

Gewerbemiete Und Teileigentum

1-2/07

7. Jahrgang

Heft 33

Januar/Februar 2007

S. 1-72

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

W. E. Joachim: Die Einkaufszentrum-Werbegemeinschaft

A. Zorn: Auftragsgraffiti zur Fassaden- oder Innengestaltung

Wirtschaft und Verbände

U. von Schoenebeck: GuT-Netzwerk

Gewerbemiete

Rechtsnatur der Software-Überlassung (BGH)

Miete von Baufahrzeugen (BGH)

Aufklärungspflicht des Gaststättenverpächters (OLG Düsseldorf)

Pachtvertrag über Gewerbe- und Wohnräume (OLG Köln)

Betriebspflicht im EKZ (BGH; OLG Karlsruhe)

Bürogebäude; Milieuschutz (OLG Stuttgart)

Hotelbetrieb; Notwegrecht für Feuertreppe (OLG Koblenz)

Nachlassinsolvenz des vermietenden Grundeigentümers (BGH)

Teileigentum

Erhöhung des Erbbauzinses (BGH)

Wohnungs- und Teileigentum an der Hofstelle (OLG Köln)

„Laden“ als (Fisch-) Großhandelsgeschäft (OLG München)

Stillegung des Aufzugs (OLG Saarbrücken)

Dereliktion (OLG Düsseldorf)

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet - Umschau Februar 2007

Unverlangte e-mail-Zusendung (BGH; LG München I)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Umschau Februar 2007

Erhebung der Erbschaftsteuer (BVerfG)

Magazin

Inhalt

Beiträge

W. E. Joachim,
Die Einkaufszentrum (EKZ)-Werbegemeinschaft – ein weiterer aktueller Anwendungsfall der „Verrechtlichung im Shopping-Center (SC)“ zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.7.2006 – XII ZR 39/04, in: GuT 2006, 224 3

A. Zorn,
Rechtliche Aspekte beim Einsatz von Auftragsgraffiti zur Fassaden- oder Innengestaltung 6

Wirtschaft und Verbände

U. von Schoenebeck,
Netzwerk Gewerbetriebe und Teileigentum (GuT-Netzwerk) 9

Gewerbetriebe

Rechtsnatur der Software-Überlassung; ASP; ASP-Vertrag; Mietvertrag (BGH) 10

Miete von Baufahrzeugen; Aufklärungspflichten des Vermieters; Versicherungsumfang (BGH) 12

Gaststättenpacht; Aufklärungspflichten des Verpächters; Risikoverteilung; Gebrauchsvorteile des Verpächters nach dem Auszug des Pächters (OLG Düsseldorf) 13

Pacht; einheitlicher Vertrag über Gewerberäume und Wohnräume; Pension mit angeschlossenen Wohnräumen (OLG Köln) 14

Gewerberaummiete; Laden im Einkaufszentrum EKZ; Betriebspflicht bei Ladenschlusszeiten; Werbegemeinschaft (BGH) 15

Gewerberaummiete; Einkaufszentrum EKZ; Betriebspflicht; Leistungsverfügung; Zahlungsunfähigkeit; fristlose Kündigung des Zeitmietvertrags durch den Mieter aus wichtigem Grund; Prognose zur Kundenfrequenz; Wegfall der Geschäftsgrundlage; Risikoverteilung (OLG Karlsruhe) 16

Gewerberaummiete; Grillstube; Gaststätte; Pizzeria; Pizza-Lieferservice; Erlaubnis der Untervermietung (OLG Düsseldorf) 18

Gewerbetriebe; Auskunftsverlangen vor Erteilung der Untervermietungserlaubnis; Einkaufszentrum EKZ; Betriebspflicht; Schriftform des Hauptmietvertrags; Unterschriften der Vertreter; Lageplan; Individualisierung des Mietobjekts; Nebenkostenvorauszahlung bei Abrechnungsreife (BGH) 19

Gewerberaummiete; Bürogebäude; Mangel der vereinbarten Zugangskontrolle zum Gebäude; Mangel der sich verschlechternden Mieterstruktur im Gebäude; Milieuschutz; Arbeitsamt; Agentur für Arbeit als Neumieter; Publikumsverkehr (OLG Stuttgart) 22

Gewerberaummiete; Umsatzsteuer; befristeter Mietvertrag; vertraglicher Ausschluss der Berufung auf einen Schriftformmangel; Vermietungsobliegenheit; Mängel Leerstände im Gebäude, Einbruchsicherheit, Überhitzung (KG) 25

Gewerberaummiete; Werkstatträume; Schönheitsreparaturklausel mit starrem Fristenplan; Schutzbedürftigkeit des Geschäftsraummieters; Bezugsfertigkeit; Beseitigung der Außenwerbung (OLG Düsseldorf) 26

Hotelbetrieb; Brandschutz; Notwegrecht für Feuerterrasse; Kündigungsrecht des Verleihers nach Tod des Entleihers; Leihe einer Standfläche (OLG Koblenz) 28

Deklaratorisches Schuldanerkenntnis; Zahlung auf geprüfte Rechnung (BGH) 29

Nachlassinsolvenz des vermietenden Grundeigentümers; Absonderungsrecht des Grundschuldgläubigers an den Miet- und Pachtzinsforderungen; Vorausabtretung; Sicherungszession (BGH) 29

Beschwer des zur Räumung verurteilten Beklagten; Mietrecht; Besitzdiener (BGH) 31

Mietsache; Haftung des gerichtlichen Sachverständigen; Streitverkündung zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen (BGH) 32

Prozesskostenhilfe PKH für einen Gewerbebetrieb (BGH) 32

Miteigentumsanteil am Grundstück; Dereliktion; Verzicht auf den Miteigentumsanteil; Vorlagebeschluss (OLG Düsseldorf) 33

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbetriebe etc. 35

Teileigentum

Teilerbbaurecht; Ladenlokal; Erhöhung des Erbbauzinses; künftige Verpflichtung zur Zahlung; Verbraucherpreisindex; Wertsicherungsklausel (BGH) 38

Hofeigenschaft; Wohnungs- und Teileigentum an der Hofstelle (OLG Köln) 39

Teileigentum; Vermietung; „Laden“ als (Fisch-)Großhandelsgeschäft; Ladenschluss; Öffnungszeiten; Geräusch; Geruch (OLG München) 40

Wohnungseigentumsanlage; Aufzug; Mehrheitsbeschluss zur Stilllegung (OLG Saarbrücken) 41

Beschlussanfechtungsbefugnis des ausgeschiedenen Wohnungseigentümers (OLG Zweibrücken) 42

Teileigentum; Wohnungseigentum; Dereliktion; Verzicht auf den Miteigentumsanteil; Vorlagebeschluss (OLG Düsseldorf) 42

Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc. 44

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet - Umschau Februar 2007 46

Anwaltskosten für Abmahnung unerbetener Telefonwerbung (BGH) 48

Anwaltskosten für ein Abschluss schreiben wegen Zusendung unerbetener e-mail-Werbung (BGH) 50

Unverlangte e-mail-Zusendung eines Verlags an Rechtsanwalt; Unterlassungsanspruch; Vertragsstrafe; Pressefreiheit (LG München I) 52

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. 53

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Umschau Februar 2007 54

Erhebung der Erbschaftsteuer (BVerfG – nur Leitsatz) 56

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc. 56

Magazin

Politik und Recht 57

Bücher und Veröffentlichungen 69

28 Impressum 70

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

Rechtsanwalt und Direktor des Euro Business College, EBC, Bielefeld

Die Einkaufszentrum (EKZ)-Werbegemeinschaft – ein weiterer aktueller Anwendungsfall der „Verrechtlichung im Shopping-Center (SC)“

zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12. 7. 2006 – XII ZR 39/04, in: GuT 2006, 224

I. Ausgangs- und Problemlage

Die Verrechtlichung des Praxisgeschehens im Einkaufszentrum (EKZ) bzw. Shopping-Center (SC) nimmt zu.¹ Im vorliegenden Fall verlangt die Klägerin, eine Werbegemeinschaft in einem Einkaufszentrum, von der beklagten Mieterin, ihrer BGB-Gesellschaft als Gesellschafterin beizutreten und die satzungsmäßigen Beiträge zu zahlen. Zu Unrecht, wie der BGH befindet. Er bemängelt als zentrale Rechtsaspekte:

1. den formularmäßigen „Zwangs“-Beitritt zur EKZ-Werbegemeinschaft in GbR-Form sowie

2. die Kostentransparenz bei den Werbegemeinschaftskosten.

Der für das Gewerberaummietrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH schränkt die formularmäßige Gestaltungsmacht der SC-Betreiber für Mietverträge erneut erheblich ein und fordert klare und bestimmbare Vertragsabsprachen.² So verstößt die formularmäßige Verpflichtung des EKZ-Mieters, einer Werbegemeinschaft (im Folgenden: WG) in Form einer GbR beizutreten, wegen des damit verbundenen Haftungsrisikos des Mieters gegen § 307 I 1 BGB. Zudem muss in einem Formularmietvertrag die Höhe der Beiträge, welche der SC-Mieter an eine WG zu entrichten hat, wegen der nach § 307 I 2 BGB erforderlichen Transparenz bestimmbar sein; zumindest muss eine Höchstgrenze festgesetzt sein, damit der Mieter die auf ihn zukommenden Kosten kalkulieren kann.³ Dem Urteil ist im Ergebnis, wenn auch nicht in allen – teilweise zu apodiktischen – Ausführungen zuzustimmen.

II. WG und SC-Vermarktungskonzept

1. Eine funktionierende WG stellt einen wesentlichen Erfolgsfaktor eines „attraktiven und blühenden, Menschenmassen bzw. -frequenzen anziehenden“ Centers dar. Gemeinsame und abgestimmte Werbung zählt zum EKZ-Vermarktungskonzept. Regelmäßig anzutreffen und üblich sind WG der SC-Mieter und des -Vermieters bzw. -Betreibers.⁴ Zu Recht gehen BGH und OLG Hamburg als Vorinstanz davon aus, dass die in § 19 Nr. 1 S. 1 des SC-Mietvertrags als AGB enthaltene Pflicht des SC-Mieters, einer noch zu gründenden Werbegemeinschaft beizutreten, Vertragsbestandteil geworden ist. Vorrangig handelt es sich bei dieser in der EKZ-Praxis geläufigen Klausel um eine – auch – dem Mieterinteresse dienende Bestimmung.⁵

2. Ein Praxistipp: Vertragstechnisch sollte die Mitgliedschafts- und Zahlungspflicht in klarer und einfacher Diktion während der gesamten Mietzeit normiert werden, damit der (potentielle) Mieter abschätzen kann, was an Verpflichtungen auf ihn zukommt, wenn er in dem EKZ sein Geschäft betreibt; dabei sollten keine komplizierten Rechtserwägungen eines Vertrags zugunsten (oder: zulasten?) Dritter angestellt werden.⁶ Rechtlich nicht zu beanstanden ist es, wenn die Kündigung der

Mitgliedschaft während der Mietvertragslaufzeit nur auf einen wichtigen Grund gestützt werden kann.⁷ Höchstrichterlich sind Üblichkeit des Bestands und Beitritts zur WG zu Recht anerkannt. Grundsätzlich gebührt dieser Auffassung aus SC-Praxis Zustimmung. Darauf kann und sollte sich die Kautelarpraxis einstellen.

III. Aktueller BGH-Fall zur SC-Werbegemeinschaft

1. In seinem aktuellen Fall stellt der XII. Zivilsenat deutlich klar, dass durch standardisierte Klauselformulierung im SC-Mietvertrag die Verpflichtung des Bestands einer WG und des Beitritts des Mieters zu derselben begründet werden kann. Die in § 19 Nr. 1 S. 1 des SC-Mietvertrags normierte Pflicht: „Der Mieter verpflichtet sich, auf Verlangen des Vermieters einer WG beizutreten ...“, stellt keine überraschende Klausel gem. § 305c I BGB dar. In begrüßenswerter Klarheit hebt der Senat hervor, dass es in der SC-Praxis eben nicht ungewöhnlich ist, dass die SC-Mieter der Pflicht unterliegen, einer WG beizutreten.⁸ Wenn auch ohne nähere Begründung, so doch im Ergebnis nachvollziehbar besitzt die Klausel für einen „durchschnittlichen SC-Mieter“ keinen Überraschungseffekt. Zudem ist sie leicht verständlich und drucktechnisch so dargestellt, dass von ihrer

*) in memoriam: Rechtsgelehrter, (mein) Lehrer, Mensch und Macher Prof. Dr. P. Schwerdtner

Der Autor ist zugelassener Rechtsanwalt; Dozent und Professor an der International School of Management, ISM, in Dortmund und Direktor am Euro Business College, EBC, in Bielefeld. Seinen LL.M.-Grad hat er in Dallas/Texas/USA erworben. Zusätzlich hat er die Prüfung als vereidigter Buchprüfer, vBP, abgelegt.

1) Zu diesem Entwicklungsprozess Joachim, NZM 2006, 368; ders., NZM 2000, 785; ders., GuT 2005, 99 u. 135.

2) Zuletzt BGH, Urt. v. 6. 4. 2006 – XII ZR 158/01, GuT 2005, 213 = NJW-RR 2006, 84 = NZM 2005, 863; dazu die Bespr. von Joachim, NZM 2006, 368.

3) BGH, Urt. v. 12. 7. 2006 – XII ZR 39/04, GuT 2006, 224 = NJW 2006, 3057 mit Anm. Joachim; Vorinstanz OLG Hamburg, GuT 2004, 162 = ZMR 2004, 509.

4) Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Rdnr. 127c; Bub, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. II Rdnr. 501a; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rdnr. 181, 665, 714; Eggersberger, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummierte, 2006, Kap. 23 Rdnr. 78; Lindner-Figura, NZM 1999, 738; Joachim, NZM 2000, 785.

5) So Fritz, a. a. O.; a. A. OLG Hamburg, a. a. O.

6) Unter Berücksichtigung des aktuellen BGH-Urteils und entgegen Fritz, a. a. O.

7) BGH, NJW 1979, 2304; auf diese Entscheidung beruft sich der BGH im aktuellen Urteil; so auch Fritz, a. a. O.

8) H.M. in Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 12. 7. 2006 – XII ZR 39/04; Urt. v. 16. 2. 2000 – XII ZR 279/97, WuM 2000, 593 f. = NJW 2000, 1714, 1717; in der Literatur: Bub, in: Bub/Treier, a. a. O.; Wolf/Eckert/Ball, a. a. O.; Fritz, a. a. O.; Eggersberger, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, a. a. O.; Lindner-Figura, a. a. O.; Joachim, a. a. O.

Kenntnisnahme auszugehen ist. Dem ist aus Sicht der EKZ-Praxis beizupflichten, und zwar sowohl des SC-Betreibers bzw. -Managers als auch des SC-Nutzers bzw. -Mieters. Gleichwohl bleiben grundsätzliche Bedenken im Hinblick auf eine bestehende „Zwangsmitgliedschaft“. Dem könnte entgegengetreten werden: Der Mietinteressent muss den SC-Mietvertrag nicht unterschreiben; er kann davon Abstand nehmen, sich in diesem EKZ anzusiedeln. Oft trifft er eine wirtschaftliche Entscheidung. Wenn er sie denn vornimmt, muss er die „Usancen“ der SC-Branche „mit schlucken“. Über die rechtliche Konstruktion der Ausgestaltung des Beitritts zur WG sollte weiter nachgedacht werden.

2. Der BGH teilt die angesprochenen grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich der Zwangsmitgliedschaft ersichtlich nicht. Die WG-Beitrittspflicht bedeutet – losgelöst von der Rechtsform, auf die sogleich einzugehen ist – keine unangemessene Benachteiligung des SC-Mieters gem. § 307 I 1 BGB.⁹ Eine Kostenumlage der vom SC-Vermieter in eigener Regie getätigten Werbung ist ausreichend. Dem SC-Mieter stehen durch seine WG-Pflichtmitgliedschaft Mitwirkungs- und Kontrollrechte zu Gebote, welche er bei einem bloßen Umlageverfahren so nicht hätte. Hinzu kommen zwei vom BGH angestellte praktische Erwägungen: Die gemeinsam bestimmten und umgesetzten Werbemaßnahmen enthalten eine höhere Akzeptanz, als wenn der Vermieter allein agiert. In der tatsächlichen Handhabung kann der Vermieter die Beitrittspflichtung sämtlicher Mieter praktisch nur unter Zugrundelegung von AGB sicherstellen, insbesondere bei großen EKZ. Das „Praxisbedürfnis“ spricht „prima facie“ für die Sichtweise des BGH. Die SC müssen im Erscheinungsbild, hinsichtlich der Marketing- & Vertriebsaktivitäten ein einheitliches Erscheinungsbild abgeben, zu welchem alle Nutzer beitragen sollten. Diese praktischen Befunde sind in rechtlich zulässiger Form umzusetzen.

3. Der Senat stellt eine interessante, im Fall naheliegende verfassungsrechtliche Überlegung an. Art. 9 I GG in Form der positiven und negativen Vereinigungsfreiheit steht der WG-Beitrittspflicht – im Ergebnis – nicht entgegen.¹⁰ Bei Auslegung von § 307 BGB ist die Norm wegen ihrer mittelbaren Drittwirkung des Verfassungs- auf das Zivilrecht gebührend zu beachten. Sie schützt den Beitritt zu und auch das Fernbleiben von einer privatrechtlichen Vereinigung, hingegen nicht schrankenlos. Die im Fall durch AGB erfolgte Einschränkung der Entscheidungsfreiheit ist sachlich gerechtfertigt. Der SC-Mieter ist aus eigenem und freiem Entschluss EKZ-Nutzer geworden, und zwar in einer gezielten Ansammlung von sich ergänzenden Geschäften, bei der eine übliche und effektiv ausgestaltete WG von allen Mietern gegründet werden sollte. Marktüblichkeit und Entscheidungsfreiheit ergänzen sich.

4. Die durch SC-AGB „aufoktroierte Rechtsform“ führt im Fall zur Rechtsunwirksamkeit.

a) Mit dem OLG Hamburg erblickt der BGH im Fall eine unangemessene Benachteiligung des SC-Mieters darin, dass die WG nach § 19 des SC-Mietvertrags auch in der Rechtsform der GbR gegründet werden kann. Als BGB-Gesellschafter ist der SC-Mieter weitgehenden Haftungsrisiken ausgesetzt; dies wäre bei anderen Organisationsformen ggf. vermeidbar. Ausdrücklich fügt der BGH hinzu, der Mieter würde persönlich für Wettbewerbsverstöße der GbR haften,¹¹ was nicht hinnehmbar ist und zur Unwirksamkeit führt. Abgesehen davon, dass es in der GbR Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich einer Haftungsbeschränkung durchaus gibt, hat der Praktiker zunächst von der Unwirksamkeit pauschaler GbR-Gründungen von WG im SC-Recht in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen. Auf der Suche nach Alternativen kann ihm – in aller Vorsicht – die Gründung eines (nicht) rechtsfähigen Vereins vorgeschlagen werden.

b) Ein in diesem Zusammenhang evtl. auftauchendes praktisches Problem ist ggf. lösbar: Dass die Vollmacht des beim Mietvertragsabschluss für den Mieter Handelnden sich nicht auf den Beitritt des Mieters zur WG als e.V. erstreckt, findet eine Lö-

sung im Rechtsgedanken von § 182 II BGB, wonach die Zustimmung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf. Im Vollzug des SC-Mietvertrags ist eine stillschweigende Zustimmung zu erblicken.¹²

c) Gedacht werden könnte daneben an die Gründung einer GmbH oder – „en vogue“ – einer Limited, hingegen wohl nur bei größeren SC-Einheiten. Die Aspekte der Einfachheit, Klarheit und Praktikabilität im Rechtsverkehr gebieten einfach zu gründende und handhabbare Organisationsformen.

d) Ein relativ sicherer Praxistipp sei kurz unterbreitet: Der Vermieter begründet die WG-GbR mit ausgewählten SC-Nutzern auf Grundlage von Individualvereinbarungen i.S. von § 305b BGB. Die Wahl anderer Organisationsformen gesteht der BGH ausdrücklich zu. Die SC-Kautelarjurisprudenz sollte mit klaren und zielführenden Vorschlägen unter Beachtung der BGH-Judikatur aufwarten. Hier besteht zukünftiger Handlungsbedarf.

5. Die WG-Beitritts- und Kostentragungspflicht ist dem BGH zufolge insgesamt unwirksam, weil sie gegen das Transparenzgebot von § 307 I 2 BGB verstößt. Der BGH knüpft an seine aktuelle Rechtsprechung zur Kostentragung im Center an. Danach verstößt die formularmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen im SC auf den Mieter ohne Beschränkung der Höhe gegen das Transparenzgebot, weil eine solche Nebenkostenregelung nicht hinreichend bestimmt ist.¹³ Zu Recht betont der BGH: Die Höhe der WG-Beiträge muss bestimmbar sein.¹⁴ Der SC-Mieter muss abschätzen können, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen; bekanntlich können im EKZ zur Festmiete auch Umsatzmiete, Centermanagementgebühr, Nebenkosten bezogen auf die Mietsache und auf das Center sowie WG hinzukommen.¹⁵ Im vorliegenden Mietvertrag ist nur bestimmt, dass die Höhe der WG-Beiträge nach den Flächen abgerechnet wird. Dies widerspricht dem Transparenzgebot ebenso wie der oft angeführte Hinweis auf die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes. Vielmehr fordert der BGH unter Bezugnahme auf Stimmen aus dem Schrifttum, dass die Höhe der WG-Beiträge bestimmbar sein muss, z. B. durch einen bestimmten Prozentsatz der Miete; ferner fordert er, dass mindestens eine Höchstgrenze festgehalten werden muss.¹⁶

6. Die „Festsetzungen“ des BGH mögen im Ergebnis zutreffen; allerdings sind sie überaus knapp gehalten. Eingehende Begründungen fehlen. Der Praktiker hätte gern Näheres, zumindest Anhaltspunkte erhalten, etwa zum Prozentsatz der Miete oder zur – absoluten – Höchstgrenze. Dem könnte entgegengetreten werden: Dies obliegt der Gestaltungsfreiheit der SC-Praxis, wenn auch ggf. in den Grenzen von §§ 138, 242 BGB.

7. Erneut verschärft der BGH mit der vorliegenden Entscheidung die Anforderungen, welche die Klauselkontrolle an vorformulierte SC-Mietverträge stellt. Dabei bedient er sich einer weit reichenden Angemessenheits- und Transparenzkontrolle. Die SC-Betreiber und -Nutzer sowie die Kautelarjuri-

9) So die in der vorstehenden Fn. zitierte h.M. in Judikatur und Jurisprudenz.

10) BGH, Urt. v. 12. 7. 2006 – XII ZR 39/04, unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung zu den Komponenten der Vereinigungsfreiheit BVerfG, NJW 2001, 2617; BGHZ 130, 243, 254; a. A. im vorliegenden Fall OLG Hamburg in der Berufungsinstanz, GuT 2004, 162 = ZMR 2004, 509.

11) BGH, a. a. O. unter Hinweis auf OLG Celle, OLGR 2005, 746.

12) Dazu Fritz, a. a. O.

13) BGH, Urt. v. 6. 4. 2005 – XII ZR 158/01, GuT 2005, 213 = NJW-RR 2006, 84 = NZM 2005, 863; dazu Joachim, NZM 2006, 368.

14) So ausdrücklich BGH im aktuellen Urteil; z. B. ein Prozentsatz der Nettokaltmiete, so zuvor bereits OLG Düsseldorf, ZMR 1993, 469; LG Berlin, NZM 2001, 338; Fritz, a. a. O.

15) Dazu näher Joachim, NZM 2000, 785; ders., NZM 2006, 368; ders., GuT 2005, 99 u. 135.

16) BGH, Urt. v. 12. 7. 2006 – XII ZR 39/04, GuT 2006, 224 = NJW 2006, 3057 mit Anm. Joachim; Bub, in: Bub/Treier, a. a. O.; Wolf/Eckert/Ball, a. a. O.; Fritz, a. a. O.; Eggersberger, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Kap. II Rdnr. 80; Lindner-Figura, NZM 1999, 738, 739.

sten und Praktiker müssen sich auf diese – wohl als „gefestigt“ sich abzeichnende – Rechtsprechung einstellen. Zahlreiche Mietverträge haben Prüfungs-, ggf. Handlungs- und evtl. Anpassungsbedarf.

8. Die Auseinandersetzung mit dem Transparenzgebot geht verstärkt weiter; derzeit besteht eine umfangreiche Rechtsunsicherheit. Wissenschaft und Rechtsprechung sind gleichermaßen aufgerufen, Art, Umfang und Anforderungen des Transparenzgebots näher inhaltlich auszugestalten.¹⁷

9. Konkret folgt aus der aktuellen BGH-Entscheidung für die SC-Praxis: Wegen der unabsehbaren Haftungsfolgen soll ein formularmäßiger „Zwangsbeitritt zur WG-GbR“ unwirksam sein. Die WG-Beitriffs- und Beitragspflichten können wirksam – auch durch AGB – begründet werden, wenn die Beitragshöhe bestimmbar ist, mindestens eine Höchstgrenze verankert ist. Grundsätzlich ist dieser Rechtsprechung Beifall zu zollen. Ausdrücklich überlässt sie es den Vertragsparteien, durch klare, zumindest bestimmbare Vertragsregelungen die für ihre Aktivitäten erforderliche Flexibilität zu bewahren. Die Vertragsparteien können und sollen „mehr Vertragsfreiheit wagen“. Dies gilt namentlich für die zu wählende Organisationsform der WG.

10. Allerdings erscheint ein Problem der praktischen Handhabbarkeit: Der Praktiker schaut nach Handlungsanweisungen, nach einem „Handlungs- und Fixierungsrahmen“ für seine auszuübende Vertragsfreiheit, wenn es die Markt- bzw. Machtpositionen denn zulassen. Vergeblich sucht er in der aktuellen BGH-Entscheidung nach konkreten Anhaltspunkten für die Deckelung der WG-Kosten, dh. Festlegung auf einen bestimmten Prozentsatz der Jahresmiete, mindestens eine Betragshöchstgrenze. Bekanntlich praktizieren der für das Gewerberaummietrecht zuständige XII. und der mit dem Wohnraummietrecht befassende VIII. Zivilsenat eine „praktische Konkordanz“.¹⁸ Begründete Fixierungen von Grenzen gibt es im Wohnraum- wie im Gewerberaummietrecht. Daraus könnte man folgern: Was als prozentuale bzw. betragsgemäße Kostenbegrenzungsklausel bei Kleinreparaturen im Wohnraummietrecht rechtlich zulässig ist, muss als betraglich fixierte WG-Kostenregelung im SC-Mietrecht erst recht wirksam vereinbart werden können.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

1. Um den „sicheren Weg“ einzuschlagen, sollten die problemträchtigen Regelungspositionen im EKZ, zu denen auch Art und Weise sowie Form und Kostentragungspflicht der WG mit ihren zahlreichen, unterschiedlich strukturierten Interessen zählen, durch eine Individualvereinbarung zum Mietvertragsbestandteil erhoben werden.¹⁹ Eine evtl. rechtsunwirksame Klausel liegt nicht vor, soweit sie im Einzelfall ausgehandelt worden ist, § 305 I 3 BGB. Demgemäß sollten die in Rede stehenden WG-Regelungen mit betragsmäßig ausgeworfenen Kalkulationsgrundlagen, Geldbeträgen bzw. Prozentsätzen en detail erfasst, zur Diskussion gestellt, sodann durch aktenmäßig dokumentierte, ernstliche Gespräche und Verhandlungen unterlegt und in Form einer Individualvereinbarung getroffen wer-

den. Marktmöglichkeiten und Machtgefälle der Parteien sind in der „SC-Szene“ zu bedenken. Zwar kommt individuellen Abreden Vorrang vor Formular Klauseln zu, § 305b BGB, jedoch eröffnen die „Realitäten im Einzelhandel und der einschlägigen Immobilien-Szene“ nicht stets ein ernsthaftes Ver- und Aushandeln unter gleichgestellten Partnern.

Die Wahl der Individualvereinbarung bleibt eine Option. Je nach der Sachverhaltsgestaltung sowie Markt- und Verhandlungsmacht der Parteien wird sie nutzbar gemacht. Von einer „Flucht in die Individualvereinbarung“ kann entgegen Schmid²⁰ keine Rede sein. Vielmehr stellt sie grundsätzlich eine geschmeidige Gestaltungsform dar, deren Grenzen im Licht von §§ 138, 242 BGB einzelfallbezogen zu ziehen sind.²¹

2. Ertragreicher als die oben geäußerten Bedenken ist der Blick auf die den Vertragsparteien vom BGH eröffneten Chancen, durch Vertragsregelungen die WG-Materie eigenverantwortlich zu gestalten. Bekanntermaßen lässt der fertiggestellte, umfangreiche SC-Mietvertrag mit seinen verschiedenen Bestandteilen mitunter gar nicht erkennen, welche Klauseln im einzelnen ausgehandelt worden sind. Diesem Umstand sollte durch praktische Vorgehensweise Rechnung getragen werden, etwa Vertragsentwürfe und einschlägige Korrespondenz sowie das Aushandeln im Anschreiben zum Vertragstext zumindest in einer Aktennotiz zu dokumentieren. Die Vertragsparteien haben – trotz der erkennbaren Schwierigkeiten – eine nachhaltige Chance: Sie können und sollen zukünftig „mehr Vertragsfreiheit wagen“.²²

3. Zu begrüßen ist ausdrücklich die weitere „Verrechtlichung“ der SC- bzw. Centerpraxis, namentlich die vom BGH den Parteien ausdrücklich zugestandene, „für ihre Aktivitäten erforderliche Flexibilität“. Der BGH sollte auch in Zukunft für weitere Rechtsklarheit im Gewerberaummietrecht, insbesondere im SC-Recht sorgen, vielleicht mit hilfreichen Anregungen und Anhaltspunkten an den Rechtspraktiker für die konkreten Anforderungen, um der – tendenziell sich weiter ausdehnenden – Angemessenheits- und Transparenzkontrolle von § 307 I, II BGB klare Konturen zu geben.

17) Zur Transparenzkontrolle im Unternehmerverkehr BGH, NJW-RR 2005, 1496 (sehr kritisch dazu Kappus, NZM 2006, 6; ders., NJW 2006, 15); NJW 2006, 996 zur „Garantie“ von Gesellschaftern im Bereich Franchising.

18) Man könnte auch von einer „persönlichen Konkordanz“ sprechen, wenn nicht gar von einem „persönlichen Einvernehmen“, so der ehemalige BGH-Richter, Herr Dr. Beyer, (Mitglied des u. a. für Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats), auf der Festveranstaltung der Überreichung der Blank-Festschrift in Hamburg am 29. 9. 2006.

19) Dazu näher Joachim, NZM 2006, 368, 370.

20) GuT 2006, 300, 302, wohl in Anspielung auf die berühmte Monographie von Hedemanns, „Flucht in die Generalklauseln“.

21) So aktuell Eisenschmid zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz = AGG und dessen Anwendbarkeit auf das Mietrecht, WuM 2006, 475, 477.

22) Zum Aushandeln Fritz, Rdnr. 146; zur Vertragsfreiheit Joachim, GuT 2005, 99, 110 und 2005, 135, 141; ders., Dach und Fach – Klarheit oder Krach?, in: Festschrift für Blank, 2006, S. 221, 238.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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



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

Rechtsanwalt Alexander Zorn, Leipzig/Chemnitz

Rechtliche Aspekte beim Einsatz von Auftragsgraffiti zur Fassaden- oder Innengestaltung

Einführung

Vor etwa zwei Jahrzehnten eroberte Graffiti, ursprünglich aus New York kommend, auch Deutschland. Über Nacht tauchten plötzlich überall die bunten Bilder und für Außenstehende nicht verständlichen Kürzel auf. Aus einem anfänglich auf wenige Großstädte beschränkten Phänomen entstand in den 90er Jahren eine Welle, die sich mittlerweile bis in Kleinstädte und Dörfer erstreckt. Die Fläche der Betätigung ist dabei fast immer fremdes Eigentum. Oft handelt es sich um zentral gelegene Objekte, die Graffiti sind dadurch, entsprechend ihrer Intention¹, weit sichtbar. Dies führt zwangsläufig zu einem Ärgernis der Betroffenen. Durch die massive Verbreitung von Graffiti entsteht der Eindruck der Verwahrlosung der betroffenen Gebäude oder Stadtteile. Dies wirkt sich dann häufig negativ auf die dort ansässigen Unternehmen aus. So wird zum Beispiel eine Lebensmittelmarktkette darauf achten, dass auch ihr Erscheinungsbild nach außen gepflegt und sauber wirkt und dass durch eine übereinstimmende Gestaltung der Märkte ein Wiedererkennungseffekt beim Kunden entsteht. Dieses Vorhaben kann durch „wildes“ Graffiti empfindlich gestört werden. Bei besonders betroffenen Objekten sieht sich der Nutzer und/oder Eigentümer der (Sysphos-)aufgabe ausgesetzt, in regelmäßigen Abständen den gewünschten Zustand des Gebäudes wiederherzustellen, nur um in kürzester Zeit erneut Opfer einer „Graffitiattacke“ zu werden.

Schon recht früh wurde jedoch auch von den Betroffenen die positive Wirkung von technisch gut gemachten, großflächigen Graffiti bildern bemerkt. Die farbenfrohen Bilder eignen sich hervorragend zur Gestaltung großer Flächen, wie z. B. Fassaden. So entstanden, zunächst hauptsächlich im Bereich von öffentlichen Jugendeinrichtungen, Diskotheken und Szenege­schäften, Auftragswerke von Sprayern, welche zur Verschönerung und Werbung für den Auftraggeber eingesetzt wurden. Ab Ende der 90er Jahre entdeckten auch mehr und mehr andere Unternehmen die Vorteile dieser Art der (Bau-)Objektgestaltung. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass erfahrungsgemäß einmal konzeptionell, farbig gestaltete Flächen weniger oder gar nicht mehr „wild“ besprüht werden. Da der Auftraggeber hierbei Einfluss auf die Motive nehmen kann, wird immer häufiger aus der Not eine Tugend gemacht. Zudem sind die Kosten im Vergleich zu klassischen Werbemitteln meist recht niedrig.

Dem oben genannten Trend und den gestiegenen Anforderungen an die Qualität solcher Arbeiten folgend, hat sich in den letzten Jahren jedoch eine regelrechte Branche entwickelt, die professionell entsprechende Gestaltungen von Fassaden, Innenräumen, Fahrzeugen etc. anbietet.

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem gezielten Einsatz solcher Auftragsgraffiti aus rechtlicher Sicht – vor allem im Hinblick auf Fassadengestaltung von Bauwerken. Demjenigen, der beabsichtigt, ein Graffiti zu beauftragen, gibt er eine erste „Checkliste“ an die Hand², welche die rechtlichen Probleme und deren mögliche Lösung aufzeigt.

I.) Vertragstyp und Inhalt

1.) Es stellt sich auch hier zunächst die Frage, welcher Art das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Graffiti­künstler ist. Als Vertragstypen des BGB kommen hier vor allem der Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB und der Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB in Betracht. Die jeweilige Einordnung hängt vom Einzelfall ab³. Unerheblich ist dabei, ob es sich bei Auftragsgraffiti um Kunst oder Werbedesign handelt⁴. Entscheidendes Kriterium bei der Abgrenzung ist, ob ein bestimmter Arbeitserfolg, also ein abgrenzbares Werk oder eine Arbeitslei-

stung geschuldet ist⁵. Bei ersterem handelt es sich um einen Werkvertrag, bei letzterem um einen Dienstvertrag. Vorliegend wird der Auftraggeber dem Graffiti­maler bestimmte Eckpunkte der Gestaltung vorgeben, wonach dieser einen Entwurf anfertigt, nach welchem, eventuell nach nochmaliger Anpassung, dann die Gestaltung erfolgt. Geschuldet ist also das fertige Bild; es handelt sich mithin um einen Werkvertrag⁶.

2.) Aus der Qualifizierung als Werkvertrag folgt, dass im Hinblick auf die Vertragsgestaltung eine möglichst genaue Definition des Werkerfolgs vereinbart werden sollte, um Unklarheiten zu vermeiden.

a) Zu beachten ist dabei jedoch, dass nach der Rechtsprechung des BGH bei künstlerischen Leistungen dem Künstler eine gewisse Gestaltungsfreiheit bleibt. Der Künstler kann sich jedoch, beispielsweise im Rahmen eines Entwurfs, der dann zur Grundlage des Vertrages gemacht wird, verpflichten, ein Werk nach den Vorstellungen des Auftraggebers herzustellen. Auch hier verbleibt jedoch regelmäßig noch ein gewisser Spielraum für den Künstler, zumindest nicht maßstabsgetreu den Entwurf umsetzen zu müssen⁷. Es ist also unbedingt dazu zu raten, vor der Beauftragung der Bemalung Entwürfe anfertigen zu lassen.

b) Ob diese Entwürfe, ohne entsprechende Vereinbarung, gesondert zu vergüten sind, hängt davon ab, ob den Umständen nach deren Herstellung nur gegen Vergütung zu erwarten ist, § 631 I BGB. Entscheidend für die Anwendung von § 631 I BGB ist, ob ein Vertrag über die Erstellung von Entwürfen zustande gekommen ist. Weiterhin ist zu fragen, ob es sich um Akquisitionslösungen handelt, welche überwiegend im eigenen Interesse liegen – nämlich den Auftrag zu bekommen –, oder um Leistungen, die überwiegend im Interesse des Bestellers liegen⁸. Bei dem oben geschilderten Ablauf handelt es sich (wohl) um Akquisitionstätigkeiten, da eine endgültige Beauftragung erst dann erfolgt, wenn der Entwurf beim Auftraggeber Gefallen findet. Je nach Intensität dieser Entwurfsphase und dem Aufwand, der getrieben wird, kann es sich jedoch auch um Tätigkeiten handeln, für die eine Vergütung zu erwarten ist. Um Unklarheiten zu vermeiden, empfiehlt sich auch hierzu eine klare Vereinbarung, ob und wie Entwürfe zu vergüten sind.

