reisekosten eines am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässigen Rechtsanwaltes erstattungsfähig, wenn dessen Beauftragung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung erforderlich gewesen wäre. Entsprechendes gilt für die Erstattungsfähigkeit von Kosten eines Unterbevollmächtigten am sogenannten dritten Ort.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. 8. 2006 – I-10 W 49/06)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## RVG VV-Nr. 3100, 3101 – Kosten einer Schutzschrift

1. Die Kosten einer Schutzschrift, die vorsorglich zur Verteidigung gegen einen erwarteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht worden ist, sind grundsätzlich auch dann erstattungsfähig, wenn ein entsprechender Verfügungsantrag bei diesem Gericht eingeht und dieser zurückgenommen wird, ohne dass eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat (vgl. BGH Beschlüsse vom 13. 2. 2003 – I ZB 23/02 und vom 10. 4. 2004 – I ZB 33/02).

2. Die Verfahrensgebühr nach RVG VV-Nr. 3100 ermäßigt sich in diesem Falle nicht nach RVG VV-Nr. 3101, weil mit der Schutzschrift ein Schriftsatz eingereicht wurde, der Sachvortrag enthält.

3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. 8. 2006 – I-10 W 55/06)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## § 12 VVG; § 167 ZPO – Klagezustellung „demnächst“; Kontrollaufgaben des Klägers

Bei der Frage, ob eine Klagezustellung „demnächst“ im Sinne von § 167 ZPO erfolgt, sind Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht sind, dem Kläger grundsätzlich nicht zuzurechnen. Hat er alle von ihm geforderten Mitwirkungshandlungen für eine ordnungsgemäße Klagezustellung erbracht, insbesondere den Gerichtskostenvorschuss eingezahlt, so sind er



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

und sein Prozessbevollmächtigter im Weiteren nicht mehr gehalten, das gerichtliche Vorgehen zu kontrollieren und durch Nachfragen auf die beschleunigte Zustellung hinzuwirken.

(BGH, Urteil vom 12. 7. 2006 – IV ZR 23/05)

### §§ 234, 520 ZPO – Berufungsbegründungsfrist nach Prozesskostenhilfesuch

Der Lauf der Berufungsbegründungsfrist beginnt auch dann nach Maßgabe des § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO, wenn der Rechtsmittelführer wegen Kostenarmut um Prozesskostenhilfe nachsucht und deshalb an der Einhaltung dieser Frist gehindert ist. Seit dem Inkrafttreten des 1. Justizmodernisierungsgesetzes vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198) steht ihm in diesen Fällen nach Wegfall des Hindernisses die Wiedereinsetzungsfrist von einem Monat zur Verfügung, innerhalb deren die versäumte Prozesshandlung nachzuholen ist (Abgrenzung zum Beschluss vom 9. Juli 2003 – XII ZB 147/02 – NJW 2003, 3275).

(BGH, Beschluss vom 29. 6. 2006 – III ZA 7/06)

### §§ 887, 888 ZPO; § 259 BGB – Kosten der Zwangsvollstreckung bei Erledigung des Antrags auf Auskunft und Abrechnung vor einer gerichtlichen Entscheidung

Erledigt sich ein auf §§ 887, 888 ZPO gestützter Antrag vor einer gerichtlichen Entscheidung, muss eine Kostengrundentscheidung ergehen.

(KG, Beschluss vom 16. 6. 2006 – 8 W 15/06)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2006, 530. – Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

**KL-Mitteleiter:** RiBGH Wellner, Karlsruhe; VRiKG Bieber, Berlin; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; RiOLG Schmitz-Justen, Köln; VRiKG Grieb, Berlin; der Vorsitzende des 2. Strafsenats des OLG Hamburg.

## Teileigentum

### §§ 14, 22 WEG

**Teileigentumsräume; Vermietung an die Post; Neuzugang zur Schließfachanlage durch einen Außenwanddurchbruch; bauliche Veränderung**

**Die Eröffnung eines zusätzlichen Außeneingangs zu (hier: vermieteten) Teileigentumsräumen im Gebäude durch Wanddurchbruch und Einsetzen einer neuen Tür, um einen gesonderten Zugang zu den Schließfächern einer Postfiliale in den Mieträumen zu gewährleisten, kann eine bauliche Veränderung sein, die nur einstimmig beschlossen werden kann.**

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 14. 9. 2006 – 20 W 305/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten sind Mitglieder der Wohnungseigentümer-/Teileigentümergeinschaft. Das Anwesen wird zu 60% gewerblich und zu 40% zu Wohnzwecken genutzt.

In § 3 Abs. 2 der Teilungserklärung vom 1. 9. 1970 ist das Sondereigentum entsprechend dem § 5 Abs. 1 WEG definiert. In § 5 Abs. 4 der Teilungserklärung ist vorgesehen, dass – entsprechend der Regelung für die Ausübung eines Gewerbes oder Berufes in der Wohnung – bei Vermietung oder Verpachtung einer Wohnung oder eines Teileigentums die Zustimmung der Gemeinschaft erforderlich ist. Diese kann nur aus wichtigem Grund verweigert, aber auch von der Erfüllung von Auflagen abhängig gemacht werden.

Die Antragstellerin hat ihr im Erdgeschoss gelegenes, von der Straßenseite her zugängliches Teileigentum seit 1. 7. 2000 an die Deutsche Post AG vermietet, zuvor wurde in den Räumen ein X.-Markt betrieben. In dem Mietvertrag mit der Post hat sich die Antragstellerin zur Schaffung eines gesonderten Zugangs zu einer Schließfachanlage verpflichtet. Zu diesem Zweck hat sie neben dem auf der Südseite des Gebäudes, an der Durchfahrt zu dem auf der Rückseite des Gebäudes befindlichen Parkplatz gelegenen Hauseingang zu den Wohnungen und den übrigen Gewerberäumen einen Wanddurchbruch vornehmen lassen. Wegen des noch fehlenden separaten Zugangs muss die Antragstellerin eine Mietminderung von ca. 500,00 € monatlich hinnehmen.

In dem bei den Grundakten befindlichen Aufteilungsplan war nach den Feststellungen des Amtsgerichts an einer anderen Stelle

der Südwand zusätzlich zu dem jetzt vorhandenen Hauseingang eine Tür an anderer Stelle als dem Wanddurchbruch vorgesehen, die aber bei der Bauherstellung nicht ausgeführt wurde.

Die Antragstellerin hat die Antragsgegner auf Zustimmung zur Herstellung des Zugangs zur Schließfachanlage und zu der „Aktivierung“ der im Rahmen des Wanddurchbruchs bereits eingebauten Tür in Anspruch genommen unter Verpflichtung der Antragstellerin zur verkehrssicheren Gestaltung der vorhandenen Plattform.

Eine Abstimmung über die baulichen Veränderungen in der Wohnungseigentümerversammlung ist nicht erfolgt, einzelne Wohnungs- bzw. Teileigentümer haben in schriftlichen Erklärungen zugestimmt.

Die Antragstellerin hat ihren Antrag damit begründet, dass die Vermietung an die Post das Anwesen aufwerte und für den internen Ablauf der Postfiliale der weitere Zugang erforderlich sei. Eine weitere Tür an der Südseite sei ohnedies vorgesehen gewesen, wenn auch nicht an derselben Stelle. Gegenüber den vorherigen Vermietungen sei die Kundenfrequenz der Postfiliale wesentlich geringer. Von den ca. 130 Schließfachkunden hätten ca. 90 bis zum Mittag ihre Fächer geleert.

Die Antragsgegner traten dem Antrag mit dem Vortrag entgegen, dass Störungen durch Schließfachkunden im Durchfahrtsbereich zu erwarten seien und die Gefahr bestehe, dass der zusätzliche Zugang auch für den Schalterbetrieb genutzt werde. Die ursprünglich vorgesehene zusätzliche Tür in der Südwand habe nur als Notausgang genutzt werden sollen.

Mit Beschluss vom 14. 2. 2003 hat das Amtsgericht Langen den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, dass es sich bei dem Wanddurchbruch um eine bauliche Veränderung im Sinn des § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG handele. Da die Antragsgegner durch die Schaffung eines weiteren Hauseingangs und den zusätzlichen Publikumsverkehr durch Postfachkunden nicht unerheblich beeinträchtigt seien, liege kein Ausnahmefall des § 22 Abs. 1 Satz 2 WEG vor.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt und sich zur Begründung ihrer Beschwerde auf ihren bereits erstinstanzlich gehaltenen Vortrag bezogen. Die Antragsgegner seien nicht beeinträchtigt. Gegenüber den Verhältnissen bei der früheren Vermietung sei die Belastung deutlich geringer. Die Vermietung an die Post habe auch im In-

teresse der übrigen Miteigentümer gelegen und eine Kündigung solle wegen eines Leerstandes oder belastenderer Vermietung nicht riskiert werden.

Auch die Antragsgegner haben in ihrer Beschwerdeerweiterung Bezug auf ihren erstinstanzlich gehaltenen Vortrag genommen. Im übrigen haben sie vorgetragen, dass in der Installation eines weiteren Hauseingangs ein Strukturbruch liege und nicht zu verhindern sei, dass dieser als allgemeiner Zugang zu den Räumen der Postfiliale genutzt werde. Die seit 2002 ohne diesen Zugang laufende Abwicklung zeige, dass er nicht notwendig sei.

Das Landgericht Darmstadt hat mit Beschluss vom 23. 7. 2003 nur die Kostenentscheidung des Amtsgerichts abgeändert und die sofortige Beschwerde in der Hauptsache als unbegründet zurückgewiesen. Zu Recht habe das Amtsgericht die Anträge der Antragstellerin zurückgewiesen. Bei der Ausbildung eines zusätzlichen Eingangs zum Gebäude handele es sich um eine bauliche Maßnahme im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG mit der Folge, dass diese nicht einstimmig beschlossene Maßnahme gem. § 22 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 14 WEG von den Antragsgegnern nur dann hinzunehmen sei, wenn sie unter Zugrundelegung einer nach der Verkehrsanschauung verständigen Sicht hierdurch nicht über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigt würden. Die Beeinträchtigung der Antragsgegner hat die Kammer in der Verursachung von Störungen durch unberechtigte Kurzzeitparker in der Einfahrt zum Innenhof gesehen. Ein Anspruch der Antragstellerin auf Zustimmung bestehe auch nicht deshalb, weil eine Tür im Aufteilungsplan an anderer Stelle vorgesehen war, deren Ausführung aber unterblieben ist.

Dagegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie ihren Antrag auf Ersetzung der Zustimmung der Antragsgegner weiterverfolgt und rügt, die vom Landgericht angenommene Beeinträchtigung beruhe auf Spekulationen. Gegenüber den früheren Vermietungen sei die Kundenfrequenz wesentlich geringer. Auch gehe die Zahl der Schließfachkunden zurück, da eine weitere Postfiliale eingerichtet worden sei, die die Kunden aus dem gesamten Industriegebiet in X. abdecke. Ein Rückbau des Zugangs nach dem Ende der Nutzung als Postfiliale werde zugesichert.

Die Antragsgegner sind der weiteren Beschwerde entgegengetreten und verteidigen die Entscheidungen der Vorinstanzen. Durch die Eröffnung eines weiteren gewerblichen Zugangs in der Seitenfront werde Kundenverkehr zumindest teilweise auf bisher davon nicht betroffene Bereiche verlagert.

**Aus den Gründen:** Die sofortige weitere Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß § 45 Abs. 1 WEG statthaft und auch ansonsten zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der angefochtene Beschluss beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 43 Abs. 1 WEG, 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO), worauf er allein zu überprüfen war.

Zu Recht sind die Vorinstanzen stillschweigend davon ausgegangen, dass für den Antrag der Antragstellerin ein Rechtsschutzbedürfnis vorlag, obwohl sie eine Beschlussfassung in der Wohnungseigentümerversammlung nicht herbeigeführt hat. Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG hätten alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung zur Zugangseröffnung erteilen müssen. Dass eine derartige Beschlussfassung aber nicht zu erreichen gewesen wäre, ergibt sich bereits daraus, dass die Antragsgegner im vorliegenden Verfahren der beantragten Ersetzung ihrer Zustimmung entgegengetreten sind. Eine Abstimmung in der Wohnungseigentümerversammlung über die Erteilung der Zustimmung zu verlangen, hätte deshalb eine sinnlose Förmlichkeit dargestellt, weil das Ergebnis schon feststand.

Die Vorinstanzen haben auch zu Recht die begehrte Zustimmung versagt.

Dabei ist Verfahrensgegenstand vorliegend die Gestattung der „Herstellung des (weiteren) Zugangs“ an der Seitenfront des

Gebäudes unter Aktivierung der vorhandenen Tür. Die Tatsacheninstanzen haben diesen Antrag unbeanstandet so ausgelegt, dass die Zustimmung sowohl für den bereits vorgenommenen Wanddurchbruch unter Einbau des Fenster/Türelementes, der die eigentliche bauliche Veränderung darstellt, als auch noch zur Fertigstellung weiter erforderlicher baulicher Maßnahmen begehrt wird. Dieser Auslegung schließt sich auch der Senat an, da weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich ist, dass der Wanddurchbruch unter Einbau des Fenster-/Türelements, wie er aus den vorgelegten Lichtbildern ersichtlich ist, ganz oder teilweise mit Zustimmung der Wohnungseigentümer erfolgt wäre.

Durch ihre Baumaßnahme hat die Antragstellerin in die Substanz des gemeinschaftlichen Eigentums eingegriffen, ohne dass dies der Pflege, Erhaltung oder Bewahrung des gegenwärtigen Zustands oder seiner erstmaligen Herstellung diene, und eine auf Dauer angelegte gegenständliche Veränderung realer Teile des gemeinschaftlichen Eigentums vorgenommen. Darin ist eine bauliche Veränderung im Sinn des § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG zu sehen (Senat, z. B. Beschlüsse vom 18. 2. 2002 – 20 W 452/2000 –, 1. 9. 2003 – 20 W 20/01 –, Bärmann/Pick/Merle: WEG, 9. Aufl., § 22, Rdnr. 6; Niedenführ/Schulze: WEG, 7. Aufl., § 22, Rdnr. 5). Trotzdem unterfällt auch eine das gemeinschaftliche Eigentum umgestaltende Maßnahme dann nicht dem § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG, wenn sie zur ordnungsgemäßen Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums gehört. Davon umfasst werden auch bauliche Veränderungen, die der Herstellung eines dem Aufteilungs- und Bauplan entsprechenden Zustandes oder der Beseitigung bei Entstehung des Wohnungseigentums vorhandener Mängel dienen (Palandt/Bassenge: WEG, 64. Aufl., § 22, Rdnr. 5-7; Niedenführ/Schulze, a. a. O., § 22, Rdnr. 8 a). Da im Aufteilungsplan zusätzlich zum Hauseingang an der Südseite zwar eine Tür vorgesehen war, aber unstreitig an einer anderen Stelle und diese bei der Bauausführung nicht realisiert worden ist, liegt dieser Ausnahmetatbestand hier nicht vor.

Die Vorinstanzen sind zu Recht auch davon ausgegangen, dass eine Zustimmung der Antragsgegner zu der Baumaßnahme der Antragstellerin auch nicht gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 WEG entbehrlich ist. Nach § 22 Abs. 1 Satz 2 WEG in Verbindung mit § 14 WEG hat ein Wohnungseigentümer eine bauliche Veränderung hinzunehmen, durch die ihm kein Nachteil erwächst, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht. Unter einem Nachteil in diesem Sinn ist jede nicht ganz unerhebliche, objektiv und konkret feststellbare Beeinträchtigung zu verstehen. Entscheidend ist, ob sich nach der Verkehrsanschauung ein Wohnungseigentümer in der entsprechenden Lage verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann (BGH NJW 1992, 978, 979 [= WuM 1992, 159]; Senat, Beschluss vom 18. 2. 2002 – 20 W 452/2000).

Die Vorinstanzen haben keine Feststellungen dazu getroffen, ob eine derartige Beeinträchtigung bereits deshalb vorliegt, weil durch die Schaffung des zusätzlichen Seiteneingangs das optische Erscheinungsbild der Gesamtanlage nicht nur unerheblich negativ beeinträchtigt worden ist. Dies kann jedoch offen bleiben, da auch bereits die Gefahr einer intensiveren Nutzung sowohl des Sonder-, als auch des Gemeinschaftseigentums, wie sie die Vorinstanzen festgestellt haben, eine nicht hinzunehmende Beeinträchtigung im Sinn der §§ 22 Abs. 1 Satz 2, 14 WEG darstellt (Niedenführ/Schulze, a. a. O., § 22, Rdnr. 22; Bärmann/Pick/Merle, a. a. O., § 22 Rdnr. 147, 148). Bei der Beurteilung, ob eine bauliche Veränderung eine nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung in diesem Sinne darstellt, handelt es sich weitgehend um eine Tatsachenfeststellung der Kammer als Tatsacheninstanz, die das Rechtsbeschwerdegericht gemäß §§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, 559 Abs. 2 ZPO nicht auf ihre sachliche Richtigkeit überprüfen kann, sondern nur darauf, ob das Ergebnis auf einem Rechtsfehler beruht (Bärmann/Pick/Merle, a. a. O., § 22, Rdnr. 130). Ein derartiger Rechtsfehler ist der Kammer nicht unterlaufen. Entgegen der Begründung der weiteren Beschwerde liegt auch keine unzulässige Prognoseent-

scheidung vor, vielmehr spielt bei der Prüfung, ob einem Wohnungseigentümer ein unvermeidbarer Nachteil erwächst, auch eine Rolle, wie sich die bauliche Veränderung in Zukunft auswirken wird, jedenfalls insoweit als sich die Auswirkungen zwangsläufig ergeben (Bärmann/Pick/Merle, a. a. O., § 22, Rdnr. 135). Vergleichsmaßstab ist hierbei nur der Zustand ohne die Baumaßnahme, also ohne Eröffnung eines zusätzlichen Zugangs, gegenüber den zwangsläufigen Veränderungen nach Einrichtung dieses Zugangs im Rahmen des jetzigen (genehmigten) Mietverhältnisses. Die Kundenfrequenz bei früheren Vermietungen spielt dagegen für die Beurteilung keine Rolle. Die Antragstellerin hat selbst in ihrem Schreiben vom 2. 9. 2001 an die G.-GmbH die Beeinträchtigungen dargelegt, die bei Eröffnung des zusätzlichen Zugangs im Bereich der Parkplatzzufahrt zu erwarten seien. Durch das Parken von Schließfachkunden im Bereich des neuen Zugangs würden Beeinträchtigungen der Parkplatzzufahrt sowohl für Privatfahrzeuge als auch täglich für Krankentransporte, die die im Haus befindlichen Arztpraxen aufsuchen, und Sicherheitsrisiken von Fußgängern verursacht, zumal zur Paketabholung große LKW eingesetzt würden. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, dass die Antragstellerin im vorliegenden Verfahren vortragen lässt, es lägen keine Beeinträchtigungen der Antragsgegner durch die Eröffnung eines weiteren Seiteneingangs vor.

Nur zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass die Beeinträchtigung auf Grund der objektivierten Betrachtungsweise unabhängig davon ist, ob und in welcher Weise die Antragstellerin ihr Wohnungseigentum selbst nutzt. Bei der Prüfung der Beeinträchtigung findet auch keine Güterabwägung statt und es spielt keine Rolle, ob eine bestimmte bauliche Veränderung zwingend erforderlich ist (Bärmann/Pick/Merle, a. a. O., § 22, Rdnr. 128; Niefenführ/Schulze, a. a. O., § 22 Rdnr. 16, 17).

Allerdings setzt die Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte Beeinträchtigung, wie sie das Landgericht hier in rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt hat, vermeidbar ist oder nicht, einen Vergleich und eine Abwägung der Interessen der änderungswilligen und der beeinträchtigten Wohnungseigentümer voraus (BVerfG NVwZ 2005, 801, 802; Bärmann/Pick/Merle, a. a. O., § 22, Rdnr. 129). Diese Abwägung hat das Landgericht zwar nicht vorgenommen, sie kann aber auf Grund der in den Vorinstanzen festgestellten Tatsachen vom Senat nachgeholt werden. Sie ergibt, dass die Beeinträchtigungen der Antragsgegner jedenfalls nicht so unerheblich sind, dass die abweichenden Interessen der Antragstellerin den Vorrang erhalten müssten.

Ein Anspruch auf die erforderliche Zustimmung zu einer baulichen Veränderung besteht grundsätzlich nicht (BayObLG WuM 1998, 679 und NZM 1998, 1014 [= WuM 1999, 656 KL]; Niefenführ/Schulze, a. a. O., § 22, Rdnr. 24). Zwar kann sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander nach Treu und Glauben unter Abwägung der Interessen aller Beteiligten ein Anspruch auf Duldung der baulichen Veränderung ergeben (KG NJW-RR 1994, 401 [= WuM 1994, 103]; BayObLG WuM 1995, 674, 676; OLG Köln NZM 2004, 385; OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 893), dabei muss aber das Veränderungsinteresse das Erhaltungsinteresse ganz erheblich überwiegen (Palandt/Bassenge: WEG, 64. Aufl., § 22, Rdnr. 18). Vorliegend kann sich die Antragstellerin aber nicht auf so gewichtige Interessen wie z. B. die Informationsfreiheit oder Barrierefreiheit stützen, um eine Duldung ihrer eigenmächtig vorgenommenen Baumaßnahme verlangen zu können. Vielmehr hat sie Mieteinbußen deshalb hinzunehmen, weil sie sich mietvertraglich zu baulichen Veränderungen verpflichtet hat, ohne vorher die Zustimmung aller anderen Mitglieder der Gemeinschaft einzuholen. Diese müssen aber auch nach Treu und Glauben keine erheblichen Beeinträchtigungen nur deshalb hinnehmen, weil die Antragstellerin vollendete Tatsachen geschaffen hat, ohne die rechtlichen Grundlagen vorher zu klären, wozu schon auf Grund der in § 5 Abs. 4 der Teilungserklärung erforderlichen Einwilligung in die Vermietung Anlass bestand.

**§§ 22, 14 WEG  
Vermietete Teileigentumsräume;  
beleuchtete Reklametafeln an der Außenfassade**

**Die Anbringung beleuchteter Reklametafeln an der Außenfassade einer Wohnungseigentumsanlage ist eine bauliche Veränderung.**

**Wenn diese nicht mit merklichem Lichteinfall und keiner Beschränkung der Aussicht der übrigen Eigentümer verbunden sind, sind beleuchtete Reklametafeln jedenfalls dann als ortsübliche und angemessene Werbung für Gewerbe, die dem zweckgebundenen Gebrauch des Wohnungs- oder Sondereigentums entsprechen, hinzunehmen.**

(OLG Köln, Beschluss vom 31. 5. 2006 – 16 Wx 11/06)

**Zum Sachverhalt:** Die Antragsgegnerin ist Sondereigentümerin von Geschäftsräumen im Erdgeschoss der Wohnungseigentumsanlage. Nachdem ihr Mieter unter einem Fenster des in der 1. Etage gelegenen Sondereigentums des Antragstellers eine beleuchtete Reklametafel angebracht hatte, hat der Antragsteller die Entfernung der Tafel verlangt. Das Amtsgericht Köln hat dem Antrag stattgegeben. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat das Landgericht Köln nach Einnahme des richterlichen Augenscheins den Antrag zurückgewiesen und einem im Beschwerdeverfahren gestellten Antrag auf Duldung der Werbetafel stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner sofortigen weiteren Beschwerde.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige sofortige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Auf das Rechtsmittel war zunächst das Rubrum des angefochtenen Beschlusses zu berichtigen. Die Verwalterin ist bei einem Streit zwischen Wohnungseigentümern nicht selbst am Verfahren beteiligt, sondern nur Zustellvertreterin der zu beteiligenden übrigen Wohnungseigentümer (§ 43 Abs. 1 Ziff. 1 i. V. m. Abs. 4 Ziff. 1 WEG). So ist die Beteiligung zutreffend in der Entscheidung des Amtsgerichts bezeichnet und so ist zutreffend die Ladung zur mündlichen Verhandlung des Landgerichts erfolgt.

2. Es ist aus Rechtsgründen, die allein Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens sein können (§ 27 FGG i. V. m. § 546 ZPO), nicht zu beanstanden, dass das Landgericht in dem Anbringen der Reklametafel nebst Beleuchtung keine zustimmungspflichtige bauliche Veränderung i. S. d. § 22 Abs. 1 WEG gesehen und deshalb den Antrag des Antragstellers abgelehnt und den Gegenantrag, dessen Zulassung durch das Landgericht für den Senat als Rechtsbeschwerdegericht bindend ist (vgl. Bärmann/Pick/Merle, WEG 9. Auflage, § 45 Rdn 60), stattgegeben hat.

Bei der beleuchteten Reklametafel handelt es sich zwar zweifelsfrei um eine bauliche Veränderung i. S. d. § 22 Abs. 1 WEG, die grundsätzlich der Zustimmung der übrigen Miteigentümer bedarf, es sei denn, sie werden durch die Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums nicht über das in § 14 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt. Danach sind Beeinträchtigungen hinzunehmen, die bei einem zweckbestimmten Gebrauch eines Wohnungs- oder Sondereigentums unvermeidlich sind. Wird Sondereigentum in zulässiger Weise gewerblich genutzt, dann muss von den übrigen Wohnungseigentümern nicht nur diese Nutzung, sondern auch die Anbringung von Werbeanlagen zur ortsüblichen und angemessenen Werbung für das betreffende Gewerbe geduldet werden (BayObLG WuM 2000, 686; Bärmann/Pick/Merle a. a. O. § 22 Rdn. 241). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von dem Antragsteller angeführten Entscheidung des OLG Zweibrücken vom 21. 11. 2002 – 3 W 179/02 (FGPrax 2003, 60), die gerade keine Werbeanlage betrifft, sondern sich auf eine sonstige bauliche Veränderung der Fassade bezieht.

Die Feststellung, ob die bauliche Veränderung hinzunehmen ist, ob es sich also um eine ortsübliche und angemessene Werbung handelt, liegt grundsätzlich auf tatrichterlichem Gebiet

und kann daher vom Rechtsbeschwerdegericht nur auf etwaige Rechtsfehler überprüft werden (vgl. z. B. Senat OLGReport Köln 2003, 147; BayObLG ZWE 2002, 75 u. 358), also nur darauf, ob das Landgericht den Begriff der Beeinträchtigung i. S. d. § 22 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 14 Nr. 1 WEG, ob es den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG), alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und nicht gegen gesetzliche Auslegungs- oder Beweisregeln, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. Keidel/Kuntze/Sternal, FGG 15. Auflage, § 27 Rdn. 46).

Gemessen hieran ist die Entscheidung des Landgerichts nicht zu beanstanden.

Das Landgericht ist aufgrund des durchgeführten Augenscheins zu dem Ergebnis gelangt, dass es sich bei der Reklametafel um eine ortsübliche Werbemaßnahme handelt, durch die der Antragsteller nicht über das nach § 14 Nr. 1 WEG hinausgehende Maß beeinträchtigt wird. Diese trichterliche Würdigung ist für den Senat bindend. Das Landgericht hat ergänzend zu den vorgelegten Lichtbildern die erforderlichen Feststellungen an Ort und Stelle getroffen, und zwar wegen der Lichtverhältnisse auch abends und die für die Beurteilung relevanten Umstände herangezogen. Es hat die Verhältnisse in der Umgebung der U-Straße gewürdigt, keinen merklichen Lichteinfall in sowie keine erhebliche Einschränkung der Aussicht aus dem Arbeitszimmer des Antragstellers festgestellt. Dem Ablauf der Ortstermine – jeweils in Anwesenheit des Antragstellers – ist auch zu entnehmen, dass es bei der Feststellung der nur marginalen Sichtbeeinträchtigung auch der Körperbehinderung des Antragstellers Rechnung getragen hat.

Das Landgericht musste sich nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob die Verlängerung einer ohnehin schon 35 m langen Werbung in die Seitenstraße hinein zweckmäßig und erforderlich erscheint. Denn diese Kriterien sind nicht Beurteilungsmaßstab. Entscheidend ist lediglich, ob das Maß des § 14 Nr. 1 WEG überschritten ist, was nach den – wegen der Fotos auch aus der Umgebung – durchaus nachvollziehbaren Feststellungen des Landgerichts wegen der Ortsüblichkeit der Werbemaßnahme gerade nicht der Fall ist.

Unbeachtlich ist der Vortrag des Antragstellers, die derzeitige Mieterin übe ihr Gewerbe nicht mehr aus. Abgesehen davon, dass es sich um – grundsätzlich unzulässigen – neuen Tatsachenvortrag im Rechtsbeschwerdeverfahren handelt, kommt es schon wegen des Gegenantrags auf das im Moment betriebene Gewerbe nicht an. Der Antragsteller kann nicht die Beseitigung einer Werbetafel verlangen, deren erneute Anbringung – wenn auch mit anderer graphischer Gestaltung – er dulden müsste.

Nicht durchgreifend ist schließlich das Argument des Antragstellers, ihm sei die Möglichkeit genommen, seinerseits an besagter Stelle Werbung zu betreiben. Abgesehen davon, dass neben der hier streitigen Tafel durchaus noch eine freie Wandfläche vorhanden ist, ergibt sich aus seinem Vortrag nicht nachvollziehbar, welche gewerblichen Nutzungsmöglichkeiten in seinem Sondereigentum erlaubt sowie möglich sind und wie üblicherweise für die entsprechenden Gewerbe geworben wird.

Mitgeteilt von VRiOLG Jennissen, Köln

## Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter [www.prewest.de](http://www.prewest.de)

Pfad: Medien und Kultur → hier

Telefax: 02 28 / 47 09 54,

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

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

#### §§ 133, 157, 744, 745 BGB; §§ 1, 2 26. BImSchV; §§ 296, 520, 530, 531 ZPO – Mehrheitsbeschluss über Vermietung zur Errichtung einer Mobilfunksendestation auf dem Dach des gemeinschaftlichen Wohnhauses

1. Bei Gemeinschaften von Miteigentümern stimmt die Mehrheitsentscheidung, einen Mietvertrag über die Errichtung einer Mobilfunksendestation auf dem Dach des gemeinschaftlichen Wohnhauses nicht abzuschließen, mit einer dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechenden Verwaltung und Benutzung im Sinne von § 745 Abs. 2 BGB überein.

2. Auch bei Einhaltung der Grenzwerte der 26. BImSchV kann nach der Verkehrsanschauung bereits die Besorgnis einer Gesundheitsgefahr die Gebrauchstauglichkeit von Mieträumen zu Wohnzwecken beeinträchtigen. Die Nutzung eines Gebäudes durch Vermietung oder seine Verwertung durch Verkauf (von Miteigentumsanteilen) können durch die Installation einer Mobilfunksendeanlage beeinträchtigt werden. Da bereits die ernsthaftige Möglichkeit einer Wertminderung ausreicht, kommt es auf deren tatsächliches Eintreten nicht an.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. 7. 2006 – 1 U 20/06)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2006, 459. Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT ([info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

#### § 24 WEG; §§ 305, 307, 309 BGB – Einladungsmangel; Verwaltervertrag mit unwirksamen Klauseln; ordnungsgemäße Verwaltung

1. Macht ein Wohnungseigentümer unter Berufung auf fehlende Einberufungskompetenz des Verwaltungsbeirats die Unwirksamkeit eines von der Wohnungseigentümergeinschaft gefassten Mehrheitsbeschlusses geltend, so muss er – falls sich dies nicht aus anderen Umständen ergibt – dartun, dass er der Eigentümersammlung wegen des Einladungsmangels ferngeblieben ist.

2. Die Ermächtigung des Verwaltungsbeirats, den Verwaltervertrag „abzuschließen“, kann wirksam mehrheitlich beschlossen werden, sofern durch die Unterschrift des Verwaltungsbeirats nicht ein von diesem gegenüber dem Verwalter erzieltetes Verhandlungsergebnis, sondern der vorangegangene Eigentümerbeschluss mit dem Inhalt eines vorliegenden Verwalterangebots bestätigt werden soll.

3. Die Beschlussfassung über den (AGB-)Verwaltervertrag widerspricht ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn das Vertragswerk mehrere in ihrer Gesamtwürdigung bedeutsame Klauseln aufweist, die einer Inhaltskontrolle nicht standhalten (hier: Abbedingung des § 181 BGB; Unzulässige Haftungsbegrenzung durch Verkürzung des Beginns und der Dauer der Verjährung; Beauftragung von Sonderfachleuten; einschränkungslose Vergütungspflicht für die Einberufung und Durchführung mehr als einer Eigentümersammlung pro Wirtschaftsjahr).

4. Dass die Beschlussfassung über den Verwaltervertrag ordnungsgemäßer Verwaltung widerspricht, führt nicht dazu, dass der zuvor in Kenntnis des Vertragsinhalts gefasste Mehrheitsbeschluss über die Verwalterbestellung allein aus diesem Grund auf Anfechtung für unwirksam zu erklären ist.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. 5. 2006 – I-3 Wx 51/06)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT ([info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 29 WEG; § 89 ZPO – WEG-Verfahren; Genehmigung der Verfahrensführung des Beiratsvorsitzenden

Führt eine zunächst durch ihren Beiratsvorsitzenden nicht wirksam vertretene WEG das Verfahren fort, so liegt hierin eine – jedenfalls noch im Beschwerdeverfahren mögliche – konkludente Genehmigung der Verfahrensführung.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. 7. 2006 – I-3 Wx 241/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 47 WEG; § 89 ZPO – WEG-Verfahren; Gerichtskosten und Kostenerstattungspflichten beim Verwalter

Hat der (frühere) Verwalter einen Wohnungseigentümer mit einem Verfahren überzogen, obwohl dem Verwalter das Fehlen seiner Bevollmächtigung von Anfang an bekannt sein musste, so entspricht es billigem Ermessen, den Verwalter mit den gerichtlichen Kosten zu belasten und ihm auch die Erstattung der außergerichtlichen Kosten dieses Wohnungseigentümers aufzuerlegen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. 6. 2006 – I-3 Wx 265/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 6 BRAGO; § 43 WEG – Mehrvertretungszuschlag bei der Vertretung von Wohnungseigentümern; „Altfälle“

Haben die Wohnungseigentümer ihren Verfahrensbevollmächtigten noch vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (Beschluss vom 2. Juni 2005 – V ZB 32/05 –) mit der gerichtlichen Geltendmachung rückständiger Hausgelder im Verfahren nach § 43 WEG beauftragt, so steht diesem die Mehrvertretungsgebühr nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BRAGO zu; im Falle einer den Wohnungseigentümern günstigen Kostengrundscheidungsentscheidung ist die angefallene Erhöhungsgebühr dann als Bestandteil der notwendigen Kosten vom Gegner zu erstatten.

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10. 5. 2006 – 3 W 63/06)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 18 GBO; §§ 7, 8 WEG – Umschreibung im Teileigentumsgrundbuch

Zur Umschreibung des Wohnungseigentums im Grundbuch auf den Erwerber, wenn die tatsächliche Bauausführung vom Aufteilungsplan abweicht.

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8. 3. 2006 – 3 W 246/05)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

**KL-Mitteiler:** RiOLG Dr. Kürschner, Karlsruhe; RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf; 3. Zivilsenat des OLG Zweibrücken.

## Wettbewerb

### §§ 1, 4 UWG a. F.

#### Wettbewerb; Wohnungsverwaltung; Kundenwerbung; Abwerbung als anderweitiger Zwangsverwalter

**Wer im gewerblichen Bereich der Wohnungsverwaltung zu Zwecken der Kundenwerbung in Anschreiben auf seine Tätigkeit als Zwangsverwalter anderer Objekte hinwirkt, macht sich in unlauterer Weise den durch die gerichtliche Bestellung begründeten Anschein besonderer Seriosität zunutze.**

(OLG Oldenburg, Urteil vom 8. 7. 2004 – 1 U 34/04)

**Aus dem Tenor:** Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken seine Bestellung als Zwangsverwalter durch das Amtsgericht E. mit eigenen und mit der Zwangsverwaltung nicht im Zusammenhang stehenden geschäftlichen Interessen in einer Weise zu verquicken, wie dies durch das Schreiben vom 23. April 2003 an Herrn X., erfolgt ist; insbesondere mit den Eigentümern der Wohnungseigentumsanlage [...] unter Bezugnahme auf seine Zwangsverwalterstellung in Kontakt zu treten, um andere, mit der Zwangsverwaltung nicht im Zusammenhang stehende, geschäftliche Verbindungen anzubahnen oder um Werbung für den Abschluss eines Vertrages zur Verwaltung von Sondereigentum zu betreiben.

**Aus den Gründen:** II. Die Berufung der Klägerin ist begründet und führt zu der beantragten Verurteilung des Beklagten. Soweit der Wortlaut des Tenors von dem des gestellten Antrags

abweicht, erfolgte die Korrektur lediglich unter Klarstellungsgesichtspunkten ohne inhaltliche Abweichungen von dem angestrebten Ziel der Klage.

Das beanstandete Verhalten des Beklagten ist wettbewerbswidrig. Sein Anschreiben an mehrere Eigentümer der Wohnungseigentumsanlage erfüllt den Tatbestand einer unzulässigen Abwerbung von Kunden der Klägerin (§ 1 UWG – Kundenfang bzw. Behinderung).

Das Abwerben von Kunden ist für sich gesehen nicht wettbewerbswidrig. Es liegt im Wesen des erwünschten Leistungswettbewerbs, in einen fremden Kundenkreis einzudringen, um diesen von der Qualität und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung zu überzeugen und zu sich herüber zu ziehen. Unzulässig ist dies nur dann, wenn es mit irreführenden oder unsachlichen Mittel erfolgt. Das ist hier bei gebotener Bewertung der Gesamtwirkung des Anschreibens nebst Anlagen auf die Adressaten der Fall.

Von entscheidender Bedeutung ist, dass der Beklagte sich mit seinem Schreiben gerade in seiner Eigenschaft als Zwangsverwalter als Vertragspartner angedient hat. Das gilt namentlich für das Zusammenspiel des Text einleitenden Hinweises auf seine Beauftragung als Zwangsverwalter mit dem unmittelbar nachfolgenden Satzbeginn „In dieser Eigenschaft ...“. Diese Aussage ist zwar nicht falsch. Denn der Beklagte war ja tatsächlich für einige Wohnungseinheiten zum Zwangsverwalter bestellt worden. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte ohne rechtfertigenden oder gar zwingenden Grund die Autorität und Zuverlässigkeit eines Zwangsverwalters als eines besonders vertrauenswürdigen Funktionsträgers als Mittel zur Über-

zeugung der angeschriebenen Vermieter eingesetzt hat. Durch den quasiamtlichen Sprachgebrauch am Ende des Anschreibens sowie den Hinweis im anliegenden Vertragsentwurf auf eine „Gebühr in Anlehnung an § 153 ZVG“ wurde diese Wirkung noch verstärkt. Wer im gewerblichen Bereich zu Zwecken der Kundenwerbung solche, jedenfalls in der Gesamtschau missverständlichen Eindrücke vermittelt, handelt wettbewerbswidrig, weil die Tatsache der Bestellung zum Zwangsverwalter kein originär wettbewerbsliches Qualitätsmerkmal darstellt.

Hinzu kommt, dass der Beklagte mit seinem Schreiben auch einige objektiv nachvollziehbare Verwirrungen oder gar Ängste bei den angeschriebenen Personen ausgelöst hat. Es mag dahingestellt bleiben, ob bei einem verständigen und durchschnittlich informierten Adressaten ein nachhaltiger und damit wettbewerbsrechtlich relevanter Eindruck erweckt wurde, dass auch für seine Wohnungseinheit eine Zwangsverwaltung bereits angeordnet ist. Das kann offen bleiben, weil das Schreiben mit dem beigefügten Vertragsformular zumindest geeignet war, bei den Adressaten die Vorstellung zu erwecken, in Anbetracht der für die anderen Wohneinheiten ohnehin schon eingeleiteten Zwangsverwaltungen sei es besonders vorteilhaft, durch einen Verwalterwechsel zu dem Beklagten schon jetzt auf einer sichereren Seite zu stehen als bei einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zu der Klägerin.

Das Landgericht [Aurich] hat auch erwogen, dass eine Wiederholungsgefahr nicht gegeben sei, weil der Beklagte eine künftige Unterlassung „versprochen“ habe und seit der Versendung des Schreibens längere Zeit verstrichen sei. Das ist nicht richtig. Wenn das Verhalten des Beklagten wettbewerbswidrig war, kann nur eine strafbewehrte Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr beseitigen. Das schlichte Versprechen des Beklagten, die Vermieter künftig nicht mehr unter Hinweis auf seine Zwangsverwaltertätigkeit anzuschreiben und der bisherige Zeitablauf sind dazu nicht geeignet.

**§§ 3, 4 UWG  
Wettbewerb;  
Kraftfahrzeuganhänger mit Werbeschildern**

**Das Abstellen eines Kraftfahrzeuganhängers mit Werbeschildern im öffentlichen Verkehrsraum, ohne im Besitz einer Sondernutzungserlaubnis zu sein, erfüllt nicht den Tatbestand des § 4 Nr.11 UWG.**

(BGH, Urteil vom 11. 5. 2006 – I ZR 250/03)

**1 Zum Sachverhalt:** Die Beklagte war Halterin von zwei Kraftfahrzeuganhängern, an denen Werbeschilder für den Gaststättenbetrieb K. angebracht waren. In der Zeit vom 3. Dezember 2001 bis zum 11. Februar 2002 waren die Anhänger im öffentlichen Verkehrsraum der Stadt Frankfurt am Main abgestellt. Eine Erlaubnis nach dem Hessischen Straßengesetz hatte die Beklagte nicht eingeholt.

**2** Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe für das Abstellen der Anhänger im öffentlichen Straßenraum zu Werbezwecken eine Sondernutzungserlaubnis nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Hessisches Straßengesetz (HessStrG) benötigt. Das Abstellen der Anhänger zu Werbezwecken im öffentlichen Straßenraum ohne die erforderliche Erlaubnis begründe einen Wettbewerbsverstoß unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch. Das Aufstellen von Anhängern mit Werbeplakaten im öffentlichen Verkehrsraum sei – unabhängig von einem Verstoß gegen § 16 Abs. 1 HessStrG – auch deshalb wettbewerbswidrig, weil es die Verkehrsteilnehmer belästige und überdies die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtige.

**3** Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs den öffentlichen Straßenraum unter Verwendung eines Kfz.-Anhängers zu Werbezwecken zu nutzen, ohne dass eine Nut-

zungserlaubnis der zuständigen Straßenbaubehörde vorliegt; *hilfsweise*, den öffentlichen Straßenraum ohne straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis dadurch zu Werbezwecken zu nutzen und/oder nutzen zu lassen, dass Kfz.-Anhänger mit angebrachten Werbeflächen ohne an ein Zugfahrzeug angekoppelt zu sein, abgestellt werden, wenn dies geschieht, wie ... (es folgen die in den Anlagen K 5 bis K 7 abgelichteten Einzelfälle unter Angabe der entsprechenden Zeiträume).

**4** Die Beklagte ist der Klage entgegen getreten.

**5** Das Landgericht Frankfurt a. M. hat der Klage mit dem Hauptantrag stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen (OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2004, 56).

**6** Mit ihrer (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, *hilfsweise*, nach dem Hilfsantrag zu erkennen. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

**7 Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat das Unterlassungsbegehren der Klägerin für unbegründet erachtet. Dazu hat es ausgeführt:

**8** Ein Verstoß gegen § 16 Abs. 1 Satz 1 HessStrG könne den Vorwurf wettbewerbswidrigen Verhaltens nach § 1 UWG (a. F.) nicht begründen. Es könne deshalb offen bleiben, ob die Beklagte mit der Aufstellung von Kraftfahrzeuganhängern mit Werbeschildern im öffentlichen Verkehrsraum gegen § 16 HessStrG verstoßen habe, weil es sich hierbei um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung handele und die Beklagte nicht über eine entsprechende Erlaubnis verfüge.

**9** Bei der Vorschrift des § 16 Abs. 1 HessStrG, die eine Sondernutzung öffentlicher Straßen von einer Erlaubnis abhängig mache, handele es sich um eine wertneutrale Norm. Ein Verstoß gegen eine derartige Bestimmung sei nur dann nach § 1 UWG (a. F.) wettbewerbswidrig, wenn sie zumindest auch einen sekundären Marktbezug i. S. der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufweise. Daran fehle es bei § 16 Abs. 1 HessStrG. Die Vorschrift diene dazu, eine geregelte Nutzung des öffentlichen Verkehrsraums zu gewährleisten und insbesondere eine übermäßige Inanspruchnahme dieses Raums durch Einzelne zu Lasten der anderen Verkehrsteilnehmer zu verhindern. Damit sei die Regelung auch nicht sekundär dazu bestimmt, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes festzulegen und so auch gleiche rechtliche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen. Die Auswirkungen, die eine unerlaubte Sondernutzung der öffentlichen Straßen durch Werbeschilder auf den Wettbewerb zwischen Werbetreibenden haben könne, seien vielmehr als bloßer Reflex einer ihrer Funktion nach nicht marktbezogenen Bestimmung anzusehen.

**10** Die beanstandete Aufstellung von Kraftfahrzeuganhängern mit Werbeschildern verstoße auch nicht deshalb gegen § 1 UWG (a. F.), weil hierdurch Verkehrsteilnehmer belästigt und die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt würden. Ob derartige Erwägungen Veranlassung dafür sein könnten, Außenwerbung bestimmten Beschränkungen zu unterwerfen, sei eine rechtspolitische Frage, die nur der Gesetzgeber entscheiden könne.

**11** II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zutreffend entschieden, dass die beanstandete Werbemaßnahme der Beklagten nicht wettbewerbswidrig ist.

**12** 1. Auf den Streitfall sind die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3. Juli 2004 anzuwenden, da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch schon zur Zeit der Begehung wettbewerbswidrig war.

13 2. Der Klägerin steht gegen die Beklagte wegen des beanstandeten Aufstellens der Kraftfahrzeuganhänger mit Werbeschildern kein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 4 Nr. 11 i.V. mit § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, § 1 UWG (a. F.) zu.

14 Ein Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG liegt nicht vor, selbst wenn die Beklagte wettbewerbsrechtlich verantwortlich sein sollte, wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat. Das Abstellen eines Kraftfahrzeuganhängers mit Werbeschildern im öffentlichen Verkehrsraum, ohne im Besitz einer möglicherweise nach § 16 Abs. 1 Satz 1 HessStrG erforderlichen Sondernutzungserlaubnis zu sein, erfüllt nicht den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG.

15 a) Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) das Marktverhalten zu regeln. Die Vorschrift knüpft an die Rechtsprechung des Senats zu § 1 UWG (a. F.) an, wonach unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Wettbewerbsrechts nicht jeder Rechtsbruch wettbewerbswidrig ist (Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 19 unter Bezugnahme auf BGHZ 150, 343 – Elektroarbeiten). Die verletzte Norm muss (zumindest auch) die Funktion haben, das Marktverhalten zu regeln und so gleiche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen (grundlegend BGHZ 144, 255, 269 – Abgasemissionen). Die vom Berufungsgericht als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage, ob die verletzte Norm jedenfalls einen Marktbezug aufweisen muss, ist inzwischen nicht nur im Sinne des Berufungsurteils entschieden worden (vgl. BGHZ 155, 301, 305 – Telefonischer Auskunftsdienst; BGH, Urte. v. 15. 5. 2003 – I ZR 292/00, GRUR 2003, 969, 970 = WRP 2003, 1350 – Ausschreibung von Vermessungsleistungen; Urte. v. 23. 10. 2003 – I ZR 64/01, GRUR 2004, 346 = WRP 2004, 485 – Rechtsanwaltsgesellschaft; Urte. v. 4. 11. 2003 – KZR 16/02, GRUR 2004, 255, 258 = WRP 2004, 376 – Strom und Telefon I), sondern nunmehr in § 4 Nr. 11 UWG geregelt.