3.) Im Übrigen gelten die Regelungen des Werkvertragsrechts des BGB. Danach schuldet der Graffiti­maler als Unternehmer die mangelfreie Erstellung des Werks, der Auftraggeber als Be-

1) Im Allgemeinen wird als Grund für die Verbreitung von „wildem“ Graffiti der Wunsch nach Ruhm („Fame“ im szeneeüblichen Englisch) angegeben. Die Sprayer, welche am häufigsten und an den am besten sichtbaren Stellen ihr Kürzel hinterlassen, erlangen in der Szene den meisten „Fame“.

2) Hierbei wird kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Die vielfältigen Erscheinungsformen von Auftragsgraffiti ermöglichen eine in allen Aspekten abschließende Darstellung hier nicht.

3) Weidenkaff in Palandt, 65. Auflage, Einf. § 611, 20 zum Künstlervertrag.

4) Sprau in Palandt, 65. Auflage, Einf. § 631, 25 und 31, wonach in beiden Fällen ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegen kann.

5) Sprau in Palandt, 65. Auflage, Einf. § 631, 31, zur Werbung, dies gilt jedoch auch, wenn man von einem Kunstwerk ausgeht.

6) Dies gilt für den oben geschilderten Ablauf. Anders verhält es sich bei der Beauftragung zur Durchführung eines Workshops. Diese Variante wird häufig dann gewählt, wenn gleichzeitig mit der Anbringung eines Graffiti z. B. die örtliche Jugend einbezogen werden soll. Hiervon wird oft eine noch höhere Akzeptanz des Graffiti erhofft. Wird ein Graffiti­künstler mit der fachlichen Leitung eines solchen Workshops beauftragt, handelt es sich um einen Dienstvertrag. Hier steht die Betreuung des Projekts, als Dienstleistung, im Vordergrund.

7) BGHZ 19, 382.

8) MDR 1998, 343; Sprau in Palandt, 65. Auflage, § 632 Rn. 10.

steller die Zahlung der vereinbarten Vergütung⁹, § 631 I BGB. Nach vertragsgemäßer Herstellung schuldet der Besteller die Abnahme, § 640 BGB. Die Vergütung wird damit fällig, § 641 BGB.

Häufig wird keine förmliche Abnahme durchgeführt. Nach Rechnungsstellung wird bezahlt, es erfolgt dadurch unter Umständen eine stillschweigende Abnahme durch schlüssiges Verhalten¹⁰. Da die Abnahme weitreichende Wirkungen hat, wie den Beginn der Gewährleistungszeit (§ 634a II BGB) und die (regelmäßige) Umkehr der Beweislast für Mängel¹¹, empfiehlt sich die Durchführung einer förmlichen Abnahme.

II.) Gewährleistung für Mängel und Garantie

1.) Fraglich ist weiterhin, ob die Mängelansprüche des Bestellers in 2 oder 5 Jahren nach der Abnahme verjähren. Entscheidend ist dafür, ob es sich um Arbeiten an einem Bauwerk handelt, § 634a I Nr. 2 BGB oder um Arbeiten an einer Sache, § 634a I Nr. 1 BGB. Bei der Einordnung ist kein sachenrechtlicher Maßstab anzulegen, sondern – dem Sinn der Vorschrift entsprechend – danach zu fragen, ob sich das (höhere) Risiko der Verdeckung eines Mangels bei der Herstellung eines Bauwerks realisiert¹². Bei Auftragsgraffiti handelt es sich nicht um Arbeiten zur Herstellung eines Bauwerks oder an einem bestehenden Bauwerk. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Leistung als bauwerksgleich anzusehen ist¹³. Die Arbeiten sind dann bauwerksgleich, wenn sie für die Erneuerung oder den Bestand des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind¹⁴. Es kommt also darauf an, ob dadurch auf die Substanz des bestehenden Bauwerks nachhaltig eingewirkt wird, mithin eine Substanzveränderung anzunehmen ist. Die Feststellung, ob die 5-jährige Verjährung eingreift, richtet sich, dem Sinn der Vorschrift gemäß, also auch hier danach, ob nach dem Charakter der jeweiligen Werkleistung das erhöhte Risiko der Mangelverdeckung besteht. Dies ist der Fall, wenn durch die Werkleistung derart in den Bestand des Gebäudes eingegriffen wird, dass ihm dadurch erst (wieder) die Eigenschaft eines fertigen Bauwerks verliehen wird. Nicht bauwerksgleich sind danach z. B. Malerarbeiten, die allein der Verschönerung dienen¹⁵.

Grffitimalerei wird auf die Fassadenoberfläche der fertigen Wand aufgebracht. Es handelt sich dabei nicht um eine Oberflächenbeschichtung, welche die Fassade gegen Witterungseinflüsse schützen soll, sondern um eine reine Verschönerung. Hierfür gilt die 2-jährige Verjährung für Mängelansprüche, es handelt sich um Arbeiten an einer Sache¹⁶.

Es bietet sich auch hier eine vertragliche Regelung an. Eine Verlängerung der Verjährungszeit ist vertraglich in den Grenzen von § 202 II BGB möglich¹⁷. Für eine Verkürzung ergeben sich unter Umständen Grenzen aus § 309 Nr. 8 b ff) BGB. Eine Regelung, in der eine Verjährungszeit von über 2 Jahren vereinbart wird, ist demnach regelmäßig möglich.

2.) Teilweise wird von den Anbietern eine Garantie versprochen. Hiermit soll dem Auftraggeber die Gewissheit gegeben werden, dass er (zumindest über einen gewissen Zeitraum) vor erneuten Kosten geschützt ist, dergestalt, dass bei Vandalismusschäden eine kostenlose Instandsetzung erfolgt¹⁸. Es handelt sich in diesen Fällen um eine selbständige Garantie. Der Auftragnehmer übernimmt hierdurch eine weitere, über den Werkerfolg hinausgehende Verpflichtung¹⁹ zur Wiederherstellung des beschädigten Graffitibildes. Der Inhalt und Umfang der Garantie richtet sich nach der individuellen Vereinbarung. Dieser ist notfalls durch Auslegung zu ermitteln.

III.) VOB/B-Vertrag?

Da die Verbindung zwischen Grffitimalerei und Bauwerken naturgemäß eng ist, stellt sich die Frage, ob im Rahmen eines solchen Vertrages die Geltung der VOB/B vereinbart werden kann. Die VOB/B kann nur dann zur Anwendung gelangen, wenn es sich bei Auftragsgraffiti um Bauleistungen handelt²⁰. Der Begriff der Bauleistung ist in § 1 VOB/A definiert. Danach handelt es sich um Bauleistungen bei Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten,

geändert oder beseitigt wird. Erfasst sind also Arbeiten zur Herstellung eines Gebäudes sowie Arbeiten, die für dessen Erneuerung und bestimmungsgemäßen Bestand von wesentlicher Bedeutung sind, sofern die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden sind²¹. Fraglich ist also, ob es sich bei Grffitimalerei um „Bauwerksarbeiten“ handelt. Die Einordnung folgt dabei im Grundsatz den oben genannten Kriterien, die für die Geltung der 5-jährigen bzw. 2-jährigen Gewährleistungszeit im Rahmen von § 634a I BGB ausschlaggebend sind. Bauwerksarbeiten liegen dann nicht vor, wenn es sich lediglich um Verschönerungsarbeiten handelt, die für Erhalt und Funktion des Bauwerkes nicht erforderlich sind. Hierunter sollen z. B. der Entwurf und die Anfertigung einer Freskomalerei fallen²² sowie nicht erforderliche Anstreicherarbeiten aus Schönheitsgründen²³.

Auftragsgraffitis dienen, wie bereits ausgeführt, nicht der Substanzerhaltung, sondern der optischen Aufwertung. Sie sind also keine Bauleistungen i. S. von § 1 VOB/A; die VOB/B kann demnach nicht Vertragsinhalt werden.

IV.) Auftragsgraffiti am Mietobjekt

Ist der Auftraggeber nicht Eigentümer des zu gestaltenden Objekts, sondern Mieter, stellt sich die Frage, ob er eine Erlaubnis des Vermieters zur Anbringung von Grffitimalerei benötigt. Entscheidend ist, ob es sich dabei um einen vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache handelt. Anderenfalls kann der Vermieter abmahnen und auf Unterlassung klagen, § 541 BGB sowie notfalls auch außerordentlich kündigen, § 543 BGB.

Entscheidend ist also, ob es sich dabei um eine vertragsgemäße Nutzung des Mietobjekts handelt. Der Vertragsinhalt ergibt sich aus den betreffenden Regelungen im Mietvertrag, welche nach §§ 133, 157 BGB auszulegen sind²⁴. Ein gewerbetreibender bzw. freiberuflich tätiger Mieter hat zwar grundsätzlich das Recht, an der Hausfassade des von ihm gemieteten Objekts ein Namens- bzw. Firmenschild anzubringen, die Größe eines solchen Schildes richtet sich nach den örtlichen Gegebenheiten und der Üblichkeit²⁵. Daraus kann jedoch nicht ein Recht zur (großflächigen) Bemalung einer Fassade gefolgert werden. Besteht also keine eindeutige Regelung, die eine solche Umgestaltung des Mietobjekts erlaubt, so ist davon auszugehen, dass die Erlaubnis des Vermieters zumindest dann erforderlich ist, wenn die Veränderung des Mietobjekts nach außen in Erscheinung tritt²⁶.

Nach Beendigung des Mietverhältnisses ist der Mieter regelmäßig aus entsprechenden Regelungen im Mietvertrag,

9) Hier sind verschiedene Modelle gebräuchlich. Teilweise wird eine Vergütung nach Stunden oder Tagen vereinbart, teilweise Pauschalvergütungen. Letzteres ist aus Sicht des Autors, aus Transparenzgründen, vorzugswürdig.

10) Sprau in Palandt, 65. Auflage, § 640, Rn. 6.

11) BGH NJW-RR 1997, 339; Sprau in Palandt, 65. Auflage, § 634, Rn. 12.

12) Busche in Münchener Kommentar (MüKo), 2005, § 634a BGB, Rn. 17; Raab in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 2005, § 634a Rn. 21; BGH NJW 1999, 2434.

13) Zur Abgrenzung und Einteilung in diese Kategorien: Busche in MüKo, 2005, § 634a BGB, Rn. 18 ff.

14) BGH NJW 1974, 136; Busche in MüKo, 2005, § 634a BGB, Rn. 23.

15) Busche in MüKo, 2005, § 634a BGB, Rn. 24; BGHZ 19, 319, 325.

16) Hierunter fallen solche Arbeiten, die nicht einer Neuerrichtung (und damit § 634a I Nr. 2 BGB unterfallen würden) gleichwertig sind; Raab in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 2005, § 634a Rn. 27.

17) Raab in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, 2005, § 634a Rn. 48; Heinrichs in Palandt, 65. Auflage, § 202, Rn. 9.

18) Bereits eingangs wurde erwähnt, dass konzeptionell gestaltete Flächen meist nicht mehr illegal besprüht werden. Mit der Garantie wird dem Auftraggeber das Restrisiko abgenommen.

19) Sprau in Palandt, 65. Auflage, § 634a BGB, Rn. 26.

20) Korbion in Ingenstau/Korbion, § 1 VOB/A, Rn. 2.

21) Korbion in Ingenstau/Korbion, § 1 VOB/A, Rn. 16.

22) Korbion in Ingenstau/Korbion, § 1 VOB/A, Rn. 19.

23) NJW-RR 1989, 1181.

24) Blank in Schmidt-Futterer, 2003, § 541, Rn. 3.

25) Eisenschmid in Schmidt-Futterer, 2003, § 535, Rn. 264.

26) Blank in Schmidt-Futterer, 2003, § 541, Rn. 10.

grundsätzlich im Rahmen seiner Rückgabepflicht aus § 546 BGB, dazu verpflichtet, die Graffiti bemalung zu beseitigen²⁷. Denkbar ist jedoch, dass der Vermieter die Gestaltung am Objekt belassen will. Hier kommen u.U. Aufwendungsersatzansprüche des Mieters in Betracht, § 539 I BGB.

Auch hier ist zu einer Vereinbarung mit dem Vermieter, vor Anbringung des Graffitibildes, zu raten, in der die Erlaubnis dazu, die Pflichten bei der Rückgabe des Mietobjekts und eventuelle Ersatzansprüche geregelt werden.

V.) Baurechtliche und polizeirechtliche Aspekte

Die Anbringung von Auftragsgraffitis an Außenfassaden o.ä. unterliegt verschiedenen Regelungen des öffentlichen Baurechts und besonderen Polizeirechts.

1.) Zunächst stellt sich die Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit. Die Änderung von (baulichen) Anlagen ist grundsätzlich baugenehmigungspflichtig, sofern sie nicht verfahrensfrei oder von der Genehmigung freigestellt sind, § 59 I SächsBO²⁸.

a) Bei außen an Gebäuden oder anderen Bauwerken angebrachten Auftragsgraffitis – möglicherweise noch mit einem Werbeschriftzug oder dem Logo des Auftraggebers versehen – handelt es sich regelmäßig um Werbeanlagen i. S. der Landesbauordnungen. Der Begriff der Werbeanlage ist z. B. in § 10 I S. 1 SächsBO definiert. Es handelt sich danach bei allen ortsfesten Einrichtungen, die der Ankündigung oder Anpreisung oder als Hinweis auf Gewerbe oder Beruf dienen und die vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar sind, um Anlagen der Außenwerbung. Als Regelbeispiel ist sodann in § 10 I S. 2 SächsBO die Bemalung aufgezählt.

Auch bei Gestaltungen, die nicht unmittelbar auf ein Gewerbe oder einen Beruf hinweisen, unterliegen Veränderungen grundsätzlich der Baugenehmigungspflicht.

b) Regelmäßig sind Werbeanlagen bis zu einer bestimmten Größe verfahrensfrei (z. B. § 61 I Nr. 11 SächsBO). Hier wird jedoch nur die bauordnungsrechtliche Verfahrensfreiheit geregelt, vollständig verfahrensfrei sind jedoch nur solche Vorhaben, die nicht § 29 I BauGB unterfallen bzw. nicht des gemeindlichen Einvernehmens oder der Information der Gemeinde bedürfen, § 36 I S. 1 und 3 BauGB²⁹.

Handelt es sich um von der Genehmigung freigestellte Vorhaben, so müssen die Unterlagen vor Beginn der Arbeiten eingereicht werden, drei Wochen danach darf mit der Ausführung begonnen werden, § 62 III SächsBO.

In den übrigen Fällen ist eine Baugenehmigung notwendig.

2.) Unabhängig davon, ob verfahrensfrei, von der Genehmigung freigestellt oder genehmigungsbedürftig, darf das Vorhaben nicht nach §§ 29–34 BauGB unzulässig sein, den bauordnungsrechtlichen Vorschriften oder anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Auf die baurechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 29–34 BauGB soll hier nicht weiter eingegangen werden, diese sind regelmäßig gegeben, wenn das Vorhaben dem Bebauungsplan nicht widerspricht bzw. sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, § 34 BauGB, bzw. die Voraussetzungen der Bebauung im Außenbereich erfüllt sind, § 35 BauGB.

a) Hinsichtlich der entsprechenden bauordnungsrechtlichen Vorschriften wird an dieser Stelle auf die Landesbauordnungen verwiesen, diesen hat das Graffitibild zu entsprechen.

b) Besondere Beachtung verdient jedoch das Verunstaltungsverbot. Bauliche Anlagen dürfen nicht verunstaltet wirken oder die Umgebung verunstalten, § 9 I SächsBO. Hierbei handelt es sich um eine regelmäßig in den Landesbauordnungen enthaltene Generalklausel. Verunstaltung ist danach ein hässlicher, das ästhetische Empfinden eines Betrachters nicht bloß beeinträchtigender, sondern verletzender Zustand. Dabei wird auf einen für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter abgestellt³⁰. Dem Bauherrn können hier jedoch keine bestimmten

ästhetischen Vorstellungen aufgezwungen werden, erst wenn die bauliche Anlage nachhaltigen Protest auslöst, kann die Bauaufsichtsbehörde zur Vermeidung von „Auswüchsen“ einschreiten. Der unbestimmte Rechtsbegriff „Verunstaltung“ ist von den Gerichten voll überprüfbar. Die Vorschrift ist jedoch nicht nachbarschützend, ein Nachbar kann somit weder Widerspruch noch Klage auf die Verletzung dieser Vorschrift stützen. In einem Villengebiet wurde eine großflächige Wandmalerei als verunstaltend angesehen, jedoch war z. B. in einer Geschäftsstraße eine großflächige Werbetafel nicht verunstaltend³¹.

3.) Als weitere, zu beachtende öffentlich-rechtliche Vorschriften kommen z. B. Regelungen des Straßenrechts oder des Straßenverkehrsrechts sowie des Denkmalrechts in Betracht.

a) Das Bundesfernstraßengesetz sowie die Landesstraßengesetze sehen Verbote bzw. Zustimmungspflichtigkeit für die Errichtung von Außenwerbung außerhalb der zur Erschließung der anliegenden Grundstücke bestimmten Teile der Ortsdurchfahrten vor, § 9 VI FStrG, § 24 VII SächsStrG³². Veränderungen des Erscheinungsbildes von Kulturdenkmälern sowie das Versehen mit Aufschriften oder Werbeeinrichtungen bedarf der Genehmigung der Denkmalschutzbehörde, § 12 I SächsDSchG.

b) Die erteilte Baugenehmigung stellt nicht zwingend den Schlusspunkt für die Zulässigkeit des Vorhabens dar. Soweit Fachgesetze eigene Genehmigungsverfahren vorsehen, prüfen die zuständigen Behörden u.U. separat und erteilen entsprechende Genehmigungen³³.

Zusammenfassung

Die Anbringung eines Graffitibildes kann von Eigentümern oder Mietern gezielt zur Werbung und optischen Aufwertung von Gebäuden, Räumen etc. eingesetzt werden.

Der Vertrag mit dem ausführenden Graffitikünstler unterliegt in seiner zivilrechtlichen Einordnung dem Werkvertragsrecht. Motiv und Einzelheiten der Gestaltung sollten sinnvollerweise zunächst in einem Entwurf niedergelegt werden, welcher dann Vertragsinhalt wird. Die VOB/B kann nicht vereinbart werden. Die Ansprüche auf Gewährleistung wegen Mängeln verjähren regelmäßig in 2 Jahren nach Abnahme, eine längere Verjährungszeit kann vereinbart werden.

In gemieteten Objekten bedarf zumindest die nach außen sichtbare Gestaltung der Genehmigung des Vermieters. Ohne abweichende Vereinbarung ist die Gestaltung nach Beendigung des Mietverhältnisses wieder zu entfernen.

Graffitigestaltungen können baugenehmigungspflichtig sein. Sie dürfen auch als verfahrensfreie oder freigestellte Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht entgegenstehen. Je nach Einzelfall sind auch weitere Genehmigungen einzuholen.

Graffiti ist als Massenerscheinung im Bild unserer heutigen Städte und Gemeinden fest verankert. Die Formen und Farben dieser Ausdrucksform sind längst in die „konventionelle“ Kunst und Werbung übernommen worden. Mit der Beauftragung professioneller Graffitigestaltung bietet sich für Gebäudeeigentümer und Mieter eine gute, verhältnismäßig preiswerte und werbewirksame Möglichkeit der Gestaltung großer Flächen. Auch hier ist es jedoch für einen reibungslosen Ablauf sinnvoll und notwendig, die entsprechenden rechtlichen Grundlagen zu kennen und entsprechend anzuwenden.

27) Dies gilt schon für Firmenschilder, muss also auch hier gelten. Blank in Schmidt-Futterer, 2003, § 541, Rn. 40.

28) Die Vorschriften der Sächsischen Bauordnung werden hier beispielhaft für die jeweiligen Landesbauordnungen herangezogen. Teilweise weichen die jeweiligen landesrechtlichen Regelungen hiervon ab.

29) Dürr/Ebner, Baurecht Sachsen, 3. Auflage, Rn. 215.

30) Dürr/Ebner, Baurecht Sachsen, 3. Auflage, Rn. 176.

31) Dürr/Ebner, Baurecht Sachsen, 3. Auflage, Rn. 176, mit Hinweisen auf Rechtsprechung.

32) Sogenannte absolute und relative Anbauverbotszonen.

33) Dazu im Einzelnen: Dürr/Ebner, Baurecht Sachsen, 3. Auflage, Rn. 217.

Wirtschaft und Verbände

Ulrich von Schoenebeck M.A., Bonn

Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum (GuT-Netzwerk)

Das Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum (GuT-Netzwerk) wendet sich an die Allgemeinheit und an die Bezieher der Fachzeitschrift Gewerbemiete und Teileigentum (GuT).

Dem interessierten Publikum sowie Gewerbetreibenden, Freiberuflern und Unternehmen verschafft das GuT-Netzwerk systematisch aufgearbeitetes Hintergrundwissen und Fachinformationen zu vielen betrieblichen Belangen in wachsendem Umfang. Hierfür ist der Internetauftritt www.gut-netzwerk.de eingerichtet worden.

Das im Internet auf der Homepage www.prewest.de bereits vorhandene GuT Archiv wurde erheblich aktualisiert und ist nun auch über die Netzwerkadresse unmittelbar erreichbar. Damit ist das Archiv aus dem Inland und Ausland für jeden rund um die Uhr im Netzwerk frei nutzbar.

Die Bezieher der Zeitschrift GuT genießen allerdings zusätzlich einen klaren Aktualitätsvorsprung und sie verfügen ohne weitere Kosten bereits über das dauerhafte Archivmaterial.

Das allgemeine Interesse am GuT Archiv wächst zur Zeit rasant. Nach im Jahresschnitt 2006 (März bis Dezember) monatlich 1890 Besuchen mit 5170 Zugriffen rechnen wir gegenwärtig bereits mit monatlich 3100 Besuchen und 7700 Zugriffen und steigender Tendenz allein über die weiterhin vorhandene Verlags-Homepage.

Das GuT-Netzwerk betritt mit dem Angebot des GuT Archivs und mit weiteren Informationen nun die öffentliche Bühne. Seit einigen Tagen ist dafür die genannte Internetadresse www.gut-netzwerk.de aktiviert.

Für die Bezieher der Zeitschrift ergeben sich aus der Einrichtung des GuT-Netzwerks und seiner Öffentlichkeitsarbeit im Internet neue Chancen.

Der großen Nachfrage nach Information im Bereich und weiten Umfeld der gewerblichen Miete und Immobilie, wie sie auch im Spektrum der Zeitschrift GuT behandelt werden, folgt die Verantwortung, die den Nachfragen zugrundeliegenden persönlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse zu erkennen und zu respektieren, ihnen Geltung zu verschaffen.

Hier mitzuwirken und das große Fachgebiet mit seinen Nachbardisziplinen zu durchdringen und sich zu erschließen und damit auch der Bedeutung des Fachgebiets gerecht zu werden, ist eine erste, höchstpersönliche Chance. Das GuT-Netzwerk er-

leichtert den Beteiligten die Kontaktpflege, die Verbindung und den Austausch untereinander, die Zeitschrift GuT bietet das Forum.¹

Die Außenwirkung des GuT-Netzwerks wird aber auch der Nachfrage nach konkretem Beistand Schub verleihen.

Dieser Nachfrage nach konkretem Beistand nun aufgrund jeweiliger Fähigkeit oder Spezialisierung mit dem Angebot einer Dienstleistungsbereitschaft begegnen zu können, ist eine zweite, höchstpersönliche Chance. Das GuT-Netzwerk bietet im Internetauftritt den Beteiligten einen Platz zur Kontaktaufnahme.²

Schließlich insoweit: Die Unternehmen unter den Beziehern der Zeitschrift erhalten die zusätzliche Chance, Geschäftspartner im GuT-Netzwerk zu finden oder zu bewerben.³

Das Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum soll nun in Ergänzung der Zeitschrift eine Entwicklung nehmen, wie sie das Editorial in GuT Heft 1 angesprochen hat.

Sie finden in diesem Heft auf Seite 71 ein Formular für Ihr weiteres Vorgehen.

Machen Sie mit! Sie sind herzlich eingeladen.

1) Die Verbindung im GuT-Netzwerk wird begründet durch die Aufnahme in eine Liste. Je GuT-Abonnement wird nur je eine natürliche Person in die Liste aufgenommen. Die Löschung aus der Liste kann jederzeit verlangt werden. Sie kann auch aus subjektiv wichtigem Grund stattfinden. Die aktuelle Liste wird in Papierform in angemessenem Intervall nur den darin aufgeführten Einzelpersonen bekanntgemacht. Aufnahme und Führung in der Liste sind kostenfrei. Die Liste wird in der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Bonn, geführt. Für die Dauer der Führung in der Liste ist die natürliche Person berechtigt, ihrem Namen auf Privat- oder Geschäftspapier den Zusatz „im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“ oder „im GuT-Netzwerk“ hinzuzufügen.

Mitteilungen auch zu Veranstaltungen des GuT-Netzwerks erfolgen bis auf Weiteres brieflich oder gedruckt unter der Rubrik Magazin in der Zeitschrift GuT.

2) Die in der Liste gemäß Fußnote 1 geführten Personen können als Fachleute im GuT-Netzwerk zur erleichterten Kontaktaufnahme für Ratsuchende ihre Dienste über www.gut-netzwerk.de anbieten. Eine Verlinkung ist im Einzelfall vereinbar.

3) Infrage kommen die den Personen in der Liste gemäß Fußnote 1 zuzuordnenden Unternehmen nach Vereinbarung im Einzelfall.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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



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

Gewerbemiete

§ 535 BGB

Rechtsnatur der Software-Überlassung; ASP; ASP-Vertrag; Mietvertrag

Zur Rechtsnatur der Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP-Vertrages.

(BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten Entgelt aus einem Vertrag über die Nutzung von Software und Zahlung restlicher Schulungskosten.

2 Die Klägerin, die ihren Kunden auf einem zentralen Server installierte Buchhaltungs- und Warenwirtschaftssoftware zur Nutzung über das Internet zur Verfügung stellt, schloss mit der Beklagten am 19. Dezember 2000 einen Vertrag über einen so genannten „ASP-Service“. Dieser umfasste die „Miete der Software incl. Programmpflege, kostenlose Programmupdates, Nutzung bis zu 500 MB Datenvolumen/User, tägliche Datensicherung, Hotlineservice“ zu einem monatlichen Nutzungsentgelt von ursprünglich 900 DM netto. Gleichzeitig vereinbarten die Parteien die Einweisung durch die Klägerin zu einem Festpreis von 3100 DM. Der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Vertrag war mit einer Frist von 14 Tagen jeweils zum Monatsende kündbar.

3 Ab Mitte März 2001 nutzte die Beklagte die Software, die nach ihrer Behauptung schon bei Übergabe mangelhaft und unbrauchbar war. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 24. und 28. Juni 2001 verschiedene von der Klägerin bestrittene Mängel der Software gerügt hatte, kündigte sie mit Schreiben vom 12. September 2001, das der Klägerin am 14. September 2001 zugegangen ist, den Vertrag außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Gleichzeitig ließ sie die für die Zeit von März 2001 bis August 2001 von der Klägerin im Wege des Bankeinzuges von dem Konto der Beklagten abgebuchten Nutzungsentgelte in Höhe von insgesamt 7563,21 DM zurückbuchen. Für die Einweisung hat die Beklagte an die Klägerin 2250 DM bezahlt.

4 Das Amtsgericht Nordhausen hat der auf Zahlung von 4912,24 € gerichteten Klage in Höhe von 3458,21 € stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Mühlhausen die Klage abgewiesen; die auf Zahlung weiterer 1323,05 € gerichtete Anschlussberufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

5 Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag in Höhe von 4781,26 € weiter.

6 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

8 Der zwischen den Parteien abgeschlossene ASP-Vertrag sei ein Vertrag eigener Art, auf den im Wesentlichen Mietvertragsrecht anzuwenden sei. Bei ASP-Verträgen sei die Software auf dem Server des Anbieters gespeichert, so dass sie als Sache im Sinne von § 90 BGB anzusehen sei. Die Software werde vom Anbieter dem Kunden auch im Sinne von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB überlassen, indem er sie ihm über das Internet zur Nutzung zur Verfügung stelle.

9 Im vorliegenden Fall habe die Klägerin nicht bewiesen, dass sie ihre vertragliche Pflicht, der Beklagten die Software in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen, erfüllt habe. Die Beweislast für den vertragsgemäßen Zustand der Software bei deren Überlassung trage die Klä-

gerin als Vermieterin. Diesen Beweis könne sie nach ihrer eigenen Darstellung nicht führen, da bei ihr weder die streitgegenständliche Software noch die Dateneingaben der Beklagten vorhanden seien, obwohl die Klägerin nach dem Vertrag zur Datensicherung verpflichtet gewesen sei und noch in der Klageschrift vorgetragen habe, die Daten seien noch vorhanden. Die Klägerin habe somit keinen Anspruch auf Zahlung von Nutzungsentgelt. Schulungsgebühren könne sie schon deshalb nicht verlangen, weil die Einweisung in eine nicht vertragsgemäß funktionierende Software für die Beklagte ohne Nutzen sei.

10 Das Landgericht hat die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Fortbildung des Rechts zugelassen, weil die Fragen, wie ein ASP-Vertrag rechtlich einzuordnen sei und wann ein Anbieter vertragsgemäß erfüllt habe, in der Rechtsprechung noch nicht geklärt seien.

11 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen so genannten ASP-Vertrag, soweit er auf die entgeltliche Überlassung von Standardsoftware gerichtet ist, Mietvertragsrecht angewandt.

12 a) Bei dem ASP (Application Service Providing/Bereitstellung von Softwareanwendungen und damit verbundener Dienstleistungen)-Vertrag in der hier abgeschlossenen Variante stellt der Anbieter auf seinem Server Software bereit und gestattet dem Kunden, diese Software für eine begrenzte Zeit über das Internet oder andere elektronische Netze zu nutzen. Die Software verbleibt während der gesamten Nutzungsdauer auf dem Rechner des Anbieters. Dem Kunden werden die jeweils benötigten Funktionen der Anwendungen lediglich über Datenleitungen auf seinem Bildschirm zur Verfügung gestellt. Als zusätzliche Leistung übernimmt der Anbieter in der Regel – wie auch hier – die Softwarepflege, Updates und Datensicherung und stellt für die Nutzung Speicherplatz zur Verfügung.

13 Als typische Leistung steht beim ASP-Vertrag danach die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten. Es liegt deshalb nahe, mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum, als Rechtsgrundlage für diese vertraglichen Ansprüche, einen Mietvertrag, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zum Gegenstand hat, anzunehmen (Koch ITRB 2001, 39, 40; Bettinger/Scheffelt CR 2001, 729, 731; Röhrborn/Sinhart CR 2001, 69, 70 f.; Sedlmeier/Kolk MMR 2002, 75, 78; von Westerholt/Berger CR 2002, 81, 84; Junker NJW 2003, 2792, 2797; Marly Softwareüberlassungsverträge 4. Aufl. Rdn. 563, 567).

14 b) Entgegen der Ansicht der Revision scheidet eine Anwendung des Mietrechts nicht deshalb aus, weil es sich bei der Software nicht um eine Sache im Sinne des § 90 BGB handele.

15 Der Bundesgerichtshof hat wiederholt entschieden, dass eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen ist, auf die je nach der vereinbarten Überlassungsform Miet- oder Kaufrecht anwendbar ist (BGHZ 143, 307, 309; 109, 97, 100 f.; 102, 135, 144; BGH Urteile vom 4. März 1997 – X ZR 141/95 – MDR 1997, 913; vom 14. Juli 1993 – VIII ZR 147/92 – NJW 1993, 2436, 2437 f.; vom 7. März 1990 – VIII ZR 56/89 – NJW 1990, 3011; vom 6. Juni 1984 – VIII ZR 83/83 – ZIP 1984, 962, 963; Beschluss vom 2. Mai 1985 – I ZB 8/84 – NJW-RR 1986, 219; vgl. auch Schweizerisches Bundesgericht BGE 124 III 456, 459). Diese Auffassung hat im Schrifttum weitgehend Zustimmung erfahren (Ermann/Michalski 11. Aufl. § 90 Rdn. 3; Soergel/Marly 13. Aufl. § 90 BGB Rdn. 3; Palandt/Heinrichs 65. Aufl. § 90 BGB Rdn. 2; König NJW 1993, 3121 ff.; Marly BB 1991, 432; Koch a. a. O. 40 f.; Henssler MDR 1993, 489, 490; Sedlmeier/Kolk

a. a. O. 77; a.A. Müller-Hengstenberg CR 2004, 161, 164; Re-
deker NJW 1992, 1739; Diedrich CR 2002, 473, 475; zum
Streitstand: Marly a. a. O. Rdn. 69 ff.).

16 Die beim ASP-Vertrag geschuldeten Softwareprogramme
sind auch auf einem Datenträger verkörpert. Denn die der Steue-
rung des Computers dienenden Programme müssen, um ihre
Funktion erfüllen zu können, d. h. um überhaupt nutzbar zu sein,
in verkörperter Form vorhanden sein, sei es auf einem Wech-
selspeichermedium (z. B. auf Diskette, CD, USB-Stick), oder
auf einer Festplatte oder auch nur auf einem flüchtigen (strom-
abhängigen) Speichermedium (vgl. hierzu Marly a. a. O. Rdn.
102 m.w. N., 119). Gegenstand des ASP-Vertrages ist somit stets
die verkörperte geistige Leistung. Dabei ist es ohne Bedeutung,
auf welchem Informationsträger das Computerprogramm verkör-
pert ist. Entscheidend ist nur, dass es verkörpert und damit
nutzbar ist. Vergleichbar mit dem elektronischen Datenträger ist
das Buch. Auch das Buch, dessen Sachqualität nicht ange-
zweifelt wird, ist Ergebnis einer schöpferischen Geistestätig-
keit und wird ausschließlich wegen seines geistigen Inhalts und
nicht wegen seines Informationsträgers, des Papiers, erworben.
Dadurch verliert es jedoch nicht seine Sachqualität (Marly
a. a. O. Rdn. 98 m.w. N.).

17 Von der dem Anwender zur Nutzung des Computerpro-
gramms überlassenen Werkverkörperung ist das urheberrecht-
lich geschützte Werk zu trennen (König a. a. O. 3122). Letzte-
res spielt für die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertra-
ges keine Rolle. Denn der mit dem Softwareüberlassungsver-
trag verfolgte Zweck geht dahin, dem Anwender die Nutzung
eines Computerprogramms zu ermöglichen, sei es urheber-
rechtlich geschützt oder ungeschützt. Für ein geschütztes Pro-
gramm bedarf es freilich zusätzlich der urheberrechtlich erfor-
derlichen vertraglichen Vereinbarungen, wie der Erlaubnis zur
Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung gemäß § 69 c UrhG.
Im Übrigen muss sich die Gewährleistung wegen Funktions-
mängeln von Computersoftware bei urheberrechtlich ge-
schützter und urheberrechtlich ungeschützter Software nach
identischen Regeln richten, weil diese Frage mit dem Urheber-
recht nicht im Zusammenhang steht (BGHZ 102, 135, 142).

18 c) Der Anwendbarkeit von Mietrecht steht auch nicht ent-
gegen, dass die Beklagte keinen Besitz an den verkörperten
Computerprogrammen erlangt, sondern diese ihr nur über das
Internet zugänglich sind.

19 Der Mietvertrag setzt keine Besitzverschaffung, sondern
lediglich eine Gebrauchsüberlassung voraus. Art und Umfang
der Gebrauchsüberlassung richten sich nach den vertraglichen
Vereinbarungen. Nur wenn hiernach der Gebrauch der Mietsache
notwendig deren Besitz voraussetzt, gehört zur Ge-
brauchsgewährung auch die Verschaffung des Besitzes (Se-
natsurteil vom 17. Juli 2002 – XII ZR 86/01 – NJW 2002, 3322,
3323 [= GuT 2003, 15]; BGH, Urteil vom 1. Februar 1989 –
VIII ZR 126/88 – NJW-RR 1989, 589). Ist daher eine Besitz-
verschaffung für den vertragsgemäßen Gebrauch nicht erfor-
derlich, wie hier bei der Onlinenutzung von Software, so genügt
es für die Gebrauchsgewährung, wenn dem Mieter der Zugang
zur Mietsache verschafft wird, der auch online erfolgen kann
(Senatsbeschluss vom 28. Oktober 1992 – XII ZR 92/91 – NJW-
RR 1993, 178 zur Qualifizierung der Nutzung eines Rechners,
dessen Rechnerkapazität der Beklagten u. a. durch Fernzugang
mittels DATEX-T eingeräumt wurde, als Mietvertrag).

20 d) Ebenso wie die zeitlich begrenzte Softwareüberlassung
durch Onlinezugriff auf den Server der Klägerin ist auch die
hier weiter vereinbarte Zurverfügungstellung von Speicherkapazitäten
auf dem Server der Klägerin zur Speicherung der von
der Beklagten im Rahmen der Softwarenutzung eingegebenen
Daten mietvertraglich zu qualifizieren (Senatsbeschluss vom
28. Oktober 1992 a. a. O.).