16 b) Die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 1 HessStrG ist keine Marktverhaltensregelung. Sie dient weder dem Schutz der Mitbewerber noch der Verbraucher oder derjenigen Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind (vgl. Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 4 UWG Rdn. 11. 41; Lettli, GRUR-RR 2004, 225, 227). Das Verständnis des § 16 Abs. 1 Satz 1 HessStrG, der sich auch in den Straßengesetzen anderer Länder wieder findet, lässt die Beurteilung als eine das Marktverhalten regelnde Vorschrift nicht zu.

17 aa) Zweck und Schutzzut dieser Bestimmung liegen – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – ausschließlich im Bereich des öffentlichen Straßenrechts. Ziel der Regelung über die erlaubnispflichtige Sondernutzung ist es, Gefahren für die Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs möglichst auszuschließen oder doch in erheblichem Maße zu mindern, um die Straße für ihren widmungsgemäßen Benutzungszweck und damit den Gemeingebrauch freizuhalten (vgl. BVerwGE 56, 63, 67 zu den insoweit übereinstimmenden Vorschriften des Landesstraßengesetzes Baden- Württemberg und § 8 Abs. 1 Satz 1 FStrG). Der Erlaubnisvorbehalt der Sondernutzung dient damit nicht der Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens, sondern dem Schutz der im Rahmen des Gemeingebrauchs liegenden Nutzungsmöglichkeiten der öffentlichen Straße.

18 bb) Einen Marktbezug erlangt § 16 Abs. 1 Satz 1 HessStrG auch nicht dadurch, dass bei der Entscheidung über die Erlaubnis der Sondernutzung dem öffentlich-rechtlichen Bedürfnis nach einem Interessenausgleich bei Zusammentreffen gegenläufiger Straßennutzungsinteressen verschiedener Straßennutzer Rechnung zu tragen ist (vgl. BVerwGE 56, 63, 68). Auch wenn im Einzelfall der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG Einfluss auf die Ermessensentscheidung haben kann, dient die Vorschrift nicht dazu, gleiche rechtliche

Wettbewerbsvoraussetzungen für die Außenwerbung zu schaffen. Denn die Ermessensentscheidung der Straßenbaubehörde hat sich nicht an Belangen des Wettbewerbs zu orientieren, sondern an Gegebenheiten, die einen sachlichen Bezug zur öffentlichen Straße haben. Zutreffend hat das Berufungsgericht dargestellt, dass Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Werbetreibenden ein bloßer Reflex der auf eine Sondernutzung des öffentlichen Straßenraums bezogenen Normen sind.

19 3. Anhaltspunkte für eine unzumutbare Belästigung (§ 7 Abs. 1 UWG) durch das angegriffene Verhalten hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision zu Recht nicht für gegeben erachtet.

20 III. Danach war die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

### § 2 AGBG; § 305 BGB; § 435 HGB – Kenntnisnahme von AGB im Internet; Beförderungsvertrag

Für die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung kann es genügen, wenn bei einer Bestellung über das Internet die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters über einen auf der Bestellseite gut sichtbaren Link aufgerufen und ausgedruckt werden können.

Zur Haftung des Beförderers für den Verlust von „nicht bedingungsgerechten“ Sendungen im Sinne seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

(BGH, Urteil vom 14. 6. 2006 – I ZR 75/03)

### §§ 823, 1004 BGB – Internetforum; Störerhaftung des Betreibers

Zur Störerhaftung des Betreibers eines Internetforums für im Forum eingestellte Beiträge mit rechtsverletzendem Inhalt.

(OLG Hamburg, Urteil vom 22. 8. 2006 – 7 UF 50/06)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 339, 145 BGB – Vertragsstrafevereinbarung

Das Zustandekommen und die Auslegung einer wettbewerbsrechtlichen Vertragsstrafevereinbarung richten sich nach den allgemeinen Vorschriften. Das Versprechen einer Vertragsstrafe bezieht sich grundsätzlich nicht auf Handlungen, die der Schuldner vor dem Zustandekommen der Vereinbarung begangen hat.

(BGH, Urteil vom 18. 5. 2006 – I ZR 32/03)

### § 1 UWG – Wettbewerb; Klingeltonwerbung in Jugendzeitschriften

Eine gezielte Werbung für Telefonmehrwertdienstleistungen gegenüber Kindern und Jugendlichen in Jugendzeitschriften ist sittenwidrig, wenn sich die Kosten nicht übersehen lassen und das Produkt an jedem Ort und zu jeder Zeit bestellt werden kann.

(OLG Hamburg, Urteil vom 10. 4. 2003 – 5 U 97/02)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlicht in GuT 2003, 195 KL; Revision zurückgewiesen BGH, Urteil vom 6. 4. 2006 – I ZR 125/03.

### § 1 a. F., 3, 4 UWG – Werbung mit Preisreduzierung von 1tägiger Geltungsdauer

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 30. August 2005 wird zurückgewiesen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die

Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Die von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfene Frage, ob der Tatbestand der §§ 3, 4 Nr. 1 UWG erfüllt ist, wenn mit Preisreduzierungen erworben wird, die nur an einem Tag gelten sollen, die potentiellen Käufer keine Möglichkeit haben, sich ausreichend über die Angebote anderer Konkurrenten zu informieren und in Ruhe mit dem beworbenen Angebot zu vergleichen, und wenn dadurch bewirkt wird, dass Käufer sich unter Druck gesetzt fühlen, sich sofort und ohne weitere Vergleiche für die Ware zu entscheiden, steht im Rahmen der streitgegenständlichen Vollstreckungsabwehrklage nicht zur Entscheidung an. Zwar geht die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht davon aus, dass eine Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO im Falle eines Unterlassungstitels begründet ist, wenn das dem Titel zugrunde liegende Verbot durch eine Gesetzesänderung weggefallen ist (vgl. BGHZ 133, 316, 323 – Altunterwerfung I). Dies ist aber im vorliegenden Fall nicht anzunehmen. Der durch die Vollstreckungsabwehrklage angegriffene Titel wurde nicht nur auf das durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 weggefallene Sonderveranstaltungsverbot, sondern – und zwar vorwiegend – auf § 1 UWG a. F. gestützt. Maßstab für die Zulässigkeit der streitgegenständlichen Rabattaktion ist nunmehr der Beispielstatbestand des § 4 Nr. 1 UWG (vgl. auch die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487 S. 17). Eine inhaltliche Änderung gegenüber der Bewertung von Verkaufsförderungsmaßnahmen nach Abschaffung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung gemäß § 1 UWG a. F. erfolgte dadurch nicht (vgl. BGH, Urt. v. 22. 9. 2005 – I ZR 28/03, GRUR 2006, 161 Tz 15 f. = WRP 2006, 69 [= GuT 2006, 44 KL] – Zeitschrift mit Sonnenbrille). Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO abgesehen.

(BGH, Beschluss vom 6. 4. 2006 – I ZR 161/05)

### §§ 3, 4 UWG – Wettbewerb; Kunden werben Kunden

Nach der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung folgt die Wettbewerbswidrigkeit des Einsatzes von Laien zur Werbung von Kunden aufgrund des gewandelten Verbraucherleitbilds nicht schon aus der Gewährung nicht unerheblicher Werbepremien, sondern setzt das Vorliegen sonstiger die Unlauterkeit begründender Umstände voraus. Ein solcher Umstand kann darin liegen, dass sich die Werbung auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, für die besondere Werbeverbote bestehen (hier: Verbot von Zuwendungen bei Heilmitteln).

(BGH, Urteil vom 6. 7. 2006 – I ZR 145/03)

### §§ 7, 8 UWG a. F.; § 159 InsO – Wettbewerb; Insolvenzwareverkauf

Führt ein Insolvenzverwalter im Rahmen der Liquidierung eines Unternehmens eine Verkaufsveranstaltung durch, ist bei der Anwendung der §§ 7, 8 UWG a. F. der besonderen Situation in der Insolvenz Rechnung zu tragen. Maßstab für die Beurteilung, ob eine unzulässige Sonderveranstaltung vorliegt, ist daher der regelmäßige Geschäftsverkehr eines Unternehmens in der Insolvenz. Im Hinblick auf das in § 159 InsO geregelte Gebot, die Abwicklung unverzüglich durchzuführen, ist bei diesem ein kurzfristiger freihändiger Abverkauf der Ware erforderlich.

(BGH, Urteil vom 11. 5. 2006 – I ZR 206/02)

### §§ 14 a. F., 21 GWB; § 4 UWG – Wettbewerb; Zigarettenautomaten-Aufsteller; Bestückungsabrede mit dem Zigarettenhersteller

1. Es ist keine Vereinbarung über die Preisgestaltung (§ 14 GWB), wenn sich der Aufsteller von Zigarettenautomaten vertraglich verpflichtet, Zigaretten in den Automaten nur in einem definierten Bereich anzubieten, der sich nach Packungsgröße und Preiszone des Automatenangebots des vertragsschließenden Zigarettenherstellers bestimmt.

2. Betrifft die Vertragsabrede nur die Voraussetzung für eine Zusatzvergütung als Gegenleistung für die Einhaltung des definierten Automaten-Angebotsbereichs, ist nicht allein deswegen von einer Aufforderung zu einer Liefer- oder Bezugssperre und/oder von der Absicht auszugehen, bestimmte Unternehmen „unbillig“ zu beeinträchtigen. Diese Umstände allein reichen auch für einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG und/oder § 4 Nr. 10 UWG nicht aus.

(OLG Hamburg, Urteil vom 4. 8. 2005 – 1Kart U 12/04)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 25. 10. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 1 a. F., 4 UWG; §§ 1, 32 KWG – Wettbewerb; Transparenzgebot; Umsatzsteuererstattungs-Modell; Kreditgeschäft

Ein nach § 32 KWG erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft i. S. des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG liegt nicht vor, wenn die Bezahlung eines Kaufpreisrests im Umfang des Unterschiedsbetrags zwischen dem vollen und dem im Hinblick auf eine mögliche Steuererstattung vereinbarten verminderten Kaufpreis unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass der Käufer die von ihm in dem Erstattungsverfahren innerhalb einer bestimmten Frist vorzunehmende Mitwirkungshandlung unterlässt.

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem entsprechenden Steuererstattungs-Modell ein unlauteres übertriebenes Anlocken oder ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt.

(BGH, Urteil vom 23. 2. 2006 – I ZR 245/02)

**KL-Mitteleiter:** 7. Zivilsenat des OLG Hamburg; 5. Zivilsenat des OLG Hamburg; RiBGH Wellner, Karlsruhe; 3. Zivilsenat des OLG Hamburg.

### Empfehlungen und Hinweise für unsere Leser

Das **GuT-Gesamtregister 2004–2005** liegt mit Heft 29 (Juli 2006) in gedruckter Form vor. Das Register erschließt die Hefte 14 bis 25 und bereits Heft 26 (Ausgabe 12/05–1/06). Bezieher der GuT über das Abonnementjahr 2005 hinaus binden nur die Hefte 14 bis 25 in die Einbanddecke 2004–2005. Heft 26 wird später mit dem Jahrgang 2006 eingebunden und erneut im entsprechenden Register erschlossen.

Als frei zugängliche pdf-Datei ist auf unsere Internetseite [www.prewest.de](http://www.prewest.de) (dort: „Verlag“ und Unterkategorie „GuT Archiv“) ein Gesamtregister der Hefte 1 bis 26 mit den zwei Stichwortregistern (2001–2003) und (2004–Januar 2006) gestellt.

Die **Einbanddecke 2004–2005** ist beim Verlag in begrenzter Menge vorrätig. Sie kostet 14,50 EUR zzgl. 7% MwSt 1,02 EUR, also 15,52 EUR zzgl. Porto.

Die **Einbanddecke 2001–2003** ist ebenfalls noch in begrenzter Stückzahl vorrätig. Sie kostet 8,00 EUR zzgl. 7% MwSt 0,56 EUR, also 8,56 EUR zzgl. Porto.

Als **Sonderangebot** bis 15. Dezember 2006 und solange unser Vorrat reicht liefern wir bei gleichzeitiger Bestellung der Einbanddecken 2004–2005 und 2001–2003 zum Gesamtpreis von 20,00 EUR zzgl. 2,99 EUR Versandpauschale zzgl. 7% MwSt 1,61 EUR, gesamt somit 24,60 EUR, die Ware und fügen ohne weitere Berechnung bis zu drei Hefte bei, die wegen Verlegens für die Bindearbeiten benötigt werden.

Anforderungen, bitte, an  
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, info@prewest.de  
Tel. 02 28 / 47 63 78, Fax 02 28 / 47 09 54

# Besteuerung

**Umschau September 2006**

*RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erststadt-Liblar*

## **Veranlassungszusammenhang für die Zuordnung von Darlehnszinsen**

Man kann nicht oft genug betonen, wie wichtig es ist, dass bestimmte Darlehn auch nachvollziehbar im Rahmen der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung ihrer Verwendung nach dem Erhaltungs- oder dem Anschaffungs- bzw. Herstellungsaufwand zugeordnet werden können. Wird dieser Veranlassungszusammenhang durchbrochen, werden die insoweit entstandenen Zinsen, Gebühren etc. zu Recht nicht als Werbungskosten anerkannt. Diese bittere Erfahrung musste eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) machen, die die Vermietung und Verwaltung ihres in den Jahren 1968 bis 1971 errichteten Bürohochhauses betrieb, dessen Anschaffungs- und Herstellungskosten von ca. DM 34 Mio. teilweise kreditfinanziert wurden.

Im Rahmen einer Außenprüfung stellte das FA fest, dass die GbR erhaltene Darlehnsvaluta zunächst in einen sog. Cashpool einstellte, in dem auch mehrere andere Darlehnsstände und Guthaben taggleich abgeglichen wurden. Von daher war die unmittelbare Weiterleitung und Verwendung dieser Darlehn zu dem Verwendungszweck Vermietung und Verpachtung nicht mehr gegeben. Der Cashpool als sog. Liquiditätsmanagement verhinderte den ununterbrochenen Nachweis einer unmittelbaren und zweckentsprechenden Darlehnsverwendung. Von daher wurden für die Streitjahre 1982 bis 1987 (jeweils 24 717,- DM, 81 431,- DM, 108 324,- DM, 177 234,- DM, 288 099,- DM und 90 230,- DM = 770 035,- DM) gezahlte Darlehnszinsen nicht mehr als WK bei V+V anerkannt und die entsprechenden Feststellungsbescheide der Streitjahre gem. § 173 Abs.1 Nr.1 AO geändert. Das Hessische FG bestätigte mit Urteil vom 21.11.2005 (DStRE 2006, 833; zugelassene Revision zum BFH unter IX R 10/06) die Auffassung des FA.

Man darf gespannt sein, ob der BFH die Vorinstanz, dessen Urteil gut begründet ist, bestätigen wird. Es wird sicherlich auch eine Haftungsfrage für die Steuerberater sein, die dieses Modell gekannt und gfls. abgesegnet haben. Sie hätten eigentlich wissen sollen, wie eng die finanzgerichtliche Rechtsprechung die unmittelbare Darlehnsverwendung bei der Einkunftsart V+V als Voraussetzung für die Anerkennung insoweit entstandener Darlehnszinsen beurteilt.

## **Zutritt des FA zu einem Bordellbetrieb aufgrund der Steueraufsicht?**

Es ist schon manchmal verwunderlich, über welche Lebenssachverhalte ein FA und FG zu entscheiden haben und man ist erstaunt, welche gerichtliche Entscheidung sodann gefällt wird, die den Steuerbürger erfreut oder auch enttäuscht. Im Verfahren der einstweiligen Anordnung wird jedenfalls vorerst die Antragstellerin (Ast) erfreut gewesen sein.

Sie vermietete in angemieteten Räumlichkeiten Zimmer an Prostituierte, die dort ihre Tätigkeit anbieten und ausüben. Während der Öffnungszeiten des Bordells hielt sich dort ein Verwalter der Ast auf, der nach Mietvertragsabschluss den Künstlernamen der jeweiligen Prostituierten und weitere persönliche Daten (Nationalität, Geburtsdatum, Pass etc.) an das örtliche Sittendezernat meldete vorwiegend zwecks deren ausländerrechtlichen Überprüfung. Seit einigen Jahren beteiligte sich die Ast am sog. Düsseldorfer Verfahren, einem vereinfachten, gesetzlich nicht geregelten Vorauszahlungsverfahren für Prostituierte. Nach diesem Verfahren auf freiwilliger Basis wurde mit dem Miet-Tagessatz ein bestimmter Betrag an Ertragsteuer, Solidaritätszuschlag und USt zu-gleich mit erhoben und vierteljährlich an das FA abgeführt. Nach Kontroversen über eine mög-

liche Abgeltungswirkung dieser pauschalen Steuervorauszahlungen beendete die Ast ihre Teilnahme am Düsseldorfer Verfahren. In der Folgezeit kam es dann zu den im Streitfall beanstandeten Kontrollbesuchen des Antragsgegners (Ag). Gegen den Willen der Ast betreten Beamte der Steuerfahndung in Begleitung von Polizeibeamten an mehreren Tagen das Bordell, um dort die Prostituierten nach Namen, weiteren persönlichen Daten wie Aufenthaltsdauer in den Zimmern, Tätigkeitsumfang, Einnahmen, Kunden und weiteren Daten zu befragen. Einen Durchsuchungsbeschluss hatten sie nicht. Den Antrag beim FG auf Erlass einer einstweiligen Anordnung des Inhalts, dem Ag weitere, gleichartige Kontrollbesuche vorläufig zu untersagen, gab das FG Baden-Württemberg mit Beschluss vom 6. 4. 2006 (EFG 2006,947; zugelassene Beschwerde zum BFH unter VII B 121/06) statt.

Die Kontrollbesuche stellten sich als ein – richterlich nicht genehmigter – Eingriff in den grundgesetzlich gem. Art. 13 GG besonders geschützten Bereich der Wohnungen dar, der nicht durch die Befugnis der Steufa gem. § 208 Abs.1 Satz 1 Nr.3 AO (Aufdeckung unbekannter Steuerfälle) gedeckt war. Sie dienten letztlich nach Überzeugung des Senats vorwiegend dem Zweck, die Ast wieder zur Teilnahme am pauschalen Vorauszahlungsverfahren zu bewegen.

Es dürfte für das FA schwierig sein, diese richterliche Überzeugung der Vorinstanz beim BFH zu erschüttern.

## **Arbeitnehmern überlassene hochwertige Kleidungsstücke als geldwerter Vorteil?**

Teuer zu stehen kam einem Arbeitgeber aus der Bekleidungsbranche, dass er den Mitgliedern der Geschäftsleitung und deren Ehefrauen jährlich ein bestimmtes Kontingent seiner jeweils neuesten Bekleidungskollektion zur Verfügung stellte. Die Mitglieder der Geschäftsleitung müssten auch nach außen hin seine hochwertigen Bekleidungsartikel repräsentieren. Er versteuerte diese überlassenen Firmenprodukte auf der Grundlage des Händlereinkaufspreises als geldwerten Vorteil. Nach einer Lohnsteuer-Außenprüfung kam das FA zu der Auffassung, von dem um 4% geminderten Endpreis jeweils auszugehen und setzte dementsprechend einen um DM 374 213,- erhöhten geldwerten Vorteil im Lohnsteuer-Haftungsbescheid gegen den Arbeitgeber fest. Das FG München gab mit Urteil vom 26. 4. 2002 (EFG 2002, 1040) der Klage statt, auf die Revision des FA hob der BFH jedoch mit Urteil vom 26. 4. 2006 (VI R 20/02, im Internet seit dem 12. 7. 2006) das Urteil der Vorinstanz auf und wies die Klage ab.

Die Überlassung von qualitativ und preislich hochwertigen Bekleidungsstücken – vom Arbeitgeber selbst als Edelmarken bezeichnet – stelle steuerpflichtigen Arbeitslohn dar. Auch wenn die Mitglieder der Geschäftsleitung zum Tragen dieser Kleidung verpflichtet waren laut Kleiderordnung des Arbeitgebers und dies auch zur Werbung diene, wird der Entlohnungscharakter der Zuwendung nicht mit einem überwiegend eigenbetrieblichen Interesse widerlegt.

## **Zulässiger Wechsel von erhöhter (degressiver) AfA zur Sonderabschreibung?**

Der nachfolgende Sachverhalt zeigt einmal mehr, dass die Beharrlichkeit, in einer Rechtssache bis zum BFH zu gehen, erfolgreich sein kann, und dass die Auslegung einer steuerlichen Vorschrift durch ein FG und durch den BFH völlig entgegengesetzt sein kann. Mann muss dann nur beim BFH mit der für den Stpfl. günstigen Auslegung sein!

Die Klägerin erwarb in 1998 ein betrieblich genutztes Wirtschaftsgut für 1,025 Mio. DM und nahm dafür die degressive AfA gem. § 7 Abs. 2 EStG in Anspruch. Im Streitjahr 2000 wollte sie die Sonderabschreibung von 360 000,- DM gem. § 4 FördG in Anspruch nehmen. Nach einer Außenprüfung ver-

weigerte dies das FA unter Hinweis auf § 7 a Abs. 4 EStG, wonach ein Wechsel von der degressiven AfA zur Sonderabschreibung nicht zulässig sei. Bei dieser Auffassung verblieb das FA auch in seiner Einspruchsentscheidung, die das FG des Landes Brandenburg mit seinem Urteil vom 17.8.2005 (EFG 2006, 28) letztlich bestätigte. Die Klägerin sei an die einmal getroffene Wahl der degressiven AfA gebunden, weil sie diese in der Bilanz für das Streitjahr zugleich erstmalig mit der Sonderabschreibung geltend gemacht habe und die Bilanzberichtigung mit Sonderabschreibung und nur linearer AfA nicht zulässig sei. Die zugelassene Revision zum BFH hatte vollen Erfolg. Der BFH entschied mit Urteil vom 14.3.2006 (I R 83/05 in DStR 2006, 1402), Bilanzberichtigung und AfA-Wechsel seien zulässig. Die Vorschrift des § 7 a Abs. 4 EStG verbiete nur die Kumulation verschiedener AfA-Begünstigungen für einen Veranlagungszeitraum, jedoch nicht den Wechsel im nächsten Jahr zur Sonderabschreibung und nur der linearen AfA.

### Erbschaft als Betriebseinnahme?

Eine im Jahre 1996 verstorbene Heimbewohnerin setzte mit notariellem Testament zu einem Drittel die das Heim betreibende Klägerin (eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gesellschafter A zu 90 v.H. und Gesellschafter B zu 10 v.H.) als Erbin ein. Der Erbschaftsanteil der Klägerin betrug 281 105,- DM, der jedoch wegen Prozesse von Nichten und Neffen der Verstorbenen gegen die erfolgte Erbeinsetzung erst 1998 zur Auszahlung kam. Nach einem Schreiben des Testamentsvollstreckers sollte die Erbschaft, die für Altenarbeit der Klägerin einzusetzen war, zum Einbau eines Aufzugs verwendet werden. Nach einer Betriebsprüfung bei der Klägerin behandelte das FA die Erbschaft und die daraus resultierenden Zinsen als Betriebseinnahmen und erhöhte dementsprechend die gewerblichen Einkünfte des Streitjahres 1996 um eine Forderung in Höhe des Erbanteils und die beiden folgenden Streitjahre um die Zinsen von 13 814,- DM bzw. 10 505,- DM. Das FG Baden-Württemberg gab der Klage hinsichtlich der Streitjahre 1996 und 1997 mit Urteil vom 25.6.2003 (EFG 2003, 1465) statt. Die Forderung hätte angesichts der drohenden Prozesse schon ab 1996 und angesichts des § 14 HeimG (Verbot der Zuwendungen von Geld etc. an Träger von Altenheimen durch Heimbewohner, das auch testamentarische Zuwendungen erfasst) nicht bereits 1996 aktiviert werden dürfen ebenso wie der Zinsanspruch nicht in 1997 wegen des Gebots einer vorsichtigen Bilanzierung. Dies bestätigte der BFH mit seinem Urteil vom 14.3.2006 (DB 2006, 1590).

Das FA konnte jedoch gem. § 174 Abs. 4 AO die Forderung und die Zinsen des Jahres 1997 noch nachträglich gewinnerhöhend im Gewinnfeststellungsbescheid 1998 ansetzen. Sicherlich zu Recht hat der BFH einen tatsächlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang der streitigen Erbschaft mit der gewerblichen Tätigkeit der Klägerin bejaht. Erbschaftsteuer fiel ohnehin an, was auf der Ebene der Besteuerung der Gesellschafter zur Vermeidung einer Übermaßbesteuerung einkommensteuermindernd berücksichtigt wurde. Der Fiskus war im Streitfall jedenfalls maßgeblich beteiligt.

### Datenkabel zur Vernetzung eines Büros als wesentlicher Gebäudebestandteil?

Das FA kann manchmal sehr hartnäckig sein und bis zur letzten Instanz gehen, wenn es Geld – hier: Investitionszulage – herausrücken muss. Diese Erfahrung musste eine Firma in Westberlin machen, die ihre Büroimmobilie mit Datenkabeln zur Vernetzung einer EDV-Anlage über mehrere Etagen ausstattete. Von der Gesamtinvestition der EDV-Anlage im Streitjahr 1998 von 241 223,- DM entfielen 95 084,- DM auf die Ausstattung mit Datenkabeln zur Vernetzung der EDV-Anlage. Die Datenkabel waren, ausgehend von den Schränken in den verschiedenen Etagen, in Rohren, Kabelschächten unter den Decken und auf dem Putz verlegt. Nach Auffassung des FA waren sie wesentliche Gebäudebestandteile i. S. v. § 94 Abs. 2 BGB, weil sie auch zum typischen Standard einer Büroimmobilie gehörten. Es verweigerte deshalb die Investitionszulage von 9509,- DM (10% von

95 084,- DM), weil es sich insoweit nicht um bewegliche Wirtschaftsgüter gem. § 2 Abs. 2 InvZulG handele. Das FG Berlin kam jedoch in seinem Urteil vom 3.5.2005 zu dem Ergebnis, dass die Datenkabel nicht fest und untrennbar mit dem Gebäude verbunden waren, dass des weiteren nach einer durchgeführten Erhebung im Jahre 2005 die am Markt befindlichen Büroimmobilien noch nicht einmal zur Hälfte mit Datenverkabelung angeboten wurden. Von daher war im Streitjahr 1998 dies keinesfalls typischer Standard und sprach deshalb die Investitionszulage zu. Die Beschwerde des FA schmetterte der BFH mit Beschluss vom 20.4.2006 (BFH/NV 2006, 1499) ab. Die Frage, ob Datenkabel zur Vernetzung einer EDV-Anlage typischer Standard einer Büroimmobilie sei, obliege dem FG als Tatsacheninstanz. Dessen Feststellungen hierzu verstießen nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze.

### Tänzerin auf einem Laufsteg im Bikini Künstlerin!?

Der Kläger, ein Anbieter von Autozubehör, ließ zu Werbezwecken auf diversen Messen jeweils drei oder vier, häufig wechselnde, aus den USA stammende Tänzerinnen auftreten, sog. american girls. Die Tänzerinnen präsentierten sich auf einer Bühne, die wie ein erhöhter Laufsteg mit heller Beleuchtung angelegt war. Die Auftritte sahen so aus, dass jeweils eine Tänzerin den Laufsteg auf und ab ging und sich zur Musik bis auf einen Bikini oder Badeanzug auszog. Jede Tänzerin hatte pro Tag i. d.R. vier Auftritte zu 3 bis 5 Minuten. Die übrige Zeit hatten sie zur freien Verfügung. Das FA war der Ansicht, dass die Auftritte künstlerischen Darbietungen ähnlich seien i. S. v. § 50 a Abs. 4 Nr. 1 EStG und nahm deshalb den Kläger per Haftungsbescheid für auf die Gagen sowie die Aufwendungen für Flug, Hotel und Verpflegung anfallende Abzugssteuer in Anspruch.

Das FG Münster jedoch hob mit Urteil vom 25.4.2006 (EFG 2006, 1166; Revision zum BFH unter VI R 35/06) den Haftungsbescheid auf. Diese Auftritte seien weder künstlerisch noch eine dem ähnliche Darbietung. Der Begriff „ähnlich“ in § 50 a Abs. 4 Nr. 1 EStG sei eng auszulegen. Eine künstlerische Darbietung müsse eigenschöpferisch sein. Hier erschöpften sich die Auftritte in der bloßen Unterhaltung des Publikums in Form einer ansprechenden Leistung mit erotischem Reiz. Dem „sich Entledigenden“ von Kleidungsstücken per se einen besonderen künstlerischen Wert zu unterstellen, verbiete sich im Hinblick darauf, dass dies letztendlich von Jedermann dargeboten werden kann. Den Darbietungen fehlte auch eine gewisse Leistungshöhe, da diese über ein paar einfache, leicht nachzumachende rhythmische Bewegungen zur Musik bei gleichzeitiger Entkleidung nicht hinausgingen.

Ob diese doch sehr lebensnahe Beschreibung von sonst sehr nüchternen Richtern auch die beim BFH überzeugen wird?

### Haushaltsnahe Dienstleistung auch für selbst nutzende Wohnungseigentümer?

Der seit Anfang 2003 neu geschaffene § 35 a Abs. 2 Satz 1 EStG ermöglicht es sowohl dem selbst nutzenden Eigentümer als auch Mieter einer Wohnung, für die Inanspruchnahme sog. haushaltsnaher Dienstleistungen für seinen Privathaushalt eine Ermäßigung um 20 v.H. dieses Aufwands (max. € 600,- und beschränkt auf den Arbeitslohn) bei seiner zu zahlenden Einkommensteuer zu beantragen. Dem fremdvermietenden Eigentümer ist diese Ermäßigung ausdrücklich verwehrt, weil er diesen Aufwand regelmäßig als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus V+V geltend machen kann. Bis einschließlich 2005 zählten zu diesen haushaltsnahen Dienstleistungen nicht nur Kosten der Reinigung der Wohnung (z. B. Fensterputzen) und Gartenpflegearbeiten (z. B. Rasenmähen, Heckenschneiden), sondern auch Tätigkeiten wie Schönheitsreparaturen i. S. v. § 28 Abs. 4 Satz 2 der II. BVO (ab Januar 2004 BetrKV; z. B. Tapezieren und Streichen von Innenwänden) und kleine Ausbesserungsarbeiten, die regelmäßig von Mitgliedern des Privathaushalts erledigt werden. Handwerkliche Tätigkeiten, die über kleine Ausbesserungsarbeiten hinausgingen (z. B. Neukachelung eines ganzen Bades) oder regelmäßig von Fachkräften durchgeführt

werden (z. B. Reparatur und Wartung der Heizungsanlage), waren nicht begünstigt (vgl. dazu BMF-Schreiben vom 1.11.2004, BStBl I 2004,958, Abschnitt I Ziff. 4). Mit der Neufassung des § 35 a Abs. 2 EStG ab Januar 2006 wurde die Steuerermäßigung auf alle Handwerkerleistungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsarbeiten erweitert, so dass seitdem die Ermäßigung auch für Arbeiten von Fachkräften, die nicht nur kleine Ausbesserungen, aber auch kein Herstellungsaufwand (Anbringung einer bisher nicht vorhandenen Markise) sein dürfen, gewährt wird. Wie bisher müssen jedoch die Rechnung eines Unternehmers und eine Banküberweisung (keine Barzahlung) vorgelegt werden.

Die Finanzverwaltung forderte von Anfang an für die Inanspruchnahme der Steuerermäßigung, dass der Stpfl. selbst der Auftraggeber der haushaltsnahen Dienstleistung sein musste und auch selbst an den Dienstleister zahlte. Bei Wohnungseigentümergeinschaften, bei denen der für diese handelnde Verwalter regelmäßig der Auftraggeber der haushaltsnahen Dienstleistungen ist und der diese auch in aller Regel aus Sonderumlagen oder der Instandhaltungsrücklage bezahlt, lehnte die Finanzverwaltung diese Steuerermäßigung für den selbst nutzenden Eigentümer einer ETW ab (Schreiben a. a. O., Abschnitt II). Von daher wurde dem selbst nutzenden Eigentümer oder Mieter eines EFH für Reinigungs- und Gartenpflegearbeiten die Steuerermäßigung des § 35 a EStG schon ab 2003 von seinem Wohnsitz-FA stets gewährt, weil er eine Rechnung des Unternehmers auf seinen Namen und einen eigenen Überweisungsbeleg vorlegen konnte, der selbst nutzende Eigentümer einer ETW hingegen nicht. Letzterer konnte nur die jährliche Nebenkostenabrechnung seines Hausverwalters vorlegen, in der seine anteiligen Hausreinigungs- und Gartenpflegekosten ausgewiesen waren, ihm wurde die Steuerermäßigung deshalb verweigert. Dies wird u. a. kritisiert von Glanegger (Schmidt/Glanegger, EStG, 2006, § 35 a, Rdnr. 10), der darin eine ohne Grund unterschiedliche Behandlung des selbst nutzenden Eigentümers eines EFH und einer ETW sieht.

Das FG Köln (Urteil 5 K 2573/05 vom 24.1.2006 in EFG 2006,1064; Revision zum BFH unter VI R 18/06; ähnlich schon FG Köln Urteil 15 K 1526/05 vom 27.10.05 in EFG 2006,503 betr. mtl. Mietzahlung einer Seniorenresidenz-Bewohnerin, NZB zum BFH unter VI B 16/06) gewährte dem Eigentümer einer selbst genutzten ETW für das Streitjahr 2003 für Kosten von € 424,75, die für Gartenpflege, Hausmeister, Hausreinigung und Winterdienst in seiner von der Hausverwalterin erstellten Jahresabrechnung 2003 für ihn anteilig ausgewiesen waren, die Steuerermäßigung von € 84,95 nicht. Nach dem objektiven Willen des Gesetzgebers sowie Auslegung, Sinn und Zweck der Vorschrift des § 35 a EStG sollen nur Leistungen begünstigt werden, die der Stpfl. selbst in Auftrag gegeben hat und ihm ggü. persönlich erbracht worden sind. Schwarzarbeit, die mit der Vorschrift des § 35 a EStG bekämpft werden soll, sei bei Dienstleistungen für Eigentümergeinschaften weit weniger anzutreffen als bei solchen in Privathaushalten. Beim selbst nutzenden Eigentümer eines EFH liege ein anderer, nicht vergleichbarer Sachverhalt vor, der deshalb nicht ungerechtfertigt schlechter behandelt werde.

Demgegenüber gewährte das FG Baden-Württemberg (Urteil 13 K 262/04 vom 17.5.2006 in EFG 2006, 1163 mit Anm., Revision zum BFH unter VI R 28/06) für das Streitjahr 2003 die Steuerermäßigung von € 80,60 dem Eigentümer einer selbst genutzten ETW für anteilige, auf sein Wohnungseigentum entfallende Kosten von zus. € 403,- für Hausreinigung und Gartenpflege. Die Auslegung des § 35 a EStG in dem BMF-Schreiben, wonach der Stpfl. Auftraggeber sein müsse, sei nicht zutreffend. Entgegen dem ausdrücklich erwähnten Urteil des FG Köln vom 24.1.2006 ergebe sich aus dem objektiven Willen des Gesetzgebers sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift keine solche Auslegung. Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertige bei wesentlich gleichen Sachverhalten nicht eine gleichheitswidrige Unterscheidung bei Eigentümergeinschaften und Eigentümern eines EFH. Sie sei sachlich nicht gerechtfertigt und deshalb will-

kürlich. Unschädlich sei, dass der Hausverwalter als Vertreter der Wohnungseigentümer die gesamten Kosten einschl. der anteiligen Kosten des Klägers auf das Konto des Dienstleisters überwiesen habe, weil sich seine anteiligen Kosten zweifelsfrei aus seiner Jahresabrechnung 2003 ergäben.

Die Finanzverwaltung lässt es zu, den nicht begünstigten Materialkostenaufwand notfalls im Schätzungswege auszuscheiden (Vfg. der OFD Koblenz vom 1.6.2006 in DB 2006, 1652). Von daher sollte der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft es tunlichst unterlassen, den selbst nutzenden Eigentümern von ETW eine gesonderte Abrechnung oder Bestätigung mit dem anteiligen Materialkostenaufwand für steuerliche Zwecke zu erstellen. Keinesfalls sollte er diesen die Beauftragung der anteiligen Dienstleistung durch den einzelnen Eigentümer bestätigen. Ein Beschluss der Eigentümergeinschaft zur Einzelbeauftragung würde sogar wegen § 27 Abs. 3 WEG in den Kernbereich der Aufgaben des Verwalters eingreifen und ungültig sein (Beschluss OLG Düsseldorf vom 7.2.2006 in NZM 2006, 466).

Man fragt sich, ob es sich bei dem Urteil des FG Baden-Württemberg bereits um eine unzulässige, richterlich erweiternde Gesetzesauslegung und bei dem des FG Köln noch um eine zulässige, gffls. lückenausfüllende Gesetzesauslegung handelt. Es ist schließlich bemerkenswert, wie zwei Finanzgerichte mit jeweils drei Berufsrichtern mit den gleichen Argumenten zu völlig konträren Auslegungen einer steuerlichen Gesetzesvorschrift kommen. Dies bestätigt einmal mehr, dass man bei Gericht und auf hoher See in Gottes Hand ist, und man darf auf das letztinstanzliche Urteil des BFH gespannt sein. Es ist jedenfalls jedem selbst nutzenden Eigentümer einer ETW, der für anteilige Gartenpflege- und Hausreinigungskosten die Steuerermäßigung des § 35 a Abs. 2 EStG bei seinem Wohnsitz-FA beantragt hat und dem diese in seinen Einkommensteuerbescheiden seit 2003 versagt worden ist, anzuraten, hiergegen Einspruch einzulegen und dessen Ruhen bis zur Entscheidung des BFH über die Revisionsverfahren VI R 18 und 28/06 gem. § 363 Abs. 2 AO zu beantragen.

Nach neuesten Erkenntnissen wurde die vom FG Baden-Württemberg wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassene und vom FA eingelegte Revision auf Weisung des Ministeriums zurückgenommen und das Verfahren VI R 28/06 vom BFH mit Beschluss vom 7.7.2006 eingestellt. Es soll auf Bundesebene bereits seit Ende Juni 2006 ein Erlass im Entwurf beschlossen sein, wonach entgegen dem BMF-Schreiben vom 1.11.2004 in allen offenen Fällen (z. B. wegen Einspruchs) nicht nur dem selbst nutzenden Wohnungseigentümer, sondern auch dem Mieter (Heimbewohner) die Vergünstigung des § 35 a Abs. 2 EStG, die gffls. im Schätzungswege ermittelt werden kann, gewährt wird. Sollte ein solches BMF-Schreiben demnächst bekannt gegeben werden, würde dies sicherlich zu mehr Rechtsfrieden beitragen.

**§§ 611, 634, 635 BGB n. F.**  
**Steuerberatervertrag als Dienstvertrag; Fehlerbehebung durch Nachbesserung; Steuerberaterhaftung**

- a) Ein mit einem Steuerberater geschlossener Vertrag, der auch eine Beratung in Steuerangelegenheiten zum Gegenstand hat, ist in jedem Fall ein Dienstvertrag.
- b) Der Steuerberater hat jedenfalls dann kein Nachbesserungsrecht hinsichtlich einer Einzelleistung mit werkvertraglichem Charakter, wenn sein Auftraggeber das Mandat bereits beendet hatte und der Fehler erst von einem neu beauftragten Steuerberater entdeckt worden ist.

(BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 – IX ZR 63/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin nimmt die beklagte Steuerberatungsgesellschaft wegen der fehlerhaften Erstellung des Jahresabschlusses und auf diesem Fehler beruhender fehlerhafter Steuererklärungen für das Jahr 1998 auf Schadensersatz

in Anspruch. Die Klägerin hatte die Beklagte im Jahre 1997 mit der Führung der Buchhaltung, der Erstellung der Jahresabschlüsse mit Erläuterungsbericht, der Erstellung der Steuererklärungen für Gewerbesteuer und Körperschaftsteuer, der Prüfung der Steuerbescheide und – soweit erforderlich – der Einlegung von Einsprüchen beauftragt. Unter dem 30. November 1999 kündigte sie das Mandat und beauftragte eine andere Beratungsgesellschaft mit der Erstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 1999. Die neue Beraterin stellte die im vorliegenden Prozess beanstandeten Fehler fest, die zu Beratungsmehrkosten und Zinsschäden in Höhe von insgesamt 6818,87 € führten. Diesen Betrag verlangt die Klägerin jetzt noch von der Beklagten ersetzt. Nach Ansicht der Beklagten besteht ein Anspruch auf Schadensersatz deshalb nicht, weil sie keine Gelegenheit erhalten habe, die Fehler des Jahresabschlusses und der Steuererklärungen selbst zu beseitigen. Die Vorinstanzen [LG/OLG Karlsruhe] haben die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

2 **Aus den Gründen:** Die Revision bleibt ohne Erfolg.

3 1. Das Berufungsgericht hat den Vertrag der Parteien zu Recht als Dienstvertrag eingeordnet.

4 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vertrag, durch den einem Steuerberater allgemein die Wahrnehmung aller steuerlichen Interessen des Auftraggebers übertragen wird, regelmäßig als Dienstvertrag (§§ 611 ff BGB) anzusehen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Der Steuerberater schuldet im Rahmen eines derartigen Vertrages unterschiedliche Tätigkeiten, die keineswegs stets auf einen bestimmten Erfolg gerichtet sind. Die steuerliche Beratung bei der Anlage und der Bewertung von Vermögen, bei der Ausschöpfung von Steuervergünstigungen und bei der Vertretung des Steuerpflichtigen vor den Steuerbehörden als allgemeiner Beistand in Steuerangelegenheiten stellt eine reine Dienstleistung dar. Dass dazu Zahlen ermittelt, Unterlagen erstellt und Erklärungen gefertigt werden müssen, liegt in der Natur der Sache und steht einer Einordnung des Vertrages als Dienstvertrag nicht entgegen. Der Vertrag ist in seiner Gesamtheit nach der vom Auftraggeber gewählten Zielrichtung zu beurteilen. Unter diesem Gesichtspunkt wird nicht schon jede zu erbringende Einzelleistung als Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts (§ 631 Abs. 2 BGB) geschuldet, selbst wenn sie für sich gesehen auf ein bestimmtes Ergebnis gerichtet ist (BGHZ 54, 106, 107 f; 115, 382, 386; BGH, Urt. v. 21. November 1996 – IX ZR 159/95, WPM 1997, 330; vgl. auch Urt. v. 7. März 2002 – III ZR 12/01, NJW 2002, 1571, 1572). Ein Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter ist ausnahmsweise bei Einzelaufträgen anzunehmen, die auf eine einmalige, in sich abgeschlossene Leistung gerichtet sind, etwa die Anfertigung bestimmter Bilanzen, ein Gutachten oder eine Rechtsauskunft zum Gegenstand haben; denn in derartigen Fällen wird der Steuerberater das Risiko im Allgemeinen hinreichend abschätzen können, um für einen bestimmten Erfolg seiner Tätigkeit als Werkleistung im Sinne von § 631 BGB einzustehen (BGHZ 115, 382, 386; BGH, Urt. v. 7. März 2002, a. a. O.). In einer älteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof einen Steuerberatervertrag als Dienstvertrag angesehen, in dem der Steuerberater (nur) mit der Buchhaltung, der Erstellung der Jahresabschlüsse und der Vorbereitung der Steuererklärungen beauftragt worden war (Urt. v. 6. Dezember 1979 – VII ZR 19/79, LM § 675 BGB Nr. 73 = WPM 1980, 308, 309). Umgekehrt hat der Bundesgerichtshof Werkvertragsrecht auf einen Vertrag angewandt, der Buchhaltungsarbeiten und den Entwurf von Jahresabschlüssen durch ein gewerbliches Unternehmen – keinen Steuerberater – zum Gegenstand hatte; denn die geschuldeten Leistungen seien auf eine fehlerfreie Erfassung und Auswertung der vorhandenen Daten, daher auf bestimmte Arbeitsergebnisse und einen Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts gerichtet gewesen, für den allein die Auftragnehmerin die Verantwortung

zu tragen habe und der demnach – anders als beim Dienstvertrag – in deren eigenen Risikobereich falle (Urt. v. 7. März 2002, a. a. O. S. 573).

5 b) Nach diesen Maßstäben war der von den Parteien geschlossene Vertrag ein Dienstvertrag. Das Berufungsgericht hat zwar als „streitig“ bezeichnet, ob die Beklagte mit der Wahrnehmung „aller“ steuerlichen Interessen der Klägerin beauftragt worden ist. Die Gesamtheit der ihr übertragenen Aufgaben war jedoch nicht auf die Erzielung eines bestimmten Erfolges gerichtet, für den sie im Sinne des § 631 Abs. 2 BGB hätte eintreten können. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte „im Sinne eines Bausteinprinzips“ verpflichtet war, alle Schritte von der Erfassung der Daten durch die Buchhaltung, deren Umsetzung und Einbeziehung in die auch noch auf weiteren Informationen beruhenden Jahresabschlüsse und Bilanzen bis hin zu deren Umsetzung in die Steuererklärungen für Gewerbesteuer und Körperschaftsteuer durchzuführen. Ziel des Auftrags war es, steuerlich und wirtschaftlich günstige Steuererklärungen zu erarbeiten und so, erforderlichenfalls nach Durchführung eines Einspruchsverfahrens, eine möglichst vorteilhafte Besteuerung zu erreichen. Auf die abschließenden Entscheidungen der Finanzverwaltung, das „Endergebnis“ ihrer Tätigkeit, hatte die Beklagte letztlich keinen Einfluss mehr.

6 2. Entgegen der Ansicht der Revision handelte es sich bei dem Jahresabschluss 1998 auch nicht um eine Einzelleistung, auf die unabhängig von der Einordnung des Steuerberatervertrages insgesamt Werkvertragsrecht anzuwenden gewesen wäre. Einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 634 BGB a. F. bedurfte es nicht.

7 a) In der Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte und in der Literatur ist die Anwendung der Vorschriften des Werkvertragsrechts, insbesondere des hier gegebenenfalls einschlägigen § 634 BGB in der bis zum 1. Januar 2002 gültigen Fassung, auf Einzelleistungen des Steuerberaters innerhalb eines umfassenden, als Dienstvertrag einzuordnenden Beratervertrages für möglich gehalten worden (zum Beispiel OLG Koblenz VersR 2004, 389, 390; OLG Düsseldorf VersR 2002, 721; Späth, Die zivilrechtliche Haftung des Steuerberaters 4. Aufl. Rn. 134.2, 295, Staudinger/Peters, BGB Bearb. 2003 Vorbem. zu § 631 ff Rn. 32; Soergel/Teichmann, BGB 12. Aufl. Vor § 631 Rn. 87; Gräfe EWiR 2002, 667, 668; weitere Nachweise der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bei BGH, Urt. v. 7. März 2002, a. a. O. S. 1572; Eckert, Steuerberatergebührenverordnung 3. Aufl. Vor § 1 StBGebV Anm. 1.3.2). Wäre dies richtig, haftete die Beklagte zunächst nicht. Nach § 634 BGB a. F. hatte der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels mit der Erklärung zu setzen, dass er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehne. Zu den Voraussetzungen des § 634 Abs. 2 BGB a. F., unter denen eine Fristsetzung ausnahmsweise entfallen konnte, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

8 b) Ob im Rahmen eines insgesamt als Dienstvertrag anzusehenden Steuerberatervertrages überhaupt eine Verpflichtung des Mandanten bestehen kann, dem Steuerberater die Nachbesserung einzelner Teilleistungen zu ermöglichen, braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. Ein Nachbesserungsrecht kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der Fehler, wie im vorliegenden Fall, erst nach Kündigung des Vertrages durch den Mandanten von dessen neuem Steuerberater bemerkt worden ist.