21 e) Der Anwendung von Mietvertragsrecht auf die Soft-
wareüberlassung steht auch nicht entgegen, dass in dem ASP-

Vertrag weitere Leistungen wie Programmpflege, Programm-
updates, Datensicherung, Hotlineservice und Einweisung in die
Software vereinbart worden sind, die anderen Vertragstypen
(Dienst- oder Werkvertrag) zugeordnet werden können. Inso-
weit handelt es sich bei dem ASP-Vertrag um einen zusam-
mengefassten Vertrag, bei dem jeder Vertragsteil nach dem
Recht des auf ihn zutreffenden Vertragstypus zu beurteilen ist
(BGHZ 63, 306, 309 ff.), soweit dies nicht im Widerspruch zum
Gesamtvertrag steht (Senatsurteil vom 19. Dezember 2001 –
XII ZR 233/99 – NJW 2002, 1336, 1337).

22 3. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei
für den mangelfreien Zustand der Software bei deren Überlas-
sung an die Beklagte beweislaster, wird jedoch von seinen
Feststellungen nicht getragen.

23 a) Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen muss der Ver-
mieter beweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter
die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen, er-
füllt hat (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 8. Aufl. § 535
Rdn. 47; Palandt/Weidenkaff 65. Aufl. § 535 Rdn. 33).

24 Nach Überlassung der Mietsache obliegt demgegenüber
dem Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeit-
punkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlas-
sene Sache als Erfüllung angenommen hat (BGH Urteil vom
13. Februar 1985 – VIII ZR 154/84 – NJW 1985, 2328, 2329;
Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und
Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 246; Kraemer in Bub/Treier Hand-
buch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III B
Rdn. 1368; Marly a. a. O. Rdn. 872; für Leasing und Kauf nach
Entgegennahme der Sache: BGH Urteil vom 5. Juli 1989 – VIII
ZR 334/88 – NJW 1989, 3222, 3224; BGHZ 159, 215, 217 f.).
Dies ergibt sich aus § 363 BGB, der die Beweislast dem Gläu-
biger auferlegt, wenn er die Leistung des Schuldners als Erfül-
lung angenommen hat. Für die Frage, wer die Beweislast trägt,
kommt es somit darauf an, ob die Mietsache überlassen und vom
Mieter angenommen worden ist.

25 Überlassen ist die Mietsache, wenn der Mieter in die La-
ge versetzt wird, die Mietsache vertragsgemäß zu nutzen. Wann
das der Fall ist, beurteilt sich nach dem Umfang der vereinbar-
ten Leistungen. Eine Annahme als Erfüllung, die anders als die
Abnahme gemäß § 640 BGB kein Rechtsgeschäft, sondern eine
tatsächliche Handlung ist (MünchKomm/Wenzel 4. Aufl.
§ 363 BGB Rdn. 3), liegt vor, wenn der Mieter durch sein Ver-
halten zum Ausdruck bringt, dass er die Mietsache als im
Wesentlichen vertragsgemäße Leistung ansieht. Ein allgemeiner
Vorbehalt, dass die Vertragsmäßigkeit der Leistung nicht aner-
kannt werde, schließt die Annahme als Erfüllung nicht aus (RGZ
71, 23).

26 b) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte
die Software ab Mitte März 2001 genutzt und mit Schreiben
vom 24. Juni und 28. Juni 2001 verschiedene Mängel gerügt
hat. Auf der Grundlage dieser Feststellungen durfte das Beru-
fungsgericht nicht davon ausgehen, dass die Klägerin die Be-
weislast für die Mangelfreiheit der Software trägt. Denn durch
die Nutzung der Software über mehrere Monate ohne Mängel-
rüge hat die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass sie die Soft-
ware als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung ansieht.
Dann trifft aber nach den oben dargestellten Grundsätzen die
Beklagte die Beweislast für den von ihr behaupteten mangel-
haften Zustand der Mietsache.

27 4. Eine vertragsgemäße Überlassung der Mietsache läge
allerdings dann nicht vor, wenn die Klägerin durch die bloße
Überlassung der Software die vertraglich geschuldete Leistung
nicht vollständig erbracht hätte. Davon wäre auszugehen, wenn
die Klägerin die zusätzlich vertraglich vereinbarte Einweisung
nicht durchgeführt hätte (vgl. für den Kauf von Software: BG-
HZ 143, 307, 313). Denn erst nach erfolgter Einweisung wäre
die Beklagte in der Lage gewesen, die Mietsache vertragsgemäß
zu nutzen.

28 Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Klägerin die von ihr vertraglich geschuldete Einweisung vorgenommen hat. Es hat die Einweisung in eine mangelhafte Software von vornherein für wertlos angesehen und demgemäß die vom Amtsgericht hierzu erhobenen Beweise nicht gewürdigt.

29 Die Sache war an das Landgericht zurückzuverweisen, damit es diese Feststellungen nachholen kann.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 241, 311 BGB
Miete von Baufahrzeugen; Aufklärungspflichten des
Vermieters; Versicherungsumfang**

Zur Aufklärungspflicht des Vermieters von nicht haftpflichtversicherungspflichtigen Baufahrzeugen, wenn für ihn erkennbar der Mieter damit auch am öffentlichen Straßenverkehr teilnehmen will und diesem die versicherungsrechtliche Situation unklar ist.

(BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 63/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche geltend, die ihm von seinem Sohn abgetreten worden sind.

2 Der Sohn des Klägers, der Zeuge K., mietete am 18. Oktober 2001 von der Beklagten einen Radlader. Hierbei handelte es sich um eine selbst fahrende Arbeitsmaschine, der nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 a Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung kein amtliches Kennzeichen zugeteilt war. Außerdem war das Gerät nicht haftpflichtversichert und auch nicht haftpflichtversicherungspflichtig, da seine Höchstgeschwindigkeit 20 km/h nicht überstieg (§ 2 Nr. 6 b Pflichtversicherungsgesetz). Mit dem Mietvertrag wurde eine Kaskoversicherung für die Maschine abgeschlossen. Der Sohn des Klägers verursachte, als er mit dem Radlader auf öffentlichen Straßen zu einer Baustelle fuhr, allein schuldhaft einen Verkehrsunfall. Er hat deswegen Schadensersatz an seinen Unfallgegner und die Kosten eines Vorprozesses in Höhe von insgesamt 4314,36 € zahlen müssen. Diesen Betrag macht der Kläger aus abgetretenem Recht gegen die Beklagte geltend. Das Amtsgericht Mönchengladbach hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit der vom Landgericht Mönchengladbach zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

4 1. Das Landgericht meint eine Pflichtverletzung der Beklagten, auf die der Kläger seinen Anspruch stützen könnte, liege nicht vor:

5 a) Der Kläger habe nämlich seine Behauptung nicht bewiesen, der Zeuge V., der für die Beklagte tätig gewesen sei, habe auf die Nachfrage des Zeugen K. wahrheitswidrig erklärt, der Radlader sei haftpflichtversichert. Die dementsprechende Beweiswürdigung des Amtsgerichts sei nicht zu beanstanden.

6 b) Darüber hinaus habe das Amtsgericht zu Recht eine Verpflichtung der Beklagten verneint, ohne konkrete Nachfrage des Sohns des Klägers darauf hinzuweisen, dass der Radlader bei Benutzung im öffentlichen Straßenverkehr nicht haftpflichtversichert sei. Vielmehr habe der Sohn des Klägers als Inhaber einer gültigen Fahrerlaubnis selbst wissen müssen, dass er solche Schäden zunächst selbst zu ersetzen habe, die er Dritten – und sei es auch mit dem Radlader – schuldhaft zufüge, und zwar ganz unabhängig davon, ob dies im öffentlichen Straßenverkehr oder z. B. auf einer Baustelle geschehe. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, von sich aus auf das Fehlen einer Haftpflichtversicherung hinzuweisen. Etwas anderes ergebe sich

auch nicht daraus, dass der Sohn des Klägers nachgefragt habe, weshalb der Radlader kein Nummernschild aufweise. Vielmehr habe sich der Sohn des Klägers mit der Erklärung zufrieden gegeben, dass ein solches bei Fahrzeugen mit einer Maximalgeschwindigkeit von 20 km/h nicht erforderlich sei. Hätte der Sohn des Klägers wegen des Bestehens einer Haftpflichtversicherung weiteren Aufklärungsbedarf gehabt, wäre es seine Sache gewesen, den Mitarbeiter der Beklagten entsprechend zu befragen. Der Beklagten habe es somit nach Treu und Glauben nicht obliegen, umfassend über den Umfang des Versicherungsschutzes zu informieren. Deshalb könne ihr auch eine Vertragsverletzung wegen Unterlassung einer solchen Aufklärung nicht vorgeworfen werden.

7 2. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

8 Die Revision macht mit Erfolg geltend, das Berufungsurteil beruhe auf der Verkennung der Informations- und Aufklärungspflichten, die die Beklagte als Vermieterin fahrbarer Baumaschinen gegenüber ihren Kunden treffe.

9 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Senatsurteil vom 28. Juni 2006 – XII ZR 50/04 – NJW 2006, 2618, 2619 [= GuT 2006, 220] m. N.) trifft den 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 erkennbare 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.

10 Nach Maßgabe dieser Grundsätze musste die Beklagte den Sohn des Klägers im vorliegenden Fall nach Treu und Glauben darüber aufklären, dass der gemietete Radlader nicht haftpflichtversichert war.

11 Zwar wird der durchschnittliche Mieter von selbst fahrenden Baumaschinen diese öfters anmieten und aufgrund seiner Erfahrung mit den Gegebenheiten am Bau auch wissen, dass solche Maschinen auch im öffentlichen Straßenverkehr nicht haftpflichtversichert sind. Für den Zeugen V., der für die Beklagte handelte, war jedoch erkennbar, dass der Sohn des Klägers insoweit unerfahren war. Denn unstrittig fragte dieser beim Zeugen nach, weshalb die Maschine, obwohl er sie im Straßenverkehr führen wollte, kein amtliches Kennzeichen aufweise. Aus dieser Frage musste der Zeuge weiter schließen, dass dem Sohn des Klägers die versicherungsrechtliche Situation nicht bekannt und somit nicht bewusst war, welchen haftungsrechtlichen Risiken er sich aussetzte, wenn er mit dem Radlader am öffentlichen Straßenverkehr teilnehme. In einem solchen Fall aber gebieten es Treu und Glauben, dass der (wissende) Vermieter den (unwissenden) Mieter über die versicherungsrechtliche Situation aufklärt.

12 Dem Kläger steht daher aus abgetretenem Recht ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte aus Verschulden bei Vertragsschluss (§ 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2, § 249 BGB) zu. Dabei ist davon auszugehen, dass sich der Sohn des Klägers, wenn er aufgeklärt worden wäre, „aufklärungsrichtig“ verhalten (vgl. Senatsurteil vom 28. Juni 2006 a. a. O. 2621 [= GuT a. a. O.]) und somit den Radlader nicht ohne Haftpflichtversicherung im öffentlichen Straßenverkehr geführt hätte.

13 Der Senat kann jedoch in der Sache nicht selbst entscheiden. Denn vom Schadensersatzanspruch des Klägers sind ge-

gebenenfalls die Kosten abzuziehen, die bei Abschluss einer Haftpflichtversicherung entstanden wären. Die Höhe dieser Kosten ist jedoch nicht dargelegt. Das Landgericht wird außerdem zu prüfen haben, ob der Kläger auch die Kosten des Vorprozesses ersetzt verlangen kann.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 311, 537, 581 BGB

Gaststättenpacht; Aufklärungspflichten des Verpächters; Risikoverteilung; Gebrauchsvorteile des Verpächters nach dem Auszug des Pächters

1. Unrichtige oder unvollständige Angaben über Umsätze oder Erträge eines Unternehmens (hier: Gaststätte) können eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragschluss auslösen und dieses Verschulden Grund für eine fristlose Kündigung sein.

2. Den Pächter trifft die Darlegungs- und Beweislast für eine Aufklärungspflichtverletzung des Verpächters.

3. Der Pächter trägt das volle Verwendungsrisiko für die Gaststätte. Es obliegt ihm zu kalkulieren, ob er die Gaststätte – auch unter Berücksichtigung des vereinbarten Pachtzinses – rentabel führen kann. Demgemäß muss er sich zur Abschätzung seines Verwendungsrisikos gegebenenfalls aussagekräftige betriebswirtschaftliche Umsatz- und Ertragszahlen aus der Zeit der Vorbetreiber vorlegen lassen.

4. Eine Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung des Pachtzinses wegen anderweitiger Gebrauchsüberlassung kommt nur in Betracht, wenn der Pächter für den streitgegenständlichen Zeitraum noch einen Besitzwillen hat. Das ist nicht der Fall, wenn er – wie hier – endgültig ausgezogen ist.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.12.2006 – I-10 U 74/06)

Aus den Gründen: Dem Vermieter obliegt 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 (BGH, Urt. v. 28. 6. 2006, XII ZR 50/04 [= GuT 2006, 220]; Urt. v. 28. 4. 2004, GuT 2004, 160 = MDR 2004, 1177 = NJW 2004, 2674 = NZM 2004, 619 = ZMR 2004, 653; Urt. v. 16. 2. 2000, ZIP 2000, 887 [= WuM 2000, 593]). Bestehen bzw. Umfang der Aufklärungspflicht richten sich hierbei nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Person des Mieters und dessen für den Vermieter erkennbarer Geschäftserfahrung und 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. Macht er hiervon keinen Gebrauch, kann er sich gegenüber dem Vermieter nicht auf eine Aufklärungspflicht berufen.

Hieran gemessen lässt sich weder feststellen, dass der Kläger der Beklagten zu 2) einen bestimmten Mindestumsatz garantiert hat noch irrums- bzw. täuschungsrelevante Erklärungen

über die mit der verpachteten Gaststätte erzielbaren Umsätze abgegeben oder solche Erklärungen pflichtwidrig unterlassen hat. Das Landgericht hat ausweislich des Verhandlungsprotokolls bereits in der mündlichen Verhandlung vom 29. 3. 2006 darauf hingewiesen, dass der diesbezügliche Vortrag der Beklagten unschlüssig sei, ohne dass diese in der Folge eine ausreichende Spezifizierung vorgenommen haben. Ihre Behauptungen, der Kläger habe sie über die tatsächlichen Umsätze des streitgegenständlichen Geschäftslokals bewusst nicht aufgeklärt und insofern arglistig getäuscht und er habe den Eindruck zu erwecken versucht, es würde sich um ein lukratives Geschäft handeln, bei dem die Mindestumsätze leicht erreicht würden und die Pacht leicht zu verdienen sei (Schriftsatz v. 7. 4. 06), sind substanzlos. Welche konkreten Erklärungen der Kläger über den Inhalt des schriftlichen Vertrages hinaus insofern abgegeben haben soll, haben die Beklagten nicht dargelegt. Aufgrund welcher Umstände der Kläger von den geringen Umsätzen, der Verlustsituation und der fehlenden Fähigkeit, Pachten zu zahlen, gewusst haben soll, wird nicht substantiiert. Dass die Umsätze vier Jahre vor Abschluss des Unterpachtvertrages nicht ausgereicht haben sollen, um die Pacht zu erwirtschaften, ist mangels Angabe der hierzu notwendigen Umsatzzahlen nicht nachvollziehbar. Zu den angeblich zu geringen Umsätzen der Vorpächter enthält das Vorbringen der Beklagten ebenso wenig Angaben wie zu ihren eigenen Umsätzen. Zweitinstanzlich hat die Beklagte im Wesentlichen lediglich ihr substanzloses Vorbringen mit teils geänderter Wortwahl wiederholt, ohne den Vorwurf der Aufklärungspflichtverletzung in der Sache zu konkretisieren. Ihre erstmalige Behauptung, der Kläger habe gewusst, dass die Umsätze mit dem für die Profitabilität einer solchen Kneipe angeblich entscheidenden „Fassbier“ niemals 30 hl pro Quartal, sondern allenfalls 10 hl pro Quartal ausmachten, ist nicht ausreichend spezifiziert, jedenfalls gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert. Dem Vorbringen der Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass sie diesen Vortrag erstinstanzlich nicht aus Nachlässigkeit unterlassen haben.

Selbst wenn aber „ein Mindestbezug“ von 30 hl – wie die Beklagten im Schriftsatz vom 2. 11. 2006 substanzlos vortragen – nicht einmal ansatzweise realisierbar gewesen sein sollte, rechtfertigt dies auch im Hinblick auf die pachtvertraglichen Vorgaben des Klägers ohne weitere konkrete Angaben zu den betriebswirtschaftlichen Rahmenbedingungen (Konzept, Material- und Personaleinsatz; tatsächlich erzielte Umsätze) nicht ihre Schlussfolgerung, damit habe von vornherein festgestanden, dass das Vertragsobjekt nur mit hohem Verlust werde betrieben können.

Auch aus dem Umstand, dass der Kläger mit allen Vorpächtern gleichlautende Verträge abgeschlossen haben soll, lässt sich – ohne hier ersichtlich nicht erfolgte gezielte Nachfrage der Beklagten zu 2) – keine pflichtwidrig unterlassene Aufklärung ableiten. Nach dem Gesetz trägt der Pächter das volle Verwendungsrisiko für die Gaststätte (§§ 581 Abs. 2, 537 BGB). Es obliegt ihm zu kalkulieren, ob er die Gaststätte – auch unter Berücksichtigung des vereinbarten Pachtzinses – rentabel führen kann (BGH, Urt. v. 28. 4. 1999, NJW 1999, 3187 [= WuM 1999, 527]). Demgemäß hätte sich die Beklagte zu 2) zur Abschätzung ihres Verwendungsrisikos für das Pachtlokal gegebenenfalls aussagekräftige betriebswirtschaftliche Umsatz- und Ertragszahlen aus der Zeit der Vorbetreiber vorlegen lassen müssen. Bereits das Landgericht hat zutreffend darauf verwiesen, dass die Beklagte zu 2) hiervon keinen Gebrauch gemacht hat. Rechtserhebliches hierzu ist auch zweitinstanzlich nicht dargelegt. Die angeblich schlechte Lage der „Pilskneipe“ innerhalb des „...“ war für jedermann erkennbar. Die angebliche Veränderung der Konsumgewohnheiten und deren Auswirkungen auf den Bierkonsum sind Umstände, die ihr alleiniges Verwendungsrisiko betreffen und über die sie sich als kaufmännisch denkende Partei im Vorfeld des Vertragsabschlusses selbst hätte informieren müssen. Hiervon wurde sie auch durch die in § 15. 4 UPV [Unterpachtvertrag] getroffene Regelung nicht befreit. Insofern geht der Senat aus den im angefochtenen Urteil

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

dargelegten Erwägungen mit dem Landgericht davon aus, dass mit dieser Regelung ein erzielbarer Mindestumsatz von 30 hl nicht zugesichert wird. Soweit die Beklagten erstmals in zweiter Instanz geltend machen, reine Pils- und Bierkneipen seien nicht mehr profitabel zu führen, sind sie hiermit bereits nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert. Im Übrigen war der Getränkeausschank nach den vertraglichen Regelungen nicht auf Pils und Bier beschränkt. Soweit die Beklagten mit Schriftsatz vom 2.11.2006 erstmals behauptet haben, der Kläger habe die Pachtinteressenten jeweils darin bestärkt, dass die 30 hl Mindestumsatz bei weitem überschritten würden, lässt ihr Vorbringen nicht erkennen, auf welche Weise der Kläger hier tätig geworden sein soll. Darüber hinaus sind sie hiermit auch gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert. Das Gesagte gilt auch, soweit die Beklagten im Schriftsatz vom 2.11.2006 behaupten, in gleicher Weise habe der Kläger ihnen gegenüber argumentiert, als sie sich für die Pils-Kneipe interessierten und Details (welche?) hinsichtlich der Umsatzmöglichkeiten erfragten. Von der naheliegenden Möglichkeit, die Umsatzzahlen einzusehen, haben Sie ersichtlich keinen Gebrauch gemacht.

Soweit die Beklagten ihr nach Vorstehendem unsubstantiiertes Bestreiten unter Zeugenbeweis gestellt haben (...) ist diesen Beweisanträgen nicht nachzugehen, da dies auf eine prozessual unzulässige Ausforschung hinausläufe.

Dass die streitgegenständliche Kneipe nach dem 31.10.2005 mit anderer Besetzung wieder geöffnet haben soll, lässt den Pachtzinsanspruch des Klägers entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entfallen. Der Mieter kann sich gegenüber dem Mietzinsanspruch des sonst vertragstreuen Vermieters regelmäßig nicht darauf berufen, dieser sei wegen einer Weitervermietung zur Gebrauchsüberlassung nicht mehr in der Lage gewesen (§ 537 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn der Mieter ohne Rücksicht auf den weiterbestehenden Mietvertrag einfach ausgezogen ist und keine Miete mehr bezahlt hat; in einem solchen Einwand läge dann eine gegen Treu und Glauben verstoßende unzulässige Rechtsausübung (BGH, Urt. v. 22.12.1999, ZMR 2000, 207 [= WuM 2000, 248]). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich das Verhalten des Mieters – wie hier die unbegründete vorzeitige Aufgabe der Gaststätte – als grober Vertragsbruch darstellt (vgl. BGH, Urt. v. 22.10.2003, NJW 2004, 284 [= GuT 2004, 87]). Die Beklagte zu 2) konnte auch nicht ernsthaft davon ausgehen, dass das Mietverhältnis durch die von ihr mit Schreiben vom 26.10.2005 ausgesprochene Anfechtung und die Rückgabe der Gaststätte zum 31.10.2005 beendet war, nachdem der Kläger sie bereits durch Schreiben vom 5.8.2005 nachdrücklich auf die Vertragserfüllung hingewiesen und damit auch dem Schreiben ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 2.8.2005 widersprochen hatte.

Soweit sich der Verpächter gemäß §§ 581 Abs. 2, 537 Abs. 1 Satz 2 BGB nur die Vorteile anrechnen lassen muss, die er aus der anderweitigen Verwertung des Objekts erlangt hat, ist nach dem unbestrittenen Vorbringen des Klägers davon auszugehen, dass er die Gaststätte in eigener Regie übernommen hat, mithin keine Mietzahlungen von dritter Seite erfolgen. Dass der Kläger hieraus anrechenbare Vorteile i.S. der gesetzlichen Regelung erlangt hat, haben die insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht konkretisiert. Ihre Behauptung, der Kläger habe keinen Schaden erlitten, da ihm die Pacht anderweitig zufließe, ist substanzlos. Ihrem Beweisantritt „Zeugnis des Prokuristen ... des Klägers“ ist nicht nachzugehen, da dies auf eine unzulässige Ausforschung hinausläufe.

Darüber hinaus kommt eine Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses wegen anderweitiger Gebrauchsüberlassung nur in Betracht, wenn der Mieter für den streitgegenständlichen Zeitraum noch einen Besitzwillen hat. Dies ist dann nicht der Fall, wenn er – wie hier – endgültig ausgezogen ist (Senat, GuT 2004, 173; Urt. 17.3.2005, I-10 U 148/04; Urt. v. 4.11.2004, I-10 U 34/04). Auch dies steht einer Berufung auf § 537 BGB entgegen.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§§ 535, 581 BGB

Pacht; einheitlicher Vertrag über Gewerberäume und Wohnräume; Pension mit angeschlossenen Wohnräumen

Werden in einem einheitlichen, von den Parteien als Pachtvertrag bezeichneten Vertrag Gewerberäume (hier: Pensionsräume) mit angeschlossenen Wohnräumen zur Nutzung überlassen, so kann das Vertragsverhältnis auch nach den näheren Umständen als Pachtvertrag anzusehen sein, wenn der auf die Wohnräume entfallende Teil des Bruttonutzungsentgelts überwiegt.

(OLG Köln, Urteil vom 10.10.2006 – 22 U 74/06)

Zum Sachverhalt: Der Kläger nimmt die Beklagte auf Räumung und Herausgabe von Wohn- und Geschäftsraum in Anspruch. Die Parteien schlossen am 25. Mai 2001 einen als Pachtvertrag bezeichneten Vertrag über Räume einer Frühstücks-pension sowie über Wohnräume im Haus I-Straße.

Nach einer Vereinbarung der Parteien vom 31.5./28.11.2003 beträgt der Pachtzins jeweils inklusive Nebenkosten insgesamt 1900,00 €, und zwar für die Pension 900,00 € und für die Wohnung 1000,00 €.

Mit Anwaltsschreiben vom 16.6.2005 erklärte der Kläger die „Kündigung des Pachtvertrages“ zum Ablauf des 31.5.2006. Der Kläger hat geltend gemacht, der Vertrag sei insgesamt als Pachtvertrag abgeschlossen und so gewollt gewesen; im übrigen überwiege die gewerbliche Nutzung. Die Beklagte hat dem gegenüber die Auffassung vertreten, die Wohnnutzung sei überwiegend.

Das Landgericht Aachen hat sich der Auffassung der Beklagten angeschlossen und deshalb die Klage als unzulässig abgewiesen. Mit der Berufung hat der Kläger seine Rechte weiter verfolgt. Er hat geltend gemacht:

Zu Unrecht habe das Landgericht seine sachliche Zuständigkeit verneint. Die Frage, welcher Vertragstypus vorliege, sei in erster Linie nach dem Willen und den Erklärungen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen. Nach dem Wortlaut des Vertrages und der Interessenlage der Parteien sei danach im Streitfall insgesamt vom Abschluss eines Pachtvertrages auszugehen.

Der Kläger hat beantragt, das Urteil des Landgerichts Aachen vom 16.3.2006 – 10 O 465/05 – abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, die im Hause im ersten Obergeschoss gelegene Pension, bestehend aus fünf Gästezimmern und einem im Erdgeschoss rechts gelegenen Frühstücksraum nebst der dazugehörigen Wohnung im Erdgeschoss links, bestehend aus 4 Zimmern, einem Bad, einem WC, einer Küche und einem Abstellraum, zum 31.5.2006 zu räumen und an den Kläger herauszugeben.

Der Senat hat durch Versäumnisurteil vom 20.6.2006 das angefochtene Urteil des Landgerichts abgeändert und die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit ihrem Einspruch erstrebt die Beklagte die Zurückweisung der Berufung. Sie macht geltend: Bei dem Vertragsverhältnis der Parteien habe es sich überwiegend um Wohnungsmiete gehandelt.

Aus den Gründen: II. Der zulässige Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil des Senats hat in der Sache keinen Erfolg. Denn dieses Versäumnisurteil entspricht der Sach- und Rechtslage.

A. Zur Zulässigkeit der Klage

Das Landgericht hat seine sachliche Zuständigkeit verneint, weil nach seiner Ansicht der Rechtsstreit den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft.

Dies ist in zweifacher Hinsicht unrichtig: Es handelt sich um ein gewerbliches Vertragsverhältnis, und zwar um ein Pachtverhältnis.

Allerdings betrifft der Vertrag vom 25. Mai 2001 neben den Räumen der Pension auch eine dazu gehörige Wohnung (§ 1 Nr. 1). Er ist gleichwohl insgesamt als gewerblicher Pachtvertrag anzusehen.

Liegt, wie im Streitfall, ein einheitlicher Vertrag vor, durch den teilweise Räume zur bloßen Nutzung (im Streitfall: Wohnung), teilweise zur Fruchtziehung (im Streitfall: Nutzung als Pension) überlassen werden, so ist für die rechtliche Einordnung des Gesamtvertrages (Aufteilung in mehrere Verträge ist nicht möglich: OLG Köln WuM 1987, 377) maßgeblich, was der Hauptgegenstand des Vertrages bzw. der wesentliche Vertragszweck ist; dies ist nach dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Vertragsparteien im Einzelfall zu ermitteln (vgl. Bub-Treier I Rn. 24, 121; Palandt/Weidenkaff Rn. 16 vor § 535; vgl. auch OLG Köln a. a. O. 378).

Zu Unrecht meint die Beklagte, nach diesen Grundsätzen liege hier insgesamt ein Mietvertrag über Wohnraum vor. Der bloße Umstand, dass für die Wohnung ein höheres Brutto-Entgelt vereinbart worden ist als für die Räume der Pension, trägt eine solche Annahme nicht. Vielmehr führen die sonstigen Umstände des Streitfalles zur Annahme eines Pachtvertrages.

Die Parteien haben den Vertrag vom 25. 5. 2001 ausdrücklich als „Pachtvertrag“ und sämtliche überlassenen Räume, auch die Wohnräume, als „Pachtgegenstand“ bezeichnet. Auch das von der Beklagten monatlich zu zahlende Entgelt wird insgesamt als „Pachtzins“ ausgewiesen, dies ebenfalls auch für die Wohnräume; das ist auch in der Zusatzvereinbarung vom 28. 11. 2003 der Fall, auf die sich die Beklagte in ihrer Berufungserwidmung bezieht. Gleiches gilt für die Pachtzeit, die in § 3 des Vertrages einheitlich für alle Räume geregelt ist. Wie die Beklagte in ihrer Klageerwidmung vom 13. 1. 2006 selbst hat vortragen lassen, hat sie den Vertrag – nach einem Konzept des Klägers – „aufgrund ihrer beruflichen Kenntnisse als frühere kaufmännische Angestellte zu Papier gebracht“; ihr waren also alle Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarung bekannt.

Schon damit haben die Parteien hinlänglich zum Ausdruck gebracht, insgesamt ein Pachtverhältnis vereinbaren zu wollen. Soweit die Beklagte darauf verweist, ihre Motivation zum Abschluss dieses Vertrages habe im wesentlichen darin gelegen, für sich und ihre Kinder nach dem Scheitern der Ehe ein Dach über dem Kopf zu finden, steht dies nicht der Einordnung als Pachtvertrag entgegen, da diese Motivation nicht Vertragsinhalt geworden ist.

Zweck des Vertrages war vielmehr nach § 2 Nr. 1 der vertraglichen Regelung die (Weiter-)Betreibung der Frühstückspension, die zuvor von der damaligen Ehefrau des Klägers betrieben worden war. Daran hatten beide Parteien ein Interesse. Der Kläger deshalb, weil das Weiterbetreiben durch die Ehefrau nicht gewollt war, und die Beklagte, weil sie nach dem Scheitern der Ehe auf der Straße stand. Sie hatte in dieser Situation nicht nur ein Interesse daran, für sich und ihre Kinder ein Dach über dem Kopf zu bekommen, sondern darüber hinaus auch ein – objektives – Interesse daran, sich eine Einkommensquelle zu verschaffen. Dies umso mehr, als ihr Ehemann Unterhalt für sie und die Kinder nicht zahlte. Im übrigen hatte sie, wie sie in ihrer Klageerwidmung eingeräumt hat, damals auch ein Interesse an der zeitlichen Befristung des Vertrags, die sie nunmehr nicht mehr anerkennen möchte.

Da nach allem der Rechtsstreit nicht das Bestehen eines Mietverhältnisses über Wohnraum zum Gegenstand hat, ist für die sachliche Zuständigkeit der Streitwert maßgeblich. Danach ist hier das Landgericht zuständig gewesen.

B. Zur Sache

Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Pachträume nach den §§ 581, 546 BGB.

Vereinbart ist ein Zeitpachtvertrag bis zum 31. 5. 2006. Diese Vertragszeit hat sich nicht verlängert, da der Kläger den Ver-

trag, wie das in § 3 Nr. 2 vorgesehen ist, mit Schreiben vom 16. 6. 2005, also mehr als sechs Monate vor Ablauf gekündigt hat.

Die Beklagte ist deshalb zur Herausgabe der Räume verpflichtet, so dass die Klage auch begründet ist.

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 ZPO). Weder weicht der Senat von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab, noch erfordert die Rechtssache wegen grundsätzlicher Bedeutung eine Befassung des Revisionsgerichtes.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 22 800,00 Euro.

Der Antrag der Beklagten, ihr gemäß § 721 ZPO eine Räumungsfrist bis zum 30. 6. 2007 zu gewähren, ist unbegründet.

Es braucht nicht entschieden zu werden, ob bei Vorliegen eines gemischten Vertrages wie im Streitfall die genannte Vorschrift entsprechend angewendet werden kann; denn jedenfalls besteht für die Zubilligung einer Räumungsfrist keine Veranlassung, nachdem die Beklagte im Verhandlungstermin vor dem Senat erklärt hat, sie habe sich inzwischen anderweitig Wohnraum beschafft und könne gegen Ende der auf den Senatstermin folgenden Woche die Frühstückspension einschließlich der zugehörigen Wohnräume geräumt an den Kläger zurückgeben.

Mitgeteilt von VRiOLG Dr. Müller, Köln

§§ 535, 305c, 307 BGB; § 91a ZPO
Gewerberaumiete; Laden im Einkaufszentrum EKZ;
Betriebspflicht bei Ladenschlusszeiten;
Werbegemeinschaft

Zur mietvertraglichen Vereinbarung über ein Ladengeschäft im Einkaufszentrum, die eine Betriebspflicht entsprechend geänderten gesetzlichen Ladenschlusszeiten einfordern lässt.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 29. 11. 2006 – XII ZR 121/04)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Verpflichtung des Beklagten, sein Ladengeschäft im Einkaufszentrum der Klägerin von montags bis freitags auch jeweils in der Zeit von 18. 30 Uhr bis 20.00 Uhr geöffnet zu halten.

2 Der Beklagte mietete am 20. Oktober 1994 von der Rechtsvorgängerin der Klägerin auf die Dauer von zehn Jahren ab Übergabe eine Gewerbefläche von ca. 49 m² im Einkaufszentrum L. zur Nutzung als Fotofachgeschäft.

3 In § 1/I Nr. 2 des Mietvertrages heißt es:

„Die Vermietung erfolgt zur ausschließlichen Nutzung als: Fotofachgeschäft einschließlich der dazugehörenden Rand- und Nebensortimente. Der Mieter verpflichtet sich, das Sortiment entsprechend der oben angeführten Beschreibung einzuhalten. Eine Änderung der genannten Nutzung oder des Sortiments ist dem Mieter ohne vorherige Zustimmung des Vermieters nicht gestattet. Dem Mieter wird keine Sortimentsausschließlichkeit zugesichert. Konkurrenzschutz ist ausgeschlossen.“

4 § 11/II des Mietvertrages regelt die „Betreibungs-/Offenhaltungspflicht“ der Mieter. Nr. 3 der genannten Regelung lautet:

„Das Geschäftslokal ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen zu den vom Vermieter festgelegten Öffnungszeiten offen zu halten. Aus einer bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (wie Mittagspause, Ruhetage, Betriebsferien) sind zulässig. Mittagspause 13.00 Uhr bis 14.00 Uhr.“

5 Die Wendung „Mittagspause 13.00 Uhr bis 14.00 Uhr“ ist im vorgedruckten Mietvertrag handschriftlich ergänzt; außerdem ist das Wort „nicht“, das im Vordruck im letzten Satz vor „zulässig“ steht, handschriftlich gestrichen.

6 Die Mieter des Einkaufszentrums haben gemäß § 13/II des Mietvertrages eine Werbegemeinschaft gegründet, der auch der Beklagte als Gesellschafter beigetreten ist. Nach einem entsprechenden Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter der Werbegemeinschaft im Jahre 1997 hat die Klägerin die Kernöffnungszeiten der Ladenlokale von montags bis freitags auf jeweils 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr festgelegt. Der Beklagte hat sein Geschäft jedoch bereits jeweils um 18.30 Uhr geschlossen.

7 Auf entsprechende Klage hat das Amtsgericht Leipzig den Beklagten verurteilt, sein Ladengeschäft montags bis freitags (auch) von 18.30 Uhr bis 20.00 Uhr geöffnet zu halten. Die Berufung des Beklagten hat das Landgericht Leipzig zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebte der Beklagte die Abweisung der Klage.

8 In der mündlichen Verhandlung haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem der Mietvertrag beendet worden war und der Beklagte das Mietobjekt geräumt hatte.

9 **Aus den Gründen:** II. Nach übereinstimmender Erledigungserklärung ist gemäß § 91 a ZPO über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden. Danach sind die Kosten gegeneinander aufzuheben, da offen ist, welche Partei ohne Erledigung im Rechtsstreit unterlegen wäre.

10 Das Landgericht hat dahingestellt sein lassen, ob die in § 11/II des Mietvertrages geregelte Betriebspflicht individuell vereinbart oder eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin ist. Die Regelung hat es dahin ausgelegt, dass die Vermieterin die Öffnungszeiten im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen Ladenschlusszeiten festlegen könne. Hierbei hat es darauf abgestellt, dass bei Abschluss des Vertrags bereits mit einer Verlängerung der gesetzlichen Ladenschlusszeiten habe gerechnet werden müssen.

11 Bei der Beantwortung der Frage, ob die genannte Regelung statisch auf die 1994 geltenden gesetzlichen Bestimmungen oder dynamisch auf die jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen verweist, kommt es indes entscheidend darauf an, ob es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin oder um eine Individualvereinbarung handelt.

12 Sollte eine Allgemeine Geschäftsbedingung vorliegen, wäre bei deren Auslegung § 305 c Abs. 2 BGB zu beachten. Danach aber müsste, da die Klausel auf die „gesetzlichen Bestimmungen“ und nicht eindeutig auf die „jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen“ verweist, zu Lasten der Klägerin davon ausgegangen werden, dass die Regelung die 1994 geltende Gesetzeslage in Bezug nimmt. In diesem Fall aber hätte die Klägerin den Rechtsstreit im Wesentlichen verloren, da damals die Läden mit Ausnahme von donnerstags um 18:30 Uhr schließen mussten.

13 Handelte es sich hingegen um eine Individualvereinbarung, wäre gegen deren vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung revisionsrechtlich nichts einzuwenden. § 305 c BGB käme nicht zur Anwendung. Ebenso wenig wäre eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB vorzunehmen. Der Beklagte wäre im Rechtsstreit unterlegen.

14 Da die zutreffende Eigenschaft der Regelung aus prozessualen Gründen nicht mehr geklärt werden kann, entspricht es billigem Ermessen, die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Ann. d. Red.: Zu Ladenschlussgesetzen und Öffnungszeiten im Teileigentum siehe Schmidt in GuT 2004, 3. Zur Betriebspflicht vgl. auch nachfolgend OLG Karlsruhe. Vgl. weiter KG GuT 2006, 153; GuT 2006, 236; OLG Düsseldorf GuT 2004, 53; GuT 2004, 17; GuT 2002, 47; OLG Hamburg GuT 2003, 231; GuT 2003, 57.