9 aa) Die Anwendung der §§ 634, 635 BGB a. F. in einem solchen Fall stünde im Widerspruch zur Vorschrift des § 627 BGB. Nach § 627 Abs. 1 BGB ist bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 BGB ist, die Kündigung ohne die besonderen Voraussetzungen des § 626 BGB zulässig, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, und nicht in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen steht. Steuerberater leisten in der Regel Dienste höherer Art im Sinne des § 627

BGB, weil der Mandant ihnen Einblick in seine Berufs-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse gewährt (BGHZ 54, 106, 108; BGH, Urt. v. 19. November 1992 – IX ZR 77/92, NJW-RR 1993, 374 mit weiteren Nachweisen). Der ihnen erteilte Auftrag kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen mit sofortiger Wirkung beendet werden. Von dieser Möglichkeit hat die Klägerin mit Schreiben vom 30. November 1998 Gebrauch gemacht, ohne dass die Beklagte die Kündigung hätte verhindern können. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 627 Abs. 1 BGB, nur Personen des eigenen Vertrauens mit der steuerlichen Beratung befassen zu dürfen, würde nicht erreicht, wenn der Auftraggeber gehalten wäre, dem wirksam gekündigten Berater hinsichtlich bestimmter Teilleistungen Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben und damit erneuten und weiteren Einblick in vertrauliche Einzelheiten der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit zu gewähren.

10 bb) Anders als in dem Fall, welcher der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. März 2002 (a. a. O. S. 1573) zugrunde liegt, entspräche eine Nachbesserung in einem solchen Fall auch nicht den Interessen beider Vertragsparteien.

11 Der Steuerberater hat Fähigkeiten und Kenntnisse, welche dem Mandanten regelmäßig selbst nicht zur Verfügung stehen. Ob er seine Arbeit mangelfrei erbringt, kann der Mandant oft selbst nicht beurteilen. Auch im vorliegenden Fall sind die Fehler der Leistungen der Beklagten nicht von der Klägerin selbst entdeckt worden, sondern von dem Steuerberatungsbüro, das die Klägerin nach der Kündigung des Vertrages mit der Beklagten neu beauftragt hatte. In einem solchen Fall wäre es umständlich, zeitaufwendig und den Mandanten unnötig belastend, wenn er dem früheren Berater trotz der Kündigung die Möglichkeit einer Mängelbeseitigung einräumen müsste. Der neue Berater, dem der Fehler aufgefallen ist, hat sich regelmäßig bereits eingearbeitet, weil die von ihm zu erstellende Bilanz auf derjenigen des vorhergehenden Geschäftsjahres aufzubauen hatte (Grundsätze der Bilanzidentität, § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB, und der Bilanzkontinuität, § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB). Er müsste seine Arbeiten, die zur Aufdeckung des Fehlers geführt haben, unterbrechen und die für die Nachbesserung erforderlichen Unterlagen wieder dem früheren Berater zur Verfügung stellen, der sich neu einzuarbeiten hätte.

12 Außerdem kann es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem früheren und dem neuen Berater über die zutreffende steuerrechtliche Einordnung bestimmter Geschäftsvorfälle kommen. Der Vorwurf fehlerhafter Tätigkeit des Vorgänger-Beraters wird nicht selten auf derartige Meinungsverschiedenheiten zurückzuführen sein. Zweck der Steuerberatung ist es, die dem Auftraggeber fehlende Sach- und Rechtskunde auf diesem Gebiet zu ersetzen (BGH, Urt. v. 20. Oktober 2005 – IX ZR 127/04, WPM 2005, 2345, 2346). Der Mandant, der wegen seiner fehlenden Sachkunde einen Steuerberater beauftragt hat, kann in der Regel nicht entscheiden, welche Ansicht zutrifft. Ihm ist nicht zuzumuten, sich erneut den Ansichten des von ihm bereits gekündigten ehemaligen Beraters zu unterwerfen und sich dadurch in Widerspruch zur Auffassung seines neuen Beraters zu setzen, welcher derzeit sein Vertrauen genießt und die Folgearbeiten zu erledigen hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 249, 675 BGB**

**Steuerberatung; Schaden durch Steuerzahlungen; Reiterhof mit jugendlichen Pensionsgästen; Umsatzsteuer**

**Durch Steuerzahlungen entsteht dem Mandanten eines Steuerberaters ein ersatzfähiger Schaden dann nicht, wenn er keinen Anspruch auf Steuerbefreiung hat. Dem steht nicht entgegen, dass die zuständigen Finanzbehörden zeitweise den gegenteiligen Standpunkt eingenommen haben (Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 28. September 1995 – IX ZR 158/94, NJW 1995, 3248).**

(BGH, Urteil vom 6. 7. 2006 – IX ZR 88/02)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin betreibt ebenso wie ihre Rechtsvorgängerin, eine Kommanditgesellschaft (im Folgenden nur: Klägerin), einen Reiterhof mit Pensionspferdehaltung, Pferdezucht und Aufnahme von Pensionsgästen. Die Umsätze aus der Beherbergung und Beköstigung von Kindern und Jugendlichen wurden beginnend mit dem Jahr 1982 als nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbare und mangels Eingreifens eines Befreiungstatbestandes auch steuerpflichtige Umsätze behandelt. Demgemäß erließ das zuständige Finanzamt auf der Grundlage einer Umsatzsteuersonderprüfung im Jahre 1986/1987 am 8. Februar 1991 die Umsatzsteuerbescheide für die Jahre 1982 bis 1984. Die Klägerin legte diese innerhalb der Rechtsbehelfsfrist der beklagten Steuerberatungsgesellschaft, welche die Klägerin allgemein in steuerlichen Angelegenheiten beriet, zur Prüfung vor. Die Beklagte legte keinen Einspruch ein.

2 Sie nahm für die Klägerin auch die Umsatzsteuervoranmeldungen und die Umsatzsteuerjahresanmeldungen für die Jahre 1985 bis 1993 vor. Hierbei ging sie ebenso wie das zuständige Finanzamt von steuerbaren und steuerpflichtigen Umsätzen nach § 1 Abs. 1 UStG aus. Im Anschluss an eine weitere, im Jahr 1995 durchgeführte Betriebsprüfung ergingen am 30. Januar 1996 Umsatzsteuerbescheide für die Jahre 1989 bis 1993. Hierbei behandelte das Finanzamt die Umsätze der Klägerin bei der Beköstigung, Unterbringung und Fortbildung von Kindern und Jugendlichen als umsatzsteuerfrei.

3 Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen der nicht beantragten Steuerbefreiung für die Jahre 1982 bis 1984 sowie für die Jahre 1992 und 1993 auf Schadensersatz in Anspruch. Das Landgericht Koblenz hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat, nachdem es die Berufung der Klägerin mit Teilurteil vom 6. Mai 1999 in einzelnen Punkten zurückgewiesen hatte, mit dem angefochtenen Teilend- und Grundurteil das Bestehen einer Schadensersatzpflicht bejaht. Hiergegen richtet sich die vom Senat angenommene Revision der Beklagten.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg.

5 1. Das Rubrum war dahin zu berichtigen, dass nicht die R. GmbH & Co. KG als Klägerin aufzuführen ist, sondern die R., Inhaberin I. G., selbst Klägerin ist. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass auch bei äußerlich unrichtiger Bezeichnung grundsätzlich das Rechtssubjekt als Partei anzusehen ist, das durch die fehlerhafte Bezeichnung nach deren objektivem Sinn betroffen werden soll (BGH, Besch. v. 15. Mai 2006 – II ZB 5/05, Rn. 11, z.V.b. [= GuT 2006, 203 KL]). Diese Grundsätze gelten auch, wenn sich die klagende Partei selbst fehlerhaft bezeichnet hat (BGH, Urt. v. 12. Oktober 1987 – II ZR 21/87 – NJW 1988, 1585, 1587 m.w.N.).

6 Im vorliegenden Fall spricht entscheidend für die Zulässigkeit einer bloßen Rubrumsberichtigung, dass die Klägerin von vornherein einen Schadensersatzanspruch des Unternehmensträgers, der durch eine steuerliche Fehlberatung des Unternehmens entstanden sein soll, geltend machen wollte. Der behauptete Anspruch wäre in der Person der damaligen Kommanditgesellschaft entstanden. Deren Vermögen ist vor Klageerhebung auf die im Rubrum aufgeführte Einzelkauffrau – bis dahin Kommanditistin – übergegangen, als die persönlich haftende Gesellschafterin aus der zweigliedrigen Gesellschaft ausschied (vgl. BGHZ 48, 203, 206; 113, 132, 133 f; Baumbach/Hopt, HGB 32. Aufl. Einl. V. § 105 Rn. 22). Daher handelte es sich entgegen der äußeren Parteibezeichnung von Anfang an um eine Klage des fortgeführten einzelkaufmännischen Betriebs.

7 2. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe die Verfügung der Oberfinanzdirektion Koblenz vom 1. September 1989 (UR 1990, 224 f) kennen müssen. Aufgrund dieser Verfügung sei sie gehalten gewesen, bei der Klägerin nachzufragen, ob die in der Verfügung dargestellten Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung bei Lieferung und sonstigen Leistungen gemäß § 4 Nr. 23 UStG auch bei ihrem Reiterhof vorliegen. Sie hätte der Klägerin raten müssen, Einspruch gegen die Umsatzsteuerbescheide vom 8. Februar 1991 einzulegen. Entsprechend

diesem Rat hätte sich die Klägerin verhalten. Das zuständige Finanzamt hätte dem Einspruch stattgegeben. Aus den gleichen Gründen habe die Beklagte es schuldhaft pflichtwidrig versäumt, für die Jahre 1992 und 1993 die Steuerbefreiung zu beantragen.

8 3. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Ob die Beklagte überhaupt, bezogen auf den der Klage zugrunde liegenden Zeitraum, eine ihr der Klägerin gegenüber obliegende Pflicht verletzt hat, kann dahinstehen. Jedenfalls ist dieser dadurch, dass die Beklagte sie nicht auf die Steuerbefreiung bei Lieferungen und sonstigen Leistungen gemäß § 4 Nr. 23 UStG hingewiesen und die Befreiung bei ihrer umsatzsteuerrechtlichen Betreuung berücksichtigt hat, kein Schaden entstanden. Das folgt aus dem normativen Schadensbegriff: Der Geschädigte soll im Wege des Schadensersatzes grundsätzlich nicht mehr erhalten als das, was er nach der materiellen Rechtslage verlangen kann. Der Verlust oder die Vorenthaltung einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die nach der Rechtsordnung kein Anspruch besteht, stellt keinen ersatzfähigen Nachteil dar (BGHZ 124, 86, 95; 125, 27, 34; Zuehör/Fischer, Handbuch der Anwaltschaft Rn. 1095). Die Klägerin hatte keinen Anspruch auf Steuerbefreiung gemäß § 4 Nr. 23 UStG. Nach dieser Vorschrift ist steuerfrei die Gewährung von Beherbergung, Beköstigung und der üblichen Naturalleistungen durch Personen und Einrichtungen, wenn sie überwiegend Jugendliche für Erziehungs-, Ausbildungs- oder Fortbildungszwecke bei sich aufnehmen, soweit die Leistung an die Jugendlichen oder an die bei ihrer Erziehung, Ausbildung, Fortbildung oder Pflege tätigen Personen ausgeführt wird. Jugendliche im Sinne dieser Vorschrift sind alle Personen vor Vollendung des 27. Lebensjahres.

9 a) Hierzu hat der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 28. September 2000 (BFH BStBl. 2001 II 691, 692) entschieden, dass der Unternehmer, der Jugendliche für Erziehungszwecke bei sich aufnimmt, eine Einrichtung auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendbetreuung oder der Kinder- und Jugenderziehung im Sinne des Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. h oder i der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern (Richtlinie 77/388/EWG) unterhalten muss (übereinstimmend Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen v. 28. September 2001, BStBl. 2001 Teil I S. 726). Nach diesen Bestimmungen befreien die Mitgliedstaaten die eng mit der Kinder- und Jugendbetreuung verbundenen Dienstleistungen und Lieferungen von Gegenständen durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder andere von dem betreffenden Mitgliedstaat als Einrichtung mit sozialem Charakter anerkannte Einrichtungen sowie die Erziehung von Kindern und Jugendlichen, den Schul- oder Hochschulunterricht, die Ausbildung, die Fortbildung oder die berufliche Umschulung sowie die damit eng verbundenen Dienstleistungen und Lieferungen durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die mit solchem Auftrag betraut sind, oder andere Einrichtungen mit von dem betreffenden Mitgliedstaat anerkannter vergleichbarer Zielsetzung. Befreit sind demnach Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendbetreuung sowie der Kinder- und Jugenderziehung und vergleichbare privatrechtliche Einrichtungen nach näherer Maßgabe des nationalen Rechts. Mit Urteil vom 19. Mai 2005 hat der Bundesfinanzhof erneut bestätigt, dass es sich um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts oder eine anerkannte Einrichtung handeln muss (BFH UR 2005, 503, 505; ebenso etwa Bunjes/Geist/Heidner, UStG 8. Aufl. § 4 Nr. 23 Rn. 3). Dies steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach die Begriffe, mit denen die Steuerbefreiungen nach Art. 13 der Richtlinie 77/388/EWG umschrieben sind, eng auszulegen sind (EuGH DStRE 1997, 688, 690; 1999, 803, 804).

10 Zwar sind die Entscheidungen nach dem Ende des hier zu beurteilenden Schadenszeitraums ergangen. Sie bedeuteten jedoch keine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung; denn der Bundesfinanzhof hatte bereits in dem Urteil vom 7.

Juli 1960 (BFHE 71, 393) die Vorläufervorschrift des § 4 Nr. 13 UStG a. F. auf ein Jugendwohnheim angewandt. Dort ist im Tatbestand (a. a. O. S. 394) hervorgehoben, dass der Beigeladene ein mit staatlichen Mitteln errichtetes und durch Zuschüsse aus dem Landesjugendplan gefördertes, vom zuständigen Landesminister anerkanntes Wohnheim unterhielt.

11 b) Die danach erforderliche staatliche Anerkennung, insbesondere durch eine Genehmigung des hierfür zuständigen Landesamtes für Jugend und Soziales in M., hat die Klägerin für ihren Reiterhof nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erhalten. Aus diesen Feststellungen ergibt sich auch nicht, dass der Klägerin staatliche Mittel zur Förderung des in § 4 Nr. 23 UStG bezeichneten Zwecks zugeflossen sind, was nach dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 28. September 2001 (BStBl. I 726) zur Erlangung der Steuerbefreiung genügen soll; übergangenen Sachvortrag hierzu zeigt die Revisionswiderung der Klägerin nicht auf. Damit liegen die Voraussetzungen des Befreiungstatbestandes in § 4 Nr. 23 UStG nicht vor.

12 c) Die Klägerin kann sich nicht auf die von der Oberfinanzdirektion Koblenz in ihrer Verfügung vom 1. September 1989 (UR 1990, 224 f) vertretene Auffassung berufen. Zwar lag der Verfügung auch die Frage einer Umsatzsteuerbefreiung bei dem Betrieb eines Ponyhofs zugrunde. Jedoch handelte es sich um eine von dem Landesamt für Jugend und Soziales in M. genehmigte Einrichtung.

13 d) Unerheblich ist, wie das zuständige Finanzamt einen Einspruch der Klägerin gegen die Umsatzsteuerbescheide vom 8. Februar 1991 tatsächlich verbeschieden hätte. Zwar hat das Berufungsgericht sich nach Beweisaufnahme davon überzeugt, dass das Finanzamt eine begehrte Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 23 UStG gewährt hätte. Darauf kommt es aber nicht an.

14 aa) Wenn im Haftpflichtprozess die Frage, ob dem Mandanten durch eine schuldhafte Pflichtverletzung des Steuerberaters ein Schaden entstanden ist, vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängt, muss das Regressgericht selbst prüfen, wie jenes Verfahren richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre (BGHZ 133, 110, 111; BGH, Urt. v. 27. Januar 2000 – IX ZR 45/98, WPM 2000, 966, 968). Welche rechtliche Beurteilung das mit dem Einspruchsverfahren befasste Finanzamt seiner Entscheidung zugrunde gelegt hätte, ist ohne Belang. Vielmehr ist die Sicht des Regressgerichts maßgeblich.

15 Die hypothetische Betrachtung, ob die Klägerin bei sachgemäßer Vertretung das Einspruchsverfahren gewonnen hätte, betrifft nicht nur Rechtsfragen, sondern auch Tatsachenfeststellungen. Die Frage, wie das frühere Verfahren richtigerweise hätte entschieden werden müssen, beantwortet sich nach § 287 ZPO, weil es sich um ein Element der haftungsausfühlenden Kausalität handelt (BGH, Urt. v. 5. November 1992 – IX ZR 12/92, WPM 1993, 382). Das Regressgericht hat seiner Entscheidung den Sachverhalt zugrunde zu legen, welcher der im Vorverfahren entscheidenden Stelle bei pflichtgemäßem Verhalten des Steuerberaters unterbreitet und von ihm aufgeklärt worden wäre (BGHZ 133, 110, 111 f; 163, 223, 227).

16 Die Beklagte hätte im Einspruchsverfahren nicht vortragen können, dass die Klägerin eine von der zuständigen Behörde genehmigte Einrichtung betreibt. Daher hätte sie die Voraussetzungen des § 4 Nr. 23 UStG nicht darlegen können. Eine Befreiung kam von Rechts wegen nicht in Betracht.

17 bb) Der Hinweis des Berufungsgerichts auf das Urteil des Senats vom 28. September 1995 (IX ZR 158/94, NJW 1995, 3248) geht fehl. Die Entscheidung befasst sich mit dem Fall, dass der zuständigen Behörde bei ihrer Entscheidung ein Ermessensspielraum verbleibt und der Schadensersatzrichter die Ermessensentscheidung dieser Behörde festgestellt hat (vgl. hierzu auch BGHZ 79, 223, 226; Zuehör/Fischer, a. a. O. Rn. 1105 ff). Nur in einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob dem Mandanten dadurch ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist, dass er sich eine ständige ermessensfehlerhafte Verwaltungspraxis nicht hat zunutze machen können. So liegt es hier aber

nicht: Sowohl bei § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG als auch bei § 4 Nr. 23 UStG handelt es sich um zwingende Rechtsnormen; dem zuständigen Finanzamt steht kein Ermessensspielraum zu (vgl. hierzu BGHZ 124, 86, 95 f.; BGH, Urt. v. 21. September 1995 – IX ZR 228/94, NJW 1996, 48, 49).

18 e) Dahinstehen kann, ob die Beklagte sich aus Anlass der Verfügung der Oberfinanzdirektion Koblenz vom 1. September 1989 bei der Klägerin nach dem maßgeblichen Sachverhalt hätte erkundigen müssen. Dessen Ermittlung hätte keinen Anlass gegeben, eine Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 23 UStG geltend zu machen.

19 III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da der Sachverhalt zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst zu erkennen (§ 563 Abs. 3 ZPO) und das mit der Berufung angefochtene Urteil des Landgerichts in vollem Umfang wiederherzustellen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**BMF-Schreiben vom 7. Juli 2006**  
(IV B 2 – S 2177 – 44/06 / IV A 5 – S 7206 – 7/06),  
BStBl I 2006, 446

**Gesetz zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen vom 28. April 2006 (BGBl. I S. 1095, BStBl I S. 353); Änderung des § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG – Begrenzung der Anwendung der 1%-Regelung auf Fahrzeuge, die zu mehr als 50 Prozent betrieblich genutzt werden; Nachweispflichten**

Mit dem Gesetz zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen vom 28. April 2006 (BGBl. I S. 1095, BStBl I S. 353) wurde § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG geändert. Aufgrund dieser Änderung ist die pauschale Ermittlungsmethode für die private Kraftfahrzeugnutzung (1%-Regelung) nur noch anwendbar, wenn das Kraftfahrzeug zu mehr als 50 Prozent betrieblich genutzt wird. Die Neuregelung ist erstmals für Wirtschaftsjahre anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2005 beginnen (§ 52 Abs. 16 Satz 15 EStG).

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt hierzu Folgendes:

1. Zulässige Anwendung der 1%-Regelung
  - a) Umfang der betrieblichen Nutzung [...]
  - b) Nachweis der betrieblichen Nutzung [...]
2. Ermittlung des privaten Nutzungsanteils bei Ausschluss der 1%-Regelung [...]
3. Umsatzsteuerliche Beurteilung

Zur Frage des Vorsteuerabzugs und der Umsatzbesteuerung bei unternehmerisch genutzten Kraftfahrzeugen vgl. BMF-Schreiben vom 27. August 2004 (BStBl I S. 864). Ist die Anwendung der 1%-Regelung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ausgeschlossen, weil das Fahrzeug zu weniger als 50 Prozent betrieblich genutzt wird, und wird der nichtunternehmerische Nutzungsanteil nicht durch ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch nachgewiesen, ist dieser Nutzungsanteil im Wege der Schätzung zu ermitteln, wobei der Umsatzbesteuerung grundsätzlich der für ertragsteuerliche Zwecke ermittelte private Nutzungsanteil zugrunde zu legen ist.

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

**Hinw. d. Red.:** Zum ordnungsgemäßen Fahrtenbuch vgl. BFH GuT 2006, 283 f. KL (in diesem Heft).

**BMF-Schreiben vom 9. August 2006**  
(IV C 3 – S 2211 – 21/06), BStBl I 2006, 492

**Abziehbarkeit von zugewendeten Aufwendungen in Fällen des sog. abgekürzten Vertragswegs (Drittaufwand)**

**Anwendung des BFH-Urteils vom 15. November 2005 (BStBl 2006 II S. 623)**

Der BFH vertritt im Urteil vom 15. November 2005 (BStBl 2006 II S. 623) die Auffassung, dass laufende Aufwendungen für Erhaltungsarbeiten dem Steuerpflichtigen nicht nur im Fall des abgekürzten Zahlungswegs zurechenbar seien, sondern ebenso, wenn der Dritte im eigenen Namen für den Steuerpflichtigen einen Vertrag abschließe und die geschuldete Zahlung auch selbst leiste (abgekürzter Vertragsweg). Auch hier wende der Dritte dem Steuerpflichtigen Geld zu und bewirke dadurch zugleich dessen Entreicherung, indem er mit der Zahlung an den Leistenden den Vertrag erfülle.

Der BFH begründet die Entscheidung damit, dass der Dritte die Verträge über Erhaltungsaufwendungen mit den Handwerkern im eigenen Namen, aber im Interesse des Steuerpflichtigen abgeschlossen und die vereinbarte Vergütung selbst errichtet habe. Weil er die Beträge nicht vom Steuerpflichtigen zurückgefordert habe, habe er sie ihm zugewendet. Sie seien deshalb von dem Steuerpflichtigen als Werbungskosten abziehbar.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder sind die Rechtsgrundsätze des Urteils vom 15. November 2005 nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden:

- Die vom BFH vorgenommene Auslegung des § 9 EStG entspricht nicht dessen Zweck. Sinn und Zweck dieser Regelung zur Abziehbarkeit von Erhaltungsaufwendungen ist die Umsetzung des Leistungsfähigkeitsprinzips in Gestalt des objektiven Nettoprinzips. Dementsprechend sind nur solche Aufwendungen als Werbungskosten des Steuerpflichtigen zu berücksichtigen, die seine persönliche Leistungsfähigkeit mindern. Anders als beim abgekürzten Zahlungsweg handelt es sich bei dem abgekürzten Vertragsweg nicht um eine Zahlung mit Drittleistungswillen nach § 267 BGB, sondern um einen Vertrag zugunsten Dritter i. S. des § 328 BGB. Bei dieser Leistung erfüllt der Dritte eine eigene Verpflichtung und leistet nicht für Rechnung des Steuerpflichtigen. Da der Steuerpflichtige durch die Leistungen des Dritten nicht in seiner persönlichen Leistungsfähigkeit beeinträchtigt wird (keine Entreicherung), sind die Aufwendungen bei ihm nicht als Werbungskosten abziehbar (vgl. BFH VI R 103/95 vom 13. März 1996, BStBl II S. 375).
- Die vom BFH angeführten Rechtsgrundsätze führen auch zu einem Verstoß gegen die Besteuerung nach dem individuellen Leistungsfähigkeitsprinzip. Durch die Einbeziehung des abgekürzten Vertragsweges wird für die Beurteilung des Sachverhalts, der für den Aufwand ursächlich war, nicht mehr die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen, sondern die des Dritten maßgebend.

Ist der Steuerpflichtige selbst eine vertragliche Verpflichtung eingegangen, ist die Grundlage seiner wirtschaftlichen Betätigung seine persönliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Da er aus dieser Vereinbarung verpflichtet wird, wird seine Leistungsfähigkeit insoweit auch gemindert, so dass damit der Abzug der Erwerbenaufwendungen gerechtfertigt ist. Werden hingegen die Aufwendungen eines Dritten in die Ermittlung der Summe der Einkünfte des Steuerpflichtigen mit einbezogen, so ist Beurteilungsmaßstab nicht mehr die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen, sondern die des Dritten, der den Vertrag geschlossen hat. Es kommt zu einer nicht gerechtfertigten Vermengung der Leistungsfähigkeit des Dritten mit der des Steuerpflichtigen.

Die Abziehbarkeit von Aufwendungen als Werbungskosten richtet sich beim abgekürzten Vertragsweg weiterhin nach den BFH-

Urteilen vom 13. März 1996 und vom 24. Februar 2000 (BStBl II S. 314). Danach sind in den Fällen des abgekürzten Vertragswegs ausnahmsweise Aufwendungen als solche des Steuerpflichtigen abziehbar, bei denen es sich um Bargeschäfte des täglichen Lebens handelt.

Entsprechendes gilt für den Betriebsausgabenabzug nach § 4 Abs. 4 EStG.

Dieses BMF-Schreiben wird gleichzeitig mit dem BFH-Urteil vom 15. November 2005 im Bundessteuerblatt veröffentlicht.

**Hinw. d. Red.:** Leits. des BFH-Urteils vom 15.11.2005 – IX R 25/03 – in GuT 2006, 284 (in diesem Heft). – Der Letzte Satz des BMF-Schreibens ist in BStBl. I 2006, 492 nicht abgedruckt.

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

### § 68 StBerG – Steuerberaterhaftung

Zur Pflicht des Steuerberaters zur Belehrung des Mandanten über seine Regresshaftung im Primäranspruch und im Sekundäranspruch sowie zur Verantwortlichkeit des Regressschuldners bei nunmehr auch anwaltlicher Beratung des Mandanten in der Haftungsfrage.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Teilurteil vom 29. 6. 2006 – IX ZR 227/02)

### § 195 BGB a. F.; § 68 StBerG a. F. – Geschlossener Immobilienfonds; Steuerberaterhaftung des Treuhandkommanditisten

Schadensersatzansprüche von Kapitalanlegern gegen einen Steuerberater als Treuhandkommanditisten einer Publikums-KG wegen eines Verschuldens bei den Beitrittsverhandlungen unterliegen nach dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Recht nicht der Verjährung nach § 68 StBerG (Anschluss an BGH, Urteil vom 20. März 2006 – II ZR 326/04 – ZiP 2006, 849 [= GuT 2006, 169 KL]).

(BGH, Urteil vom 13. 7. 2006 – III ZR 361/04)

### § 675 BGB; § 16 EStG – Steuerberaterhaftung; Betriebsaufgabe; Grundstücksverpachtung

1 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§ 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und zulässig (§ 544 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO). Sie hat jedoch keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

2 Die Frage, ob die steuerliche Belastung infolge der Aufdeckung stiller Reserven überhaupt als Schaden angesehen werden kann, obwohl das Grundstück bereits „latent“ mit einer Steuerschuld belastet gewesen ist, hat der Senat bereits mit Urteil vom 23. Oktober 2003 (IX ZR 249/02, WPM 2004, 475, 477 [= GuT 2004, 20 KL]) bejaht.

3 Die weitere Frage, ob dem Steuerberater ein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er ein – gemessen an der objektiven Rechtslage – richtiges Konzept entwickelt, aber nicht bedenkt, dass das Finanzamt rechtsirrtümlich zu einer anderen Auffassung kommen könnte, stellt sich nicht. Die Sichtweise des Finanzamts war den Beklagten bekannt. Nach ihrem eigenen Vorbringen war sie der Anlass dafür, weshalb die Beklagten im Spätjahr 1995 ihr Konzept entwickelten, um trotz der absehbaren Beendigung der Betriebsaufspaltung die Aufdeckung der stillen Reserven zu vermeiden. Insofern hat man also – letztlich erfolglos – versucht, die Vorgaben des Finanzamts aufzunehmen.

4 Das Berufungsurteil steht nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, wonach eine Betriebs-

aufgabe im Sinne des § 16 Abs. 3 EStG nicht vorliegt, wenn ein Betrieb im Ganzen verpachtet wird und der Verpächter dem Finanzamt gegenüber nicht die Überführung ins Privatvermögen erklärt. Dieser Rechtsprechung liegt zugrunde, dass ein und derselbe Besitzunternehmer (Verpächter) sein Grundstück nacheinander an verschiedene Betriebsgesellschaften vermietet oder verpachtet. Im Streitfall hat hingegen der Besitzunternehmer gewechselt: Die „A. GmbH“ hat das Betriebsgrundstück zunächst entweder von den Eheleuten Sch. (so die Auffassung des Finanzamts, die sich der Kläger zu eigen macht) oder von der Einzelfirma des Klägers (so die Beklagten) und anschließend von der „Sch. GmbH & Co GbR mbH“ gemietet.

5 Mit der Frage, ob ein Grundstück lediglich dem Werte nach („quoad sortem“) in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingebracht werden und damit ohne dingliche Rechtsänderung – steuerrechtlich anzuerkennendes – Betriebsvermögen werden kann, muss sich der Senat nicht befassen. Voraussetzung dafür wäre, dass das Betriebsgrundstück in dem maßgeblichen Zeitpunkt (1. Januar 1996) als Teil des Gesellschaftsvermögens der „Sch. GmbH & Co GbR mbH“ behandelt worden wäre. Dazu ist in den Tatsacheninstanzen nichts vorgetragen.

(BGH, Beschluss vom 23. 3. 2006 – IX ZR 214/02)

### § 675 BGB; §§ 286, 287 ZPO – Steuerberaterhaftung; Kirchensteuer; Kirchenaustritt; Beweislast des Mandanten

a) Ein Steuerberater ist nicht verpflichtet, dem Mandanten den Austritt aus der Kirche zu empfehlen.

b) Hat ein Steuerberater aufgrund des ihm erteilten Auftrags die steuerlichen Vor- und Nachteile bestimmter Gestaltungsmöglichkeiten zu prüfen, muss er auf die anfallende Kirchensteuer hinweisen, wenn sie die übliche Quote übersteigt.

c) Der Mandant hat nach § 287 Abs. 1 ZPO darzulegen und zu beweisen, dass er bei vollständiger Beratung über anfallende Kirchensteuern aus der Kirche ausgetreten wäre; auf einen Beweis des ersten Anscheins kann er sich nicht berufen.

(BGH, Urteil vom 18. 5. 2006 – IX ZR 53/05)

**Hinw. d. Red.:** Zur Berücksichtigung der Kirchensteuerpflicht und entsprechender Beratung vgl. BGH – IX ZR 77/05.

### §§ 4, 9 EStG – Teilzeit-Arbeitsplatz zu Hause; Telearbeit

1. Ob und in welchem Umfang die Aufwendungen für das Herrichten eines häuslichen Arbeitszimmers für eine nachfolgende berufliche Tätigkeit als Werbungskosten abziehbar sind, bestimmt sich nach den zu erwartenden Umständen der späteren beruflichen Tätigkeit. Nicht entscheidend ist, ob die beabsichtigte berufliche Nutzung im Jahr des Aufwands bereits begonnen hat.

2. Bei einem Steuerpflichtigen, der eine in qualitativer Hinsicht gleichwertige Arbeitsleistung wöchentlich an drei Tagen an einem häuslichen Telearbeitsplatz und an zwei Tagen im Betrieb seines Arbeitgebers zu erbringen hat, liegt der Mittelpunkt der gesamten beruflichen Betätigung im häuslichen Arbeitszimmer.

(BFH, Urteil vom 23. 5. 2006 – VI R 21/03)

Vorinstanz: FG München (EFG 2003, 928)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2006, 600 –

**Hinw. d. Red.:** Dazu Callsen in GuT 2006, 203, 204.

### §§ 8, 6 EStG – Ordnungsgemäßes Fahrtenbuch

1. Ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch muss grundsätzlich zu den beruflichen Reisen Angaben zum Datum, zum Reiseziel, zum aufgesuchten Kunden oder Geschäftspartner bzw. zum Gegenstand der dienstlichen Verrichtung und zu dem bei Abschluss der Fahrt erreichten Gesamtkilometerstand des Fahrzeugs enthalten.

2. Mehrere Teilabschnitte einer einheitlichen beruflichen Reise können miteinander zu einer zusammenfassenden Eintragung

verbunden werden, wenn die einzelnen aufgesuchten Kunden oder Geschäftspartner im Fahrtenbuch der zeitlichen Reihenfolge aufgeführt werden.

3. Der Übergang von der beruflichen Nutzung zur privaten Nutzung des Fahrzeugs ist im Fahrtenbuch durch Angabe des bei Abschluss der beruflichen Fahrt erreichten Gesamtkilometerstands zu dokumentieren.

4. Die erforderlichen Angaben müssen sich dem Fahrtenbuch selbst entnehmen lassen. Ein Verweis auf ergänzende Unterlagen ist nur zulässig, wenn der geschlossene Charakter der Fahrtenbuchaufzeichnungen dadurch nicht beeinträchtigt wird.

(BFH, Urteil vom 16. 3. 2006 – VI R 87/04)

Vorinstanz: FG München (EFG 2005, 688)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2006, 625 –

**Hinw. d. Red.:** Siehe auch BMF-Schreiben vom 7. 7. 2006 (Auszug), GuT 2006, 282 m.w.Hinw. (in diesem Heft).

### §§ 9, 21 EStG – VuV; Werbungskosten; Drittaufwand

Schließt ein Dritter in eigenen Namen einen Werkvertrag über Erhaltungsarbeiten am vermieteten Grundstück des Steuerpflichtigen ab und leistet er die vereinbarte Vergütung, so kann der Steuerpflichtige diesen Aufwand auch dann bei seinen Ein-

künften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten abziehen, wenn der Dritte dem Steuerpflichtigen den Betrag zuwendet.\*)

(BFH, Urteil vom 15.11.2005 – IX R 25/03)

Vorinstanz: Sächsisches FG (EFG 2003, 1237)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2006, 623 –

\*) Hinweis auf BMF-Schreiben vom 9. August 2006 – IV C 3 – S 2211 – 21/06 – (BStBl. I S. 492) [= GuT 2006, 282 f., in diesem Heft].

Menschen sicheren Wohnraum und eine Existenz zu verschaffen und damit das Leben menschenwürdig zu gestalten, ist Auftrag der DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. Für die betroffenen Familien wie für ihre Spender und Förderer ist sie ein zuverlässiger und kompetenter Partner. Die DESWOS realisiert seit 35 Jahren Projekte der Entwicklungszusammenarbeit in Ländern Afrikas, Asiens und Lateinamerikas, um Menschen gezielt zu helfen.



**DESWOS**

Im Vordergrund steht der Bau einfacher und sicherer Häuser in Selbsthilfe. Die Menschen selbst planen die Bauprojekte mit fachlicher Unterstützung durch erfahrene Partnerorganisationen der DESWOS aus den jeweiligen Ländern. Die Betroffenen schließen sich in Gruppen zusammen und errichten gemeinsam die Häuser.

Mit der DESWOS gibt die deutsche Wohnungswirtschaft notleidenden Menschen ein menschenwürdiges Zuhause und eine realistische Perspektive für die Zukunft. Das bedeutet mehr als nur eine kurzfristige Hilfsaktion.

Es schafft Geborgenheit und Sicherheit. Es fördert Selbstbewusstsein und soziale Stärke.

Bitte unterstützen Sie die Projektarbeit der DESWOS.

DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V., Gustav-Heinemann-Ufer 84–88, 50968 Köln, www.deswos.de  
Stadtparkasse Köln, Kontonummer 660 22 21, BLZ 370 501 98 (Spenden absetzbar)

## Magazin

### Politik und Recht

**Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN  
Pressemitteilung Nr. 0983 vom 3. 8. 2006**

**Wiedereinführung der Käfighaltung: Ein schwarzer Tag für den Tierschutz**

Zum morgigen Inkrafttreten der novellierten Legehennenverordnung (Zweite Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung), mit der die Käfighaltung wieder eingeführt wird, erklärt Bärbel Höhn, stellvertretende Fraktionsvorsitzende:

Dies ist ein schwarzer Tag für den Tierschutz. Nach der Verordnung dürfen Hennen in Zukunft weiter in enge Käfige gesperrt werden, in denen das einzelne Tier kaum mehr als eine A4-Seite Platz hat. Mit artgerechter Tierhaltung hat das nichts zu tun. Tierschutz und Achtung vor dem Tier werden auf dem Altar des wirtschaftlichen Profits geopfert, obwohl der Kostenvorteil pro Ei gerade mal ein bis zwei Cent beträgt.

Mit der Wiedereinführung der Käfighaltung wird ein wichtiger Erfolg für den Tierschutz zunichte gemacht, den Grüne und Tierschützer erkämpft haben. Beschlossen wurde diese Tierquälerei von einer ganz großen Koalition bestehend aus Landesministern von Union, SPD, FDP und Linken. Das zeigt, wie wenig die Bekenntnisse dieser Parteien zum Verfassungsziel Tierschutz wert sind.

Abzuwarten bleibt, ob die Regelung Bestand haben wird. Das Bundesverfassungsgericht hat 1999 klare Vorgaben für die tierschutzgerechte Haltung von Legehennen gemacht. Die Hennen müssen ihre natürlichen und arttypischen Verhaltensweisen aus-

leben können. Dazu gehört insbesondere das Flügelschlagen und Aufbaumen. Diesen Anforderungen werden die in der Legehennenverordnung zugelassenen Kleinvollieren-Käfige nicht gerecht.

**SPD-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 6. 9. 2006**

**Kovacs das Mandat erteilen**

Zu den Plänen den Geltungsbereich der EU Zinsbesteuerungsrichtlinie auszudehnen erklärt der zuständige Berichterstatter der Arbeitsgruppe Angelegenheiten der Europäischen Union der SPD-Bundestagsfraktion und Vorsitzende des Lisbon-Netzwerks der Sozialdemokratischen Partei Europas (SPE), Hans Eichel:

EU-Steuerkommissar Lazlo Kovacs Vorstoss, kuenftig auch Zinsen fuer Finanzanlagen von EU-Buergern in Hongkong, Singapur und Macao einzufordern, verdient uneingeschraenkte Unterstuetzung.

Das ist die konsequente Fortsetzung der Verfolgung der Steuerflucht, wie sie seit Jahren in der EU angestrebt wird. Insofern ist es dringend geboten, dass die EU-Mitgliedsstaaten ihren Steuerkommissar unterstuetzen und Kovacs das Verhandlungsmandat fuer die Verhandlungen mit den drei asiatischen Steuerstaaten erteilen.

Darueber hinaus ist es allerdings auch notwendig, um auch zukuenftig die Steuerflucht aus Europa effektiv zu bekaempfen, Luecken, die bisher in der Richtlinie bestehen, nachhaltig zu schliessen.

## Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 1138 vom 13. 9. 2006

### Dem Zunftwesen bei Apotheken ein Ende setzen

Anlässlich der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes des Saarlands zu der vorläufigen Schließung der ersten Deutschen Filiale der niederländischen Versand-Apotheke DocMorris, erklärt Matthias Berninger, wirtschaftspolitischer Sprecher:

Das heutige Urteil gleicht einem Schildbürgerstreich: Statt Mittelstand zu fördern wird das Mittelalter beschworen. Das immer noch auf dem Zunftwesen basierende System der Apotheken muss endlich beendet werden. Denn nur mehr Wettbewerb wird zu einer kostengünstigeren Arzneimittelversorgung der Patientinnen und Patienten und zu Einsparungen im Gesundheitssystem führen.

Jetzt muss endlich Klarheit im deutschen Apothekenrecht geschaffen werden. Der ständische Anachronismus hinsichtlich des deutschen Mehr- und Fremdbesitzverbotes von Apotheken darf nicht weiter über Gerichtsverfahren entschieden werden. Die Regierung muss endlich im Sinne der Verbraucherinnen und Verbraucher handeln. Wir werden einen entsprechenden Antrag im Bundestag dazu einbringen.

### BGH Pressemitteilung Nr. 128/2006 vom 20. 9. 2006

#### Beteiligung des Erdgeschossmieters [einer Seniorenanlage] an den Aufzugskosten

Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat heute entschieden, dass der Vermieter von Wohnraum die Kosten für den Betrieb eines Aufzugs durch Formularvertrag auch auf den Mieter einer Erdgeschosswohnung umlegen darf (Urteil vom 20. 9. 2006 – VIII ZR 103/06).

Die Beklagten waren Mieter einer Wohnung des Klägers im Erdgeschoss einer Seniorenanlage, die mit einem Aufzug ausgestattet ist. Zu dem Mietobjekt der Beklagten gehörte weder ein mit dem Aufzug erreichbarer Keller noch ein Dachboden. Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Formularmietvertrag sollten Betriebskosten im Sinne des § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung, unter anderem die Kosten des Aufzugs, umgelegt werden. Gestützt darauf verlangte der Kläger von den Beklagten mit einer Nebenkostennachforderung für das Jahr 2004 einen anteiligen, nach dem Maßstab der Wohnfläche umgelegten Betrag von 141,37 € für Betriebskosten des Aufzugs. Das Amtsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Auf die zugelassene Berufung hat das Landgericht die Beklagten zur Zahlung der Aufzugskosten verurteilt. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof zurückgewiesen.

Gemäß § 556 Abs. 1 BGB können die Mietvertragsparteien vereinbaren, dass der Mieter Kosten des Aufzugsbetriebs trägt. Der VIII. Zivilsenat hat entschieden, dass eine solche Vereinbarung auch formularvertraglich mit einem Erdgeschossmieter geschlossen werden kann; sie ist unabhängig von einem kon-

kreten Nutzen des Aufzugs für diesen Mieter nicht wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die Zulässigkeit der Umlage von Aufzugskosten auf sämtliche Mieter einschließlich des Erdgeschossmieters ergibt sich allerdings bei preisfreiem Wohnraum, wie er im Streitfall vorlag, nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs entgegen einer verbreiteten Auffassung in Rechtsprechung und Literatur nicht schon aus § 24 Abs. 2 der Neubaumietenverordnung 1970 (NMV). Die Vorschrift sieht für preisgebundenen Wohnraum vor, dass die Kosten des Betriebs von Aufzügen nach dem Verhältnis der Wohnflächen umgelegt werden dürfen und Wohnraum im Erdgeschoss von der Umlage lediglich ausgenommen werden kann. Der Bundesgerichtshof hat es abgelehnt, die Regelung auf den preisfreien Wohnraum zu übertragen, weil es sich dabei um auslaufendes, nur noch auf den Altbestand im sozialen Wohnungsbau anzuwendendes Recht handelt.

Er hat vielmehr als maßgeblich angesehen, dass die formelmäßige Beteiligung auch des Mieters einer im Erdgeschoss gelegenen Wohnung an den Aufzugskosten nicht von der allgemeinen wohnraummietrechtlichen Regelung des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB abweicht. Nach dieser Vorschrift sind die Betriebskosten grundsätzlich nach dem Anteil der Wohnfläche umzulegen, wobei von der Gesamtwohnfläche auszugehen ist. Die Beteiligung an den Aufzugskosten benachteiligt den Erdgeschossmieter unabhängig von dem konkreten Nutzen, den ihm der Aufzug bietet, nicht unangemessen. Betriebskosten, die nicht von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung abhängen – neben den Aufzugskosten etwa die Kosten der Beleuchtung und Reinigung allgemein zugänglicher Bereiche oder Kosten der Gartenpflege –, werden häufig von den einzelnen Mietern in unterschiedlichem Umfang verursacht oder es werden die damit verbundenen Vorteile von ihnen in unterschiedlichem Maße genutzt. Eine nach der konkreten Verursachung oder tatsächlichen Nutzung differenzierende Umlage dieser Kosten auf die Mieter wäre vielfach nicht praktikabel und hätte eine erhebliche Unübersichtlichkeit und möglicherweise auch laufende Veränderungen in der Abrechnung zur Folge. Gründe der Praktikabilität für den Vermieter und der Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der Abrechnung für den Mieter sprechen deshalb für eine Abrechnung nach einem einheitlichen, generalisierenden Maßstab, auch wenn gewisse Ungenauigkeiten bei der Verteilung der Betriebskosten dann unvermeidlich sind. Eine solche generalisierende Betrachtungsweise entspricht zudem der Intention des Gesetzgebers, der mit der Regelung des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB die Umlage von Betriebskosten leichter handhabbar machen wollte.

### OLG Dresden – Pressemeldung Nr. 22/06 vom 4. 8. 2006

#### Strengere Maßstäbe für Äußerungen in der Öffentlichkeit

Mit Urteil vom 3. 8. 2006 - 4 U 536/06 - hat der 4. Zivilsenat des OLG Dresden zwischen Äußerungen in der Öffentlichkeit und solchen gegenüber Behörden u. ä. differenziert: Was in der Öffentlichkeit nicht verbreitet werden darf, kann für Äußerungen gegenüber zur Aufklärung von Missständen berufenen Stellen durchaus erlaubt sein.

Zum Hintergrund des Rechtsstreits:

Die Parteien sind bzw. waren u. a. im Raum Leipzig unternehmerisch tätig. Der Verfügungsbeklagte hatte Ende 2005 in einem u. a. an den Verwaltungsrat der Stadt- und Kreissparkasse Leipzig (SKL) und die Staatsanwaltschaft Leipzig gerichteten Schreiben zahlreiche Vorwürfe gegen den Verfügungskläger sowie Mitglieder der SKL erhoben. Unter anderem hatte er diese bezichtigt, einer zum „Dunstkreis“ des Verfügungsklägers gehörenden Firma wirtschaftliche Vorteile um den Preis der „Vernichtung“ des Verfügungsbeklagten verschafft haben zu wollen. Dem Verfügungskläger sollen zudem durch die SKL sachlich nicht gerechtfertigte Sondervergünstigungen eingeräumt worden sein. Der Vorgang hat ein erhebliches Medien-echo gefunden.

**Neu:**

Stellenanzeigen  
Wortanzeigen  
Werbeanzeigen

**Unsere Anzeigenpreisliste 2/2005**

im Internet: [www.prewest.de](http://www.prewest.de)  
oder gemailt: [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)  
oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

Der Verfügungskläger, der sämtliche Vorwürfe bestreitet, hat daraufhin den Verfügungsbeklagten beim Landgericht Leipzig im Wege der einstweiligen Verfügung erfolgreich auf Unterlassung in Anspruch genommen. Hiergegen richtete sich die Berufung des Verfügungsbeklagten, die zu einer Teilabänderung der landgerichtlichen Entscheidung führte:

Der 4. Zivilsenat hat die Unterlassungsverpflichtung nur für Äußerungen gegenüber der Öffentlichkeit aufrechterhalten, im übrigen wurde der Antrag auf einstweilige Verfügung zurückgewiesen. Nach Ansicht des Senates steht es jedermann frei, angebliche Missstände denjenigen Stellen anzuzeigen, die dazu berufen sind, einem entsprechenden Verdacht nachzugehen und gegebenenfalls Maßnahmen zu ergreifen. Das jedem Staatsbürger zustehende Recht der Erstattung einer Anzeige oder Mitteilung eines Verdachts gelte auch dann, wenn die Äußerungen – wie in solchen Fällen regelmäßig – ehrverletzenden Inhalt haben. Ausnahmen von diesem Grundsatz seien nur in engen Grenzen anzunehmen.

Im Hinblick auf Äußerungen gegenüber der Öffentlichkeit – insbesondere den Medien – hat der Senat einen Unterlassungsanspruch des Antragstellers hingegen bejaht, weil sich für die Richtigkeit der erhobenen Vorwürfe keine tragfähigen Tatsachengrundlagen hätten finden lassen. Auch auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen könne sich der Verfügungsbeklagte nicht berufen, solange er die Informationsquellen, auf die er sich beruft, nicht preisgebe.