**§§ 275, 276, 313, 535, 543 BGB; § 940 ZPO
Gewerberaumiete; Einkaufszentrum EKZ; Betriebspflicht; Leistungsverfügung; Zahlungsunfähigkeit; fristlose Kündigung des Zeitmietvertrags durch den Mieter aus wichtigem Grund; Prognose zur Kundenfrequenz; Wegfall der Geschäftsgrundlage; Risikoverteilung**

Der Einzelhändler (hier: im Einkaufszentrum), der gegenüber dem Vermieter eine Betriebspflicht übernommen hat, wird hiervon unabhängig von der Einleitung eines Insolvenzverfahrens wegen Unvermögens frei, wenn er zahlungsunfähig ist.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 8.11.2006 – 9 U 58/06)

Zum Sachverhalt: Mit Beschluss vom 30.11.2005 hat das Landgericht Freiburg wegen Dringlichkeit ohne vorherige mündliche Verhandlung der Beklagten durch einstweilige Verfügung aufgegeben, den Geschäftsbetrieb mit Damen- und Herrenoberbekleidung im mittleren und oberen Preissegment in dem an sie vermieteten Ladengeschäft im ersten Obergeschoss des Zentrums O. aufrechtzuerhalten, die Ladenflächen im Rahmen der allgemeinen Öffnungszeiten des Centers Montag bis Freitag von 09:00 Uhr bis 20:00 Uhr und Samstags von 08:00 bis 18:00 Uhr geöffnet zu halten und das Ladenlokal dekoriert zu halten und nicht sämtliche Waren und sonstigen Gegenstände hieraus zu entfernen. Mit dem angefochtenen Urteil vom 10.3.2006 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung aufrechterhalten.

Zur Begründung ihrer rechtzeitig eingelegten Berufung trägt die Beklagte vor, dass die einstweilige Verfügung nicht durchsetzbar sei. Die vertragliche Verpflichtung des Mieters zum Betrieb eines Ladengeschäftes könne weder als vertretbare Handlung nach § 887 ZPO noch als unvertretbare Handlung nach § 888 ZPO vollstreckt werden. Der Klage fehle das Rechtsschutzbedürfnis, da die Beklagte nunmehr vermögenslos sei. Eine Fortführung des Geschäftsbetriebes sei ihr nicht zuzumuten, da sie sonst gezwungen wäre, Verbindlichkeiten einzugehen, beispielsweise mit Lieferanten, und die Vertragspartner über ihre Zahlungsfähigkeit zu täuschen. Ein Verfügungsgrund sei nicht gegeben. Das Landgericht habe mit der angefochtenen Entscheidung die Hauptsache in unstatthafter Weise vorweggenommen. Es bestehe auch kein Verfügungsanspruch, weil die Beklagte den Vertrag wegen arglistiger Täuschung über die zu erwartenden Besucherzahlen wirksam angefochten habe. Schließlich sei ihre Betriebspflicht nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage entfallen, da statt der erwartenden 8000 bis 10000 Besucher lediglich täglich 800 bis 1000 Kunden das Geschäftszentrum aufsuchen würden.

Aus den Gründen: II. Auf die Berufung der Beklagten war die angefochtene Entscheidung abzuändern, weil sich in der Berufungsinstanz herausgestellt hat, dass die Beklagte wegen Unvermögens ihrer Betriebspflicht nicht mehr nachkommen kann. Dagegen greifen die übrigen Einwendungen der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts, auf das der Senat insoweit billigend Bezug nimmt, nicht durch.

1. Nach herrschender Auffassung, der sich der Senat anschließt, kann die Erfüllung einer Betriebspflicht grundsätzlich im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdnr. 615 m. w. N.).

2. Richtig ist, dass die Anordnung einer auf Erfüllung gerichteten einstweiligen Verfügung nicht nur die strenge Prüfung des Verfügungsanspruchs voraussetzt, sondern auch das Vorliegen eines qualifizierten Verfügungsgrundes. Erforderlich für eine so genannte „Leistungsverfügung“ ist, dass der Gläubiger auf die sofortige Erfüllung dringend angewiesen ist. Unter diesen Voraussetzungen sind Leistungsverfügungen insbesondere in den Fällen zulässig, in denen die geschuldete Handlung so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht möglich wäre (vgl. Zöller/Voll-

kommer, ZPO 25. Aufl. § 940 Rdnr. 6). Eine auf teilweise Befriedigung gerichtete einstweilige Verfügung setzt voraus, dass sie unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig ist (§ 940 ZPO; vgl. OLG Hamm NJW-RR 1990, 1236).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend glaubhaft gemacht. Unstreitig hat die Beklagte mit Schreiben vom 28.11.2005 die fristlose Kündigung des Mietvertrages erklärt. Auch nach ihrem Vortrag wollte sie danach die Geschäftsräume räumen und den Geschäftsbetrieb schließen. Ein derartiges (angekündigtes) Verhalten stellt geradezu den klassischen Fall für den Erlass einer einstweiligen Verfügung dar, sofern auch ein Verfügungsanspruch gegeben ist.

3. Die Beklagte meint, die Schließung ihres Geschäftes sei im Hinblick auf die Ausmaße des Einkaufszentrums ohne wesentliche Bedeutung für die Klägerin. Die Verkaufsfläche von ca. 70 m² sei völlig unbedeutend im Verhältnis zum Gesamtobjekt mit ca. 12 000 m². Außerdem liege das Ladenlokal der Beklagten abseits und sei für viele Kunden gar nicht wahrnehmbar. Es handele sich also nicht um einen so genannten Frequenzbringer, welcher zwingend notwendig sei, um das Zentrum zu beleben.

Diesen Überlegungen folgt der Senat nicht. Sinn der Vereinbarung einer Betriebspflicht bei Einkaufszentren der vorliegenden Art ist, das Einkaufszentrum durch ein möglichst großes und vielfältiges Angebot an Geschäften für Kunden attraktiv zu halten (vgl. KGR Berlin 2003, 315). Zu einem solchen Geschäftsmix gehören auch Geschäfte in der Art des von der Beklagten betriebenen Ladenlokals zum Vertrieb von Damen- und Herrenoberbekleidung im mittleren und oberen Preissegment. Der Leerstand selbst eines kleinen Lokals würde somit die Attraktivität eines derartigen Geschäftszentrums vermindern wie auch eine Anreizwirkung auf gleichfalls unzufriedene Geschäftsleute ausüben, ihrerseits den nicht rentablen Betrieb einzustellen. Dementsprechend haben unstreitig aus vergleichbaren Gründen auch zwei andere Geschäfte zumindest vorübergehend ihren Betrieb in dem Geschäftszentrum eingestellt. Könnte die Klägerin die Durchsetzung der Betriebspflicht nur im ordentlichen Rechtswege verfolgen, ginge von dem Verhalten der Beklagten eine für den Gesamtbetrieb des Geschäftszentrums negative Anreiz und Vorbildwirkung aus.

4. Die Auferlegung einer Betriebspflicht ist grundsätzlich auch nicht unverhältnismäßig. Eine etwaige Erkrankung der Beklagten ist insoweit ohne Bedeutung, da die Beklagte nicht gehalten ist, den Geschäftsbetrieb in eigener Person aufrecht zu erhalten. Die Einschaltung von Erfüllungsgehilfen ist statthaft, wie unter den Parteien auch nicht streitig ist.

5. Eine Betriebspflicht kann selbst in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden (vgl. BGH NJW-RR 1992, 1032; Wolff/Eckert/Ball aaO. Rdnr. 609).

6. Die Betriebspflicht ist auch nicht durch die fristlose bzw. hilfsweise als fristgerechte ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 28.11.2005 entfallen. Auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen. Die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe sind nicht begründet.

Die Beklagte führt insoweit aus, dass seit Anbeginn des Mietverhältnisses ständig und immer fort Mängel und Pflichtverletzungen eingetreten seien und, obgleich zeitnah gerügt, nicht oder nicht ausreichend beseitigt worden seien. Die Klägerin habe die Probleme in der Tiefgarage (großflächige Wasserleichenbildung), die vorgetragenen Lüftungsdefekte (Essensgerüche) und die glaubhaft gemachten Persönlichkeitsverletzungen durch den Einsatz von Überwachungskameras ignoriert. Die Beklagte habe glaubhaft gemacht, dass im Winter die erforderlichen Raumtemperaturen nicht erreicht würden bzw. der benötigte Luftwechsel unzureichend sei.

Diese Vorwürfe gehen fehl.

Richtig ist, dass die Beklagte die Rechtsvorgängerin der Klägerin mehrfach wegen der Geruchsbelästigungen angesprochen hat (vgl. Schreiben vom 5. 7. 2005). Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hat hierauf jedoch reagiert und den Generalunternehmer aufgefordert, den Mangel bis zum 8. 7. 2005 zu beheben (vgl. Schreiben vom 4. 7. 2005). Dass die Geruchsproblematik fort dauert, ist zwar vorgetragen, jedoch nicht glaubhaft gemacht.

Hinsichtlich der in der Tiefgarage vorhandenen Pfützen sind weitere Reklamationen der Beklagten vorgetragen. Der Senat teilt jedoch die Auffassung des Landgerichts, dass dieser Mangel alleine die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund des auf 10 Jahre fest vereinbarten Vertrages nicht rechtfertigt. Ein wichtiger Grund liegt nach der hier anwendbaren Bestimmung des § 543 Abs. 1 S. 1 BGB nur dann vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

7. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist eine arglistige Täuschung durch die Rechtsvorgängerin der Klägerin nicht glaubhaft gemacht. Durch die vorgelegten Beweismittel steht allerdings, wovon auch das Landgericht zutreffend ausgegangen ist, fest, dass die Beklagte auf Angaben der Verhandlungsbevollmächtigten der Rechtsvorgängerin der Klägerin, es werde mit einer Kundenfrequenz von 8000 Personen täglich gerechnet, vertraut und im Vertrauen hierauf den Mietvertrag abgeschlossen hat. Dass sich bislang eine solche Kundenfrequenz nicht entwickelt hat, rechtfertigt den Vorwurf einer (arglistigen) Täuschung jedoch nicht. Anhaltspunkte dafür, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin von ihren Angaben abweichende Erkenntnisse über die prognostizierten Kundenfrequenz hatte, sind nicht gegeben. Dass die S. AG wahrheitswidrig das Vorliegen einer Studie mit entsprechendem Inhalt vorgespiegelt hätte, ist nicht glaubhaft gemacht. Dem Schreiben ihrer Mitarbeiter vom 31. 1. 2006 lässt sich derartige nicht entnehmen. Dort ist ausgeführt, dass gegenüber den Eheleuten E. eine im Auftrag des ehemaligen Projektentwicklers (T.) gefertigte Marktanalyse erwähnt und ihnen „wohl auch auszugsweise“ übergeben worden sei. Anlass, der Klägerin die Beweislast für das Nichtvorliegen der Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung aufzuerlegen, besteht nicht. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass in der Mitteilung einer Prognose keine Täuschung liege. Eine Prognose beruhe immer das Risiko und auch die Chance, dass sie nicht zutreffe.

8. Die Beklagte meint, die Betriebspflicht sei infolge der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) entfallen. Nach § 313 Abs. 1 BGB kann Anpassung des Vertrages verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Die vertragliche Risikoverteilung geht den Rechtsgrundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage vor. Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trägt im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Es fällt in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst bei einem erst geplanten Einkaufszentrum neben der Chance, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen, auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtprojekts mit entsprechenden negativen Folgen für das Einzelgeschäft. Allein

der Umstand, dass auch der Vermieter von einem wirtschaftlichen Erfolg des Projekts ausgeht, verlagert das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko für das einzelne gemietete Geschäft in dem Einkaufszentrum nicht von dem Mieter auf den Vermieter (BGH NZM 2006, 54 [= GuT 2006, 19]; NJW 1970, 1313). Dies gilt selbst dann, wenn die weitere Erfüllung des Vertrages unter Umständen den Verfall des Vermögens des Mieters zur Folge hätte (vgl. BGH NJW 1978, 2390). Allerdings können die Parteien von dieser gesetzlichen Risikoverteilung abweichen. Anhaltspunkte hierfür sind vorliegend jedoch nicht vorgetragen und nach den Kriterien der obergerichtlichen Rechtsprechung auch nicht ersichtlich (vgl. hierzu BGH NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593]).

9. Die Beklagte wendet gegen ihre Verurteilung ein, sie sei bereits vermögenslos. Sie könne keine Ware mehr nachordern. Zur Glaubhaftmachung bezieht sie sich auf die eidesstattliche Erklärung ihres Ehemannes vom 24. 5. 2006. Hiernach habe er zuletzt bei der Volksbank F. Anfang 2006 versucht, ein Darlehen zu erhalten. Dies sei nicht gelungen. Er selbst sei nicht mehr bereit, seiner Ehefrau ein weiteres Darlehen zu gewähren. Aus der letzten Warenlieferung an die Beklagte stehe noch eine Kaufpreisschuld von etwa 17 000,- EUR aus. Die für das Frühjahr 2006 geordnete Ware bei den Hauptlieferanten F. und L. werde aufgrund Zahlungsverzuges nicht ausgeliefert. In den Monaten Januar bis April 2006 habe seine Ehefrau einen Umsatz von monatlich etwa EUR 2700 erzielt. Die Personalkosten würden, da seine Ehefrau nur noch mit geringfügig Beschäftigten operieren werde, ca EUR 15 000 betragen, gemeint ist pro Jahr. Der Wareneinsatz werde bei einem jährlichen Umsatz von rund EUR 32 000 etwa EUR 20 000 betragen. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat glaubwürdig mitgeteilt, dass die Firma L. weiterhin nicht liefere. Die Firma F. liefere teilweise. Seit November 2005 zahle sie weder Miete noch Nebenkosten an die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin. Ohne Mietzahlung „gehe es gerade so“. Das private Wohnhaus der Eheleute sei grundpfandrechtl. voll ausgelastet. Sie habe in I. noch einen Betrieb. Dort habe sie für EUR 100 000 Ware geordert, sei auf ihr jedoch sitzen geblieben. Mit den dortigen Lieferanten habe sie Teilzahlungslösungen ausgehandelt. Sie habe kein Geld und lebe von ihrem Mann.

Hiernach steht fest, dass die Beklagte zahlungsunfähig ist. Zahlungsunfähigkeit im Sinne des Insolvenzrechts ist, wer nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 S. 1 InsO). Eine vorübergehende Zahlungsstockung oder ganz geringfügige Liquiditätslücken sind nicht geeignet, Zahlungsunfähigkeit zu begründen. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, daß die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (BGHZ 163, 134). Nach diesen Kriterien ist die Beklagte zahlungsunfähig. Allein die Mietschulden erreichen einen Betrag von rund EUR 39 000. Hinzu kommen die offenen Forderungen aus Warenlieferungen in Höhe von EUR 17 000. Eine positive Prognose kann der Beklagten aus den von ihrem Ehemann in der eidesstattlichen Versicherung gegebenen Gründen nicht gestellt werden.

10. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Richtig ist, dass Zahlungsunfähigkeit den Schuldner auch dann nicht befreit, wenn sie auf unverschulde-

ter Ursache beruht. Nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, das aus dem Grundgedanken des § 279 BGB a. F. und dem geltenden Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht abzuleiten ist, hat jedermann für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen (BGHZ 107, 92). Von Geldleistungspflichten wird der Schuldner nur nach den besonderen Bestimmungen der Insolvenzordnung befreit. Für die Entscheidung des hier zu beurteilenden Falles ist jedoch nicht der dargestellte Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung maßgeblich. Vielmehr geht es darum, ob der Schuldner trotz Unvermögens zu einer (gegebenenfalls nicht vertretbaren) Handlung gezwungen werden kann. Auch im Zwangsvollstreckungsrecht ist ganz herrschende Auffassung, dass der Schuldner einer unvertretbaren Handlung nicht durch Zwangsgeld zu einer Handlung gezwungen werden darf, die ihm nicht möglich ist (§ 888 ZPO; vgl. OLGR Celle 1998, 104; OLG Hamm NJW-RR 1988, 1087; OLGR Stuttgart 2005, 728). Unter diesen Umständen kann die Beklagte bereits im Erkenntnisverfahren den materiell-rechtlichen Einwand, zur Erfüllung der Betriebspflicht nicht in der Lage zu sein (§ 275 Abs. 1 BGB), geltend machen (vgl. auch LG Köln NZM 2005, 621). Unvermögen liegt zumindest dann vor, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist und die Fortführung des Betriebes allenfalls durch Betrug gegenüber seinen Geschäftspartnern, nämlich durch Täuschung über seine nicht gegebene Zahlungsfähigkeit bewirken könnte.

Nachdem die Beklagte zahlungsunfähig ist, ist es ihr unmöglich, den Geschäftsbetrieb, wie in der einstweiligen Verfügung vom 30. 11. 2005 angeordnet, aufrecht zu erhalten.

Mitgeteilt vom 9. Zivilsenat des OLG Karlsruhe, Freiburg

§§ 535, 540 BGB

Gewerberaumiete; Grillstube; Gaststätte; Pizzeria; Pizza-Lieferservice; Erlaubnis der Untervermietung

Der mietvertragliche Nutzungszweck „Grillstube (Gaststätte)“ umfasst zwar den Betrieb einer „Pizzeria“, nicht aber einen „Pizza-Taxi-Betrieb“.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. 5. 2006 – I-24 U 179/05)

Aus den Gründen: Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Das Landgericht [Wuppertal] hat die Klage (Zustimmung zur Untervermietung der zum Zwecke des Betriebs einer „Grillstube/Gaststätte“ dem Kläger mietvertraglich überlassenen Räume gemäß § 7 Nr. 3 Abs. 3 Mietvertrag <MV>) im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die dagegen vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine günstigere Entscheidung. Da die Klage von Anfang an unbegründet war, kann der Kläger mit dem in der Berufung verfolgten und einseitig gebliebenen Antrag, die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festzustellen, nicht durchdringen. Zur Begründung und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf das angefochtene Urteil und die Erwägungen des Stellvertreters des Senatsvorsitzenden in dessen Verfügung vom 13. April 2006 Bezug genommen.

I. Dort ist der Kläger auf das Folgende hingewiesen worden:

„1. Die vom Landgericht zur Stützung der Hilfsbegründung herangezogene Erwägung, der vom Untermieter (neben dem Betrieb der Grillstube) beabsichtigte (und dann auch aufgenommene) Außerhausverkauf der im Betrieb zubereiteten Speisen durch Belieferung der Kunden per Kraftfahrzeug (nachfolgend Pizza-Taxi-Betrieb genannt) werde vom Zweck des Hauptmietvertrags nicht gedeckt, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die Parteien sind sich darin einig, dass der Betrieb einer Pizzeria vom vereinbarten Verwendungszweck „Grillstube (Gaststätte)“ gedeckt ist. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden, denn die Pizzeria, bei der es sich auch um eine Gaststätte im Sinne des Gaststättengesetzes handelt, bezeichnet nur den Schwerpunkt der zubereiteten Speisen, unterscheidet sich aber vom Betrieb einer (sonstigen) Grillstube (Angebot von Speisen

und Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle einschließlich des gemäß § 7 Abs. 2 GastG erlaubten Straßenverkaufs, Betriebszeiten, Publikumsverkehr) nicht.

b) Anders verhält es sich mit dem Pizza-Taxi-Betrieb. Die Frage, ob der Vermieter einer im Mietvertrag dem Grunde nach gestatteten Untervermietung widersprechen darf, hängt gemäß § 7 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 Mietvertrag davon ab, ob „schwerwiegende Gründe“ gegen die Zustimmung sprechen, wobei beispielhaft angegeben ist die „Eignung <des Untermieters> nach dem Nutzungskonzept des Mietobjektes“. Diese Bestimmung ist schon wegen der unbestimmten Rechtsbegriffe gemäß §§ 133, 157 BGB auslegungsbedürftig (vgl. BGH BB 1954, 246 und NJW 1984, 1031). Sie ist dahin zu verstehen, dass keine Eignung vorliegt, wenn der Vermieter Verwendungszwecke verfolgt, die dem Mieter nach dem Inhalt des Hauptmietvertrags nicht gestattet wären. Diese Auslegung deckt sich mit der herrschenden Auslegung des rechtsähnlichen § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB, der dem Mieter ein Sonderkündigungsrecht einräumt, wenn der Vermieter eine Untervermietung verweigert, obwohl dafür ein wichtiger Grund nicht geben ist (BGH NJW 1984, 1031; Senat OLG 2004, 200; Palandt/Weidenkaff, BGB, 65. Aufl., § 540 Rn. 11).

c) Nach diesem Maßstab war der vom Vermieter beabsichtigte Pizza-Taxi-Betrieb mit dem vereinbarten Verwendungszweck nicht vereinbar. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob konkurrierende Pizzerien überwiegend, wie der Kläger meint, mit einem Pizza-Taxi-Betrieb verbunden sind und dass Pizzerien ohne diesen Service am Markt chancenlos seien. Maßgeblich ist, was die Parteien vereinbart haben. Denn nach dem im Zivilrecht geltenden Prinzip der Privatautonomie bestimmt und begrenzt der Wille der Parteien deren Rechte und Pflichten. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang vorgetragen, bei der Festlegung des Vertragszwecks sei es ihr erklärtermaßen darum gegangen, mit Rücksicht auf die Hausbewohner Lärmemissionen und Ruhestörungen möglichst zu vermeiden. Da der Kläger diesen Vortrag nicht bestritten hat, gilt er gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

d) Daraus folgt, dass die Beklagte den Pizza-Taxi-Betrieb nicht hinnehmen muss. Es liegt auf der Hand, dass ein solches Geschäftskonzept zu einer erheblichen, vom Kläger im Zusammenhang mit der Beschreibung des Geschäftserfolgs auch zugestandenen Ausweitung der gewerblichen Tätigkeit führt. Das allein wäre allerdings kein Grund, die Untervermietungs-erlaubnis zu versagen. Entscheidend ist, dass dieses Geschäftskonzept typischerweise, zwangsläufig und untrennbar (im Vergleich zum Betrieb einer Grillstube ohne diesen Service) mit der Ausweitung des Kraftfahrzeugbetriebs verbundenen ist, was vor allem nachts (bis zur Sperrstunde) das Ruhebedürfnis der Hausbewohner gefährdet (vgl. zu diesem Gesichtspunkt im WEG-Recht BayObLG WuM 1999, 178, 179; NJW-RR 1989, 719, 720; ZMR 2005, 215 [= GuT 2006, 339]). Der Kläger hat denn auch dem Vortrag der Beklagten, dass es seit der Aufnahme des (ungenehmigten) Betriebs seit dem 30. Dezember 2003 tatsächlich zu solchen Ruhestörungen und zu entsprechenden Beschwerden der Hausbewohner gekommen ist, nicht widersprochen. Das kollidiert mit der von der Beklagten bei Vertragsschluss erklärten und deshalb zum Vertragsinhalt gewordenen Vermietungskonzeption, die Lärmemissionen möglichst gering zu halten.

2. ...“

II. Diesen Erwägungen schließt sich der Senat an. Die dagegen noch vorgebrachten Einwendungen des Klägers führen zu keiner abweichenden Beurteilung.

1.-2. [...]

3. Schließlich beruft sich der Kläger ohne Erfolg darauf, dass die Beklagte (zunächst) die Erteilung der Untervermietungs-erlaubnis nur von der Vorlage einer „Schufa-Auskunft“ abhängig gemacht habe. Dabei übersieht der Kläger, dass die Beklagte zunächst davon ausgehen durfte, dass sich das Betriebskonzept nicht ändern werde. Mit der (ungenehmigten) Betriebsaufnah-

me am 30. Dezember 2003 wusste sie mehr und durfte deshalb nachträglich die Verweigerung der Zustimmung auch auf diese Tatsache stützen, ebenso wie sie eine etwa schon vorher erteilte Erlaubnis hätte widerrufen dürfen (§ 7 Nr. 3 Abs. 2 MV).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

Hinw. d. Red.: Vgl. LG Hamburg GuT 2005, 166.

§§ 540, 550 BGB

Gewerbemiete; Auskunftsverlangen vor Erteilung der Untervermietungs-erlaubnis; Einkaufszentrum EKZ; Betriebspflicht; Schriftform des Hauptmietvertrags; Unterschriften der Vertreter; Lageplan; Individualisierung des Mietobjekts; Nebenkostenvorauszahlung bei Abrechnungsreife

Zum Umfang der Auskunft, die der gewerbliche Vermieter vom Mieter verlangen kann, wenn dieser um die Erlaubnis zur Untervermietung nachsucht.

(BGH, Urteil vom 15. 11. 2006 – XII ZR 92/04)

– Berufungsgericht OLG Dresden in GuT 2005, 170 (Auszug) –

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten, ob die Beklagte ein gewerbliches Mietverhältnis wegen Versagung der Zustimmung zur Untervermietung außerordentlich kündigen konnte.

2 Die Beklagte mietete am 28. November 1994 von der Rechtsvorgängerin der Klägerin für die Dauer von fünfzehn Jahren eine Gewerbefläche von 644,16 m² in einem Einkaufszentrum von insgesamt 22.000 m². Nach § 1 Abs. 2 des Vertrages erfolgte die Vermietung „zum Betrieb eines N. Lebensmittelmarktes bzw. zu Verkaufs- und Lagerzwecken von Waren aller Art aus den für derartige Einzelhandelsbetriebe typischen Sortimentsbereichen“. Die Beklagte verpflichtete sich, ihren Betrieb während der üblichen Geschäftszeiten geöffnet zu halten und den dauernden Betrieb der Mietfläche als Einzelhandelsbetrieb zu gewährleisten.

3 § 11 des Mietvertrages lautet:

„1. Nach vorheriger schriftlicher Zustimmung durch den Vermieter kann der Mieter das Mietobjekt ganz oder teilweise und zur ausschließlichen Nutzung als Einzelhandelsfläche untervermieten oder unterverpachten.

...

2. Die Haftung der Mieterin für sämtliche Verpflichtungen aus diesem Vertrag bleibt im Falle jeder Art von Untervermietung unverändert bestehen.

3. Die Vermieterin kann die Zustimmung zur Untervermietung nur aus wichtigem Grund versagen. Ein wichtiger Grund ist insbesondere dann gegeben, wenn im Bereich der genehmigten Einzelhandelsfläche ein Untermietverhältnis begründet werden soll, das geeignet ist, die Einzelhandelsgenehmigungen für den Mietgegenstand zu gefährden oder durch die Untervermietung eine Konkurrenzsituation zu einem anderen Mieter des Objektes entsteht.“

4 Mit Schreiben vom 25. September 2002 bat die Beklagte unter Hinweis auf ihre negative Ertragssituation um Zustimmung zur Untervermietung an einen „Sonderpostenhändler für asiatische Lebensmittel und Geschenkartikel“. Die Klägerin erwiderte mit Schreiben vom 10. Oktober 2002:

„... Vor einer endgültigen Entscheidung bezüglich der Untervermietung bitten wir Sie, uns noch folgende Dinge mitzuteilen:

Person des Untermieters.

Daten zur Beurteilung der Zuverlässigkeit und Bonität.

Mietbedingungen, insbesondere die Miethöhe, im Untermietverhältnis.

Bitte haben Sie Verständnis, dass wir erst nach Vorlage dieser Information unsere Prüfung fortsetzen können. ...“

5 Die Beklagte entgegnete am 30. Oktober 2002:

„... Es handelt sich bei unserem Untermieter um Herrn N. M. Etwaige Angaben zu Zuverlässigkeit und Bonität des Untermiters sind für ihre Beurteilung nicht von Relevanz. Ebenso sind wir nicht verpflichtet, Angaben zur vereinbarten Mietzinshöhe und sonstiger Nebenleistungen des Untermiters zu machen. Sie können aber in jedem Fall davon ausgehen, dass der hier vereinbarte Mietzins nicht die im Hauptmietverhältnis fixierte Miethöhe erreicht. ...“

6 Am 19. November 2002 schrieb die Klägerin:

„... Auf der Grundlage der uns zur Verfügung gestellten Informationen können wir Ihnen leider keine Zustimmung zur Untervermietung erteilen. Entgegen Ihrer Auffassung sind Angaben zur Bonität des Untermiters sowie die Mietbedingungen, insbesondere auch die Miethöhe, selbstverständlich von Relevanz. Nur durch diese Angaben werden wir in die Lage versetzt zu prüfen, ob in der Person des Untermiters ein wichtiger Grund vorliegt. Es steht Ihnen natürlich frei, uns diese Informationen nachzureichen. ...“

7 Mit Schreiben vom 9. Dezember 2002 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis wegen der Verweigerung der Zustimmung zur Untervermietung außerordentlich zum 30. Juni 2003. Da die Beklagte seit 1. Juli 2003 keine Miete mehr bezahlte, kündigte die Klägerin ihrerseits im März 2004 das Mietverhältnis fristlos.

8 Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Miete für den Monat Juli 2003 in Höhe von 9275,10 € nebst Zinsen geltend gemacht. Das Landgericht Chemnitz hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Dresden nach Klageerweiterung die Beklagte zur Zahlung von 9275,10 € nebst Zinsen sowie zur weiteren Zahlung von 18 550,20 € nebst Zinsen für August und September 2003 verurteilt. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

9 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

10 1. Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in NZM 2004, 461 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, die Klägerin könne die Miete für Juli bis September 2003 verlangen. Die Beklagte habe keinen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses gehabt. Die Ablehnung der Untervermietung im Schreiben der Klägerin vom 19. November 2002 sei einer Verweigerung im Sinne von § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gleichzustellen. Die Klägerin habe lediglich deutlich gemacht, dass sie mangels ausreichender Information über die Person des Untermiters, dessen Bonität und Zuverlässigkeit, sowie mangels Angabe der Mietbedingungen die Untervermietung nicht erlaube, aber bei Nachreichung von Informationen gegebenenfalls eine Erlaubnis erteilen werde. Die Beklagte habe die weiter geforderten Informationen mitteilen müssen, um der Klägerin eine ausreichende Prüfung zu ermöglichen, ob ein wichtiger Grund zur Versagung der Erlaubnis vorliege.

11 Welche Angaben ein Mieter über die Person, an die er untervermieten wolle, machen müsse, sei in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. § 11 des Mietvertrages sehe ebenso wie das Gesetz eine Versagung der Zustimmung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vor. Diese Regelung diene der Wahrung der Interessen beider Parteien. Eine Versagung der Erlaubnis sei nur dann gerechtfertigt, wenn dem Vermieter die Untervermietung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen unzumutbar sei. Ob seine Interessen im Falle der Untervermietung gewahrt seien, könne der Vermieter nur bei ausreichender Information durch den Mieter prüfen. Dazu bedürfe er ausreichender Angaben über die Person des Untermiters, zumindest dann, wenn er sie ausdrücklich verlange. Nur wenn Name, Adresse, Geburtsdatum und Beruf des Untermiters bekannt seien, sei dem Vermieter eine Beurteilung und die Einholung von Auskünften möglich. Werde ihm – wie hier – nur der Name mitgeteilt, zudem ein ausländischer Name, dessen richtige

Schreibweise nicht überprüfbar sei, scheitere jedwedes Auskunftsbegehren. Ein berechtigtes Interesse bestehe auch an der Kenntnis der Solvenz des Untermiters, weil sie Rückschlüsse darauf zulasse, ob der Untermieter ernsthaft und mit einer gewissen Gewähr auf Dauer das beabsichtigte Gewerbe in den Mieträumen betreiben werde. Einem Vermieter sei regelmäßig an einer geringen Fluktuation und an der Vermeidung von Leerständen gelegen. Das gelte um so mehr, wenn er – wie hier – eine Betriebspflicht vereinbart habe und das Mietverhältnis noch mehr als sechs Jahre andauere. Der Wert der Immobilie hänge im Wesentlichen von der Bonität des Mieters und der Laufzeit des Vertrages ab. Zudem sei der kontinuierliche Betrieb des Geschäfts gerade für die Anziehungskraft eines Einkaufszentrums und dessen Attraktivität für andere Mieter von Bedeutung. Durch die Zustimmung zur Untervermietung entfalle die Betriebspflicht des Mieters, da der Vermieter gegen den Untermieter keinen Anspruch auf Betrieb des Geschäfts habe. Die Pflicht zur Information über die Solvenz des Untermiters entfalle nicht deshalb, weil die Beklagte als solventes Unternehmen für den vollen Mietzins weiter hafte. Das Interesse des Vermieters erschöpfe sich nicht im Erhalten der Miete, sondern sei auf kontinuierliches Betreiben des Einkaufszentrums gerichtet.

12 Des Weiteren müssten dem Vermieter die wesentlichen Bedingungen des Untermietvertrages wie Nutzungsart, Miethöhe, Laufzeit des Vertrages, etwaige Kündigungsmöglichkeiten und die Übernahme einer Betriebspflicht auf Nachfrage mitgeteilt werden. Nur dann sei ihm eine Einschätzung möglich, ob seine Interessen gewahrt seien. Übernehme der Untermieter eine Betriebspflicht für die Restlaufzeit des Mietvertrages, dürfe die Befürchtung einer Fluktuation zumeist ausgeräumt sein. Dazu diene auch die Angabe der Dauer des Mietverhältnisses. Aus ihr könne der Vermieter ersehen, ob er das Mietobjekt zum vorgesehenen Zeitpunkt zurückerhalte. Bei der Vereinbarung einer kürzeren Laufzeit als der Restlaufzeit des (Haupt-)Mietvertrages müsse der Vermieter unter Umständen damit rechnen, dass es zu weiteren Wechseln komme. Auch die Miethöhe könne für den Vermieter von entscheidender Bedeutung sein, weil sie ihm die Einschätzung ermögliche, ob der vorgesehene Untermieter in der Lage sein werde, das von ihm vorgesehene Gewerbe wirtschaftlich zu führen. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass sie sich durch Offenlegung dieser Untermietbedingungen gegenüber ihrem Untermieter schadensersatzpflichtig mache. Zum einen könne sie vereinbaren, dass das Untermietverhältnis erst mit Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung wirksam werde, zum anderen werde sie in der Regel bereits vor dem endgültigen Aushandeln der Bedingungen Vorstellungen haben, zu welchen Bedingungen sie zur Untervermietung bereit sei, damit sich diese für sie rechne.

13 Das Urteil hält einer rechtlichen Nachprüfung nur zum Teil stand.

14 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Beklagte nicht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB berechtigt war, weil die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht vorlagen. Die Klägerin hat die Untervermietung nicht endgültig verweigert, sondern – berechtigterweise – von der Erteilung weiterer Auskünfte abhängig gemacht.

15 aa) Nach § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Mieter das Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist (§ 580 a Abs. 2 BGB) kündigen, wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Untervermietung verweigert, ohne dass in der Person des Dritten hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Der Mieter hat keinen Anspruch auf generelle Erlaubnis der Untervermietung. Er muss die Erlaubnis vielmehr für einen bestimmten Untermieter einholen. Die Erlaubnis zur Untervermietung bezieht sich nur auf die Person, für die sie erteilt wird (Staudinger/Emmerich BGB 2003 § 540 Rdn. 10).

16 bb) Um dem Vermieter die Entscheidung zu ermöglichen, ob er die Erlaubnis zur Untervermietung wegen in der Person des Dritten liegender Gründe verweigern kann, ohne dadurch

das Recht zur außerordentlichen Kündigung auszulösen, muss der Mieter dem Vermieter den Dritten namentlich benennen (Blank/Börstinghaus *Miete* 2. Aufl. § 540 Rdn. 41; Staudinger a. a. O.) und – auf Nachfrage – nähere Angaben zur Person machen. Maßgebend sind in erster Linie die persönlichen Verhältnisse des Dritten. So ist es von Bedeutung, ob er eine Störung des Hausfriedens befürchten lässt, etwa weil er mit einem anderen Mieter verfeindet oder als streitsüchtig und unverträglich bekannt ist. Daneben ist das Gewerbe des Dritten – hier von der Beklagten allerdings mitgeteilt – wegen etwaiger Konkurrenz für den Vermieter oder andere Mieter von Wichtigkeit (Münch-Komm/Schilling *BGB* 4. Aufl. § 540 Rdn. 22). Zu Recht macht die Revision geltend, dass die Beklagte den Dritten, an den sie untervermieten wollte, namentlich benannt und der Kläger weitere Angaben zur Person nicht verlangt hat. An fehlenden Angaben zu den persönlichen Verhältnissen hätte das Berufungsgericht deshalb die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung nicht scheitern lassen dürfen.

17 cc) Zutreffend hat das Berufungsgericht aber entschieden, dass der Vermieter auch Angaben über die wirtschaftliche Situation des künftigen Untermieters verlangen durfte. Zwar wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere die Kreditwürdigkeit des Dritten, keinen wichtigen Grund für die Versagung abgeben können (zum Streitstand: Herrlein/Kandelhard *Mietrecht* 2. Aufl. § 540 BGB Rdn. 27 m.w.N.), weil der Vermieter ausreichend abgesichert sei, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mieters – wie vorliegend – keinen Anlass zur Besorgnis gäben. Der Untermieter begründe keinen Vertrag mit dem Hauptvermieter. Er müsse daher weder den Hauptmietzins aufbringen noch unterlägen seine Sachen dem Pfandrecht des Hauptvermieters. Hinzu komme, dass der Hauptmieter für das Verschulden des Untermieters nach § 540 Abs. 2 BGB einzustehen habe (Kandelhardt aaO).