#### **Rechtsanwaltskammer Köln Medieninformation vom 27.7.2006**

#### **Arbeitsgericht Essen: Kündigung eines Auszubildenden wegen schlechter Leistungen nur allerletztes Mittel**

Jugendliche, deren schulische Leistungen während der Lehrzeit zu wünschen übrig lassen, dürfen vom Arbeitgeber nicht gleich gefeuert werden. Darauf weist die Rechtsanwaltskammer Köln hin.

Das Arbeitsgericht Essen hat in einem Urteil (Az.: 2 Ca 2427/05) klar gestellt, dass die fristlose Kündigung eines Auszubildenden wirklich nur das allerletzte Mittel sein darf. Der Entscheidung zu Grunde lag der Fall eines Maurer-Lehrlings, dem der Arbeitgeber wegen einer mangelhaften Leistung in einer Zwischenprüfung ein Jahr vor der Gesellenprüfung fristlos gekündigt hatte. Der Arbeitgeber ließ dabei in dem Schreiben seinen Gefühlen freien Lauf. Darin heißt es unter anderem: „... Nach drei Abmahnungen, vielen Einzelgesprächen und großer Geduld unserer Mitarbeiter setzt dieses Ergebnis Ihrem bisherigen Verhalten die Krone auf ...“. Die Essener Arbeitsrichter jedoch warfen dem Arbeitgeber vor, die Kündigung quasi als Bestrafung für das schlechte Abschneiden des Auszubildenden in der Zwischenprüfung ausgesprochen zu haben. Das aber sei völlig indiskutabel, weil rechtlich unzulässig. Die fristlose Kündigung eines Auszubildenden dürfe keinerlei Bestrafungscharakter haben. Als Kündigungsgrund rechtlich akzeptiert sei allenfalls, dass die schlechten schulischen Leistungen des Auszubildenden gravierende negative Auswirkungen für die weitere Zukunft des Auszubildenden erwarten lassen und die Fortsetzung des Auszubildendenverhältnisses für den Ausbilder deshalb unzumutbar erscheinen. Das aber setze stets voraus, dass der Ausbildungsbetrieb den Auszubildenden vorher abgemahnt habe. Im konkreten Fall war eine entsprechende Abmahnung zwar ausgesprochen worden. Die ließen die Essener Richter allerdings nicht gelten. Der Grund: Die Abmahnung war etwa eine Woche nach Bekanntwerden der mangelhaften Zwischenprüfung ausgesprochen worden. Damit aber, so das Gericht, habe der Auszubildende bis zu der kurze Zeit später ausgesprochenen Kündigung keine Chance mehr gehabt, seine Leistungen noch zu verbessern.

„Die Arbeitsgerichte stellen zu Recht sehr strenge Anforderungen an die fristlose Kündigung von Auszubildenden. Denn deren geistige, körperliche und auch charakterliche Entwicklung ist zumeist noch nicht abgeschlossen“, meint dazu Rechts-

anwalt Alfred Börsch von der Rechtsanwaltskammer Köln. Für den Arbeitgeber sei das Engagement im Übrigen überschaubar. Denn das Berufsbildungsgesetz sehe ausdrücklich vor, dass der Ausbilder den Lehrling, falls dieser das erste Mal durch die Gesellenprüfung rasselte, maximal ein Jahr lang weiter beschäftigen muss. „Das Arbeitsgericht Essen hat darüber hinaus betont, dass das Interesse des Jugendlichen am Bestand des Auszubildendenverhältnisses mit fortschreitender Dauer der Ausbildung immer mehr an Gewicht zunimmt“, erklärt Rechtsanwalt Börsch weiter. Konsequenz: Jugendliche, die, wie im konkreten Fall bereits 2/3 ihrer Lehrzeit absolviert haben, sind damit praktisch unkündbar.

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 14.9.2006**

#### **Generation Praktikum: Kritik der Wirtschaftsverbände an SPD-Vorstoss ist kurzfristig**

Zur Kritik von Wirtschaftsverbänden an dem Vorstoss der SPD, den Missbrauch von Praktika einzudämmen, erklärt der bildungs- und forschungspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Joerg Tauss:

Die Kritik des BDI und des HDE an dem Vorstoss von Bundesminister Franz Müntefering, den zunehmenden Missbrauch von Praktika einzudämmen, geht ins Leere. Dass die Verbände das Problem der sogenannten „Generation P“ leugnen, zeigt einmal mehr die Ignoranz der Verbände gegenüber Missständen, solange sie ihren Interessen entgegen kommen. Auch wenn natürlich längst nicht alle Branchen in gleicher Weise betroffen sind, sollte die Wirtschaft insgesamt ihre Blockadehaltung aufgeben und gemeinsam mit den Gewerkschaften und der Politik an der Verbesserung der Perspektiven von jungen Berufsstärtern mitarbeiten.

Der zunehmende längerfristige und oft unentgeltliche Einsatz voll ausgebildeter junger akademischer Fachkräfte ist und bleibt eine himmelschreiende Ausbeutung auf Kosten der Zukunftsperspektiven junger Menschen. Das gilt ebenso wie die in einigen Branchen um sich greifende Substitution von Vollzeitberufstätigen mit Langzeitpraktikanten. Solche Missbräuche sind klar zu unterscheiden von sinnvollen Praktika, etwa vor oder während eines Studiums. Der Missbrauch aber schadet mittelfristig gerade auch den Interessen der Wirtschaft, deren Bedarf an gut ausgebildeten und motivierten Fachkräften ja ständig wächst. Es ist die Bringschuld der Wirtschaft, diesen jungen Menschen eine klare Perspektive zu bieten. Daher ist die Ignoranz gegenüber der Generation P völlig unverständlich. Richtiger wäre es, wenn die Wirtschaftsverbände aktiv dazu beitragen, die „schwarzen Schafe“ in den eigenen Reihen stärker in die Pflicht zu nehmen und zu einem fairen Umgang mit jungen Berufseinsteigern anzuhalten. Viele Unternehmen sind da bereits weiter und gehen mit Selbstverpflichtungen zum fairen Umgang mit Praktikantinnen und Praktikanten voran.

Klar ist, dass die Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen etwa im Berufsbildungsgesetz bisher lediglich geprüft wird und solche auch nur ein letztes Mittel sein können. Den Wirtschaftsverbänden wäre daher zu raten, die Weitsicht der fairen Unternehmen zu übernehmen und aktiv mit Gewerkschaften und Politik an Lösungen mitzuarbeiten, statt das ubliche Ueberregulierungs-Gespenst an die Wand zu malen – auch um gesetzliche Massnahmen ueberfluessig zu machen.

#### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 1142 vom 14.9.2006**

#### **Perspektiven für die Generation Praktikum – Müntefering wäre als Praktikant durchgefallen**

Anlässlich der Äußerungen von Arbeitsminister Müntefering und der anschließenden öffentlichen Diskussionen über den Missbrauch von Praktikanten erklärt Kai Gehring, jugend- und hochschulpolitischer Sprecher:

Herzlichen Glückwunsch, Herr Müntefering! Nach knapp zehn Monaten im Amt haben auch Sie endlich die schwierige

Lage der Generation Praktikum erkannt. Als Praktikant würden Sie sich mit einem solchen Versäumnis jedoch nicht für eine Festanstellung empfehlen.

Immer weniger junge Menschen finden nach dem Hochschulabschluss eine feste Stelle. Stattdessen bieten ihnen viele Unternehmen lediglich ein Praktikum an. Häufig arbeiten sie dort unter vollem Einsatz sechs Monate oder länger. Trotz abgeschlossener Berufsausbildung haben sie am Ende oft keinen einzigen Cent in der Lohntüte. So werden Talente ausgenutzt und junge Menschen in ihrer Lebensplanung eingeschränkt. Denn wer von Praktikum zu Praktikum hetzt, gründet keine Familie. Zudem entgehen dem Staat Einnahmen aus Steuern und Sozialversicherungen, die bei regulären Arbeitsverhältnissen entstehen.

Als ich die Bundesregierung vor wenigen Monaten im Parlament mit der schwierigen Situation der Generation Praktikum konfrontierte, sah man dort keinerlei Handlungsbedarf. Endlich hat Arbeitsminister Müntefering das Problem also erkannt. Nun warten wir gespannt auf konkrete Lösungsvorschläge. Wolkige Ankündigungen allein helfen keinem Praktikanten zu einer festen Anstellung.

Die grüne Bundestagsfraktion ist da schon viel weiter. Im Mai haben wir ein Fachgespräch zur Situation von Uni-Absolventen in Praktika veranstaltet. Die Dokumentation dazu ist auf [www.kai-gehring.de](http://www.kai-gehring.de) abzurufen. In Kürze werden wir zudem einen Zehn-Punkte-Plan mit grünen Perspektiven für die Generation Praktikum vorlegen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20. 9. 2006**

#### **Modernes Raubrittertum Entscheidung der Intendanten der ARD über eine GEZ-Gebühr für PCs**

Zur Entscheidung der Intendanten der ARD über eine GEZ-Gebühr für PCs erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB und die Verbraucherschutzbeauftragte der Fraktion, Julia Klöckner MdB:

Der von den ARD-Intendanten vorgelegte Kompromissvorschlag zur Reduzierung der für PCs ab dem 1. Januar 2007 geplanten GEZ-Gebühr trägt nicht dazu bei, die grundsätzlichen Bedenken an der Rechtmäßigkeit dieser Gebühr zu beseitigen. Es handelt sich vielmehr weiterhin um eine zusätzliche Belastung insbesondere von Selbständigen, die ihre Computer sicher nicht angeschafft haben, um damit Radio- oder Fernsehsendungen zu konsumieren. Private Nutzer fallen bekanntlich, sofern sie bereits bei der GEZ gemeldet sind, nicht unter diese Regelung. Gerade Selbständige sind aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen zur Abgabe von statistischen Daten oder der Online-Übermittlung von Steuervoranmeldungen gezwungen, einen PC zu nutzen.

Es kann nicht sein, dass sich die Öffentlich-Rechtlichen mit dieser Internetsteuer durch die Hintertür eine zusätzliche Einnahmequelle schaffen, ohne dass sich die PC-Nutzer dieser entziehen können. Die theoretische Möglichkeit des Empfangs von Radio- und Fernsehsendungen über das Internet kann nicht den Verbrauchern angelastet werden; zumal jeder weiß, dass nur ein verschwindend geringer Teil der Computerbesitzer wirklich von diesem Angebot Gebrauch macht. Im Übrigen wäre es technisch

kein Problem, diese Sendungen im Internet zu verschlüsseln, und so die Nutzer nur bei tatsächlichem Empfang zahlen zu lassen. Wir fordern die Ministerpräsidenten auf, den entsprechenden Passus im Rundfunkgebührenstaatsvertrag weiterhin auszusetzen und diesem modernen Raubrittertum Einhalt zu gebieten.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 26. 9. 2006**

#### **Keine Erhebung von GEZ-Gebühren auf Internet-PCs Verlängerung des Moratoriums bis 2009 gefordert**

Anlässlich der Vereinbarung der Rundfunkkommission der Länder, die Entscheidung über die Festsetzung von GEZ-Gebühren für internetfähige Computer an die Ministerpräsidentenkonferenz abzugeben, erklärt der kultur- und medienpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Wolfgang Bönnsen (Bönstrup) MdB:

Rundfunk ist in erster Linie ein Kulturgut. Diese Auffassung ist für die Kultur- und Medienpolitiker der CDU/CSU-Bundestagsfraktion neben der Sorge über zunehmende Gebührenbelastungen für die Bürger Veranlassung, sich an der laufenden Diskussion um die Erhebung von Rundfunkgebühren auf internetfähige Computer von Bundesseite aus zu beteiligen, auch wenn in Deutschland Fragen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Angelegenheiten der Bundesländer sind.

Den Vorschlag der ARD, eine Rundfunkgebühr auf internetfähige Computer zu erheben, lehnen wir unter den derzeitigen Voraussetzungen ab. Nach einer Online-Studie von ARD und ZDF rufen nur vier Prozent der Internetnutzer Radio-Livestreams ab, gleichzeitig können Selbständige bis zu dreimal herangezogen werden. Die von den öffentlich-rechtlichen Anstalten selbst geschätzten Mehreinnahmen betragen nicht mehr als ca. fünf Millionen Euro. Aus diesen Konsequenzen wird ersichtlich, dass es sich bei der Computergebühr nur vordergründig um Erlöse, tatsächlich aber um eine strategische Weichenstellung für die Finanzierung künftiger Übertragungswege handelt.

Die Interessenvertretung der öffentlich-rechtlichen Anstalten zur Sicherung ihrer Arbeit ist durchaus berechtigt; aber es gebietet eine faire Debatte, auch weitergehende Aspekte offen zu legen. Dazu gehört der Hinweis, dass die geplante Erhebung der reinen Rundfunkgebühr auf internetfähige Computer in Höhe von 5,52 Euro nur ein erster Schritt ist und aller Wahrscheinlichkeit nach die Erhebung der Gesamtgebühr in Höhe von 17,03 Euro folgen wird.

Daher wäre der richtige Weg, trotz der vorliegenden Beschlusslage zum jetzigen Zeitpunkt keine Rundfunkgebühren für internetfähige Computer zu erheben und das bis zum 31. Dezember 2006 geltende Moratorium für neuartige Rundfunkgeräte bis 2009 zu verlängern, wie es der Landtag und die Landesregierung Schleswig-Holstein vorgeschlagen haben, ebenso Staatsminister Bernd Neumann MdB. Dieser Zeitraum sollte für eine zielführende Debatte genutzt werden, wie angesichts der neuen technologischen Entwicklungen die Erfassung von Rundfunkgebühren angemessen gestaltet werden kann.

Die Länder und die Verantwortlichen bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sollten in diesem Sinne tätig werden.

#### **Städte- und Gemeindebund NRW Pressemitteilung 24/2006 vom 3. 8. 2006**

#### **Rundfunkgebühr für internetfähige PCs und Handys überflüssig Städte- und Gemeindebund NRW fordert die Ministerpräsidenten der Länder auf, von der geplanten Rundfunkgebühr für internetfähige PCs und Handys Abstand zu nehmen**

„Die ab 1. Januar 2007 vorgesehene Rundfunkgebühr für internetfähige PCs und Handys schadet nicht nur dem Medienstandort Deutschland, sondern verursacht auch erhebliche Mehr-

## **Neu:**

### **Unsere Anzeigenpreisliste 2/2005**

im Internet: [www.prewest.de](http://www.prewest.de)  
oder gemailt: [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)  
oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

belastungen für die Städte und Gemeinden in einer Zeit, in der sich die Kommunen ohnehin in einer sehr schwierigen Finanzlage befinden“, machte Dr. Bernd Jürgen Schneider, Hauptgeschäftsführer des Städte- und Gemeindebundes NRW, heute in Düsseldorf deutlich. In den meisten Städten und Gemeinden in Nordrhein-Westfalen sei an ausgeglichene Haushalte nicht zu denken, so dass zusätzliche Rundfunkgebühren für PCs in Bibliotheken, Kindergärten, Musikschulen, Feuerwehren und allgemeinen Verwaltungsgebäuden letztlich zu Lasten der Bürgerinnen und Bürger gingen.

Auf internetfähige PCs könne nicht verzichtet werden, da die Bürger berechnete Erwartungen an ein modernes e-Government und eine leistungsfähige Kommunalverwaltung hätten. „Angesichts der enormen Arbeitsbelastung infolge des Personalabbaus in den vergangenen Jahren und klarer Dienstanweisungen ist es aber alles andere nahe liegend, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Verwaltungen während ihrer Arbeitszeit an ihrem PC Radio hören oder fernsehen“, betonte Schneider.

Daher liege der Verdacht nahe, dass die neue Gebühr lediglich deshalb geschaffen worden sei, um mehr Geld in die Kassen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu bekommen. „Jedem Rundfunkgebührentatbestand sollte zumindest die realistische Annahme zugrunde liegen, dass die Geräte auch tatsächlich für den Rundfunkempfang genutzt werden. Künstliche Gebührentatbestände sind aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen“, so Schneider.

Im Übrigen dürfte Deutschland das einzige Land in Europa sein, in dem Rundfunkgebühren auf internetfähige PCs vorgesehen sind. Ein Alleingang innerhalb Europas führt nach Auffassung des kommunalen Spitzenverbandes zu Wettbewerbsnachteilen und gibt auch im Zuge der Harmonisierung der Rechtssysteme in Europa wenig Sinn.

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 14. 7. 2006**

##### **Breitbandversorgung fuer Stadt und Land**

Zur laufenden Anhoerung im Vergabeverfahren fuer Broadband Wireless Access-Frequenzen der Bundesnetzagentur erklart der SPD-Bundestagsabgeordnete, Manfred Zoellmer, zu staendiger Berichterstatter im Ausschuss fuer Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz:

Neben den kabelgebundenen DSL-Zugaengen steigt die Zahl der breitbandigen Internetzugaenge, die mithilfe alternativer Datenerübertragungstechnologien realisiert werden. Fuer funkgestuetzte schnelle Internetzugaenge sollen durch die Bundesnetzagentur Ende des Jahres – vermutlich im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens als gesetzliches Regelverfahren – Frequenzen zugeteilt werden. Hierbei hat die Bundesnetzagentur Eckpunkte des Versteigerungsverfahrens zur Anhoerung gestellt, die insbesondere die Versorgung des laendlichen Raums betreffen.

In 16 festgelegten Regionen stehen jeweils Frequenzpakete fuer drei Betreiber zur Verfuegung. Mit der Zuteilung soll eine Versorgungsverpflichtung verbunden werden, die bis zum Jahr 2009 eine Versorgung von 15 Prozent und bis zum Jahr 2011 von 25 Prozent der Gemeinden in der betreffenden Region als Verpflichtung vorsehen.

Diese angedachte Versorgungsverpflichtung genuegt aus verbraucherpolitischer Sicht nicht, die Verbreitung von Breitbandanschlussen insbesondere in bisher nicht versorgten Regionen zu unterstuetzen. Bisherige weisse Flecken muessen geschlossen und besser versorgt werden.

Es ist sicher darauf zu achten, dass eine Versorgungsverpflichtung realistisch bleibt und nicht Forderungen erhoben werden, die dann nicht erfuellt werden. Gleichwohl duerfen wir uns nicht mit einem Minimum zufrieden geben.

Die deutsche Breitband-Strategie muss zum Ziel haben, die privaten Haushalte, landwirtschaftliche Betriebe und Unternehmen flaechendeckend mit Breitband zu versorgen. Die Bereitstellung breitbandiger Vorleistungsprodukte ist fuer das

Wachstum der Maerkte und fuer steigende Beschaeftigung gerade in laendlichen Raeumen von grosster Bedeutung. Verbraucherinnen und Verbraucher wollen die Handelsmoeglichkeiten des Internets schnell und bequem nutzen. Wichtige Informationen muessen ihnen leicht zugaenglich sein.

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 13. 9. 2006**

##### **Unsere Verantwortung fuer die laendlichen Raeume**

Zur Veranstaltung der SPD-Bundestagsfraktion „Unsere Verantwortung fuer die laendlichen Raeume“ erklart die agrarpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion, Waltraud Wolff:

Mit der Veranstaltung „Unsere Verantwortung fuer die laendlichen Raeume“ hat die SPD-Bundestagsfraktion das Gespraech aufgenommen und die grossen Herausforderungen fuer die Menschen in laendlichen Raeumen debattiert. Die demographische Entwicklung war dabei ebenso Thema wie die Fragen zur Anpassung der Infrastruktur und die Rolle der Landwirtschaft unter veraenderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Die grosse Beteiligung an unserer Veranstaltung hat deutlich gezeigt, dass den Menschen vor Ort die Entwicklung der laendlichen Raeume wichtig ist und Diskussionsbedarf besteht. Deutlich wurde auch, dass die Entwicklung laendlicher Raeume sehr viel mehr ist als nur Agrarpolitik.

Die Beurteilung der laendlichen Raeume steht und faellt mit der Lebensqualitaet, aber auch mit der subjektiven Wahrnehmung der Menschen, die dort leben. Unsere Politik muss klar darauf ausgerichtet werden, dass nicht „Demenz und Armut“ die tragenden Elemente im laendlichen Raum werden, sondern Lebensfreude, Erwerbsmoeglichkeiten, kulturelle Vielfalt und damit Lebensqualitaet. Dazu bedarf es der Koordinierung der verschiedenen Interessen.

Deshalb fordern wir die Einrichtung eines Rates fuer die Entwicklung der laendlichen Raeume beim Bund, der Vorschlaege fuer integrierte fachuebergreifende Entwicklungsmodelle erarbeiten soll. Bei der Klaerung der Finanzierung und deren Kriterien werden wir Konzepte finden, bei denen die laendlichen Raeume weiter gestaerkt werden. Die Modulation kann dabei ein wichtiges Element sein.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 7. 2006**

##### **Strukturforderung im laendlichen Raum fortsetzen Die kurzzeitigen Zentralisierungsueberlegungen duerfen nicht um sich greifen**

Zur Diskussion um eine moegliche Neuordnung der Struktur und Wirtschaftsforderung in Deutschland erklart der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Friedrich MdB:

Vorschlaege von so genannten Wirtschaftsexperten und Politikern, nur noch die Wirtschaft in den Regionen zu foerdern, in denen die Bevoelkerungszahlen steigen, ist ein gefaehrlicher Irrweg. Wuerde das dahinter stehende Denken zur Grundlage der Wirtschafts- und Strukturpolitik in Deutschland, wuerde das Ausbluten des laendlichen Raumes dramatisch beschleunigt. Im Ergebnis wuerde Wirtschaftsforderung nur noch in die Ballungsgebiete fließen und der Abwanderungsdruck aus dem laendlichen Raum und den strukturschwaecheren Gebieten zunehmen.

Die Bürgerinnen und Bürger scheinbar kostengünstiger und „leichter regierbar“ in den Metropolen zusammenzupferchen, scheint auch für manchen Politiker eine offenbar reizvolle Überlegung zu sein. Deren Umsetzung wuerde die langfristige Entwicklung Deutschlands jedoch schwer beschädigen. Gerade in der Vielfalt und der Dezentralitaet des Landes lagen und liegen die Staerken auch der deutschen Volkswirtschaft und ihrer Kreativitaet und Leistungsbereitschaft. Dies darf nicht durch planwirtschaftliche Irrwege zerstört werden.

Der laendliche Raum abseits der Ballungsgebiete hat nicht nur eine große Vielfalt an kultureller Entwicklung und innovativem

Denken zu bieten. Auch die sozialen und gesellschaftlichen Strukturen sind stabiler. Allein die beeindruckende Zahl an Vereinen und ehrenamtlichen Organisationen im ländlichen Raum mit einer ausgeprägten Jugendarbeit ist den Metropolen um Längen voraus. Der Mehraufwand im ländlichen Raum für Infrastruktur und dezentrale Verwaltungsstrukturen wird durch Einsparungen bei Bekämpfung der Jugendkriminalität und -verwahrlosung mehr als kompensiert.

Dies alles müsste für die deutsche Politik Grund genug sein, ein klares Bekenntnis zum ländlichen Raum, zu den ballungsfernen Gebieten sowie zur Förderung von strukturschwachen Regionen abzulegen. Die kurzfristigen Zentralisierungsüberlegungen dürfen nicht um sich greifen!

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 7. 9. 2006**

#### **Beitrag für lebendige Innenstadtentwicklung Einführung beschleunigter Bebauungsplanverfahren für ausgewählte Projekte**

Zur geplanten Änderung des Baugesetzbuchs hinsichtlich einer Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte und dem dazu vorliegenden Kabinettsentwurf erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Die Große Koalition will Bebauungsplanverfahren für arbeitsplatzschaffende Investitionen im Innenbereich von Städten erheblich vereinfachen und verkürzen. Das schafft schnellere Rechtssicherheit, fördert Investitionen in den Innenstädten, unterstützt den Bürokratieabbau und trägt zur schnelleren Wiedernutzung von innerstädtischen Brachflächen bei.

Mit der Einführung beschleunigter Bebauungsplanverfahren für ausgewählte Projekte wird ein investitionsfreundliches Instrument geschaffen, das der Aufforderung des Bundespräsidenten „Vorfahrt für Arbeit“ gerecht wird.