18 Diese Auffassung bezieht sich in erster Linie auf die Untervermietung von Wohnraum (LG Hamburg *WuM* 1991, 585, 586; LG Berlin *NZM* 2002, 947, 948; *Sternel Mietrecht* 3. Aufl. II Rdn. 255) und ist auf gewerbliche Mietverhältnisse nicht ohne weiteres übertragbar. Für die gewerbliche Miete wird ein Bedürfnis des Vermieters bejaht, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Untermieters zu erfahren (OLG Hamm *DWW* 1996, 162 m. Anm. Weskamp; Schmidt-Futterer/Blank *Mietrecht* 8. Aufl. § 540 Rdn. 56; *Sternel* a. a. O. Fn. 82; *Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete* 2. Aufl. § 17 Rdn. 816). Ob diese Auffassung für alle gewerblichen Mietverhältnisse zutrifft, kann dahinstehen. Jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – der Hauptmieter eine Betriebspflicht übernommen hat, wird das Interesse des Vermieters nicht allein durch dessen Solvenz gedeckt. Das Interesse des Vermieters geht, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, in einem solchen Fall dahin, dass der Betreiber des Mietobjekts nicht allzu häufig wechselt und das Objekt nicht leersteht. Dadurch würde die Wertschätzung der gesamten Anlage leiden und die Vermietbarkeit insgesamt beeinträchtigt (Schmidt-Futterer/Blank aaO; *Sternel* aaO; *Neuhaus* aaO; *Blank/Börstinghaus* aaO). Der Vermieter hat deshalb ein elementares Interesse zu erfahren, wie die wirtschaftliche Situation des ins Auge gefassten Untermieters ist.

19 Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die Betriebspflicht des Hauptmieters bleibe auch bei Untervermietung weiter bestehen. Ob das so ist, ist bereits zweifelhaft, bedarf aber keiner Klärung. Denn auch die weiter bestehende Betriebspflicht des Hauptmieters könnte den Vermieter nicht vor Schaden bewahren. Wenn der Untermieter insolvent wird und am Ende der Untermietzeit keine neuen Räume anmieten kann und deshalb weiter in dem Objekt verbleibt, bis der Vermieter auf Räumung klagt und vollstreckt (vgl. *Neuhaus* a. a. O. Rdn. 819), leidet das Mietobjekt insgesamt. Diese Gefährdung kann durch die Solvenz des Hauptmieters nicht ausgeräumt werden.

20 dd) Aus diesen Gründen ist das Berufungsgericht – entgegen der Auffassung der Revision – auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin berechtigt war, die wesentlichen

Bedingungen der geplanten Untervermietung, insbesondere die Miethöhe, zu erfahren. Der Vermieter hat ein Interesse, in Erfahrung zu bringen, ob der Untermieter zu den geplanten Bedingungen das beabsichtigte Geschäft wirtschaftlich betreiben kann (OLG Hamm aaO; Schmidt-Futterer a. a. O. Rdn. 43; *Neuhaus* a. a. O. Rdn. 816; *Blank/Börstinghaus* a. a. O.) oder ein Scheitern zu befürchten ist. Insbesondere ist für ihn von Wichtigkeit, dass der Untermietvertrag keine längere Laufzeit als der Hauptmietvertrag aufweist oder durch Option ermöglicht, aber auch, dass nicht durch eine zu kurze Laufzeit alsbald eine neue Untervermietung nötig wird.

21 Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung dagegen geltend, der Mieter könne keine Auskunft erteilen, solange die Vertragsverhandlungen nicht zum Abschluss gekommen seien; einer Berichtspflicht über den Stand der Vertragsverhandlungen stehe ein legitimes Geheimhaltungsinteresse des Mieters entgegen und ein seriöses Verhandeln sei ihm nicht möglich, solange er mangels Genehmigung den Vertragsgegenstand nicht sicher zur Verfügung stellen könne. Diesen Problemen kann der Mieter ohne Schwierigkeiten damit begegnen, indem er den Untermieter rechtzeitig darauf hinweist, dass die Untervermietung nur mit Zustimmung des Hauptvermieters möglich ist und diese nach Abschluss der Verhandlungen noch eingeholt werden muss. Um überflüssige Verhandlungen mit einem Interessenten zu vermeiden, kann der Mieter den Vermieter vorab befragen, ob grundsätzlich Einverständnis mit einer Untervermietung besteht. Lehnt der Vermieter die Untervermietung von vornherein generell und ausnahmslos ab, so kann der Mieter nach § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB kündigen, auch wenn er dem Vermieter noch keine konkreten Interessenten für die Untervermietung benannt hat (Staudinger a. a. O. Rdn. 16 mit Rechtsprechungsnachweisen).

22 b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die gesetzliche Schriftform des § 550 BGB sei nicht gewahrt, weil die Parteien die ursprünglich vereinbarte Nebenkostenpauschale von monatlich 2000 € zuzüglich MWSt ab 1. Januar 2003 auf 750 € reduziert, diese Vereinbarung aber nicht schriftlich niedergelegt hätten. Darauf kann sich die Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil die Vereinbarung allein ihr zugute gekommen ist (BGHZ 65, 49, 55).

23 Auch die Rüge, es fehle an der Schriftform, weil den Unterschriften nicht zu entnehmen sei, in welcher Funktion die Vertreter gehandelt hätten, und sich nicht ergebe, dass der Vertrag im Rahmen der Vertretungsmacht der handelnden Personen abgeschlossen worden sei, hat keinen Erfolg. Da die Unterzeichnenden nicht selbst Parteien werden sollten, können ihre Unterschriften auf den im Mietvertrag mit „Vermieter-Stempel und rechtsverbindliche Unterschrift(en)“ sowie „Mieter-Stempel und rechtsverbindliche Unterschrift(en)“ gekennzeichneten Unterschriftenzeilen nur bedeuten, dass sie mit ihren Unterschriften das jeweilige Unternehmen vertreten wollten. Denn selbst eine Unterzeichnung als Vertreter ohne Vertretungsmacht hätte der Wahrung der Schriftform nicht entgegengestanden, so dass es der Kennzeichnung der Art des Vertretungsverhältnisses nicht bedurfte (Senatsurteil vom 6. April 2005 – XII ZR 132/03 – BGH Report 2005, 1096 [= *GuT* 2005, 143]).

24 c) Mit Erfolg rügt die Revision aber, die Schriftform des § 550 BGB sei deshalb nicht gewahrt, weil im Mietvertrag zur Lage und Individualisierung des Mietobjektes sowie der mitvermieteten Parkplätze auf eine farbliche Markierung in einem – angeblich – angehefteten Lageplan verwiesen worden sei, der Lageplan aber nicht beigelegt gewesen sei. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung enthält § 1 des Mietvertrages keine ausreichende Individualisierung des Mietobjektes. In dem zwischen den Vertragsparteien abgeschlossenen Mietvertrag wird zur Bezeichnung des Mietobjektes auf einen Lageplan verwiesen. Dieser ist aber nicht zu den Akten gereicht worden, und es fehlt jeder Vortrag der Klägerin dazu, dass er bei Vertragsschluss vorgelegen hat und dem Mietvertrag beigelegt war. Im Gegenteil findet sich auf S. 16 des vorgelegten Mietver-

tragsexemplars beim Verzeichnis der Anlagen „Projektplan ...“ und „Grundriss ...“ jeweils der handschriftlich eingefügte Vermerk „Fehlt!“. Damit spricht bereits der eigene Vortrag der Klägerin dafür, dass der Lageplan, auf den zur Individualisierung des Mietobjektes verwiesen wurde, dem Vertrag nicht beilag. Dass der im Berufungsverfahren auf Auflage des Gerichts vorgelegte Lageplan dem ursprünglichen Mietvertrag beigelegt war, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Dass die Beklagte diesen Lageplan gekannt hat, ist entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung für die Erfüllung der Schriftform ohne Bedeutung.

25 Wenn die Vertragsschließenden wesentliche Bestandteile des Mietvertrages – dazu gehört die genaue Bezeichnung des Mietgegenstandes (Senatsurteil vom 2. November 2005 – XII ZR 233/03 – NJW 2006, 140, 141 [= GuT 2006, 10]) – nicht in die Vertragsurkunde selbst aufnehmen, sondern in andere Schriftstücke auslagern, so dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser „verstreuten“ Bestimmungen ergibt, muss zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich gemacht werden (Senatsurteil vom 10. Oktober 2001 – XII ZR 93/99 – NJW-RR 2002, 8, 9). Da diese Voraussetzungen für die Einhaltung der Schriftform nicht festgestellt worden sind, ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, dass der Mietvertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden konnte (Senatsurteil a. a. O.).

26 3. Der Senat ist nicht in der Lage, selbst abschließend zu entscheiden. Dass mangels Einhaltung der Schriftform eine ordentliche Kündigung des Mietvertrages in Betracht kommt, ist in den Tatsacheninstanzen weder von den Parteien noch vom Gericht gesehen worden. Hätte das Berufungsgericht dies gesehen, hätte es der Klägerin einen entsprechenden Hinweis (§ 139 ZPO) geben müssen. Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Klägerin nach einem solchen Hinweis in der Lage gewesen wäre, die in dem schriftlichen Mietvertrag erwähnte Anlage vorzulegen und darzulegen, dass diese Anlage bei Vertragsschluss vorgelegen hat, so dass in ihr das Mietobjekt hinreichend genau bezeichnet ist und dass die Zusammengehörigkeit der Anlage mit dem schriftlichen Mietvertrag zweifelsfrei kenntlich gemacht worden ist.

27 Sollte sich herausstellen, dass die Schriftform eingehalten und somit eine ordentliche Kündigung nach § 550 BGB nicht möglich war, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob hinsichtlich der geltend gemachten Vorauszahlungen für die Nebenkosten nicht bereits Abrechnungsreife eingetreten ist mit der Folge, dass eine Vorauszahlung nicht mehr verlangt werden kann (vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg a. a. O. § 556 Rdn. 455).

Mitgeteilt von RA Specht, RAe Fries, Nürnberg

§ 536 BGB

Gewerberaumiete; Bürogebäude; Mangel der vereinbarten Zugangskontrolle zum Gebäude; Mangel der sich verschlechternden Mieterstruktur im Gebäude; Milieuschutz; Arbeitsamt; Agentur für Arbeit als Neumieter; Publikumsverkehr

Die Quantität und Qualität des Besucherverkehrs der Mitmieter sowie die Aufhebung der Zugangskontrolle können den Mieter gewerblicher Mieträume unter Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zur Mietminderung wegen eines Sachmangels berechnen.

Die Revision wird zugelassen.

(OLG Stuttgart, Urteil vom 21.12.2006 – 13 U 51/06)

Zum Sachverhalt: Durch schriftlichen Mietvertrag vom 11. 2. 2004 hat die Beklagte von der Klägerin im 9. Obergeschoß des sogenannten Neckarturmes in H. gelegene Büroräume zum Preis von € 11,20 je m² sowie Kfz-Abstellplätze gemietet. Der

Mietzins beträgt insgesamt netto € 3232,69 zuzüglich Mehrwertsteuer. Hinzu kommen die Vorauszahlungen auf die Nebenkosten. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung des Landgerichts wies der örtliche Mietspiegel für Gewerbeobjekte einen Mietpreis für Büroraum von € 5,50 bis € 10,50 je m² aus. Die Klägerin hatte in einem Exposé unter anderem damit geworben, daß sie ein außergewöhnliches Bürogebäude erstelle, das ein einmaliges Ambiente aufweise und in dem es sich in angenehmer Atmosphäre arbeiten lasse. In der Mieterbaubeschreibung, die Bestandteil des Mietvertrages ist, verpflichtete sich die Klägerin, an sämtlichen Zugängen eine Türsprechanlage sowie eine Zugangskontrollanlage mit berührungslosen Kartenlesegeräten zu installieren.

Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses waren Teilflächen an eine Versicherungsgruppe, eine Wirtschaftsprüferkanzlei, eine Anwaltskanzlei, eine private Managerschule und eine radiologische Arztpraxis vermietet. Die Flächen der zweiten bis vierten Etage standen zunächst leer, bis sie im Januar 2005 an die Agentur für Arbeit vermietet wurden, in der diese die Suchtberatungsstelle, die Schuldnerberatung sowie die sogenannte Hartz-IV-Behörde unterbrachte, in der Langzeitarbeitslose und arbeitsfähige Sozialhilfeempfänger betreut werden. Die Sozialbehörde wird täglich von bis zu 500 Besuchern frequentiert. Seit deren Einzug ist der Haupteingang während der dortigen Sprechzeiten ständig geöffnet. Die Sozialbehörde beschäftigt innerhalb der von ihr angemieteten Stockwerke einen Sicherheitsdienst. Im Treppenhaus und im Zugangsbereich ist eine stärkere Verschmutzung eingetreten. Ein Kunde der Sozialbehörde hat den Aufzug kurze Zeit nach deren Einzug mutwillig schwer beschädigt. Mittlerweile ist die Managerschule aus ihren Räumen im 8. Obergeschoß ausgezogen. Diese Räume hat nun ebenfalls die Agentur für Arbeit angemietet.

Die Beklagte und weitere Mieter vertreten die Auffassung, daß die jeweiligen Mieträume aufgrund der zeitweiligen Umgehung der Zugangskontrolle und aufgrund des Besucherverkehrs der Sozialbehörde mangelbehaftet seien, weshalb eine Mietminderung gerechtfertigt sei. Zum selben Ergebnis führe auch eine Herabsetzung des Mietzinses wegen Störung der Geschäftsgrundlage, mit der allerdings die Klägerin nicht einverstanden ist. Die Beklagte hat eine Reduzierung der Miete in Höhe von 50% für angemessen gehalten, weshalb für den Zeitraum von Februar bis August 2005 Mietzinsforderungen der Klägerin in Höhe von € 14 062,17 offen stehen, die sie aus abgetretenem Recht geltend macht.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 17. 2. 2006 der Klage über € 14 062,17 in Höhe von € 11 812,28 stattgegeben und sie wegen des weitergehenden Betrages von € 2 249,89 aufgrund einer Mietzinsanpassung im Wege einer Störung der Geschäftsgrundlage abgewiesen. Der Feststellungswiderklage hat es – unter Abweisung im übrigen – wegen einer Berechtigung der Beklagten zur Minderung in Höhe von 5% stattgegeben. Das Landgericht kommt zunächst zu dem Ergebnis, daß der Beklagten angesichts der vertraglichen Beschränkung ihres Minderungsrechtes auf Anerkenntnis und gerichtliche Feststellung im selben Verfahren ein entsprechendes Feststellungsinteresse zuzubilligen sei, das sich auch auf die Abtretungsempfängerin, nämlich die Klägerin beziehe. Als Mangel, der zur Minderung berechtige, komme jedoch lediglich die fehlende Zugangsbeschränkung in Betracht. Im Mietvertrag sei die Einrichtung eines Zugangskontrollsystems geschuldet. Tatsächlich stehe das Haus aber zu den Öffnungszeiten der Agentur für Arbeit offen. Ab März 2005 sei deshalb eine 5%-ige Minderung gerechtfertigt. Aufgrund der Beschränkung des Minderungsrechtes im Mietvertrag führe dies nicht zu einer sofortigen Reduzierung des Mietzinses in dieser Höhe, sondern lediglich zu einer entsprechenden Feststellung im Wege der Widerklage, die die Beklagte bei einer Vollstreckung seitens der Klägerin entgegenhalten könne. Die stärkere Verschmutzung in den Zugangsbereichen, die Wartezeiten an den Aufzügen, die Verschlechterung der Luftqualität im Treppenhaus, die Frequentierung des Ge-

bäudes mit problematischen Kunden der Agentur für Arbeit und die vorgekommenen Sachbeschädigungen seien zwar keine wesentlichen Mängel. Jedoch werde durch diese Umstände die Geschäftsgrundlage gestört. Aufgrund des Mietpreises und weiterer Umstände seien beide Parteien davon ausgegangen, daß Gebäude und Mieterstruktur einem exklusiven Anspruch entsprechen. Die vorgenannten Umstände stünden der Verwirklichung dieses Anspruches entgegen, weshalb eine Anpassung des Mietzinses durch eine Reduzierung des Ursprungsmietzinses von € 3232,69 um 10% auf € 2909,42 zu erfolgen habe. Unter Berücksichtigung der monatlichen Zahlungen der Beklagten in Höhe von € 1616,34 ergebe sich ein monatlicher Restanspruch von € 1293,08, was für den Zeitraum von März 2005 bis August 2005 € 7758,48 ergibt. Der ausstehende Mietzins für Februar in Höhe von € 2424,52 sei in voller Höhe zuzusprechen, weil in diesem Monat die Störung der Geschäftsgrundlage noch nicht vorgelegen habe, so daß der Gesamtanspruch auf € 10183,00 laute, was zuzüglich Mehrwertsteuer in Höhe 1629,28 schließlich € 11812,28 ergebe.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung und die Beklagte Anschlußberufung eingelegt.

Die Klägerin trägt vor, das Urteil des Landgerichts verletze das Recht.

Die Vermietung eines Teils der Räume an die Agentur für Arbeit rechtfertige auch unter Berücksichtigung des damit verbundenen Publikumsverkehrs und der damit verbundenen Beeinträchtigungen keine Anpassung des Mietzinses wegen Störung der Geschäftsgrundlage. Eine bestimmte Mieterstruktur sei im Mietvertrag nicht vereinbart. Der Hinweis auf den Spitzen-Mietpreis reiche nicht aus, weil dieser sich in erster Linie auf die Ausstattung der Mieträume und deren Lage beziehe. Im übrigen gehe es nicht an, durch das Instrument der Störung der Geschäftsgrundlage einen Milieuschutz zu installieren.

Darüber hinaus könne die Beklagte eine Reduzierung der Miete über eine Störung der Geschäftsgrundlage nicht geltend machen. Ausweislich des Mietvertrages sei die Berücksichtigung von Zurückbehaltungs- und Minderungsrechten auf Anerkenntnisse und rechtskräftige Feststellungen beschränkt. Solange eine solche rechtskräftige Feststellung nicht vorliege, könne die Beklagte diese Einwendungen im Hinblick auf § 404 BGB nicht der Klägerin entgegenhalten. Vielmehr sei die Beklagte auf die Ansprüche aus § 812 BGB zu verweisen.

Die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts zur Störung der Geschäftsgrundlage seien widersprüchlich. Verschmutzungen im Eingangsbereich und längere Wartezeiten seien zur Begründung herangezogen worden, obwohl nach dem Inhalt des Urteils derartige Beeinträchtigungen nicht festgestellt worden seien. Die Aggressivität der Besucher sei nicht erwiesen, weil sich das Landgericht insoweit auf die (Partei-)Angaben eines Beteiligten aus den beiden anderen Verfahren gestützt habe. Die übrigen Umstände könnten nicht herangezogen werden, weil Beanstandungen, die nicht im Wege des Gewährleistungsrechtes Berücksichtigung finden können, nicht zu einer Störung der Geschäftsgrundlage führen würden.

Auch hinsichtlich des Minderungsrechtes habe das Landgericht nicht gesehen, daß gegenüber der Klägerin wegen der Regelung in § 404 BGB nur solche Minderungen berücksichtigt werden könnten, die im Zeitpunkt der Abtretung zumindest bereits angelegt gewesen seien. Dies sei hier nicht der Fall, weil die Minderung auf den Fall des Anerkenntnisses bzw. der rechtskräftigen Feststellung beschränkt sei.

Im übrigen bestehe in der Sache kein Minderungsanspruch. Abgesehen davon, daß es am entsprechenden Vortrag der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit fehle, sei keine Zugangsbeschränkung im Mietvertrag vereinbart. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte es sich aber dabei nicht um eine Be-

schaffenheitsvereinbarung gehandelt. Im übrigen sei die Öffnung durch die im Mietvertrag enthaltene Ermächtigung der Vermieterin zum Erlaß einer Hausordnung gedeckt.

Die Beklagte habe keine Mangelbeseitigung verlangt. Vielmehr habe sie auf die Mitteilung der Öffnung des Hauses geschwiegen, so daß von einem konkludenten Einverständnis auszugehen sei.

Schließlich habe sich das Landgericht im Zusammenhang mit der Minderung auf zahllose Feststellungen gestützt, die weder von den Parteien dieses Rechtstreites vorgetragen worden seien, noch sonst aus den Akten ersichtlich gewesen seien.

Hinsichtlich der Anschlussberufung trägt die Beklagte vor, neben der Reduzierung des Mietzinses um 10 % wegen Störung der Geschäftsgrundlage sei eine Minderung in Höhe von 15 % gerechtfertigt, weil neben der fehlenden Zugangsbeschränkung auch ein Mangel in Gestalt der Behinderung eines beschwerdefreien Zugangs vorliege. Die Erschwerung beruhe vor allem auf den häufig langen Wartezeiten vor den Aufzügen, den Geruchsbelästigungen im Treppenhaus und den Verunreinigungen im Zugangsbereich. Das Landgericht habe dies nicht wahrnehmen können, weil es den Augenschein außerhalb der üblichen Bürozeiten durchgeführt habe.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg, soweit sie Zahlung des restlichen Klagbetrages in Höhe von € 2249,89 begehrt. Soweit sie mit ihrer Berufung die zuerkannte Reduzierung bzw. Minderung des Mietzinses angreift, hat ihr Rechtsmittel keinen Erfolg.

Die zulässige Anschlußberufung der Beklagten hat Erfolg, soweit sie für den Zeitraum von April bis August 2005 im Ergebnis eine Reduzierung des Mietzinses um insgesamt 15% aus der Ursprungsmiete begehrt. Soweit sie eine weitergehende Reduzierung für diesem Zeitraum anstrebt, bleibt ihrem Rechtsmittel der Erfolg versagt.

1. Die Beklagte ist verpflichtet, gemäß § 535 BGB restlichen Mietzins an die Klägerin in Höhe von € 14062,17 zu zahlen.

Unstreitig schuldet die Beklagte der Klägerin nach dem Inhalt des Mietvertrages für die Überlassung der streitgegenständlichen Räume bezüglich der Monate Februar bis August 2005 insgesamt 26249,44, von denen sie lediglich € 12187,27 bezahlt hat, so daß noch € 14062,17 zur Zahlung offen stehen. Das Landgericht hat in seinem Urteil rechtskräftig auf Zahlung von € 11812,28 erkannt, so daß weitere € 2249,89 zuzusprechen waren.

Aufgrund der Beschränkungen in Ziff. 11 des Mietvertrages kann die Beklagte der Klägerin im Rahmen der Klage keine Minderungs- und Zurückbehaltungsrechte entgegenhalten. Der Vortrag der Beklagten zu angeblichen Mängeln ist daher bei der Behandlung der Klage nicht zu berücksichtigen. Die Auffassung des Landgerichts in diesem Punkt wird von den Parteien nicht ernsthaft beanstandet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob durch die Regelung in Ziff. 11 des Mietvertrages auch eine Reduzierung des Mietzinses im Wege der Anpassung des Mietvertrages wegen Störung der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen ist. Die Regelungen über die Geschäftsgrundlage sind hier nicht anwendbar, weil sich die Störungen auf Mängel der Mietsache beziehen, bei der §§ 536 ff. BGB als ausschließende Sonderregelung vorgehen (Palandt, BGB, 66. Aufl., § 536 Rdnr. 13).

2. Der Beklagten steht ein Anspruch auf die Feststellung zu, daß sie zur Minderung des Mietzinses in Höhe von 15 % für den Zeitraum vom 1. 4. 2005 bis 31. 8. 2005 berechtigt ist.

Diese Reduzierung würde der Beklagten an und für sich auch für März 2005 zustehen. Aufgrund des Ausspruches des Landgerichts unter Berücksichtigung der Rechtsmitteleinlegung durch die Beklagte ist der Senat jedoch auf die vom Landgericht ausgeworfene Reduzierung des Mietzinses der Höhe nach beschränkt.

a) Die Mietsache ist seit 1. 3. 2005 mangelbehaftet

aa) Zugangskontrollanlage

Die Klägerin schuldet den Betrieb einer Zugangskontrollanlage an den Haupteingängen, der Tiefgaragenzufahrt und den Mietbereichseingängen von den Treppenhäusern bzw. Aufzugsvorräumen zu den Bürobereichen. Diese ist gemäß der dortigen Ziff. 5.5.3 Inhalt der Mieterbaubeschreibung, die wiederum gemäß Teil III Ziffer 4 des Mietvertrages dessen Bestandteil ist.

Es kann für die Annahme eines Mangels dahingestellt bleiben, ob diese an den werktäglichen Vormittagen und an einem Nachmittag in der Woche auf Veranlassung der Klägerin generell außer Betrieb ist oder ob die Drehtür im EG zu diesen Zeiten offen steht. Dies führt in beiden Fällen dazu, daß beliebige Personen in das Gebäude gelangen können und dadurch die Funktion dieser Zugangskontrollanlage, die sie nach Sinn und Zweck erfüllen soll, vereitelt wird. Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, daß die Beklagte konkludent mit dieser Vorgehensweise einverstanden war. Zwar hat die Beklagte auf die schriftliche Mitteilung der Klägerin vom 22. 7. 2004, in der diese Öffnung angekündigt worden ist, geschwiegen. Ihr Schweigen kann jedoch ohne weitere besondere Umstände, die weder ersichtlich noch vorgetragen sind, nicht als Zustimmung angesehen werden.

Unzutreffend ist die Behauptung der Klägerin, die Beklagte und die übrigen Mitmieter hätten sich selbst noch im Termin vor dem Landgericht nicht gegen die Türöffnung gewandt. Die Beklagte hat im Termin lediglich geäußert, dass man sich auf die schriftliche Mitteilung der Klägerin nicht gegen die Türöffnung gewandt habe, weil man sich der Tragweite nicht bewusst gewesen sei.

Die Klägerin kann auch nicht vorbringen, dass durch eine auf ihre Kosten an der Drehtür postierte Person, die sie teils als Pförtner, teils als Sicherheitsdienst bezeichnet, eine vergleichbare Sicherheitslage wie durch die Zugangskontrollanlage geschaffen werde. Diese Person kann das weitere Verhalten nach Passieren des Eingangsbereichs nicht wahrnehmen. Nur deshalb ist es auch erklärbar, dass unstrittig ein Besucher der dortigen Abteilungen der Agentur für Arbeit die Sachbeschädigung im Aufzug verursachen konnte. Eine vergleichbare Sicherheitslage wäre nur gegeben, wenn die Sicherheitskraft vor allem die unangemeldeten Besucher von und zu den Abteilungen der Agentur für Arbeit eskortieren würde. Dies ist aber, wie es in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zum Ausdruck gekommen ist, nicht der Fall.

Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, daß die Außerbetriebnahme der Zugangskontrollanlage bzw. die Öffnung der Drehtür am Haupteingang im EG zu bestimmten Zeiten von ihrer Ermächtigung zum Erlaß einer Hausordnung gedeckt ist. Der vertraglich geschuldete Unterhalt der Zugangskontrollanlage schließt die – auch nur zeitweise erfolgende – Außerbetriebnahme bzw. Funktionsvereitelung aus. Denkbar ist allenfalls eine durch besondere Umstände (Bauarbeiten etc.) veranlasste Außerbetriebnahme, um die es hier aber nicht geht.

bb) Besucherverkehr

Die Klägerin schuldet dem Beklagten die Vermietung der übrigen Flächen an solche Mitmieter, deren Besucherverkehr in quantitativer Hinsicht einem Bürobetrieb entspricht und durch eine Zugangskontrollanlage in Verbindung mit der Türsprechanlage bewältigt werden kann. Sowohl aus Ziff. 1.1 des Mietvertrages als auch aus Ziff. 1 der Vertragsbestandteil gewordenen Mieterbaubeschreibung geht hervor, daß die Flächen, die sich in dem teilweise vom Beklagten angemieteten Gebäude teil befinden, ausschließlich für Bürozwwecke vermietet werden. Der Betrieb der Zugangskontrollanlage und der Türsprechanlage wird von der Klägerin ausweislich der Vertragsbestandteil gewordenen Mieterbaubeschreibung geschuldet.

Die Klägerin schuldet dem Beklagten die Vermietung der übrigen Flächen an solche Mitmieter, deren Besucherverkehr in qualitativer Hinsicht zumindest durchschnittlichen Anforderungen gerecht wird. Die Klägerin hat mit der Beklagten einen

Mietpreis vereinbart, der deutlich über dem Spitzenmietpreis für Büroräume in H. liegt. Durch die Vereinbarung dieses Mietpreises unter Berücksichtigung des von ihr herausgegebenen Exposés haben die Vertragsparteien konkludent verabredet, daß die Mieträume sowohl hinsichtlich ihrer Ausstattung und Lage als auch hinsichtlich ihres unmittelbaren Umfeldes, zu denen insbesondere auch die Mitmieter und deren Besucherverkehr gehören, eher über dem Durchschnitt liegenden Anforderungen gerecht werden. Die Klägerin geht fehl, wenn sie meint, daß die Mietpreisvereinbarung ausschließlich eine konkludente Abrede über die Ausstattung der Mieträume und den besonderen Blick beinhalte. Wer als Mieter bereit ist, einen über dem Spitzenpreis liegenden Mietzins zu zahlen, erwartet nicht zuletzt angesichts des Exposés, daß neben der Ausstattung und Lage der Räume auch die übrigen Einrichtungen und Umstände im Haus mit diesem hoch angesiedelten Niveau korrespondieren. Nicht anders hat es auch die Klägerin gesehen. Schließlich hat sie das im Exposé angepriesene „einmalige Ambiente“ samt der „angenehmen Atmosphäre“ nicht auf das Innere der angemieteten Büro-Räumlichkeiten beschränkt.

Die Überlassung der Räumlichkeiten an die Agentur für Arbeit zum Zwecke des Betriebs der Hartz-IV-Abteilung, der Suchtberatungsstelle und der Schuldnerberatung widerspricht den konkludenten Abreden der Klägerin mit der Beklagten über den Besucherverkehr sowohl in quantitativer wie auch in qualitativer Hinsicht. Die dadurch hervorgerufenen Umstände berühren die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch unmittelbar.

Der Besucherverkehr in den Räumlichkeiten der Agentur für Arbeit übersteigt in quantitativer Hinsicht das für den normalen Bürobetrieb übliche Maß. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob nun mit der Aussage des Zeugen Z. eher von 280 Besuchern pro Tag oder mit der Behauptung des Klägers von 500 Personen auszugehen ist, wobei der Senat von der höheren Zahl ausgeht, weil der Zeuge Z. selbst angegeben hat, daß die Besucher häufig in Begleitung oft mehrerer Personen erscheinen. Die Nutzung der Räumlichkeiten ist damit statt durch den Bürobetrieb eher durch den Besucherverkehr geprägt und steht damit der Schalterhalle einer Bank oder dem Bürgeramt einer Gemeindeverwaltung näher, die ebenfalls nicht mit einer Büronutzung in Verbindung gebracht werden. Die Zugangskontrollanlage kann diesen Besucherverkehr nicht mehr bewältigen. Die Drehtür steht deshalb zu den Besuchszeiten der Agentur für Arbeit offen.

Die Beklagte wird dadurch im Gebrauch ihrer Mietsache unmittelbar berührt. Die Leichtigkeit des Zugangs zu den Büroräumen der Beklagten wird beeinträchtigt. An den Aufzügen entstehen Wartezeiten, zumal die Agentur für Arbeit Räume im zweiten bis vierten und im achten Obergeschoß nutzt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob nun nach den Aussagen des Zeugen Z. zwei Minuten gewartet werden muß oder, wie es von Beklagtenseite behauptet wurde, bis zu 15 Minuten Wartezeit eintritt. Maßgeblich ist, daß ohne diesen Besucherverkehr kaum mit Wartezeiten zu rechnen ist. Ferner wird das Erscheinungsbild des Zugangs zu den Büroräumen der Beklagten beeinträchtigt. Aus der Aussage des Zeugen Z. ergibt sich, daß eine größere Verschmutzung des Treppenhauses und der übrigen Zugänge eintritt, die bis zur nächsten Reinigung andauert, auch wenn sich die Klägerin bzw. deren Rechtsnachfolgerin hier um regelmäßige Beseitigung bemüht. Schließlich kann dies zu einer Störung des Geschäftsablaufes bei der Beklagten führen. Denn die Öffnung der Drehtür hat zur Folge, daß Personen ohne ausdrückliche Zutrittsbewilligung in das Gebäude gelangen und sich zu den Büroräumen der Beklagten begeben können.

Der Besucherverkehr in den Räumlichkeiten der Agentur für Arbeit unterschreitet in qualitativer Hinsicht das durchschnittliche Maß. Zwar erkennt der Senat nicht, daß ein erheblicher Teil der Besucher dem Durchschnitt der Bevölkerung entspricht. Es können aber auch nicht die Augen davor verschlossen werden, daß sich unter den Besuchern der Hartz-IV-Abteilung, der

Suchtberatungsstelle und der Schuldnerberatung ein überdurchschnittlicher Anteil von sozial auffällig gewordenen Personen befindet.

Die Beklagte wird auch hierdurch im Gebrauch ihrer Miet-sache unmittelbar berührt. Allein die Möglichkeit von Belästigungen und Gefahren, die von diesem Personenkreis ausgehen, rechtfertigt eine Minderung (LG Berlin NJW-RR 1996, 264 [= WuM 1999, 65 KL]). Daß diese Möglichkeit nicht fern liegend ist, beweist nicht nur der Umstand, daß ein Besucher der Agentur für Arbeit eine Aufzugskabine zerstört hat. Hierfür genügt schon der Umstand, daß der Zeuge Z. bekundet hat, daß die Agentur für Arbeit zum Schutz ihrer eigenen Bediensteten einen Sicherheitsdienst auf den Fluren der von ihr gemieteten Räumlichkeiten patrouillieren lässt. Die Klägerin könnte auch nicht mit dem Argument gehört werden, daß der Einsatz von Sicherheitskräften beispielsweise in Banken und Einkaufszentren ebenfalls üblich ist. Dies ist nicht vergleichbar, weil es bei dem dortigen Einsatz von Sicherheitskräften in erster Linie um den Schutz von Geld und Waren vor Raub und Diebstahl geht.

b) Zu Unrecht greift die Klägerin das Urteil des Landgerichts mit dem Argument an, die Beklagte habe den Mangel nicht gerügt (§ 536c BGB).

Unstreitig hat die Beklagte im Februar 2005 die Schaffung eines separaten Einganges angemahnt. Dies schließt nach Auffassung des Senates die Rüge ein, daß die Zugangskontrolanlage außer Betrieb genommen worden ist und der Besucher-verkehr den vertraglichen Vereinbarungen widerspricht mit der Folge einer unmittelbaren Beeinträchtigung des Mietgebrauchs der Beklagten.

Darauf kommt es aber letztlich nicht an. Einer Anzeige der Beklagten bedurfte es überhaupt nicht, weil die Rechtsnachfolgerin der Klägerin den Mangel kannte und die Klägerin sich dies gem. § 404 BGB zurechnen lassen muß (Palandt, § 536c Rdnr. 8). Eine Anzeige zu dem Zweck, daß die Beklagte zum Ausdruck bringt, daß der Mangel von ihr auch als solcher angesehen wird, kennt das Mietrecht nicht.

c) Bei der Bemessung der Höhe der Minderung hält der Senat 15% für angemessen. Eine weitergehende Minderung kommt unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände nicht in Betracht.

Zwar verkennt der Senat nicht, daß weder Ausstattung und Funktion der Mieträumlichkeiten der Beklagten noch der oft zitierte Ausblick unmittelbar beeinträchtigt werden. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die von der Klägerin gepriesene Kombination von einmaligem Ambiente und angenehmer Atmosphäre durch die vorgenannten Umstände deutlich verfehlt wird.

Der Senat sieht sich hinsichtlich der Zeitraums März 2005 auch ohne Rechtsmittel der Beklagten nicht daran gehindert, den Anspruch der Beklagten insgesamt auf Minderung zu stützen, selbst wenn der Anspruch in erster Instanz teilweise mit Vertragsanpassung nach Störung der Geschäftsgrundlage begründet worden ist. Wenn bei gleicher tatsächlicher Grundlage ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt geltend gemacht wird, liegt keine Klageänderung vor, so daß § 533 ZPO nicht eingreift.

d) Entgegen der Auffassung der Klägerin kann die Beklagte trotz Beschränkung ihres Minderungsrechts auf unstreitige oder gerichtlich festgestellte Fälle sogleich im Wege der Feststellungswiderklage im vorliegenden Verfahren geltend machen, daß ihr hinsichtlich der mit der Klage geforderten Mietzinsansprüche Gegenansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung zustehen. Sie kann hierzu nicht auf ein gesondertes Verfahren verwiesen werden (vgl. KGR 2001, Seite 119).

e) Entgegen der Auffassung der Klägerin steht auch die Regelung in § 404 BGB der Feststellungswiderklage nicht entgegen (BGH NJW-RR 1994, Seite 880). Maßgeblich kommt es darauf an, daß die Tatbestandsvoraussetzungen der Minderung zum Zeitpunkt der Abtretung am 25. 8. 2005 bereits angelegt waren.

[3.-4. Streitwerte; Kosten]

5. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO vor. Die Fortbildung des Rechts erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts, weil die Frage, inwieweit Umstände, die sich aus einer verschlechternden Mieterstruktur ergeben, als Sachmangel anzusehen sind, bisher nicht höchstrichterlich entschieden worden ist.

§§ 535, 305, 305c, 307, 550, 536, 536a, 542, 580a BGB; § 9 UStG

Gewerberaumiete; Umsatzsteuer; befristeter Mietvertrag; vertraglicher Ausschluss der Berufung auf einen Schriftformmangel; Vermietungsobliegenheit; Mängel Leerstände im Gebäude, Einbruchsicherheit, Überhitzung

Zur mündlichen Abänderung einer schriftlich vereinbarten Art der Mietsicherheit (Bankbürgschaft - Fonds-Anteile) und zu einem daraus folgenden Schriftformverstoß, wenn der Mietvertrag die Berufung auf einen Schriftformmangel ausschließt.

(KG, Urteil vom 13.11.2006 – 8 U 51/06)

Aus den Gründen: Das Landgericht ist in der angefochtenen Entscheidung zutreffend davon ausgegangen, dass das Mietverhältnis nicht vor dem 31. März 2005 beendet worden ist.

Zutreffend hat es ausgeführt, dass das Mietverhältnis der Parteien nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 22. Dezember 2003 beendet worden ist. Die – unzutreffende – Rechtsauffassung, die Kündigung vom 22. Dezember 2003 sei als außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund fristlos wirksam geworden, verfolgt die Beklagte mit ihrer Berufung ausdrücklich nicht mehr weiter.

Die Kündigung vom 22. Dezember 2003 hat das Mietverhältnis auch nicht gemäß § 580 a Abs. 2 BGB zum 30. Juni 2004 beendet. Das streitgegenständliche Mietverhältnis ist wirksam bis zum 31. März 2007 befristet. Ungeachtet der Frage, ob der Mietvertrag überhaupt gegen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB verstößt, weil sich die Parteien entgegen dem Wortlaut des Vertrages dahingehend geeinigt haben, dass die zu leistende Mietsicherheit nicht in Form einer Bankbürgschaft, sondern in Form von D.-Fonds-Anteilen zu erbringen sei, ist der Beklagten die Berufung auf einen vermeintlichen Schriftformmangel gemäß § 18 Abs. 4 des Mietvertrages verwehrt. § 18 Abs. 4 des Mietvertrages, der wie folgt lautet:

„Die Vertragsparteien verpflichten sich gegenseitig, jederzeit alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem Schriftformerfordernis insbesondere im Zusammenhang mit dem Abschluss von Nachtrags- und Ergänzungsverträgen Genüge zu tun, und bis dahin den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen.“

verstößt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegen §§ 305 ff BGB.

Es handelt sich nicht um eine überraschende Klausel im Sinne von § 305 c BGB. Die Beklagte musste mit einer derartigen Klausel unter der Überschrift „Allgemeine Regelungen“ rechnen, denn sie verhält sich über das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit der Durchführung des Vertrages.

Die Regelung enthält auch keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB. Es sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb eine der beiden Vertragsparteien durch diese Klausel unangemessen benachteiligt sein soll (vgl. insoweit auch OLG Düsseldorf, DWV 2004, 224 = MDR 2004, 1179 [= GuT 2004, 186 KL]).

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Klausel auch dann einschlägig, wenn, wie von ihr behauptet, die Parteien sich bereits vor Abschluss des Mietvertrages daraufhin geeinigt haben sollen, dass die Kautions in Form von Fondsanteilen gelei-

stet werden soll. Die Verpflichtung, alles zu tun, um dem Schriftformerfordernis genüge zu tun, erstreckt sich auf solche mündlichen Vereinbarungen, die vor Abschluss des schriftlichen Mietvertrages geschlossen wurden und zu diesem im Widerspruch stehen. Soweit in der Klausel von Nachtrags-, Änderungs- und Ergänzungsverträgen die Rede ist, handelt es sich, wie man an der Formulierung „insbesondere“ erkennt, nur um eine exemplarische aber nicht ausschließliche Aufzählung.

Zutreffend ist das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung auch davon ausgegangen, dass der Mietvertrag durch die Entgegennahme des von der Beklagten mit Schreiben vom 6. Januar 2004 übersandten Schlüssels nicht beendet worden sei. Grundsätzlich liegt in der widerspruchslosen Rücknahme der Schlüssel durch den Vermieter nicht zugleich dessen Einverständnis mit der Aufhebung des Vertrages (Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, IV, Rdnr. 286; BGH WuM 1981, 57). Es fehlt vorliegend nicht nur an einer entsprechenden Willensbekundung der Klägerin. Diese hat vielmehr sogar mit Schreiben vom 23. März 2004 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Mietverhältnis nicht beendet sei, dass sie aber gleichwohl Ansprüche „bezüglich der Renovierung“ geltend mache. Die Beklagte kann daher aus dem Umstand, dass die Klägerin in dem Verfahren 104 O 67/04 einen Ablösebetrag in Höhe der nicht durchgeführten Renovierungsarbeiten geltend gemacht hat, nicht herleiten, dass diese mit einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses einverstanden gewesen sei.

Ebenfalls zutreffend hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass die Klägerin, da das Mietverhältnis mit der Beklagten fortbestand, keine Vermietungsobliegenheit hatte. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofes (DB 1993, 2022 [= WuM 1993, 346]) ist auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Sie setzt sich mit einer Fallkonstellation auseinander, bei der ein Vermieter bei bestehendem Mietverhältnis die Mieträume zu einem geringeren Mietzins weitervermietet und von dem ausgezogenen Mieter die Mietdifferenz geltend macht.

Ebenfalls zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass die Beklagte nicht schlüssig dargelegt hat, dass in dem hier streitgegenständlichen Zeitraum von Juni 2004 bis März 2005 der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache eingeschränkt gewesen sei, § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Soweit die Beklagte eine Überhitzung der Räume beanstandet, fehlt es an einer Darlegung, an welchem Tag innerhalb des hier streitgegenständlichen Zeitraumes welche Temperatur in den Mieträumen geherrscht haben soll. Darüber hinaus ist auch nicht nachvollziehbar dargelegt, dass die behauptete, aber nicht substantiiert dargelegte Überhitzung auf eine Eigenschaft der Mietsache zurückzuführen sei. Ausweislich des Beklagtenvortrages im Schriftsatz vom 15. September 2005 betrieb sie in den Räumen nicht nur normale Arbeitsplatz PCs, sondern besonders stark wärmeerzeugende Server. Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung Ausführungen zum Sommer 2003 macht, liegt dieser Vortrag neben der Sache, da es hier um den Zeitraum Juni 2004 bis März 2005 geht.

Die mittels eines Schraubenziehers zu öffnende Bürotür berechtigt nicht zur Minderung des Mietzinses, denn der Zustand der Büroeingangstür entspricht dem bei Vertragsabschluss vorhandenen Zustand, § 536 b BGB. Die Bürotür war auch nicht mit einem versteckten Mangel behaftet. Dass eine gewöhnliche Eingangstür, die nicht durch besondere Maßnahmen wie Queriegel, Metallplatte o.ä. versehen ist, mit einem Schraubenzieher geöffnet werden kann, ist allgemein bekannt.

Die Beklagte hat auch nicht schlüssig vorgetragen, dass durch Leerstand der die Mieträume umgebenden Räume der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt worden sei. Soweit die Beklagte behauptet, sie habe über die Maßen Heizkosten gehabt, kann diesem Vortrag eine Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs nicht entnommen werden. Die Be-

klage behauptet nicht, dass die Räume nicht ausreichend beheizbar gewesen seien. Sie beanstandet lediglich die Höhe der Heizkosten. Die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch ist in Fällen wie diesem nicht eingeschränkt. Der Kostenaspekt ist für den Begriff des Sachmangels irrelevant (LG Hamburg, NJW-RR 1988, 907 [= WuM 1988, 350]; KG, KGR Berlin 2006, 89 [= WuM 2005, 774]).

Das Landgericht ist in der angefochtenen Entscheidung auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte gemäß § 5 Abs. 3 des Mietvertrages die Umsatzsteuer schuldet, und zwar unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für die Umsatzsteueroption nach § 9 Abs. 2 UStG bei der Klägerin vorliegen. Entgegen der Auffassung der Beklagten setzt § 5 Abs. 3 des Mietvertrages keine Verwendung des Mieters voraus. Gemäß § 5 Abs. 3 des Mietvertrages ist der Vermieter nicht mehr verpflichtet, die Umsatzsteuer gesondert auszuweisen, wenn die Voraussetzung für die Umsatzsteueroption des Vermieters nach § 9 Abs. 2 UStG entfällt, weil der Mieter das Mietobjekt ganz oder teilweise nicht entsprechend der in § 2 Abs. 5 des Mietvertrages getroffenen Vereinbarung verwendet. Da die Voraussetzung für die Umsatzsteueroption des Vermieters nach § 9 Abs. 2 UStG sowohl bei einem Wegfall der Verwendung als auch bei einer Abweichung von der vertraglich vereinbarten Nutzung entfallen kann, ist diese Klausel vom Sinn und Zweck her dahingehend auszulegen, dass sie auch bei einem Wegfall der Verwendung Anwendung findet.

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

§§ 535, 307, 306 BGB

Gewerberaummiete; Werkstatträume; Schönheitsreparaturklausel mit starrem Fristenplan; Schutzbedürftigkeit des Geschäftsraummieters; Bezugsfertigkeit; Beseitigung der Außenwerbung

1. Die Formulklausel in einem Mietvertrag über gewerbliche Räume (hier: zum Betrieb einer Schilder- und Graveurwerkstatt), „Die Schönheitsreparaturen sind ab Mietbeginn in den gewerbl. oder freiberufl. genutzten Räumen spätestens nach 4 Jahren und in sonstigen Räumlichkeiten/Nebenräumlichkeiten/Balkonen/Loggien nach 7 Jahren auszuführen bzw. ausführen zu lassen“, enthält einen starren Fristenplan, der den Mieter i.S. des § 307 BGB unangemessen benachteiligt und insgesamt zur Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel führt (Fortführung von Senat, I-10 U 174/05, Urt. v. 4. 5. 2005, GE 2006, 712 = GuT 2006, 127 = NZM 2006, 462 = ZMR 2006, 521).

2. Die den Vermieter zur Ausführung von Schönheitsreparaturen verpflichtende dispositive gesetzliche Bestimmung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB tritt nach § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle der unzulässigen Schönheitsreparaturklausel. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht.

3. Die Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel entzieht der vertraglichen Pflicht des Mieters zur Rückgabe der Mieträume in bezugsfertigem Zustand die Grundlage.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.1.2007 – I-10 U 102/06)

Aus den Gründen: II. 1. [...] Nach der Rechtsprechung des Senats (I-10 U 174/05, Urt. v. 4. 5. 2006, GE 2006, 712 = GuT 2006, 127 = NZM 2006, 462 = ZMR 2006, 521, Revision eingelegt unter XII ZR 84/06; ebenso OLG München, Urt. v. 22. 9. 2006, GuT 2006, 234), auf die die Parteien mit Verfügung vom 7. 11. 2006 hingewiesen worden sind, gilt die Starre-Fristen-Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats auch für gewerbliche Mietverhältnisse, weil der gewerbliche Mieter bei vergleichbarer Vertragsgestaltung nicht weniger schutzbedürftig ist als ein Wohnraummieter. Hieran hält der Senat auch im Hinblick darauf fest, dass die streitgegenständliche Fristenregelung für die gewerblich genutzten Räume einen Renovierungsturnus von

vier Jahren vorsieht, während die Zeitfolge in dem der Entscheidung vom 4. 5. 2006 zugrunde liegenden Sachverhalt drei Jahren (Küche, Bad und Toilette) und fünf Jahre (alle übrige Räume) betrug. Auch das OLG München (a. a. O.) geht davon aus, dass die Klausel in einem gewerblichen Mietvertrag, „Der Mieter ist verpflichtet, die Schönheitsreparaturen alle 5 Jahre, jeweils gerechnet vom Beginn des Mietverhältnisses, fachgerecht auszuführen“, eine unwirksame starre Fristenregelung enthält.

Die Unangemessenheit der Fristenregelung führt insgesamt gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zur Unwirksamkeit der in § 8 Ziffer 2 Satz 3 und 4 MV (1995) enthaltenen Pflicht zur Ausführung der Schönheitsreparaturen. Die in § 8 Ziffer 2 Satz 3 MV enthaltene Schönheitsreparaturverpflichtung ließe sich nur dann aufrechterhalten, wenn sich die Formulklausel aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen ließe. Hieran fehlt es. Zwar könnte die Klausel sprachlich ohne den Fristenplan bestehen bleiben. Ein Wegfall des Fristenplans hätte aber zur Folge, dass die Renovierungsvorschrift inhaltlich umgestaltet würde; denn der Fristenplan bildet mit der Überwälzung der Schönheitsreparaturen eine Einheit, indem er den Umfang der Renovierungsverpflichtung konkretisiert. Blicke die Klausel nach Streichung des Wortes „spätestens“ und des nachstehenden Fristenplans bestehen, würde der Umfang der auf den Mieter übertragenen Renovierungsverpflichtung auf das gerade noch zulässige Maß zurückgeführt. Dies wäre jedoch eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion der Formulklausel (BGH, Urt. v. 23. 6. 2004, a. a. O. [= WuM 2004, 463]).

Ausreichende Anhaltspunkte, dass es sich bei der bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild als (vorgedruckte) Formulklausel einzustufenden Regelung in § 8 Ziffer 2 MV um eine individuell ausgehandelte Vereinbarung handelt, hat die hierfür darlegungs- und beweiselastete Klägerin nicht vorgebracht. Eine Individualvereinbarung ergibt sich nicht bereits daraus, dass die Parteien in § 12 (Beendigung der Mietzeit) MV (1995) mit dem handschriftlichen Zusatz „siehe Mietvertrag vom 3. 6. 1983“ auf die darin in § 18 (Beendigung der Mietzeit) enthaltene Formulklausel Bezug genommen haben, nach deren Satz 1 „die Mieträume bei Beendigung der Mietzeit vom Mieter in bezugsfertigem Zustand und mit allen, auch von ihm selbst beschafften, Schlüsseln ohne Anspruch auf Entgelt dem Vermieter zu übergeben sind“.

Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht. Gemäß § 306 Abs. 2 BGB richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften, soweit Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind. Eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer durch die Unwirksamkeit einer Formulklausel entstandenen Lücke setzt voraus, dass der Regelungsplan der Parteien infolge der Lücke einer Vervollständigung bedarf; das ist nur dann anzunehmen, wenn dispositives Gesetzesrecht zur Füllung der Lücke nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet. Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der ersten Voraussetzung. Die Pflicht zur Instandhaltung der Mietsache – zu der auch die Ausführung von Schönheitsreparaturen gehört – ist gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Vermieter auferlegt. Diese dispositive gesetzliche Bestimmung tritt nach § 306 Abs. 2 BGB auch dann an die Stelle der unzulässigen Klausel, wenn eine für ihren Verwender günstigere vertragliche Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf die Abwälzung der Instandhaltungspflicht bestünde (BGH, Urt. v. 28. 6. 2006, a. a. O.; BGH, Urt. v. 18. 10. 2006, VIII ZR 52/06 [= WuM 2006, 677]).

Die Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel entzieht der in § 12 MV (1995) i. V. m. § 18 MV (1983) geregelten Pflicht zur Rückgabe der Mieträume in bezugsfertigem Zustand die Grundlage. Die Klausel wird allgemein dahingehend ausgelegt, dass der Mieter bei Auszug nicht stets das Mietobjekt vollstän-

dig instand zu setzen habe. Vielmehr sei der Zweck der Abwälzung der Renovierungspflicht auf den Mieter erreicht und seiner daraus folgenden Verpflichtung genügt, wenn der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses in der Lage sei, dem neuen Mieter die Räume in einem bezugsgeeigneten und vertragsgemäßen Zustand zu überlassen. Dazu brauchen sie nicht neu hergerichtet zu sein. Stehe jedoch fest, daß sich die Mieträume aufgrund natürlichen Verschleißes – bei übermäßig starker Abnutzung ohnehin – in einem zur Weitervermietung ungeeigneten Zustand befinden, so seien Schönheitsreparaturen auszuführen, auch wenn die vertraglichen Ausführungsintervalle bei Mietende noch nicht abgelaufen seien (vgl. BGH, Urt. v. 13. 1. 1982, WuM 1982, 296; BGH, Urt. v. 10. 7. 1991, NJW 1991, 2416 = WuM 1991, 550; Langenberg, Schönheitsreparaturen, 2. Aufl., I B 26). Es bedarf keiner grundsätzlichen Entscheidung, ob dieser Auslegung zu folgen ist. Inhaltlich knüpft die Klausel an die Übertragung der laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter an und verpflichtet diesen, einen vorzeitigen bzw. künftigen Renovierungsbedarf des Vermieters zu erfüllen. Obliegen die laufenden Schönheitsreparaturen aber – wie hier – dem Vermieter, läuft die Verpflichtung zur Rückgabe in bezugsfertigem Zustand ins Leere. Jedenfalls kann sich die Klägerin nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf die Rückgabeklausel berufen, wenn sie ihrerseits eine turnusmäßige Renovierung unterlassen hat. In diesem Fall kann nämlich nicht festgestellt werden, ob sich die Mieträume aufgrund einer vertragsgemäßen bzw. einer übermäßigen Nutzung in einem renovierungsbedürftigen Zustand befinden oder ob dieser auf die von ihr zu vertretende Nichterfüllung ihrer turnusmäßigen Vermieterpflicht zur Ausführung der Schönheitsreparaturen zurückzuführen ist.

Unabhängig von vorstehenden Erwägungen neigt der Senat dazu, der Rückgabeklausel hier keine Renovierungspflicht zu entnehmen. Die Berufung weist zutreffend darauf hin, dass der Begriff bezugsfertig nicht ohne Rücksicht auf den ihn umgebenden vertraglichen Kontext ausgelegt werden kann. § 18 MV (1983) lautet vollständig wie folgt: „Die Mieträume sind nach Beendigung der Mietzeit vom Mieter im bezugsfertigen Zustand und mit allen, auch von ihm selbst beschafften Schlüsseln ohne Anspruch auf Entgelt dem Vermieter zu übergeben. Andernfalls ist der Vermieter berechtigt, auf Kosten des Mieters die Mieträume zu öffnen, reinigen und neue Schlösser und Schlüssel anfertigen zu lassen“. Aus der Verknüpfung beider Sätze lässt sich entnehmen, dass die Parteien unter „bezugsfertig“ nicht die Ausführung von Renovierungsarbeiten, sondern die Vornahme von Reinigungsarbeiten verstanden haben. Dies folgt bei verständiger Würdigung daraus, dass der Vermieter bei Nichterfüllung der Rückgabepflicht berechtigt sein soll („andernfalls“), die Reinigung der Räume nach deren Öffnung im Wege der Selbstvornahme vornehmen zu lassen. Hätten die Parteien den Beklagten i. S. der vorzitierten Rechtsprechung dazu verpflichten wollen, einen zur Weitervermietung geeigneten Renovierungszustand herzustellen, hätte es nahe gelegen, Satz 2 der Rückgabeklausel zu streichen.

2. Der Beklagte wendet sich ohne Erfolg gegen seine Verurteilung zur Beseitigung der Werbemaßnahme. Der Senat geht

Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter www.prewest.de

Pfad: Medien und Kultur → hier

Telefax: 02 28 / 47 09 54

e-mail: antiquariat@prewest.de

mit dem Landgericht davon aus, dass der Beklagte aus den angeführten Gründen gemäß § 546 BGB im tenorierten Umfang zur Beseitigung der an der Hausfassade angebrachten Werbemaßnahme und im Anschluss hieran zur Renovierung der Giebelfläche verpflichtet ist. Rechtserhebliches hierzu ist der Berufung nicht zu entnehmen. Warum die Auffassung des Landgerichts, der angeblich mit der Klägerin hinsichtlich der Fassade geschlossene Mietaufhebungsvertrag entbinde ihn nicht von der Pflicht zur Beseitigung der aufgemalten Werbung, sondern dies hätten die Parteien gesondert vereinbaren müssen, unrichtig sein soll, wird von der Berufung nicht dargelegt.

3. [...] Da die Frage, ob die Starre-Fristen-Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats auf gewerbliche Mietverhältnisse anzuwenden ist, von grundsätzlicher Bedeutung und bisher durch den BGH nicht geklärt ist, wird die Revision zugelassen. Zur Wiederherstellungspflicht gemäß vorstehend Ziffer 2 der Entscheidungsgründe liegen die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision nicht vor.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 242, 598, 605, 904, 917, 985, 1004 BGB
Hotelbetrieb; Brandschutz; Notwegrecht für
Feuertreppe; Kündigungsrecht des Verleihers nach Tod
des Entleihers; Leihe einer Standfläche**

1. Zur Herstellung der Verbindung, die nur für eine außergewöhnliche Notsituation nach öffentlichrechtlichen Brandschutzvorschriften erforderlich ist (hier: Feuertreppe für einen Hotelbetrieb) besteht kein Notwegrecht nach § 917 BGB.

2. Eine Einschränkung des Kündigungsrechts nach § 605 Nr. 3 BGB kommt selbst bei lang dauernden Leihverträgen nicht in Betracht, wenn es am Vertrauensverhältnis zwischen Verleiher und dem Erben des ursprünglichen Entleihers fehlt.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 21.12.2006 – 5 U 908/06)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin ist Eigentümerin eines Gebäudes, zu dem auch ein Innenhof gehört. Im unmittelbar angrenzenden Nachbargebäude betreibt der Beklagte ein Hotel. Für diesen Betrieb wurde vor Jahren im Innenhof des Grundstücks, das heute der Klägerin gehört, ein Stahlrohrgerüst als Feuertreppe für die Hotelräume errichtet. Das beruhte darauf, dass die Mutter der Klägerin der Mutter des Beklagten die Errichtung des Gerüsts gestattet hatte.

Die Mutter des Beklagten ist am 28. September 2004 verstorben. Der Beklagte ist ihr Alleinerbe. Mit Anwaltsschreiben vom 17. Oktober 2006 hat die Klägerin als Alleinerbin ihrer Mutter das Leihverhältnis über die Grundstücksfläche, auf der das Gerüst steht, gem. § 605 Ziffer 3 BGB gekündigt, nachdem sie bereits zuvor mit Anwaltsschreiben vom 3. Juni 2005 die Beseitigung des Gerüsts verlangt hatte.

Das Landgericht Trier hat die Klage in diesem Punkt abgewiesen. Zur Entfernung des Stahlrohrgerüsts sei der Beklagte nicht verpflichtet, weil ein Notwegrecht bestehe.

Dagegen richtete sich die Berufung der Klägerin. Der Beklagte meint, ihr Kündigungsrecht habe die Klägerin verwirkt; zudem sei das Landgericht zutreffend von einem Notwegerecht ausgegangen.

Aus den Gründen: Bei diesem Sach- und Streitstand hätte die Berufung der Klägerin ohne das erledigende Ereignis Erfolg gehabt. Der Beklagte war nach §§ 985, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet, das Stahlrohrgerüst abzubauen und die Gerüstteile vom Grundstück der Klägerin zu entfernen.

Das Landgericht hat gemeint, bei dem Gerüst handele es sich um eine Fluchttreppe, die behördlich vorgeschrieben sei. Daher müsse die Klägerin das Gerüst nach §§ 917, 242 BGB dulden.

Das ist nicht tragfähig. § 917 BGB gewährt die zur ordnungsmäßigen Nutzung erforderliche Verbindung. Diese Verbindung besteht hier. Unstreitig sind die von außen über das Gerüst erreichbaren Räume mit einem regulären Zugang im Inneren des Gebäudes des Beklagten versehen. Sollte dieser Zugang bei einem Brand blockiert sein, handelt es sich bei dem erst dann erforderlichen anderen Fluchtweg um ein vorübergehendes, außergewöhnliches Bedürfnis. Die bei einem derartigen Bedürfnis möglicherweise gebotene Einschränkung des Eigentumsrechts der Klägerin gewährt § 904 BGB (faltbare Feuerrutsche in den Hofraum etc.).

Ob daneben in Ausnahmefällen ein weiter reichender Dauerauspruch nach § 917 BGB denkbar ist, kann dahinstehen. Denn der Beklagte hat nicht dargetan, dass die nach öffentlichrechtlichen Vorschriften erforderliche zweite Fluchtmöglichkeit nicht in oder an seinem eigenen Gebäude geschaffen werden kann. Für ein Notwegerecht nach § 917 BGB ist bei dieser Sachlage kein Raum.

Dem Anspruch der Klägerin stand auch nicht entgegen, dass ihre Mutter der Mutter des Beklagten die Grundstücksnutzung gestattet hatte.

Bei dieser Gestattung handelte es sich rechtlich um einen Leihvertrag (§ 598 BGB). Diesen Leihvertrag hat die Klägerin nach dem Tod der Entleiherin wirksam gemäß § 605 Nr. 3 BGB gekündigt.

Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die unentgeltliche Überlassung einer Sache in der Regel nur aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Verleiher und Entleiher erfolgt. Stirbt der Entleiher, wird der Verleiher dieses Vertrauen dem Erben seines bisherigen Vertragspartners nicht oder nicht in gleichem Maße entgegenbringen. Daher ist der Verleiher befugt, den Vertrag über die unentgeltliche Überlassung nunmehr zu kündigen. So lag es auch hier.

Der Einwand des Beklagten, das Kündigungsrecht sei verwirkt, weil ein langer Zeitraum zwischen dem Tod der Entleiherin und der Kündigung liege, ist nicht stichhaltig. Die Verwirkung eines Gestaltungsrechts kommt nur dann in Betracht, wenn zum Zeitpunkt auch ein Umstandsmoment hinzutritt. Das bedeutet, dass der Berechtigte in zurechenbarer Weise den Anschein erweckt haben muss, er werde von seinen rechtlichen Möglichkeiten dauerhaft keinen Gebrauch machen. Daran fehlt es hier. Mit Anwaltsschreiben vom 3. Juni 2005 ist der Beklagte unter anderem aufgefordert worden, das Gerüst zu entfernen und die Nutzung der Standfläche künftig zu unterlassen. Das machte hinreichend deutlich, dass die Klägerin von ihrem Eigentumsrecht Gebrauch machen und die Weiternutzung *nicht* hinnehmen wollte. Vor diesem Hintergrund durfte der Beklagte nicht auf den Fortbestand des Leihvertrages vertrauen.

Es besteht auch keine Duldungspflicht der Klägerin nach § 912 BGB. Die Auffassung des Beklagten, hier müsse § 912 BGB analog angewendet werden, ist unzutreffend. Allen Beteiligten war bei Errichtung des Gerüsts klar, dass als Standfläche das Eigentum der Rechtsvorgängerin der Klägerin in Anspruch genommen wurde. Außerdem handelt es sich bei dem Gerüst auch nicht um ein Gebäude oder Gebäudebestandteil.

Nach alledem mussten die gesamten Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten auferlegt werden.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz



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

§ 781 BGB
Deklaratorisches Schuldanerkenntnis;
Zahlung auf eine geprüfte Rechnung

Allein die Zahlung des Werklohns auf eine geprüfte Rechnung rechtfertigt nicht die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses.

(BGH, Urteil vom 11.1.2007 – VII ZR 165/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger, Insolvenzverwalter über das Vermögen der Auftragnehmerin, verlangt restlichen Werklohn für Außenanlagen zu 23 Einfamilienhäusern. Die Restforderung ist nicht mehr streitig. Im Revisionsverfahren geht es nur noch um eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung.

2 Die Beklagte beanstandet dazu, Bodenaushub und dessen Abtransport seien in der vollständig bezahlten Schlussrechnung vom 8. November 2001 zum Bauteil „W. 2“ doppelt in Ansatz gebracht worden. Dadurch habe sie einen Teilbetrag in Höhe von 29 115,33 € zweimal gezahlt.

3 Beide Vorinstanzen [LG Wuppertal; OLG Düsseldorf] haben diese Gegenforderung nicht anerkannt. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 42 109,83 € verurteilt. Dagegen wendet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, soweit die Verurteilung den Betrag von 12 994,50 € übersteigt.

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

5 I. Das Berufungsgericht lässt offen, ob die Schlussrechnung vom 8. November 2001 eine Doppelberechnung von 2026,5 m³ Bodenaushub mit Abtransport enthält. Die Beklagte könne sich darauf jedenfalls nicht berufen. Sie habe die Rechnung geprüft und beanstandungslos gezahlt. Darin liege ein deklaratorisches Anerkenntnis, durch welches sie nunmehr mit ihren Einwendungen ausgeschlossen sei. Auf die Frage eines Aufrechnungsausschlusses nach § 95 InsO komme es daher nicht an.

6 II. Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

7 Das Berufungsgericht hat zu Unrecht ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis angenommen. Seine Auffassung steht im Gegensatz zu der langjährigen, gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, aus welcher das Berufungsgericht zwar zitiert, deren Grundsätze es jedoch gänzlich außer Betracht lässt.

8 1. Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis, gelegentlich auch „bestätigendes“ Schuldanerkenntnis genannt, ist ein vertragliches kausales Anerkenntnis (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 1994 – VII ZR 215/93 – BauR 1995, 232, 234 = NJW 1995, 960). Ein solches Schuldanerkenntnis setzt voraus, dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen wollen und sich dahingehend einigen (BGH a. a. O. sowie Urteil vom 11. Juli 1995 – X ZR 42/93 – NJW 1995, 3311 = ZIP 1995, 1420; Urteil vom 29. April 1999 – VII ZR 248/98 – BauR 1999, 1021 = ZfBR 1999, 310; Urteil vom 6. Dezember 2001 – VII ZR 241/00 – BauR 2002, 613 = ZfBR 2002, 345 = NZBau 2002, 338; st. Rspr.). Die erforderliche Einigung kann nur angenommen werden, wenn sich ein entsprechendes Angebot sowie dessen Annahme feststellen lassen.

9 Die Prüfung einer Rechnung, die Bezahlung einer Rechnung oder auch die Bezahlung nach Prüfung erlauben für sich genommen nicht, ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis anzunehmen (vgl. bereits BGH, Urteil vom 8. März 1979 – VII ZR 35/78 – BauR 1979, 249, 251).

10 2. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses durch die Beklagte nicht festgestellt. Dass die Beklagte die Rechnung vom 8. November 2001 geprüft und bezahlt hat, genügt nicht. Dafür, dass die Parteien sich im Sinne der Rechtsprechung zum deklaratorischen Schuldanerkenntnis geeinigt hätten, fehlen Anhaltspunkte.

11 III. Bei seiner erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten die Aufrechnung zulässig war und, sofern dies der Fall ist, ob die von der Beklagten behauptete Doppelberechnung unterlaufen ist oder nicht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH – III ZR 187/05 – GuT 2006, 266; KG GuT 2006, 265 KL = WuM 2006, 436 (Schuldanerkenntnis des Mieters zur Durchführung nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen).

§ 1123 BGB; §§ 49, 110, 129, 140 InsO
Nachlassinsolvenz des vermietenden Grundeigentümers;
Absonderungsrecht des Grundschuldgläubigers an den
Miet- und Pachtzinsforderungen;
Vorausabtretung; Sicherungszession

a) Der Grundschuldgläubiger erwirbt mit dem Grundpfandrecht ein Absonderungsrecht auch an den mithaftenden Miet- und Pachtzinsforderungen.

b) Verrechnet der Grundschuldgläubiger, dem der Schuldner die Mietzinsforderungen abgetreten hat, bis zur Insolvenzeröffnung eingehende Mietzahlungen mit einer Forderung gegen den Schuldner, so werden die Gläubiger hierdurch nicht benachteiligt, wenn der Grundschuldgläubiger das Absonderungsrecht zuvor unanfechtbar erworben hat.

(BGH, Urteil vom 9.11.2006 – IX ZR 133/05)

1 **Zum Sachverhalt:** W. und die Rechtsvorgängerin der Beklagten (fortan nur: die Beklagte) schlossen im Jahr 1995 einen Kreditvertrag zur Finanzierung des Erwerbs eines Grundstücks in Leipzig. Zur Besicherung des Darlehens wurde eine Grundschuld in das Grundbuch eingetragen; ferner trat W. sämtliche künftigen Ansprüche aus der Vermietung des finanzierten Objekts an die Beklagte ab. Der Kreditnehmer verstarb am 13. Februar 2000. Aufgrund eines Antrags vom 3. Juli 2001 wurde am 2. November 2001 das Insolvenzverfahren über den Nachlass eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Am 9. April 2002 ordnete das Vollstreckungsgericht auf Antrag der Beklagten die Zwangsverwaltung des Grundstücks an.

2 In der Zeit vom 1. Mai 2001 bis zum 8. April 2002 gingen auf einem bei der Beklagten eingerichteten Konto der Erben Mieteinnahmen ein; nach Abzug objektbezogener Nebenkosten verblieb ein Betrag von 70 570,29 €, den die Beklagte mit ihrer Darlehensforderung verrechnete.

3 Die auf Rückzahlung dieses Betrags gerichtete Anfechtungsklage hat das Landgericht Münster abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG Hamm] hat die Beklagte verurteilt, die Mieten für die Monate Dezember 2001 bis (anteilig) April 2002 in Höhe von 30 242,59 € zurückzuzahlen; im Übrigen hat es die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen richten sich im Umfang ihrer jeweiligen Beschwerde die zugelassene Revision des Klägers und die Anschlussrevision der Beklagten.

4 **Aus den Gründen:** A. Das Berufungsgericht, dessen Urteil u. a. in ZIP 2006, 433 veröffentlicht ist, hat gemeint, der Kläger könne die Rückgewähr der bis zur Insolvenzeröffnung eingegangenen und von der Beklagten verrechneten Mieten nicht verlangen. Es fehle an einer Gläubigerbenachteiligung. Zwar ergebe sich dies weder aus der Vorausabtretung der Mietzinsansprüche noch aus der „Hypothekenhaftung“. Jedoch habe die Beklagte mit den Erben den Einzug der Mieten und die anschließende Verrechnung vereinbart; ohne diese Abrede hätte die Beklagte rechtzeitig die Anordnung der Zwangsverwaltung des Grundstücks erwirkt. Auf die seit Dezember 2001 eingegangenen, um die objektbezogenen Ausgaben bereinigten Mieten habe der Kläger einen Anspruch entweder aus dem Girovertrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung.

5 B. Das Berufungsurteil hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

6 I. Revision des Klägers

7 Der Kläger hat keinen Anspruch aus Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff, 143 InsO auf Rückgewähr der Mieten für die Monate Mai bis November 2001.

8 Die Anfechtung scheitert daran, dass die Insolvenzgläubiger infolge der Einziehung und Verrechnung der bis einschließlich November 2001 eingegangenen Mieten nicht benachteiligt worden sind. Jede erfolgreiche Anfechtung setzt voraus, dass ihr Gegenstand ohne die Rechtshandlung gerade zum haftenden Vermögen des Insolvenzschuldners – hier des Nachlasses – gehört, also dem Zugriff der Insolvenzgläubiger offen gestanden hätte (BGHZ 72, 39, 42 f; BGH, Urt. v. 17. Juni 2004 – IX ZR 124/03, ZIP 2004, 1509, 1510). Ist ein Absonderungsrecht nicht anfechtbar entstanden, kann die anschließende Befriedigung durch Zahlung nicht angefochten werden, weil sie die Gläubiger nicht benachteiligt (BGHZ 157, 350, 353; BGH, Urt. v. 11. Juli 1991 – IX ZR 230/90, ZIP 1991, 1014, 1017; v. 21. März 2000 – IX ZR 138/99, ZIP 2000, 898).

9 1. Die Beklagte ist Inhaberin einer Grundschuld an dem zum Nachlass gehörenden vermieteten Grundstück. Gemäß § 1123 Abs. 1, § 1192 BGB erstreckt sich das Grundpfandrecht auf die Mietforderungen. Verfügungen des Schuldners über mithaftende Forderungen aus seinem Grundstück zugunsten von Grundpfandgläubigern benachteiligen die Insolvenzgläubiger grundsätzlich nicht. Denn eine solche Maßnahme bewirkt lediglich, dass die gesetzliche Haftung und Rangfolge aufrechterhalten wird. Daher bewirkt die mit Beginn des jeweiligen Monats wirksam werdende Vorausabtretung (§ 140 Abs. 1 InsO; vgl. BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 – IX ZR 89/96, ZIP 1997, 513, 514) für die Monate Mai bis November 2001 (vgl. § 110 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 InsO) keine Gläubigerbenachteiligung. Dann kann auch die Einziehung der Mietzinsen und die Verrechnung des um die Betriebskosten bereinigten Betrages mit der Darlehensforderung der Beklagten eine solche Benachteiligung nicht herbeiführen (vgl. KG KGBl. 1914, 11 f; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 158; Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 29 Rn. 62; Uhlenbruck/Hirte, InsO 12. Aufl. § 129 Rn. 121; Bräuer ZInsO 2006, 742, 749 f; s. auch RG GruchBeitr. 1907, 1107, 1110; JW 1918, 176 zum Nießbrauch; a.A. KG KGBl. 1914, 12; Hawelka ZfIR 2006, 258 f). Anders verhält es sich nur, wenn und soweit die Einkünfte aus dem Grundstück die dinglich gesicherten Forderungen übersteigen (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, a. a. O.); dafür bestehen hier keine Anhaltspunkte.

10 Die Auffassung des Berufungsgerichts, Voraussetzung für das Entstehen eines solchen Absonderungsrechts sei die Beschlagnahme des Grundstücks aufgrund des dinglichen Anspruchs, trifft nicht zu (so bereits RG LZ 1914, 1378, 1379).

11 Die Grundschuldhafung begründet ein gegenwärtiges Pfandrecht an den Mietzinsforderungen (Staudinger/Wolfsteiner, BGB Neubearb. 2002 § 1123 Rn. 11). Dies folgt aus § 1123 Abs. 1 BGB und § 49 InsO. Nach der letzteren Vorschrift sind Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus Gegenständen „zusteht“, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung berechtigt. Damit übereinstimmend sieht § 1124 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, dass die Haftung der Forderung unter den dort bezeichneten Voraussetzungen erlischt. Die Beschlagnahme, die das Absonderungsrecht eines persönlichen Gläubigers erst entstehen lässt (§ 80 Abs. 2 Satz 2 InsO), leitet beim dinglichen Gläubiger lediglich die Befriedigung aus dem belasteten Recht ein (BGHZ 163, 201, 208 [= GuT 2005, 229]); sein Absonderungsrecht entsteht jedoch zuvor nach Maßgabe der jeweiligen materiellrechtlichen Bestimmungen (vgl. Bräuer a. a. O.). Der persönliche Gläubiger hat folglich keinen Anspruch auf vorrangige Befriedigung, wenn der dingliche Gläubiger vor einer Pfändung durch den persönlichen Gläubiger sich

zum Schutz seines dinglichen Rechts eine im Erfolg der Zwangsverwaltung gleichkommende Sicherungssession hat geben lassen (vgl. RG a. a. O.).