Entsprechend den Ankündigungen im Koalitionsvertrag greift die Bundesregierung damit zentrale Anliegen der Stadtentwicklung auf und trägt ihren Teil zur Umsetzung des Prinzips „Innenentwicklung vor Außenentwicklung“ bei. Sie fördert urbane Zentren, sichert die verbrauchernahe Versorgung und ermöglicht eine nachhaltige Stadtentwicklung.

Mit einer Reaktivierung der Innenstädte und Stadtteilzentren stärkt sie letztlich die Orte sozialer und kultureller Begegnung und trägt damit auch zur Identifikation der Bürgerinnen und Bürger mit ihrer Heimat bei.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 9. 2006**

#### **Innerstädtische Investitionen erleichtern Vereinfachungen und Beschleunigungen führen zu Kostenentlastungen**

Zur 1. Lesung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte (Drs 16/2496) erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Der vorliegende Gesetzentwurf erleichtert eine investitionsfreundlichere Kommunalpolitik. Die unionsgeführte Bundesregierung baut damit unnötige Bürokratie ab, fördert urbane Zentren, sichert die verbrauchernahe Versorgung und ermöglicht eine nachhaltige Stadtentwicklung.

Durch den wirtschaftlichen und demografischen Wandel stehen die Städte, Gemeinden und Landkreise vor erheblichen stadtentwicklungs- und wohnungspolitischen Herausforderungen. Mehr denn je müssen sich die Kommunen auf die Wiederherstellung und Sicherung funktionsfähiger urbaner Stadtquartiere und lebenswerter Dorfkerne konzentrieren.

Die Wiederbelebung innerörtlicher Industrie-, Bahn- und Konversionsbrachen ist anstrengender, als das Bauen auf der „grünen Wiese“. Deshalb ist es nur konsequent, die Rahmenbedingungen dafür spürbar zu verbessern.

Die vorgesehenen Vereinfachungen und Beschleunigungen führen zu Kostenentlastungen bei den Kommunen und zu einer Entbürokratisierung in zentralen Bereichen der Immobilienwirtschaft. Schon allein deshalb ist es ein gutes Gesetz.

#### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 1172 vom 20. 9. 2006**

#### **Experten bestätigen: Schutz vor Passivrauchen muss gesetzlich geregelt werden**

Anlässlich des Fachgesprächs „Passivrauchen - Herausforderung für Verbraucher- und Gesundheitspolitik“ erklären Ulrike Höfken, verbraucherpolitische Sprecherin, Birgitt Bender, gesundheitspolitische Sprecherin und Harald Terpe, drogenpolitischer Sprecher:

Gesetzliche Regelungen zum Schutz vor Passivrauchen sind nötig und möglich. Das ist das Ergebnis des Fachgesprächs der bündnisgrünen Bundestagsfraktion zum Thema Passivrauchen. Unser Ziel ist kein „Feldzug“ gegen Raucherinnen und Raucher, sondern unser Ziel ist es, den Schutz vor Passivrauch deutlich zu verbessern. Das Recht auf freie Entfaltung der Raucherinnen und Raucher stößt dort an seine Grenzen, wo andere Personen belästigt und gesundheitlichen Gefahren ausgesetzt werden.

Auf unserem Fachgespräch wurden neue Untersuchungen vorgestellt, die belegen, dass die Belastung durch Tabakqualm, insbesondere in Bars, Diskotheken und den Bistros der Deutschen Bahn besonders hoch sind. Als unwirksam hat sich die Ausweisung nicht räumlich getrennter NichtraucherInnenbereiche erwiesen, in denen zum Teil höhere Belastungen gemessen wurden, als in den RaucherInnenbereichen. Besonders stark belastet sind die MitarbeiterInnen – vor allem schwangere und stillende Mitarbeiterinnen.

Diese Messungen zeigen, dass die Selbstverpflichtung des Hotel- und Gaststättenverbandes, die auf der Ausweisung von NichtraucherInnenentischen beruht, wirkungslos ist. Rauch verteilt sich in Räumen gleichmäßig und macht auch vor NichtraucherInnenentischen nicht halt.

Auch die Argumentation des DEHOGA, ein Rauchverbot in der Gastronomie würde zu Umsatzeinbrüchen und Arbeitsplatzabbau führen, konnte anhand von Daten aus anderen EU-Ländern widerlegt werden: Sowohl in Irland als auch in Nor-

### **1. Deutscher Betriebskostentag in Leipzig**

13.10. 2006, 9:00 Uhr – ca. 17:00 Uhr

#### Referenten:

VRiBGH Wolfgang Ball;  
RiBGH a. D. Dr. Dietrich Beyer;  
VRiLG Dr. Hans Langenberg, Hamburg;  
RiBayObLG Dr. Michael J. Schmid;  
RAuN Ferréol Jay von Seldeneck, Berlin;  
RA Volkmar Steinmeyer, Berlin.

#### Leitung und Moderation:

RA Rainer Derckx, Leipzig

#### Teilnahmegebühr und Tagungsort:

225,00 € zzgl. MwSt.  
(inklusive sind Tagungsunterlagen, Tagungsgetränke  
und ein Mittagsbuffet)  
Tagungsort: Hotel The Westin

#### **Anmeldungen per Telefax unter 03 41 / 5 61 08 02 oder per E-Mail**

Leipziger Institut für Wirtschaft und Recht  
Trufanowstraße 35 · 04105 Leipzig  
Tel.: 03 41/ 5 66 27 54 · Fax: 03 41/ 5 61 08 02  
E-Mail: seminar@leipziger-institut.de  
Internet: <http://www.leipziger-institut.de>

wegen blieben die Umsätze und die Anzahl der Arbeitsplätze stabil, in einigen Ländern gab es sogar positive Umsatzentwicklungen (z. B. Kalifornien).

Prof. Dr. Siekmann von der Universität Frankfurt/Main stellte auf dem Fachgespräch dar, das auch nach der Föderalismusreform die Möglichkeit bestehe, ein allgemeines, bundesweit geltendes Rauchverbot zu verabschieden.

Im abschließenden Streitgespräch wurde erneut deutlich: Es geht nicht um Ausgrenzung oder um ein Verbot des Rauchens, sondern um eine klare Begrenzung der „Fremdschädigung“ durch den Rauch. Wir arbeiten daran, dass sich die Abgeordneten des Bundestags mit den neuen Studien zum Beispiel des deutschen Krebsforschungszentrums befassen und die notwendigen Konsequenzen ziehen: eine neue und umfassende gesetzliche Regelung zum Schutz vor Passivrauchen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20. 9. 2006**

#### **Gesetzliche Regelung zum Schutz vor Passivrauch auch in Gaststätten notwendig Nichtraucherzonen in Gaststätten sind eine Mogelpackung**

Anlässlich der Veranstaltung „Passivrauchen“ der CDU Landesgruppe Baden-Württemberg im Reichstagsgebäude erklärten die Drogenbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Maria Eichhorn MdB und der Initiator der Veranstaltung, Dr. Karl A. Lamers MdB:

Nichtraucherzonen in Gaststätten sind eine Mogelpackung. Zu diesem Ergebnis kommt die Vorsitzende der Stabsstelle Tabakprävention des Deutschen Krebsforschungszentrums in Heidelberg (dkfz), Dr. Martina Pötschke-Langer. Die Ergebnisse neuester Untersuchungen zur Passivrauchbelastung stellte Frau Dr. Pötschke-Langer gestern auf einer Veranstaltung der CDU-Landesgruppe Baden-Württemberg im Bundestag vor.

Die neue Studie belegt, dass die Gesundheitsbelastung in Restaurants oder Fernzügen, in denen geraucht wird, bis zu 20-mal höher ist als dort, wo ein Verbot gelte. Besonders betroffen sind eine Million Mitarbeiter in der Gastronomie, darunter 7000 bis 10 000 Schwangere. Sie sind einer Schadstoffbelastung ausgesetzt die extrem krebserzeugend, fortpflanzungsschädigend und erbgutverändernd ist.

Gleiches gilt für die Gäste gastronomischer Einrichtungen, selbst wenn sie sich in den Nichtraucherbereichen aufhalten. Die Luft in Nichtraucherzonen ist um das zehnfache belasteter als die in rauchfreien gastronomischen Einrichtungen. Dies

zeigt: Nichtraucherbereiche sind Passivrauchbereiche. Restaurantbesucher setzen sich auch hier einer hohen gesundheitlichen Gefahr aus.

Die Vereinbarung mit dem Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA), deren Umsetzung von Fachleuten angezweifelt wird, ist somit völlig unzureichend, da sie nur Nichtraucherzonen und keine abgeschlossenen Räume vorsieht. Wir brauchen einen ausreichenden Nichtrauchererschutz, nicht nur in öffentlichen Gebäuden, sondern ausnahmslos an allen Arbeitsplätzen sowie in Restaurants. Die italienische Lösung wäre hierbei auch in Deutschland gut umsetzbar. Italienischen Wirten steht es frei, separate Raucherräume zu errichten, wenn diese durch selbstschließende Türen abgetrennt sind. Dabei ist die Angst der Gastronomen vor Umsatzeinbußen völlig unbegründet. In Ländern, die ein Rauchverbot in Restaurants eingeführt haben blieb der Umsatz konstant oder stieg sogar teilweise an.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 4. 9. 2006**

#### **Ausufernde Rauchverbotsdebatte dringend versachlichen Ein gesetzlicher Anspruch auf den rauchfreien Thekenplatz geht eindeutig zu weit**

Zur bevorstehenden parlamentarischen Beratung eines gesetzlichen Rauchverbots erklären der Parlamentarische Geschäftsführer der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Bernhard Kaster MdB, und der Parlamentarische Geschäftsführer der CSU-Landesgruppe, Hartmut Koschyk MdB:

In der Debatte um ein immer radikaleres Rauchverbot, mit Bußgeldvorschlägen oder Serviceausgrenzung für Raucher in Gaststätten, muss wieder Vernunft und Verhältnismäßigkeit einkehren. Das Ziel eines Gesetzes muss darin liegen, überall dort für mehr Nichtrauchererschutz zu sorgen, wo sich Menschen in ihrem Alltag ohne Wahlmöglichkeit aufhalten müssen. Das entspricht auch weitgehend der heutigen Praxis. In vielen Behörden, Krankenhäusern, Schulen, Bahnhöfen und ähnlichen Orten ist das Rauchen bereits untersagt. Für solche öffentliche Räume kann ein Gesetz sinnvolle Unterstützung leisten.

Ein generelles und undifferenziertes Rauchverbot für alle Bereiche, die durch Verbraucher freiwillig ausgewählt werden können, führt aber zu Überreglementierung und stigmatisiert Teile der Bevölkerung unverhältnismäßig stark. Der mündige Verbraucher sollte frei entscheiden können, ob er in Gaststätten mit oder ohne Raucher bzw. mit oder ohne gutem Nichtrauchererschutz gehen will. Dabei wird die Zahl der Nichtraucherplätze in Zukunft durch die Zielvereinbarung der Hotels und Gaststätten mit der Bundesregierung deutlich zunehmen. Es muss

## **Impressum**

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47 63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de> e-mail: [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 2/2005.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Am Quirinushof 20, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54, Telefax 021 33/220429, ISDN 021 33/2204 32, e-mail: [kontakt@kluth-dtp.de](mailto:kontakt@kluth-dtp.de), Internet: [www.kluth-dtp.de](http://www.kluth-dtp.de)

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 021 31/1 2474-0, Telefax 021 31/1 2474-20, e-mail: [koch-druckerei@t-online.de](mailto:koch-druckerei@t-online.de)

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 €, Doppelheft 15,00 €, jew. zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 95,23 € (einschl. 9,- € Versand und 6,23 € MwSt), zahlbar zu Beginn des Abonnementzeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 380 500 00), Konto 36 207 645. Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder.

Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung zu gewerblichen Zwecken.

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

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

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

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt werden, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressummeldung oder Nachsendeantrag bei der Post sind seit 1. 7. 2005 nicht ausreichend. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

aber grundsätzlich noch möglich sein, dass sich Raucher in Gaststätten eine Zigarette anzünden können. Ein gesetzlicher Anspruch auf den rauchfreien Thekenplatz geht hier eindeutig zu weit.

Die Gefahren des Rauchens dürfen nicht verharmlost werden. Nichtraucherchutz hat höchste Priorität. Hilfreicher als neue Gesetze und Bußgelder zu schaffen ist es daher, konsequent die bestehenden Jugendschutzvorschriften durchzusetzen bzw. noch zu erweitern und das Bewusstsein für die Gefahren des Rauchens zu schärfen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1. 9. 2006**

#### **EU-Anti-Alkohol-Kampagne ist Bevormundung des Verbrauchers Pläne von EU-Verbraucherschutzkommissar Kyprianou nicht akzeptabel**

Anlässlich der aktuellen Diskussion über die geplante Anti-Alkohol-Kampagne der EU erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB und die Verbraucherschutzbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Julia Klöckner MdB:

Die Pläne von EU-Verbraucherschutzkommissar Kyprianou, im Rahmen eines Maßnahmenpaketes gegen Alkoholmissbrauch Warnhinweise auf Bier und Wein sowie ein Werbeverbot für Alkohol einzuführen, sind nicht akzeptabel. Dies stellt eine Einmischung in die Zuständigkeiten der Mitgliedsstaaten dar und diskreditiert die Kulturgüter Wein und Bier. Die EU unterliegt einem Irrglauben, wenn sie die Konsumenten als hilflos einstuft und annimmt, dass mit dieser beabsichtigten Überreglementierung der Alkoholkonsum zurückginge. Dieser Gängel des Verbrauchers und dieser Regulierungswut der EU muss ein Riegel vorgeschoben werden.

Die Studie, auf die sich der Kommissar bezieht, ist in vielen Punkten zu kritisieren. So wird nicht generell zwischen Alkoholkonsum und Alkoholmissbrauch unterschieden. Damit wird bereits der Gebrauch legaler Produkte kritisiert, nicht nur der Missbrauch.

Wir müssen die Ursachen für Alkoholmissbrauch bekämpfen, den Jugendschutz einhalten und nicht versuchen, durch immer mehr Etikettenangaben zu verwirren. Auch eine in Betracht gezogene höhere Besteuerung und ein Werbeverbot lösen bei offenen Märkten kein Problem. Vielmehr muss bei der Aufklärung über die Schäden im Falle eines Missbrauchs von Alkohol angesetzt werden.

Eine Überregulierung durch ständig neue EU-Vorgaben oder ein zusätzliches Etikett auf einer Wein- oder Bierflasche verändert nicht den Alkoholkonsum, sondern ist ein weiterer Angriff auf die Selbstbestimmung des Verbrauchers.

#### **Bücher und Veröffentlichungen**

**Bekanntmachung der Neufassung der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen – VOF** – Vom 16. März 2006. Beilage Nr. 91a zum Bundesanzeiger vom 13. Mai 2006. 26 Seiten. Bundesanzeiger Verlag Köln.

**Bekanntmachung der Neufassung der Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) Ausgabe 2006** Vom 6. April 2006. Beilage Nr. 100a zum Bundesanzeiger vom 30. Mai 2006. 136 Seiten; 16,50 EUR. Bundesanzeiger Verlag Köln.

**Bekanntmachung des Sofortpakets zur Anpassung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) an zwingende Änderungen durch neue EU-Vergaberichtlinien (2004/17/EG und 2004/18/EG) und das ÖPP-Be-**

**schleunigungsgesetz – VOB/A Ausgabe 2006** –. Vom 20. März 2006. Beilage Nr. 94a zum Bundesanzeiger vom 18. Mai 2006. 117 Seiten; ca. 15,00 EUR. Bundesanzeiger Verlag Köln.

**Bekanntmachung der Regionalen Wertansätze 2006 für Ackerland und Grünland nach der Flächenerwerbsverordnung.** Vom 24. Mai 2006. Beilage Nr. 145a zum Bundesanzeiger vom 4. August 2006. Bundesanzeiger Verlag Köln.

Beim Rückerwerb von enteigneten Grundstücken in den neuen Bundesländern (und in einem Stück Niedersachsens) ist der Verkehrswert nach dem Ausgleichleistungsgesetz (Art. 2 des EALG) zu beachten. Die vorliegende Bekanntmachung der Regionalen Wertansätze 2006 ersetzt die Wertansätze 2004 (zu 2002 vgl. GuT 2003, 78). Sie liefert die jeweilige Berechnungsgrundlage zur Ermittlung des Verkehrswerts. (vS)

**Bekanntmachung der Neufassung der Richtlinien für die Ermittlung der Verkehrswerte (Marktwerte) von Grundstücken (Wertermittlungslinien 2006 – WertR 2006)** Vom 1. März 2006. 184 Seiten, 20,70 EUR. Bundesanzeiger Verlag Köln.

**Neuer Anlegerschutz Leitfaden Aktionärsforum nach dem UMAG.** Von Rechtsanwalt *Klaus Rotter*, Dipl.-Betriebswirt. Köln 2006. 144 Seiten; 36,00 EUR. Bundesanzeiger Verlag Köln.

„Mit § 127a AktG, der durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) in das Aktiengesetz eingefügt wurde, hat der Gesetzgeber beinahe beiläufig eine neue Kommunikationsplattform für Aktionäre geschaffen. Dieses elektronische Forum ist seinem Wesen nach auf eine unmittelbare Breitenwirkung gerichtet und könnte damit von nachhaltigem Einfluss auf die Aktienkultur in Deutschland sein. – Gleichwohl hat auch die schöne neue Welt der Aktionärskommunikation ihre Grenzen und Regeln, die es zu beachten gilt. Diese Regeln möchte das vorliegende Buch ebenso erläutern, wie es aufzeigen soll, welche Möglichkeiten der Gesetzgeber zur wirkungsvollen Bündelung und Durchsetzung von Investoreninteressen eröffnet hat. Seinen Titel nimmt das Buch dabei durchaus Ernst: Es ist ein Leitfaden zum Instrument des Aktionärsforums, will einen ersten Überblick verschaffen und wendet sich daher an alle betroffenen Aktionäre und Interessierten – und damit naturgemäß auch an den juristischen Laien. – Die umfangreiche



**Sparen auch Sie bis zu  
50.000,- € durch  
Eigenleistung!**

**YTONG Bausatzhaus**  
Rhein-Sieg-Oberberg GmbH  
Dipl.-Ing. Johannes Hermann  
Tel. 02205/88321

YTONG@YTONG-Rhein-Sieg.de  
[www.ytong-bausatzhaus.de/Rhein-Sieg](http://www.ytong-bausatzhaus.de/Rhein-Sieg)



# GUT

G 58438

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

Materialsammlung, die dem Leitfaden als Anhang beigelegt ist, bietet jedoch auch Juristen vielfältige Anhaltspunkte für die Klärung von Streitfragen, die den Rahmen der im kommentierenden Teil gebotenen Orientierung übersteigt.“ Diese Zitate aus dem Vorwort des Autors mögen ein weitergehendes Interesse an der Einrichtung „Aktionärsforum“ wecken! (vS)

**Vermieter-Lexikon** Der Ratgeber für die tägliche Praxis. Von Rechtsanwältinnen *Rudolf Stürzer* und *Michael Koch*, 9., völlig überarbeitete Auflage, München 2006. Buch mit CD-ROM. In Zusammenarbeit mit Haus+Grund München. Ca. 990 Seiten, 24,90 EUR. ISBN 3-448-07213-3, ab 1.1.2007: 978-3-448-07213-6. Rudolf Haufe Verlag, Freiburg.

Mit dem Schwerpunkt der Wohnraummiete behandeln die Autoren in Systematik nach Alphabet unter jeweiligen Stichworten sehr umfassend und auf aktuellem Niveau die Raummiete. ZPO, InsO, ZVG, ZweckentfremdungsVO, Wohnungsbindungsrecht, Heimgesetz und andere „Nebengebiete“ sind auch behandelt. Das Buch ist gelungen! Die CD-ROM bietet eine Fülle von höchstrichterlichen Entscheidungen und weitere Artikel zu Stichworten noch über das im Buch Berücksichtigte hinaus. (vS)

**Nahversorgung in Großstädten.** Von *Rolf Junker* und *Gerd Kühn*, Berlin 2006. Difu-Beiträge zur Stadtforschung, Bd. 47, 132 S., teilweise vierfarbig, Euro 19,-. ISBN -10: 3-88118-420-1. ISBN -13: 978-3-88118-420-5. Zu erhalten im Buchhandel oder beim Deutschen Institut für Urbanistik, Berlin.

Vom Strukturwandel im Handel ist auch der Lebensmittel Einzelhandel, als Kernbereich der Nahversorgung, betroffen. Seit Jahren breiten sich großflächige Märkte, vor allem Discounters, aus; gleichzeitig findet ein Rückzug kleinerer Geschäfte statt, oft kleine Supermärkte. Dieser Trend hat auch in den deutschen Großstädten zu einem neuen, weitmaschigen Netz von Lebensmittelgeschäften an dezentralen Standorten („Ortsschildlagen“) geführt. Alte zentrale Versorgungsstandorte verlieren dagegen ständig an Bedeutung.

Welche Auswirkungen haben diese Entwicklungsprozesse nun auf die Versorgung der Stadtbevölkerung in Wohnungs-nähe? Wer sind warum die Gewinner und Verlierer in städtischen Teilräumen? Welche Möglichkeiten haben die zuständigen Akteure in den Rathäusern, die Nahversorgung zu sichern? Diesen und weiteren Fragen geht der Band nach. Bei der Suche nach Antworten waren den Autoren dieses Bandes Fachleute aus zehn Großstädten behilflich – allesamt Kommunen mit umfangreichen Erfahrungen im Aufgabenfeld Nahversorgung.

## Programm des Instituts für Städtebau Berlin

Das Institut für Städtebau Berlin der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung hat sein neues Kursprogramm für Herbst/Winter 2006/2007 vorgestellt. Eine Über-

sicht der verschiedenen Fachtagungen, Seminare und Exkursionen ist im Internet unter [www.staedtebau-berlin.de](http://www.staedtebau-berlin.de) abrufbar.

## Programm des Instituts für Städtebau und Wohnungswesen München

Das Institut für Städtebau und Wohnungswesen München hat sein Herbstprogramm 2006 mit Vorschau auf das Frühjahr 2007 veröffentlicht. Alle geplanten Fachtagungs- und Seminartermine sind im Detail im Internet unter [www.isw.de](http://www.isw.de) abrufbar.

## Der Immobilienbewerter

Informationsdienst für Sachverständige  
Die Fachzeitschrift für die Bewertungspraxis  
in neuer Aufmachung jetzt vom Bundesanzeiger Verlag.

Die neuen Wertermittlungsrichtlinien 2006 und die Verschärfung der gesetzlichen Grundlagen bezüglich der Rechte und Belastungen sind nur ein Beispiel für die sich ständig ändernde Marktsituation, mit der sich Gutachter und Sachverständige befassen müssen. Der Immobilienbewerter bietet aktuelle Informationen und fundierte Analysen zu marktrelevanten Themen. Gut lesbar und praxisnah erläutern anerkannte Experten Grundsatzfragen, schildern Chancen und Risiken innerhalb spezieller Segmente, geben wertvolle Arbeitshilfen für die Praxis. Der Immobilienbewerter richtet sich an Wertermittler im Bau- und Investmentbereich, freie und ö.b.u.v. Sachverständige, Gutachterausschüsse, Fondsbewerter, Portfoliomanager, Architektenkammern, Ingenieure, Banken und Kreditinstitute, Liegenschaftsämter und Wirtschaftsprüfer. Herausgegeben wird der Immobilienbewerter vom Bundesanzeiger Verlag in Zusammenarbeit mit der DIA (Deutsche Immobilien-Akademie an der Universität Freiburg GmbH), eine der führenden Ausbildungsinstitutionen für Sachverständige der Immobilienbewertung in Deutschland – in Kooperation mit dem Immobilienverband Deutschland IVD Bundesverband e.V. Die 40seitige Fachzeitschrift (105 EUR zzgl. Versand) erscheint 6 Mal im Jahr und kann über den Buchhandel oder direkt beim Bundesanzeiger Verlag bezogen werden. Weitere Informationen: [uschi.schmitz-justen@bundesanzeiger.de](mailto:uschi.schmitz-justen@bundesanzeiger.de)



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