12 Der Senat hat damit übereinstimmend ein Absonderungsrecht des Grundpfandgläubigers an den mithaftenden Miet- und Pachtzinsforderungen bereits in seinem Beschluss vom 13. Juli 2006 (IX ZB 301/04, WPM 2006, 1685, 1686 f [= GuT 2006, 261]) angenommen. Gegenteiliges ergibt sich nicht aus dem Senatsurteil vom 8. Dezember 1988 (IX ZR 12/88, NJW-RR 1989, 200). Der dort verwandte Begriff der „potentielle(n) Haftung“ bezeichnete lediglich den Umstand, dass die von der Grundschuldhafung umfassten Mietzinsforderungen vor der Beschlagnahme enthaftet worden waren.

13 2. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte im Jahre 1995 die Grundschuld am Nachlassgrundstück in anfechtbarer Weise erlangt hat, bestehen nicht.

14 II. Anschlussrevision der Beklagten

15 Die zulässige, insbesondere statthafte (vgl. BGH, Beschl. v. 23. Februar 2005 – II ZR 147/03, NJW-RR 2005, 651; Hk/Kayser, ZPO § 554 Rn. 4, 5 m.w. N.) Anschlussrevision der Beklagten ist unbegründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Herausgabe der ab Dezember 2001 eingegangenen Mieten abzüglich der objektbezogenen Ausgaben.

16 Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte mit Ablauf des Monats November 2001 gemäß § 91 Abs. 1, § 110 InsO weder aufgrund der Vorausabtretung noch aufgrund der Abrede mit den Erben Rechte an den Mietzinsforderungen erlangen konnte (so auch Hawelka a. a. O. S. 259). Zu keinem anderen Ergebnis führt die Behauptung der Beklagten, sie habe ihr Recht zur abgesonderten Befriedigung aus den Mieterträgen im Einverständnis mit dem Kläger ausgeübt:

17 Der Senat hat in seinem Beschluss vom 13. Juli 2006 (a. a. O. S. 1686 [= GuT 2006, 261]) ausgeführt, dass „nur die Zwangsverwaltung den Insolvenzbeschluss hypothekearisch mithaftender Mieten und Pachten zugunsten absonderungsberechtigter Grundpfandgläubiger überwindet.“ Damit ist jedoch nichts darüber gesagt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter mit Absonderungsberechtigten gesonderte Vereinbarungen schließen kann. In der Rechtsprechung wurde wiederholt eine Verwertungsvereinbarung der von der Beklagten behaupteten Art anerkannt (RGZ 35, 118, 120 ff; OLG München WPM 1993, 434, 435 f). Hierauf bedarf es jedoch keines Eingehens. Denn das Berufungsgericht hat eine Vereinbarung der Parteien über die Durchführung einer abgesonderten Befriedigung der Beklagten aus den Mieterträgen rückwirkend ab Dezember 2001 ausgeschlossen. Seine Würdigung, das Schreiben des Klägers vom 25. Februar 2002 enthalte kein dahingehendes Angebot, hält sich im Rahmen des dem Tatrichter zukommenden Bewertungsspielraums. Mit ihren Angriffen auf die Tatsachenwürdigung des Berufungsgerichts versucht die Revision lediglich, ihre eigene Wertung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen; damit kann sie im Revisionsverfahren keinen Erfolg haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

§ 8 ZPO; § 564 BGB
Beschwer des zur Räumung verurteilten Beklagten;
Mietrecht; Besitzdiener

§ 8 ZPO gilt nicht nur beim Streit über die Dauer, sondern auch bei einem solchen über das Bestehen eines Pacht- oder Mietverhältnisses. Ein Streit über das Bestehen liegt auch vor, wenn er sich an der Frage der Parteien entzündet, ob ein solches Verhältnis überhaupt jemals rechtskräftig begründet worden ist.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 26. 4. 2006 – XII ZR 154/05)

1 **Aus den Gründen:** Die nach § 26 Nr. 8 EGZPO erforderliche Beschwer von über 20 000 € ist entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde nicht erreicht.

2 1. Im Ansatz zutreffend geht die Nichtzulassungsbeschwerde davon aus, dass sich der Rechtsmittelwert für die vorliegende Räumungsklage nach § 8 ZPO bemisst. Denn die Klägerin verlangt vom Beklagten Räumung und Herausgabe nach Kündigung des Mietvertrages, den sie mit der aus dem Beklagten und Rechtsanwalt D. bestehenden und inzwischen aufgelösten Sozietät geschlossen hatte, und stützt ihr Räumungsbegehren somit zumindest auch auf § 546 BGB.

3 Demgegenüber beruft sich der Beklagte auf ein Recht zum Besitz aus einem (neuen) Mietvertrag, den er am 30. April 2003 als Geschäftsführer der Klägerin mit sich selbst abgeschlossen haben will, und zwar – mangels Ausübung einer Verlängerungsoption – mit fester Laufzeit bis zum 30. April 2004 und zu einem monatlichen Mietzins von 1000 € einschließlich gesetzlicher Mehrwertsteuer. Die Klägerin hält diesen Mietvertrag für unwirksam.

4 § 8 ZPO gilt nicht nur beim Streit über die Dauer, sondern auch bei einem solchen über das Bestehen eines Pacht- oder Mietverhältnisses. Ein Streit über das Bestehen liegt aber nicht nur dann vor, wenn die Parteien darüber uneins sind, ob ein unstreitig entstandenes Pacht- oder Mietverhältnis über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus wirksam geblieben ist, sondern auch, wenn sich – wie hier – der Streit der Parteien schon an der Frage entzündet, ob ein solches Verhältnis überhaupt jemals rechtskräftig begründet worden ist (BGH, Beschluss vom 30. Januar 1997 – III ZR 206/96 – BGHR ZPO § 8 Räumungsklage 8).

5 Nach § 8 ZPO beläuft sich die Beschwer des zur Räumung verurteilten Beklagten auf den Betrag der auf die gesamte streitige Zeit entfallenden Miete, höchstens jedoch bis zum Fünfundzwanzigfachen des Jahresbetrages.

6 Die streitige Zeit beginnt mit der Klageerhebung (hier: 24. Juli 2003) und endet mit Ablauf des dem Räumungsbegehren entgegengehaltenen Mietvertrages am 30. April 2004. Sie umfasst mithin weniger als 10 Monate.

7 Der auf diese Zeit entfallende Bruttomietzins betrug nach dem Mietvertrag, dessen Bestehen zwischen den Parteien hier streitig ist, monatlich 1000 € und liegt somit insgesamt unter der Wertgrenze des § 26 Nr. 8 ZPO.

8 Zwar mag bei abweichenden Angaben der Parteien zur Miethöhe grundsätzlich auf die Angaben in der Klageschrift abzustellen sein. Dies bedeutet aber nicht, dass hier der ursprünglich zwischen der Klägerin einerseits und der aus dem Beklagten und Rechtsanwalt D. bestehenden Sozietät andererseits vereinbarte Mietzins von 6000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zugrunde zu legen wäre. Denn die Parteien sind sich einig, dass dieser Mietvertrag schon bei Klageerhebung nicht mehr bestand, so dass er den auf die streitige Zeit entfallenden Mietzins nicht mehr bestimmen kann. Leugnet die Klägerin den Bestand eines (neuen) Mietvertrages, kann der nach § 8 ZPO maßgebliche Mietzins daher nur dem Vortrag des Beklagten entnommen werden. Dieser kann nicht geltend machen, seine Be-

schwer richte sich nach einem höheren Mietzins, der für die streitige Zeit weder nach dem Vortrag der Klägerin noch nach seinem eigenen Vortrag vereinbart war.

9 Jedenfalls ist § 8 ZPO auch dann anzuwenden, wenn sich das Vorliegen eines Streits über das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses erstmals (und nur) aus dem Vorbringen des auf Räumung in Anspruch genommenen Beklagten ergibt (vgl. Musielak/Heinrich ZPO 4. Aufl. § 3 Rdn. 29 „Mietstreitigkeiten“ und § 8 Rdn. 3 m. N.; noch offen gelassen in BGH, Beschluss vom 30. Januar 1997 a. a. O.). Denn diese Vorschrift stellt nicht auf das Klagevorbringen ab, bei dem es im Belieben des Klägers steht, auf Einwendungen des Beklagten vorab einzugehen oder sie zu verschweigen, sondern auf den Streit der Parteien über das Bestehen oder die Dauer eines (hier für den Streitgegenstand – Räumung – präjudiziellen) miet- oder pachtvertraglichen Rechtes zum Besitz.

10 2. Ohne Einfluss auf die Beschwer ist der Vortrag des Beklagten, er habe die Mieträume zum 15. Januar 2004 an die Hausverwalterin der Klägerin zurückgegeben, und diese habe die Räume namens der Klägerin mit weiterem Mietvertrag vom 15. Januar 2004 nunmehr für monatlich 1080 € zuzüglich Mehrwertsteuer bis zum 1. Februar 2007 an Rechtsanwalt L. vermietet, der ihm die Räume aus Gefälligkeit und jederzeit widerruflich überlasse.

11 Soweit der Beklagte damit geltend macht, er habe den Räumungsanspruch bereits erfüllt und könne als bloßer Besitzdiener des neuen Mieters L. selbst nicht (erneut) auf Räumung in Anspruch genommen werden, wäre dies allenfalls eine Frage der Begründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde, betrifft aber nicht die Beschwer. Ob zwischen der Klägerin und Rechtsanwalt L. ein Mietverhältnis besteht, ist weder Streitgegenstand noch Vorfrage des vorliegenden Räumungsprozesses und daher für die Beschwer nach § 8 ZPO ohne Belang. § 8 ZPO stellt allein darauf ab, für welchen Zeitraum die auf Räumung in Anspruch genommene Partei dem Klagebegehren ein *eigenes* (originäres oder abgeleitetes) mietvertragliches Besitzrecht entgegenhält. Der Beklagte beruft sich aber für die Zeit nach dem 30. April 2004 ausdrücklich nicht auf ein eigenes oder vom Mieter L. abgeleitetes Besitzrecht gegenüber der Klägerin, sondern macht im Gegenteil geltend, nur dessen Besitzdiener zu sein. Der Besitzdiener hat aber selbst weder Besitz noch ein Recht zum Besitz.

12 3. Entgegen der hilfswise vorgetragenen Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde ist der Beschwerwert hier auch nicht etwa deshalb nach § 6 ZPO zu bemessen, weil die Klägerin auch nach dem 30. April 2004 weiterhin Räumung begehrt hat, zu diesem Zeitpunkt jedoch ein eventuell bestehendes Mietverhältnis auch nach dem eigenen Vortrag des Beklagten bereits erloschen war.

13 Richtig ist zwar, dass § 8 ZPO auf eine Räumungsklage nur dann anwendbar ist, wenn Streit darüber besteht, ob das streitige Mietverhältnis über den Zeitpunkt der verlangten Räumung hinaus bestanden hat oder noch besteht; andernfalls fehlt es an dem Erfordernis der „streitigen Zeit“ (Senatsbeschluss vom 8. März 1995 – XII ZR 240/94 – MDR 1995, 530 [= WuM 1995, 320]). Diese Entscheidung betraf indes einen Fall, in dem die Räumungsklage erst nach unstreitiger Beendigung des Mietverhältnisses erhoben worden war. Das ist hier nicht der Fall, da die Räumungsklage noch während der Laufzeit des angelegten Mietvertrages vom 30. April 2003 erhoben wurde. Der zuvor zitierte Senatsbeschluss ist dahin zu verstehen, dass der Streit über das Bestehen eines Mietverhältnisses sich nicht schon vor Erhebung der Räumungsklage durch Zeitablauf erledigt haben darf, wenn die pacht- und mietrechtliche Sondervorschrift des § 8 ZPO Anwendung finden soll.

14 Darauf, dass der angebliche Mietvertrag vom 30. April 2003 noch während des Berufungsverfahrens endete, kommt es nicht an. Da § 8 ZPO auf die „gesamte streitige Zeit“ abstellt, und zwar unabhängig davon, ob sie den Rechtsstreit überdauert oder nicht, verdrängt diese Vorschrift § 4 Abs. 1 ZPO (vgl.

Zöller/Herget ZPO 25. Aufl. § 8 Rdn. 5 m. N.), so dass § 8 ZPO selbst dann unverändert anwendbar bliebe, wenn das streitige Mietverhältnis bei Einlegung der Berufung (hier: 2. Januar 2004) auch nach dem Vortrag der Partei, die sich auf dieses Mietverhältnis beruft, bereits erloschen wäre. Dies stellt auch die Nichtzulassungsbeschwerde nicht in Abrede.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 839a BGB; §§ 72, 73 ZPO
Mietsache; Haftung des gerichtlichen Sachverständigen;
Streitverkündung zur Vorbereitung
von Haftungsansprüchen

Auch in Mietsachen ist die von einer Partei gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen erklärte Streitverkündung zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen aufgrund im Rechtsstreit erbrachter, angeblich fehlerhafter Gutachterleistungen unzulässig; eine gleichwohl erfolgte Zustellung der Streitverkündungsschrift ist rechtswidrig (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 27. Juli 2006 – VII ZB 16/06, NJW 2006, 3214).

(BGH, Beschluss vom 19.12.2006 – VIII ZB 49/06)

1 Zum Sachverhalt: Die Beklagten waren Mieter einer Wohnung der Kläger. Sie minderten die Miete unter Berufung auf Mängel der Mietwohnung.

2 Zur Feststellung der behaupteten Mängel haben die Beklagten ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet. Das Amtsgericht hat ein Sachverständigengutachten eingeholt. Die Beklagten haben den gerichtlich bestellten Sachverständigen (im Folgenden: Streitverkündeter) aufgrund des Inhalts seines Gutachtens wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und ihm im Hinblick auf einen möglichen Regressanspruch aus § 839a BGB den Streit verkündet mit der Aufforderung, dem Rechtsstreit beizutreten.

3 Der Streitverkündete hat gegen die Zustellung der Streitverkündungsschrift beim Amtsgericht „Beschwerde“ eingelegt mit dem Antrag, festzustellen, dass die Streitverkündung unzulässig ist und dass die Zustellung der Streitverkündungsschrift rechtswidrig erfolgt ist. Das Amtsgericht Hamburg-Barmbek hat diese Anträge in dem inzwischen anhängig gewordenen Hauptverfahren, in dem die Kläger die Beklagten unter anderem auf Zahlung rückständiger Miete in Anspruch nehmen, mit Beschluss vom 28. März 2006 abgelehnt. Auf die sofortige Beschwerde des Streitverkündeten hat das Landgericht Hamburg den Beschluss des Amtsgerichts abgeändert und die vom Streitverkündeten beantragten Feststellungen ausgesprochen. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer vom Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

4 Aus den Gründen: II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde der Beklagten ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

5 1. Das Landgericht hat mit Recht angenommen, dass die von den Beklagten gegenüber dem Sachverständigen erklärte Streitverkündung unzulässig ist und dass die Zustellung der Streitverkündungsschrift rechtswidrig erfolgt ist. Die Streitverkündung gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen gegen diesen aus angeblich fehlerhafter, im selben Rechtsstreit erbrachter Gutachterleistungen ist, wie der Bundesgerichtshof nach Erlass des angefochtenen Beschlusses entschieden hat, generell unzulässig; aus diesem Grund ist die Zustellung des Streitverkündungsschriftsatzes als rechtsmissbräuchlich zu verweigern (BGH, Beschluss vom 27. Juli 2006 – VII ZB 16/06, NJW 2006, 3214 unter II 3 b und c; vgl. auch bereits BGH, Urteil vom 12. Januar 2006 – VII ZR 207/04, BauR 2006, 716 unter II 1; OLG Koblenz, BauR 2006, 144; OLG München, IBR 2006, 239; OLG Celle, BauR 2006, 140; Böckermann, MDR 2002, 1348, 1350 f.).

6 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch nicht unter dem prozesualen Gesichtspunkt begründet, dass die sofortige Beschwerde des Streitverkündeten gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 28. März 2006, wie die Rechtsbeschwerde meint, nicht statthaft gewesen wäre. Eine etwaige Unstatthaftigkeit der sofortigen Beschwerde des Streitverkündeten könnte der Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg verhelfen, weil in einem solchen Fall auch die Rechtsbeschwerde selbst nicht statthaft wäre; deren Zulassung durch das Beschwerdegericht würde daran nichts ändern, so dass die Rechtsbeschwerde nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen könnte (BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2005 – II ZB 4/05, NJW-RR 2006, 286, unter III 1 und 2 m.w.Nachw.). Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die sofortige Beschwerde des Streitverkündeten statthaft war.

7 3. Die sofortige Beschwerde des Streitverkündeten war entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht verfristet. Maßgebend für den Lauf der Rechtsmittelfrist ist nicht, wie die Rechtsbeschwerde meint, der Zeitpunkt der Zustellung der Streitverkündungsschrift, sondern der Zeitpunkt der Zustellung des vom Streitverkündeten angefochtenen Beschlusses des Amtsgerichts, mit dem die Feststellungsanträge des Streitverkündeten abgelehnt worden sind. Dass insoweit die Frist gewahrt worden ist, zieht auch die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 114, 115 ZPO
Prozesskostenhilfe PKH für einen Gewerbebetrieb

Bei der Beurteilung der Bedürftigkeit der Partei hinsichtlich einer ihren Gewerbebetrieb betreffenden Rechtsverfolgung ist anhand der jeweiligen konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse zu prüfen, ob die Prozesskosten entweder unmittelbar aus dem Unternehmensvermögen oder durch Kreditaufnahme aufgebracht werden können. Auf eine Kreditaufnahme kann die Partei verwiesen werden, wenn diese im Rahmen eines ordnungsgemäßen kaufmännischen Geschäftsbetriebs erfolgen kann.

(BGH, Beschluss vom 7.12.2006 – VII ZB 50/06)

1 Zum Sachverhalt: Die Klägerin begehrt Prozesskostenhilfe für eine Klage auf rückständigen Werklohn in Höhe 6293,23 € für das Ausheben einer Baugrube. Das Landgericht Gera hat den Prozesskostenhilfeantrag mangels Bedürftigkeit der Klägerin gemäß § 114 ZPO zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Klägerin hatte keinen Erfolg.

2 Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Klägerin ihren Prozesskostenhilfeantrag weiter.

3 Aus den Gründen: II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

4 1. Das Beschwerdegericht [OLG Jena] führt aus, Kosten für die Rechtsverfolgung von den Gewerbebetrieb betreffenden Ansprüchen seien Betriebsausgaben, die aus dem Unternehmen aufzubringen seien. Falls die Einnahmen hierzu nicht ausreichen, seien andere unternehmerische Entscheidungen erforderlich, beispielsweise die Aufnahme eines Kredits. Die Prozesskostenhilfe sei eine staatliche Fürsorgeleistung, die nicht dazu diene, auf Kosten der Allgemeinheit die erfolglose wirtschaftliche Betätigung Einzelner zu subventionieren. Aus der von der Klägerin vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnung für das Geschäftsjahr 2004 ergebe sich, dass die Klägerin über ausreichende wirtschaftliche Bewegungsfreiheit verfüge, um die Prozesskosten aus einer erweiterten Kreditaufnahme zu bestreiten. Bei einer am Wirtschaftsleben teilnehmenden Person, die auch bei ordnungsgemäßem und erfolgreichem Geschäftsgang Verbindlichkeiten eingehe, die die zu tragenden Prozess-

kosten um ein Vielfaches überstiegen, bestünden regelmäßig keine Bedenken gegen die Zumutbarkeit einer Kreditaufnahme.

5 2. Dies hält der rechtlichen Überprüfung stand.

6 a) In Rechtsprechung und Literatur wird die Auffassung vertreten, ein Gewerbetreibender könne für einen zu seiner Unternehmenssphäre gehörenden Prozess regelmäßig keine Prozesskostenhilfe beanspruchen, weil es um Betriebsausgaben gehe, die grundsätzlich aus dem Unternehmen aufzubringen seien, gegebenenfalls auch durch Kreditaufnahme (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 320; OLG Nürnberg MDR 2003, 593, 594; OLG Schleswig OLGR 2002, 450; OLG Brandenburg FamRZ 1997, 681; MünchKomm-ZPO/Wax, 2. Aufl., § 115 Rdn. 92; Zöller/Philippi, ZPO, 25. Aufl., § 115 Rdn. 64; KaltHoener/Büttner/Wrobel-Sachs, Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe, 3. Aufl., Rdn. 351; teilweise einschränkend OLG Jena, OLG-NL 2005, 186 und OLGR Jena 2006, 198).

7 b) Der Senat hält diese Auffassung für zutreffend.

8 Der Gewerbetreibende darf bei der Prüfung der Frage, ob er in der Lage ist, die Prozesskosten zu bestreiten, nicht deswegen strenger Anforderungen unterworfen werden, weil die Kosten des Rechtsstreits Betriebskosten seines Unternehmens sind. Grundsätzlich muss auch dem gewerblich Tätigen in gleicher Weise wie dem Privatmann ermöglicht werden, seine Rechte gerichtlich zu verfolgen, wenn die Situation des Unternehmens die Finanzierung des Prozesses nicht zulässt, soweit § 116 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nicht eingreift.

9 Bei der Beurteilung der Bedürftigkeit der Partei hinsichtlich einer ihren Gewerbebetrieb betreffenden Rechtsverfolgung ist anhand der jeweiligen konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse zu prüfen, ob die Prozesskosten entweder unmittelbar aus dem Unternehmensvermögen oder durch Kreditaufnahme aufgebracht werden können. Auf eine Kreditaufnahme kann die Partei verwiesen werden, wenn diese im Rahmen eines ordnungsgemäßen kaufmännischen Geschäftsbetriebs erfolgen kann.

10 Da ein Unternehmer regelmäßig sowohl im Rahmen des laufenden Geschäftsgangs als auch zur Finanzierung von Investitionsentscheidungen auf Kreditmittel zurückgreift, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ihm dies auch zur Finanzierung eines Rechtsstreits über betriebliche Forderungen möglich und zumutbar ist. Dies kann allerdings im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage des Gewerbebetriebs auch anders zu beurteilen sein. Es ist daher Sache der um Prozesskostenhilfe nachsuchenden Partei darzulegen und glaubhaft zu machen, dass sie nicht über hinreichende Möglichkeiten verfügt, zur Finanzierung der anfallenden Prozesskosten im Rahmen einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Geschäftsführung einen Kredit aufzunehmen und ihn zu bedienen.

11 c) Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass ihr eine Kreditaufnahme im Rahmen eines ordnungsgemäßen kaufmännischen Geschäftsbetriebs nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Dazu hätte jedenfalls im Beschwerdeverfahren Anlass bestanden, da die Klägerin selbst davon ausging, dass ihr vom Landgericht im Hinblick auf die Möglichkeit einer Kreditaufnahme die Prozesskostenhilfe versagt worden ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. aber noch: Prozesskostenhilfe für einen Verein KG GuT 2006, 331, GuT 2006, 332 KL; PKH für Selbständige und Gewerbetreibende: OLG Celle GuT 2006, 80. – Vgl. auch BGH GuT 2006, 332 KL.

**§§ 78, 79 GBO; §§ 875, 928 BGB
Miteigentumsanteil am Grundstück; Dereliktion;
Verzicht auf den Miteigentumsanteil; Vorlagebeschluss**

Der Verzicht auf den Miteigentumsanteil an einem Grundstück ist eintragungsfähig.

Die Sache wird dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. 1. 2007 – I-3 Wx 247/06)

Zum Sachverhalt: Die Antragsteller sind Miteigentümer zu je $\frac{1}{118}$ des [...] Grundbesitzes. Sie erklärten mit notarieller Urkunde vom 6. April 2006 den Verzicht auf ihren jeweiligen Miteigentumsanteil und beantragten, diesen Verzicht in das Grundbuch einzutragen. In der Zeit von 1976 bis 1983 wurde bei einer Vielzahl von Grundstücksmiteigentumsanteilen der Verzicht auf das Eigentum eingetragen.

Den Antrag der Antragsteller hat die Rechtspflegerin mit Beschluss vom 6. Juni 2006 zurückgewiesen. Die gegen diesen Beschluss eingelegte Beschwerde hat sie dem Landgericht Wuppertal vorgelegt, das die Beschwerde mit Beschluss vom 22. Juni 2006 zurückgewiesen hat. Gegen diesen Beschluss richtet sich die weitere Beschwerde der Antragsteller.

Der Senat hat die Antragsteller darauf hingewiesen, dass er beabsichtige, die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen, und hat ihnen hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Von dieser Gelegenheit haben sie Gebrauch gemacht. Sie teilen die Auffassung des Senates, wenn sie auch der Meinung sind, dass in Ausnahmefällen der Verzicht eines Teilhabers auf Grundstücksmiteigentum die übrigen Teilhaber benachteiligen könne.

Aus den Gründen: II. Die weitere Beschwerde der Antragsteller ist gemäß § 78 Satz 1 GBO zulässig.

1. Der Senat hält das Rechtsmittel auch für begründet. Denn die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Rechtsverletzung (§ 27 FGG).

Das Landgericht hat die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss der Rechtspflegerin vom 6. Juni 2006 mit der Begründung zurückgewiesen, der Verzicht auf je $\frac{1}{118}$ Miteigentumsanteil an dem oben genannten Grundbesitz könne nicht eingetragen werden, weil es nicht zulässig sei, einen Grundstücksmiteigentumsanteil aufzugeben. Die Kammer ist der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 7. Juni 1991 – V ZR 175/90 - BGHZ 115, 1) gefolgt, wonach die das Gemeinschaftsverhältnis der Miteigentümer bestimmenden Vorschriften darauf angelegt sind, dass jeder Miteigentumsanteil einen Rechtsträger hat. Der Verzicht auf einen Miteigentumsanteil belaste die übrigen Miteigentümer, weil sie zwangsläufig einen höheren Anteil / Beitrag zu den Kosten und Lasten tragen müssten. Eine partielle Herrenlosigkeit nach Aufgabe des Miteigentums sei „schwer vorstellbar“. Das Miteigentum nach Bruchteilen sei an die (schuldrechtliche) Stellung des Miteigentümers als Teilhaber geknüpft und nicht abstrakt ausgestaltet.

a) Der Bundesgerichtshof hat in der genannten Entscheidung den Verzicht auf das Grundstücksmiteigentum für unwirksam erachtet. Jeder Teilhaber sei ... an die Gemeinschaft bis zu deren Aufhebung gebunden.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 928 BGB ergebe sich weder etwas für noch gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Grundstücksmiteigentum; die Klärung dieser Frage habe nach dem Willen des Gesetzgebers wegen ihrer praktisch sehr geringen Bedeutung Wissenschaft und Rechtsprechung vorbehalten bleiben sollen.

Die Frage der Anwendbarkeit des § 928 BGB auf Grundstücksmiteigentum verneint der Bundesgerichtshof, weil die Auswirkungen eines Verzichtes mit der sonstigen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses und mit der gesetzlichen Interessenbewertung nicht in Einklang stünden.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

Das Gemeinschaftsverhältnis sei – grundsätzlich – darauf angelegt, dass jeder Miteigentumsanteil einen Rechtsträger habe, der Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach dem Verhältnis seines Anteils trage. Der Verzicht eines Miteigentümers auf seinen Anteil belaste zwangsläufig die übrigen Teilhaber. Diese Mehrbelastung sei nicht gerechtfertigt, weil der Kostenaufwand der Werterhaltung jedes Miteigentumsanteils zugute komme, der aufgegebenen Anteil jedoch den übrigen Teilhabern nicht zuwachse.

Der einzelne Miteigentümer werde – auch bei Unzulässigkeit eines Verzichts auf seinen Anteil – nicht gegen seinen Willen an die Gemeinschaft gebunden, weil er jederzeit deren Aufhebung verlangen könne, § 749 Abs. 1 BGB. Im Regelfall sei ein Grundstück versteigerungsfähig und das Aufhebungsverlangen vollziehbar.

b) Dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist die Rechtsprechung (soweit ersichtlich ausnahmslos) und die Literatur – die zuvor mehrheitlich den anderen Standpunkt vertreten hatte (vgl. die Nachweise bei BGHZ 115, 1) – ganz überwiegend gefolgt (vgl. die Nachweise bei Reichard, Festschrift für Gerhard Otte, 2005, S. 265 ff., 266 FN 3). Andere (Kanzleiter NJW 1996, 905; MüKo-Kanzleiter, 4. Aufl., § 928, 3; Reichard, a. a. O., vgl. auch dessen weitere Nachweise S. 267 FN 6) halten dennoch den Verzicht auf einen Grundstücksmitteigentumsanteil weiterhin für zulässig.

c) Der Senat hat sich ebenfalls der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes angeschlossen (NJW-RR 2001, 233 [= WuM 2001, 35]), weil sich aus der gesetzlichen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses ergebe, dass jeder Teilhaber an die Gemeinschaft bis zu deren Aufhebung gebunden sei – zur Wahrung des Rechts der übrigen, nur nach dem Verhältnis ihres Anteils die Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums tragen zu müssen.

2. Hieran möchte der Senat nach erneuter Prüfung nicht mehr festhalten.

a) Kanzleiter (NJW 1996, 905) hat mit Recht darauf hingewiesen, dass der „historische Gesetzgeber“ die Aufgabe von Grundstücksmitteigentum (eindeutig) für zulässig gehalten habe.

Nach § 950 des ersten Entwurfs zum BGB sollten die Vorschriften über die Eigentumsaufgabe an einem Grundstück (§ 872 des ersten Entwurfs) und über die Eigentumsaufgabe an einer beweglichen Sache (§ 904 des ersten Entwurfs) „auch auf den Anteil eines Miteigentümers Anwendung“ finden (Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. III, Sachenrecht, Seite XXXVII, XX, XXVI).

Dazu heißt es in den Motiven, die Anwendbarkeit sei im Gesetz auszusprechen, da sonst leicht Zweifel entstehen könnten (Motive III, S. 443, zitiert nach Mugdan, a. a. O., S. 248). Zuvor wird in den Motiven die Frage erörtert, welche rechtliche Wirkung der Verzicht auf das Grundstücksmitteigentum habe (Anwachsung gem. der „modernen Doktrin“ oder Einräumung eines Rechts des Teilhabers auf Anfall des Anteils des Ausscheidenden oder Zueignung seitens des durch die Landesgesetze bezeichneten Zueignungsberechtigten – Mugdan, a. a. O.).

In der zweiten Lesung ist diese ausdrückliche Regelung über die Eigentumsaufgabe eines Grundstücksmitteigentümers (§ 950 des ersten Entwurfs) gestrichen worden (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. III, S. 279; Mugdan, a. a. O., S. 702).

Allerdings hatte die Streichung nicht den Grund, dass der Gesetzgeber den Verzicht auf Grundstücksmitteigentum nicht zulassen wollte. Die Kommission hatte sich in der maßgeblichen Sitzung der zweiten Lesung mit verschiedenen Anträgen zu § 950 des ersten Entwurfs befasst, die alle lediglich die schon im ersten Entwurf angesprochene Frage betrafen, welche rechtlichen Wirkungen die Aufgabe des Grundstücksmitteigentums habe (Anwachsung oder Zueignung des Fiskus oder der Teilhaber). Nach der Erörterung der verschiedenen Anträge heißt es, es falle entscheidend ins Gewicht, dass die Anträge eine so verwickelte Regelung erforderlich machten, wie sie der prak-

tisch sehr geringen Bedeutung der ganzen Frage nicht entsprechen würde. Aus diesem Grunde verdiene es den Vorzug, von einer besonderen Vorschrift über die in § 950 behandelten Fragen ganz abzusehen, und die Entscheidung derselben der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Die Mehrheit sei der Ansicht, dass diese Entscheidung fachlich übereinstimmend mit § 950 ausfallen müsse (Mugdan, a. a. O., S. 702 f.).

Das bedeutet, dass der historische Gesetzgeber sich zwar entschlossen hat, von einer besonderen Vorschrift über die in § 950 behandelten Fragen (also auch der Zulässigkeit des Verzichts auf Grundstücksmitteigentum) abzusehen – dies aber nur wegen der Schwierigkeit der Regelung der Rechtsfolgen dieses Verzichts. Mit Recht weist Kanzleiter (NJW 1996, 905) darauf hin, dass jedoch für die Mehrheit der Kommissionsmitglieder die Zulässigkeit einer solchen Dereliction selbstverständlich war.

b) Die Unzulässigkeit des Verzichts auf Grundstücksmitteigentum lässt sich nicht damit begründen, dass die Auswirkungen des Verzichts mit der sonstigen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses und mit der gesetzlichen Interessenbewertung nicht im Einklang stünden, weil diese Auswirkungen die übrigen Teilhaber unangemessen benachteiligten (BGHZ 115, 1).

aa) Verzichtet ein Teilhaber auf sein Grundstücksmitteigentum, benachteiligt das die übrigen Teilhaber rechtlich grundsätzlich nicht.

Eine solche Benachteiligung folgt insbesondere nicht daraus, dass die übrigen Teilhaber wegen der Herrenlosigkeit des aufgegebenen Anteils zwangsläufig einen höheren Beitrag zu Kosten und Lasten leisten müssen.

Welche Rechtsfolgen der Verzicht auf den Grundstücksmitteigentumsanteil haben würde, hat der historische Gesetzgeber – wie dargelegt – bewusst offengelassen.

Wenn der Verzicht auf Grundstücksmitteigentum zu dessen Herrenlosigkeit führt und der Anteil deshalb dem Aneignungsrecht des Fiskus unterliegt, so kommt es – jedenfalls nach dem vom Gesetz angenommenen Regelfall, auf den der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Aufhebung der Gemeinschaft ausdrücklich abstellt – gerade nicht zu einer dauerhaften Herrenlosigkeit des Miteigentumsanteils.

Die Annahme einer dauerhaften Herrenlosigkeit ist offensichtlich unzutreffend, wenn der Fiskus von seinem Aneignungsrecht Gebrauch macht (Hilbrandt, AcP 202 <2002> 631, 637).

Wenn der Fiskus auf sein Aneignungsrecht verzichtet, kann sich grundsätzlich jeder Dritte (vgl. die Bedenken bei Reichard, a. a. O., S. 280), jedenfalls aber jeder der anderen Teilhaber den herrenlosen Anteil aneignen (BGHZ 108, 278; darauf weisen auch Kanzleiter NJW 1996, 905 und Reichard, a. a. O. mit Recht hin).

Nach dem gesetzlichen Regelfall ist daher eine finanzielle Mehrbelastung durch eine höhere Beitragspflicht der anderen Teilhaber gerade nicht die zwangsläufige Folge des Verzichts auf einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück.

Im übrigen ist es durchaus fraglich, ob es zu einer höheren Beitragspflicht der übrigen Teilhaber führt, wenn ein Anteil herrenlos ist und bleibt. Grundsätzlich sind die verbleibenden Miteigentümer nach § 748 BGB nur nach dem Verhältnis ihres Anteils, also dem Bruchteil entsprechend (Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl., § 748, 2) verpflichtet, Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Gegenstands zu tragen. Ihre Belastung ändert sich also nicht (Hilbrandt, a. a. O.). Bei abweichender schuldrechtlicher Vereinbarung mit Dritten kommt ein Rückgriff der verbleibenden gegen den verzichtenden Miteigentümer im Wege des Gesamtschuldnerausgleiches in Betracht (Hilbrandt, a. a. O.).

bb) Jedenfalls würde eine höhere Beitragspflicht die verbliebenen Teilhaber nicht unangemessen benachteiligen. Zum einen steht es ihnen frei, sich den herrenlosen Anteil anzueignen, wenn der Fiskus auf sein Aneignungsrecht verzichtet. Zum anderen lässt das Gesetz selbst in §§ 875, 928 BGB eine einseitige Aufgabe dinglicher Rechte zu (es macht davon nur in

§ 26 ErbbauVO eine Ausnahme) und nimmt es in diesen ausdrücklich geregelten Fällen bewusst in Kauf, dass sich der Berechtigte einseitig künftiger öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen entzieht (Kanzleiter NJW 1996, 905; Hilbrandt, a. a. O., S. 638).

cc) Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Verzicht eines Teilhabers auf sein Grundstücksmitigentum die übrigen Teilhaber unangemessen benachteiligt, gebietet letztlich die prinzipielle Abstraktheit des Eigentums gegenüber schuldrechtlichen Bindungen, die Kostentragungspflicht von der dinglichen Rechtslage zu trennen. Dem Abstraktionsprinzip widerspricht es, im Hinblick auf die aus § 748 BGB folgenden schuldrechtlichen Rechte und Pflichten des Miteigentümers zur Kostentragung seine Befugnis zur freien Verfügung über seinen Anteil, § 747 Satz 1 BGB (auch § 903 BGB), sachenrechtlich dahin einzuschränken, dass die Verfügung in Form eines Verzichts unwirksam ist (vgl. Reichard, a. a. O., S. 267, 282).

Überdies ist es eine Frage der schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Teilhabern, ob bei einseitigem Ausscheiden eines von ihnen dessen Pflicht, Kosten zu tragen, fortbestehen soll. Der – dingliche – Anteilsverzicht ist davon unabhängig wirksam (vgl. Reichard, a. a. O., S. 283).

3. a) Die Entscheidung der Kammer hält daher der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil sie nach dem Vorgesagten zu Unrecht die die Eintragungsfähigkeit des Verzichts auf je $\frac{1}{118}$ Miteigentumsanteil an dem fraglichen Grundbesitz verneinende Entscheidung des Amtsgerichts Wuppertal – Rechtspfleger – bestätigt und das Rechtsmittel der Beschwerdeführer als unbegründet zurückgewiesen hat.

b) Der Senat möchte hiernach dem Antrag der Beschwerdeführer entsprechen und die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen beschließen, sieht sich jedoch durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 7. Juni 1991 – V ZR 175/90 - BGHZ 115, 1) hieran gehindert, in der die hier maßgebende Rechtsfrage anders beurteilt wird.

Deswegen ist die Sache dem Bundesgerichtshof gemäß § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO zur Entscheidung vorzulegen.

Mitgeteilt von RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf

Hinw. d. Red.: Vgl. KG – 8 U 263/05 – WuM 2006, 535 KL. Siehe auch OLG Düsseldorf GuT 2007, 42 (in diesem Heft): Dereliktion des Wohnungs- und Teileigentums.

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

Art. 14 GG; §§ 839, 852 a. F. BGB – Amtshaftung; Ausstattung der Gerichte; Verzögerung von Grundbucheintragungen; Entschädigung aus enteignungsähnlichem Eingriff

a) Der Staat hat seine Gerichte so auszustatten, dass sie die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerung abschließen können (hier: übermäßige Dauer der Bearbeitung von Anträgen durch das Grundbuchamt wegen Überlastung). Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann den Justizbehörden insgesamt als drittrichtete Amtspflicht obliegen (teilweise Abweichung von BGHZ 111, 272).

b) Zum Beginn der Verjährung von Amtshaftungsansprüchen wegen pflichtwidriger Unterlassung.

c) Wird durch eine rechtswidrige Verzögerung der Eintragung von Auflassungsvormerkungen im Grundbuch die beabsichtigte Veräußerung von Eigentumswohnungen zeitweilig verhindert, so kann dies einen Entschädigungsanspruch des betroffenen Grundstückseigentümers aus enteignungsähnlichem Eingriff begründen (Fortführung von BGHZ 134, 316 und 136, 182).

(BGH, Urteil vom 11.1.2007 – III ZR 302/05)

Hinw. d. Red.: Zur Veröffentlichung u. a. in BGHZ vorgehen. Siehe dazu Pressemeldung Nr. 4/2007 des BGH vom 11.1.2007 in GuT 2007, 58 (in diesem Heft).

§§ 60, 61 KostO; § 2048 BGB – Grundbucheintragung eines Miterben nach der Auseinandersetzung; Gebühren; Geschäftswert für die Eintragung

1. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach die Gebührenfreiheit des § 60 Abs. 4 KostO nicht eingreift, wenn der einzutragende (Mit)Erbe nicht unmittelbar aufgrund der Erbfolge gemäß § 1922 Abs. 1 BGB, sondern erst aufgrund eines Auseinandersetzungsvertrages mit den Miterben als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird.

2. Dies gilt auch, wenn die Eintragung der Miterben aufgrund eines notariellen Übertragungsvertrages zur Erfüllung einer vom Erblasser testamentarisch getroffenen Teilungsanordnung stattfindet.

3. Der Geschäftswert für die Eigentumseintragung eines Miterben, der aufgrund einer Erbauseinandersetzung Grundeigentum erworben hat, bemisst sich auch dann nach § 61 Abs. 1 Satz 1 KostO, wenn die Erbengemeinschaft auf eine gebührenfreie Voreintragung gemäß § 60 Abs. 4 KostO, § 40 GBO verzichtet hat und die Eintragung binnen der Jahresfrist des § 60 Abs. 4 KostO beantragt wird.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. 6. 2006 – I-10 W 40/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29. 3. 2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 133, 157, 276, 278, 328, 330, 364, 488, 492 BGB; § 286 ZPO; §§ 159, 166, 167 VVG – Hotelgrundstück; Deckungslücke einer zur Kredittilgung bestimmten Kapitallebensversicherung; vorvertragliche Aufklärungspflicht der Bank

1. Ist die Ablauleistung einer zur Kredittilgung an eine Bank abgetreten Kapitallebensversicherung niedriger als erwartet, kann in der Regel nicht von einer Leistung an Erfüllung statt ausgegangen werden. Für eine abweichende Parteivereinbarung ist der Bankkunde beweispflichtig.

2. Gegenüber einem geschäftserfahrenen Kunden (hier: Inhaber eines mittleren Hotelbetriebes) ist die Bank nicht verpflichtet, vorvertraglich auf das Risiko der Unterdeckung hinzuweisen.

(OLG Koblenz, Urteil vom 7.12.2006 – 5 U 735/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29. 3. 2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 346 HGB; § 320 BGB – Schweigen im kaufmännischen Geschäftsverkehr; kaufmännisches Bestätigungsschreiben; Sukzessivlieferungsvertrag

Welche Bedeutung dem Schweigen auf ein Schreiben, das kaufmännische Vereinbarungen wiedergibt, beizumessen ist, wenn um Gegenbestätigung gebeten wurde, lässt sich nicht allgemein entscheiden, sondern ist im Einzelfall zu prüfen (Bestätigung von BGH, Urt. v. 18. 3. 1964 – VIII ZR 281/62, NJW 1964, 1269, 1270; RGZ 106, 414, 416; 104, 201, 202).

Ein Rahmenvertrag, der bestimmte Bedingungen für abzuschließende Einzelverträge der Parteien festlegt, begründet nicht anders als ein Sukzessiv- oder Dauerlieferungsvertrag Gegenseitigkeit zwischen den wechselseitigen Leistungspflichten aus den verschiedenen Einzelverträgen.

(BGH, Urteil vom 24.10.2006 – X ZR 124/03)

**§ 536 BGB; §§ 1, 21, 29–31, 34 BJagdG;
§§ 22, 32 LJG NRW – Jagdpacht; Wildbestand;
Abschussplan; Zusicherungen; Wildschadenshöhe;
Wildäsungsfläche**

1. Der Jagdausübungsberechtigte hat keinen Anspruch auf einen bestimmten Wildbestand.

2. Mit dem in der Ausschreibung in Bezug genommenen Abschussplan (hier: festgesetztem Abschuss für die Jagdjahre 1998/1999 bis 2000/2001 von 54 Stück Rehwild), übernimmt der Verpächter keine Zusicherung für einen bestimmten Wildbestand und dessen Bejagbarkeit.

3. Ist zu Beginn des Jagdpachtvertrages ausdrücklich klar gestellt, dass eine Haftung für die Ergiebigkeit der Jagd nicht in Betracht kommt, scheidet eine Zusicherung aus.

4. Enthält die Präambel zu einem Jagdpachtvertrag die Mitteilung, der durchschnittliche Wildschaden der vergangenen Jahre habe ca. 1000,00 DM betragen, liegt hierin keine Zusicherung, dass sich ein Wildschaden auch für künftige Jahre lediglich auf eine Größenordnung dieser Art belaufen werde.

5. Zur Frage, ob eine unzureichende Mitwirkung der Jagdgenossenschaft bei der Anpachtung von Wildäsungsflächen einen Schadensersatzanspruch des Jagdpächters auslösen kann.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.12.2006 – I-10 U 103/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

Zur Jagdpacht vgl. auch BGH GuT 2006, 166; GuT 2006, 78; GuT 2006, 49; GuT 2004, 187; GuT 2004, 19; OLG Koblenz GuT 2004, 126; GuT 2003, 226; OLG Düsseldorf GuT 2003, 96; OLG Celle GuT 2003, 227; LG Landau GuT 2003, 227.

Zur Zwangsmitgliedschaft in der Jagdgenossenschaft siehe BVerfG-Pressemitteilung vom 12.1.2007 zu – 1 BvR 2084/05 –, GuT 2007, 57 (in diesem Heft).

§§ 278, 328 BGB – Einschluss des Grundstücksmieters in den Schutzbereich des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Gemeinde und Anschlussnehmer der gemeindlichen Abwasserkanalisation; Bauarbeiten nahe der Abwasserleitung; Überschwemmung im Haus durch Rückstau

a) Beim Betrieb einer gemeindlichen Abwasserkanalisation besteht zwischen der Gemeinde und dem einzelnen Anschlussnehmer ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis, das eine Haftung für Erfüllungsgehilfen entsprechend § 278 BGB begründen kann. In den Schutzbereich dieses Schuldverhältnisses ist auch der Mieter des angeschlossenen Grundstücks einbezogen.

b) Zur Haftung der Gemeinde für die Verletzung von Schutz- und Obhutspflichten bei Bauarbeiten nahe der Abwasserleitung durch einen von der Gemeinde beauftragten Unternehmer.

(BGH, Urteil vom 14.12.2006 – III ZR 303/05)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2007, 76.

§ 535, 280, 546 BGB – Gewerberaummiete; Arztpraxis; Schönheitsreparatur; Vornahmepflicht des Mieters; Wegnahme zulässiger Einbauten

1. Die Klausel „Der Mieter wird Schönheitsreparaturen nach den Erfordernissen der Praxis vornehmen.“ belastet den Mieter mit der Renovierungspflicht und stellt nicht lediglich den Vermieter von dieser Pflicht frei.

2. Ein nach dem Mietvertrag zulässiger, dem Vermieter aber vertragswidrig nicht angezeigter Einbau muss von dem Mieter

nicht weggenommen werden, wenn ihm die Wegnahme vertraglich freigestellt ist (hier: Parkettboden in einer gemieteten Arztpraxis).

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.6.2006 – I-24 U 166/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 535, 545, 546 BGB – Gewerberaummiete; Ablauf; Stillschweigende Vertragsverlängerung; Neubegründung; Wegnahmepflichten des Mieters

1. Setzt der Mieter nach Ablauf eines Mietverhältnisses den Mietgebrauch unter Weiterzahlung des als Miete vereinbarten Entgelts fort und nimmt der Vermieter dieses Verhalten hin, so besteht zwischen ihnen nicht nur ein faktisches Nutzungsverhältnis, sondern weiterhin der bisherige Vertrag oder ein neuer Mietvertrag zu den bisherigen Vertragsbedingungen, allerdings mit gesetzlicher Kündigungsfrist.

2. Die Wegnahmepflicht des Mieters ist nicht auf Einrichtungen beschränkt, sondern umfasst auch bauliche Veränderungen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.6.2006 – I-24 U 189/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 556a BGB – Betriebskostenabrechnung der Wohnraummiete im gemischt genutzten Gebäude; Vorwegabzug

Rechnet der Vermieter preisfreien Wohnraums über Betriebskosten in gemischt genutzten Abrechnungseinheiten nach dem Flächenmaßstab ab, ohne einen Vorwegabzug der auf Gewerbeflächen entfallenden Kosten vorzunehmen, so trägt der Mieter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass diese Kosten zu einer erheblichen Mehrbelastung der Wohnraummieter führen und deshalb ein Vorwegabzug der auf die Gewerbeflächen entfallenden Kosten geboten ist (im Anschluss an Senatsurteil vom 8. März 2006 – VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 [= WuM 2006, 200]).

(BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 251/05)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2006, 684. – Zur Betriebskostenabrechnung der Geschäftsraummiete im gemischt genutzten Gebäude vgl. KG GuT 2006, 232.

§§ 573, 278 BGB – Rechtsberater als Erfüllungsgehilfe des mietzinspflichtigen Mieters

Der Mieter ist im Rahmen von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch für das schuldhaftes Verhalten eines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB verantwortlich; die ordentliche Kündigung des Vermieters wegen einer nicht unerheblichen Vertragsverletzung setzt nicht ein eigenes schuldhaftes Verhalten des Mieters voraus.

Ein Mieterschutzverein, der den Mieter bei der Entscheidung darüber berät, ob er von einem Zurückbehaltungsrecht an der Miete Gebrauch machen soll, ist Erfüllungsgehilfe des Mieters bei der Erfüllung der Verpflichtung zur Entrichtung der Miete.

(BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2007, 24.

§ 652 BGB – Maklervertrag; Grundstückskauf; Hinweis auf das Provisionsverlangen bei Übergabe eines Exposés

Zur Frage eines eindeutigen Provisionsverlangens des Maklers, der ein Objekt den Kaufinteressenten durch Zusendung oder Aushändigung eines Exposés mit einem entsprechenden Hinweis anbietet.

(BGH, Urteil vom 16.11.2006 – III ZR 57/06)

§§ 464, 652 BGB – Bindung des Vorkaufsberechtigten an eine Maklerklausel im Grundstückskaufvertrag; atypisches Kaufgeschäft

Reicht der Meistbietende eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens zum Kauf eines Grundstücks seine Position gegen ein Provisionsversprechen an einen anderen Kaufinteressenten weiter, so bindet eine daran anknüpfende sog. Maklerklausel im Kaufvertrag (vgl. BGHZ 131, 318) nicht den Vorkaufsberechtigten.

(BGH, Urteil vom 11.1.2007 – III ZR 7/06)

§ 307 BGB; § 9 AÜG – Personalvermittlungsentgelt bei Arbeitnehmerüberlassung; sog. Klebeffekt

Seit In-Kraft-Treten des § 9 Nr. 3 AÜG in der Fassung des „Hartz III-Gesetzes“ vom 23. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2848, 2909) kann sich der Verleiher vom Entleiher auch formularmäßig eine angemessene Vermittlungsprovision für den Fall versprechen lassen, dass der Entleiher den Leiharbeitnehmer im Anschluss an die Überlassung übernimmt (anders noch Senatsurteil BGHZ 155, 311 zu § 9 Nr. 4 AÜG a. F.).

(BGH, Urteil vom 7.12.2006 – III ZR 82/06)

Art. 1 § 1 RBERG – Rechtsberatung; fachtechnische Überprüfung von Gebührenrechnungen; Architektenhonorar

Die fachtechnische Überprüfung von Architektenleistungen und deren Berechnung ist keine unerlaubte Rechtsberatung.

(BGH, Urteil vom 7.12.2006 – VII ZR 290/04)

§ 535 BGB – Mietzinsklage eines Mitvermieters; Verjährungsunterbrechung durch Mahnbescheid des Nichtberechtigten

1 Mit am 29. Dezember 2000 beantragtem und am 3. April 2001 zugestelltem Mahnbescheid verlangte der Kläger 45 231,18 DM Mietrückstand nebst Kosten und teilweise kapitalisierten Zinsen aus zwei Gewerbemietverträgen, die die Beklagte in beiden Fällen mit ihm und einem Dritten als Vermietern geschlossen hatte.

2 Er bezifferte den ursprünglichen Mietrückstand für die Jahre 1995 bis 1998 auf insgesamt 64 050,08 DM; hiervon sei der Rückstand aus 1995 (16 167,20 DM) und ein Teilbetrag von 2652,70 DM des Rückstandes aus 1996 dadurch getilgt, dass er insoweit die Aufrechnung gegen zwei unstreitige Gegenforderungen der Beklagten von zusammen 18 818,90 DM erklärt habe.

3 Nachdem die Beklagte Widerspruch eingelegt und eingewandt hatte, die geltend gemachte Forderung stehe beiden Vermietern zur gesamten Hand zu und könne nicht vom Kläger allein eingeklagt werden, legte der Kläger eine von ihm und dem Dritten unterzeichnete Erklärung vom 23. Mai 2002 vor, mit der dieser vorsorglich seine Ansprüche gegen die Beklagte abtrat und sich damit einverstanden erklärte, dass der Kläger die Ansprüche im eigenen Namen geltend mache.

4 Die Beklagte berief sich im Folgenden – nunmehr in erster Linie – auf Verjährung der bis Ende 1997 angefallenen Rückstände, weil die Erklärung vom 23. Mai 2002 nicht rückwirkend

zur Unterbrechung der Verjährung durch die Zustellung des von einem Nichtberechtigten erwirkten Mahnbescheides geführt habe (unter Hinweis auf BGH NJW 1972, 1580).

[...]

19 Hier liegen weder Anhaltspunkte, geschweige denn Feststellungen dazu vor, dass der Kläger Verwalter der Vermietergemeinschaft gewesen sei oder deren Mitglieder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gebildet hätten, abgesehen davon, dass auch im letzteren Fall nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf [GE 2003, 183 = GuT 2003, 18–19 KL] keine Prozessführungsbefugnis eines einzelnen Gesellschafters bestanden hätte.

20 Aber selbst dann, wenn das Berufungsgericht diesen Entscheidungen rechtsirrig entnommen hätte, der Kläger sei von Anfang an prozessführungsbefugt gewesen, hätte dies eine Auseinandersetzung mit den tragenden Gründen der erstinstanzlichen Entscheidung zur Frage der Unterbrechung der Verjährung durch den Mahnbescheid und insbesondere mit der von der Beklagten angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofes nicht erübrigen können. Denn die Klage eines Nichtberechtigten, der die Forderung erst später erwirbt oder bei dem die Voraussetzungen einer gewillkürten Prozeßstandschaft vorliegen, unterbricht die Verjährung erst mit dem Wirksamwerden des Erwerbs bzw. erst dann, wenn er zum Ausdruck bringt, dass er ein fremdes Recht im eigenen Namen kraft einer ihm erteilten Ermächtigung geltend macht (BGH, Urteil vom 30. Mai 1972 a. a. O.; BGHZ 78, 1, 6). Daran fehlte es hier bis zur Vorlage der Erklärung vom 23. Mai 2002.

(BGH, Beschluss vom 8.2.2006 – XII ZR 86/03)

§§ 142, 384 ZPO – Zeugnisverweigerung des Drittbeteiligten; Zusage erzielter Mieteinnahmen im Wohnblock-Verkaufsobjekt

a) Die Anordnung zur Vorlage von Urkunden oder anderen Unterlagen nach § 142 ZPO kann auch der Bereitstellung von Beweismitteln dienen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 11. Juli 2000 – X ZR 126/98 – NJW 2000, 3488).

b) Eine gemäß § 142 ZPO als Dritte auf Vorlage von Unterlagen in Anspruch genommene juristische Person kann die Herausgabe verweigern, wenn ihr dadurch ein eigener vermögensrechtlicher Schaden entstehen würde (§ 142 Abs. 2 Satz 1 ZPO i. V. m. § 384 Nr. 1 ZPO). Hierfür genügt es, dass die Durchsetzung von Ansprüchen gegen sie auch nur erleichtert würde (Abweichung von RGZ 32, 381).

(BGH, Beschluss vom 26.10.2006 – III ZB 2/06)

§ 714 BGB; § 170 ZPO – Zwangsverwaltung; Zustellung an die BGB-Gesellschaft

Der die Zwangsverwaltung anordnende Beschluss kann wirksam dem geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugestellt werden.

(BGH, Beschluss vom 7.12.2005 – V ZB 166/05)

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; RiOLG Weller, Koblenz; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf.

GuT-Netzwerk

Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

www.gut-netzwerk.de

Hinweise in GuT 2007, 9

Teileigentum

§ 258 ZPO

Teilerbbaurecht; Ladenlokal; Erhöhung des Erbbauzinses; künftige Verpflichtung zur Zahlung; Verbraucherpreisindex; Wertsicherungsklausel

Die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel steht der Verurteilung zur Zahlung von künftigem Erbbauzins nicht entgegen.

(BGH, Urteil vom 17.11.2006 – V ZR 71/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks in W. Das Grundstück ist mit einem Erbbaurecht belastet, das nach § 30 WEG geteilt ist. Der Beklagten steht das Teilerbbaurecht an zwei als Ladenlokale genutzten Einheiten zu. Der für die Einheiten halbjährlich geschuldete Erbbauzins von 571,66 € bzw. 487,21 € wird von der Beklagten bezahlt. Zur Höhe des Erbbauzinses heißt es in der hierzu getroffenen Vereinbarung weiter:

„Sollte der ... Erbbauzins nicht mehr zeitgemäß sein, so kann jede Partei eine Angleichung an die dann gegebenen Wirtschafts- und Währungsverhältnisse verlangen.“

Der Abänderungsanspruch ist frühestens 3 Jahre nach Vertragsschluss ohne weiteren Nachweis und ausschließlich dann gegeben, wenn sich der vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden für einen 4-Personen-Haushalt von Angestellten und Arbeitern mittleren Einkommens ermittelte Lebenshaltungskostenindex gegenüber dem Monatsindex zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses um 10 Punkte oder mehr ändert (1985 = 100). Der dann geschuldete Erbbauzins erhöht bzw. ermäßigt sich um soviel vom Hundert, wie der Lebenshaltungskostenindex zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Abänderungsanspruchs des Monatsindex zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses übersteigt bzw. unterschreitet.

Der beiderseitige Abänderungsanspruch ist auch in jedem weiteren Falle der Änderung des Lebenshaltungskostenindex um 10 Punkte oder mehr gegenüber dem jeweils geltenden Stand wiederum gegeben, frühestens jedoch nach drei Jahren.

Der neue Erbbauzins gilt von dem auf die Geltendmachung folgenden 01. Januar an. ...“

2 Gestützt hierauf verlangte die Klägerin mit Schreiben vom 28. Dezember 2001 von der Beklagten, den Erbbauzins für ihre Teileinheiten ab dem 1. Januar 2002 zu erhöhen und die Regelung zu dessen Anpassung zu ändern, weil das Statistische Bundesamt seit Beginn des Jahres 2002 anstelle des vereinbarten Indexes nur noch den Verbraucherpreisindex ermittelt.

3 Die Klägerin hat vor dem Amtsgericht Werl zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie halbjährlich zum 1. Januar bzw. 30. Juni eines jeden Jahres, beginnend mit dem 30. Juni 2005, zusätzlich zu dem für das Ladenlokal Nr. 3 gezahlten Erbbauzins von 571,66 € weitere 91,47 € sowie zusätzlich zu dem für das Ladenlokal Nr. 2 gezahlten Erbbauzins von 487,21 € weitere 77,95 € zu zahlen, und festzustellen, dass die Änderung des Erbbauzinses künftig nach dem Verbraucherpreisindex zu bestimmen sei. Die Beklagte hat den Feststellungsantrag anerkannt. Das Amtsgericht hat sie gemäß ihrem Anerkenntnis verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Landgericht Arnberg hat der Klage wegen der während des Berufungsverfahrens am 30. Juni 2005 und 1. Januar 2006 fällig gewordenen Erhöhungsbeträge von insgesamt 338,84 € stattgegeben und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die von dem Landgericht zugelassene Revision, mit der die Klägerin die Verurtei-

lung der Beklagten zur Zahlung von halbjährlich weiteren 91,47 € bzw. 77,95 € über die freiwillig gezahlten Beträge hinaus für den Zeitraum ab dem 30. Juni 2006 erstrebt.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hält die Klage für unzulässig, soweit die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zu künftigen Zahlungen beantragt. Es meint, der Anspruch auf künftigen Erbbauzins sei zwar auf eine wiederkehrende Leistung im Sinne von § 258 ZPO gerichtet. Einer Titulierung stehe jedoch entgegen, dass die Höhe der künftigen Zahlungsverpflichtungen der Beklagten im Hinblick auf die vereinbarte Wertsicherungsklausel nicht mit hinreichender Sicherheit bestimmt werden könne.

5 Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 II. Die Beklagte schuldet der Klägerin die für die Zukunft verlangten Erhöhungsbeträge. Die Abänderbarkeit des Erbbauzinses auf Grund der vereinbarten Wertsicherungsklausel steht der beantragten Verurteilung der Beklagten nicht entgegen.

7 1. Ziel der Leistungsklage ist die Schaffung eines Titels zur Durchsetzung eines geltend gemachten Anspruchs. Eine Klage kann daher grundsätzlich nur erfolgreich sein, wenn die von dem Kläger zur Entscheidung gestellte Forderung fällig ist (Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 257 Rdn. 1). Fehlt es hieran, ist die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen (Musiak/Foerste, ZPO, 4. Aufl. § 257 Rdn. 1; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 257 Rdn. 1). Dieser Grundsatz wird in den von § 257 bis 259 ZPO bestimmten Fällen zu Gunsten des Klägers durchbrochen. Nach § 258 ZPO sind wiederkehrende Leistungen schon vor Eintritt der Fälligkeit des jeweiligen Teilanspruchs der Titulierung zugänglich. Dadurch wird es dem Gläubiger erspart, über jede Rate auf der Grundlage sich stets wiederholenden Vortrags immer wieder einen Titel erwirken zu müssen (Musiak/Foerste, a. a. O., § 258 Rdn. 1; Stein/Jonas/Schumann, a. a. O., § 258 Rdn. 1).

8 Voraussetzung der Titulierung nach § 258 ZPO ist ein Anspruch auf eine „wiederkehrende Leistung“. Wiederkehrend im Sinne der Vorschrift sind Ansprüche, die sich als einheitliche Folgen aus einem Rechtsverhältnis ergeben, so dass die einzelne Leistung in ihrer Entstehung nur noch vom Zeitablauf abhängig ist (BGH, Urt. v. 10. Juli 1986, IX ZR 138/85, WPM 1986, 1397, 1399). So verhält es sich u. a. mit nach Zeitabschnitten fällig werdenden Rentenansprüchen, vgl. §§ 759, 843 Abs. 2, 844 Abs. 2, 912 ff. BGB, Unterhaltsansprüchen, vgl. §§ 1361 Abs. 4, 1612 BGB, und auch dem Anspruch auf den Erbbauzins gemäß § 9 ErbbauVO (Musiak/Foerste, a. a. O., § 258 Rdn. 2).

9 Die Titulierung der künftig fällig werdenden Beträge aus einer Verpflichtung zu einer wiederkehrenden Leistung kann jedoch nur auf der Grundlage des im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung festgestellten Sachverhaltes erfolgen. Das steht der Verurteilung für einen Zeitraum entgegen, für den die Grundlage der Leistungspflicht nach Grund und Höhe nicht mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden kann (BGHZ 76, 259, 273; BGH, Urt. v. 15. März 1983, VI ZR 187/81, NJW 1983, 2197; RGZ 145, 196, 198; MünchKomm-ZPO/Lüke, 2. Aufl., § 258 Rdn. 10). Die Unzulässigkeit der Verurteilung dient dem Schutz des Schuldners. Er darf nicht zu einer Leistung verurteilt werden, von der nicht angenommen werden kann, dass sie tatsächlich geschuldet sein wird.

10 So verhält es sich nicht bei Rentenleistungen, deren Höhe von einem Lebenshaltungskosten- oder Verbraucherpreisindex abhängig ist. Die Bindung der Leistungspflicht an einen solchen Index führt nicht dazu, dass die Höhe der Leistungsverpflichtung einem ständigen Wechsel unterworfen wäre. Tatsächlich hat sie das Gegenteil zum Ziel, nämlich das wirtschaftliche

Äquivalent der Zahlungsverpflichtung konstant zu halten. Der Lebenshaltungskosten- und der Verbraucherpreisindex ändern sich nicht abrupt oder unabsehbar, sondern stetig, und zwar nach aller Erfahrung nach oben. Dass der Index auf einen Betrag sinken könnte, der eine Angleichung des Erbbauzinses nach unten rechtfertigt, ist unwahrscheinlich. Seit der Feststellung des jeweiligen Index durch das Statistische Bundesamt sind weder der Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Haushalts von Arbeitern und Angestellten mittleren Einkommens noch der Verbraucherpreisindex jemals nennenswert gesunken. Es besteht daher kein Anlass, den Schuldner einer hiernach zu bestimmenden Leistungspflicht vor der Titulierung einer aus diesem Grunde überhöhten Leistungsverpflichtung zu schützen. Eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten, die hinter der von der Klägerin beantragten Verurteilung zurückbliebe, bedeutet vielmehr eine allenfalls theoretische Möglichkeit und steht auch schon deshalb der beantragten Entscheidung nicht entgegen (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 258 Rdn. 1 b).

11. 2. Gegen die Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Verpflichtung erhebt die Beklagte keine Einwendungen. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 1 HöfeO; § 1 WEG
Hofeigenschaft; Wohnungs- und Teileigentum
an der Hofstelle

Durch die Begründung von Wohnungs- und Miteigentum an der Hofstelle wird die Hofeigenschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 HöfeO jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn ein Wohnungs- und Miteigentumsanteil auf einen Dritten auch übertragen wird.

(OLG Köln, Beschluss vom 26. 9. 2006 – 23 WLw 3/06)

Zum Sachverhalt: Der Antragsteller war Alleineigentümer des im Grundbuch von I Blatt xxx eingetragenen landwirtschaftlichen Grundbesitzes. Im Jahre 1996 begründete er an den Grundstückspartellen Gemarkung I, Flur 16, Flurstück 17, und Flur 16, Flurstück 46, auf denen die Hofstelle liegt, Wohnungs- und Teileigentum in der Weise, dass ihm 9/10 Miteigentumsanteil verblieben und ein Miteigentumsanteil von 1/10 auf den Beteiligten zu 2., den Sohn V Q, übertragen wurden, jeweils verbunden mit Sondereigentum an den Hofgebäuden (Wohnungsgrundbuch von I Blatt xxx1). Auf Ersuchen des Landwirtschaftsgerichts wurde am 21. 3. 1997 der Hofvermerk im Grundbuch von I Blatt xxx gelöscht.

Der Antragsteller hat mit Urkunde vom 28. 4. 2005 (UR-Nr. ###/2005 des Notars P) beantragt, den Hofvermerk in den Grundbüchern von I Blatt xxx und xxx1 einzutragen (2 Lw 36/05 – Landwirtschaftsgericht Wesel). Mit Vertrag vom selben Tag (UR-Nr. ##1/2005 des Notars P) hat der Antragsteller den im Grundbuch von I Blatt xxx und xxx1 eingetragenen Grundbesitz auf den Beteiligten zu 1., seinen Sohn H X Q, übertragen (2 Lw 37/05 Landwirtschaftsgericht Wesel). Der Antragsteller hat beantragt, gemäß § 11 Abs. 1 a HöfeVfO die Hofeigenschaft festzustellen und die Eintragung des Hofvermerks in den Grundbüchern von I Blatt xxx und xxx1 zu veranlassen. Zur Begründung hat er ausgeführt, bei der Hofstelle handele es sich zwar um einen Miteigentumsanteil von 90/100 am Grundbesitz, es sei aber ein in sich abgeschlossener Gebäudekomplex. Bei der im Eigentum des Beteiligten zu 2. stehenden Wohnungseigentumseinheit handele es sich um das etwa 50 Meter vom Hof entfernt errichtete Altenteilerhaus, das zur Erbabfindung seinem Sohn V übertragen worden sei. Eine sachenrechtliche Verwirrung sei nicht festzustellen.

Die Landwirtschaftskammer Nordrhein-Westfalen hat gegen den Antrag Bedenken vorgetragen.

Das Landwirtschaftsgericht hat den Antrag zurückgewiesen und festgestellt, dass die in den Grundbüchern von I Blatt xxx

und I Blatt xxx1 eingetragene Grundbesitzung kein Hof im Sinne der Höfeordnung ist. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Voraussetzungen der Hofeigenschaft nach § 1 Abs. 1 HöfeO seien nicht erfüllt, da die Hofstelle nicht im Alleineigentum des Antragstellers stehe.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers, mit der er beantragt, den Beschluss des Amtsgerichts Wesel vom 27. 4. 2006 aufzuheben, damit die Hofeigenschaft wieder eingeführt und der Hofvermerk in den Grundbüchern von I Blatt xxx und Blatt xxx1 eingetragen wird.

Aus den Gründen: II. Die nach § 22 Abs. 1 LwVG zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Amtsgericht festgestellt, dass die landwirtschaftliche Besitzung kein Hof im Sinne der Höfeordnung (HöfeO) ist. Nach § 1 Abs. 1 HöfeO ist Hof im Sinne dieses Gesetzes eine im Gebiet der Länder Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein belegene land- oder fortwirtschaftliche Besitzung mit einer zu ihrer Bewirtschaftung geeigneten Hofstelle, die im Alleineigentum einer natürlichen Person oder im gemeinschaftlichen Eigentum von Ehegatten (Ehegattenhof) steht oder zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, sofern sie einen Wirtschaftswert von mindestens 20 000 DM hat. Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben, da die Hofstelle durch die Bildung von Wohn- und Teileigentum und Übertragung eines Miteigentumsanteils auf den Beteiligten zu 2. nicht im Alleineigentum des Antragstellers steht. Die Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, einhellig der Auffassung, dass durch die Begründung von Wohnungs- und Miteigentum an der Hofstelle die Hofeigenschaft jedenfalls dann entfällt, wenn der Hofeigentümer Wohnungs- und Teileigentum an der Hofstelle nicht nur begründet, sondern einen Wohnungs- und Miteigentumsanteil auf einen Dritten auch überträgt (OLG Oldenburg AgrarR 1993, 326 mit kritischer Anmerkung Bendel = Rechtspfleger 1993, 149 mit zustimmender Anmerkung Hornung = RdL 1993, 322 = NJW-RR 1993, 1235; OLG Hamm AgrarR 1991, 130, 131; AG Warendorf AgrarR 1987, 272; zustimmend Lange/WvV/Lüdtke-Handjery, HöfeO, 10. Auflage, § 1 Rn. 30). Zwar wird im Schrifttum auch die gegenteilige Ansicht vertreten, dass die Begründung und Übertragung von Wohneigentum an der Hofstelle die Hofeigenschaft nicht ausschließt (Faßbender/Hötzl/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Auflage, § 1 Rn. 30 und 58; Wöhrmann, Das Landwirtschaftsrecht, 8. Auflage, § 1 Rn. 60; Bendel/Rinck, AgrarR 1987, 264, 265 f.; Bendel, AgrarR 1987, 327). Dem ist jedoch nicht zu folgen.

§ 1 HöfeO verlangt Alleineigentum einer natürlichen Person. Konstitutiv für die Hofeigenschaft ist danach, dass die Person, die den Hof bewirtschaftet, alleiniger Eigentümer der Hofstelle ist. Auch im Falle des gemeinschaftlichen Eigentums von Ehegatten (Ehegattenhof) oder des Gesamtgutes einer fortgesetzten Gütergemeinschaft ist das Erfordernis der Einheit von Bewirtschaftung und Eigentum gewährleistet. Durch die Begründung und Übertragung von Wohnungseigentum wird diese Einheit aufgelöst. Das Wohnungseigentum verbindet das Alleineigentum an einer Wohnung oder sonstigen Raumeinheit (Sondereigentum) mit dem Bruchteilseigentum am Grundstücksrest (Miteigentum, gemeinschaftliches Eigentum, § 1 WEG; vgl. BGHZ 49, 250, 251). An dem Grundstück und dem sonstigen gemeinschaftlichen Eigentum (§ 1 Abs. 5 WEG) besteht nur ideelles Miteigentum, das nach §§ 20 ff. WEG der gemeinschaftlichen Verwaltung der Miteigentümer unterliegt. Die Übertragung von Wohnungseigentum an der Hofstelle hat danach zur Folge, dass einem Dritten eine Verwaltungsbefugnis hinsichtlich der Hofstelle – dem Herzstück des Hofes (vgl. OLG Oldenburg a. a. O.) – eröffnet wird. Dieser Gesichtspunkt verbietet es, in Bezug auf das Alleineigentum ausschließlich auf das Wohnungs- und Teileigentum an den Hofgebäuden abzustellen. Aus der Ausnahmeregelung des § 2 b HöfeO, wonach dem Hof dienende Miteigentumsanteile zum Hof gehören, falls diese Anteile im Verhältnis zu dem sonstigen den Hof bilden-

den Grundbesitz von untergeordneter Bedeutung sind, lässt sich nichts anderes herleiten. Das Grundstück ist nicht von untergeordneter Bedeutung, sondern für den Hof in der Regel wirtschaftlich lebensnotwendig (zutreffend AG Warendorf AgrarR 1987, 272). Das wird im vorliegenden Fall besonders deutlich; die beiden Flurstücke im Wohnungsgrundbuch von I Blatt xxxI haben eine Gesamtgröße von fast 117 000 qm. Es wäre mit dem Leitbild der HöfeO nicht zu vereinbaren, dass dieser Teil der Hofstelle nicht der ausschließlichen Verwaltung des Hofeigentümers (beim Ehegattenhof der Eheleute) unterliegt.

Gegenstandswert: 179 361,19 € (§ 19 a HöfeVfO i. V. m. §§ 30 Abs. 1, 19 Abs. 2 – 5 KostO).

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Kupper, Köln

§§ 10, 15 WEG
Teileigentum; Vermietung; „Laden“ als
(Fisch-) Großhandelsgeschäft; Ladenschluss;
Öffnungszeiten; Geräusch; Geruch

Die Bezeichnung eines Teileigentums als „Laden“ in der Teilungserklärung ist eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter. Dieser Zweckbestimmung entspricht die Nutzung mit einem (Fisch-) Großhandelsgeschäft nicht. Eine solche Nutzung beeinträchtigt die übrigen Eigentümer über das zugelassene Maß hinaus.

(OLG München, Beschluss vom 8. 12. 2006 – 34 Wx 111/06)

Zum Sachverhalt: Der Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer größeren Wohnanlage, die von der weiteren Beteiligten verwaltet wird. Der Antragsteller ist Sondereigentümer der Einheit Nr. 54, die in der Teilungserklärung mit „Laden“ bezeichnet ist. Die Nutzfläche des Sondereigentums beträgt im Erdgeschoss ca. 360 m² und im Kellergeschoss ca. 165 m². Zwischen den Beteiligten besteht Streit über die Nutzungsmöglichkeit dieser Einheit.

Die Teilungserklärung der Gemeinschaft vom 10. 12. 1968 enthält eine Regelung, wonach die Vermietung von Wohnungs- und Teileigentumseinheiten an Dritte der Genehmigung durch den Verwalter bedarf. Wenn dieser sie verweigert, entscheidet über die Genehmigung die Eigentümergemeinschaft.

Der Antragsteller hat mit Vertrag vom September 2005 einen Miteigentumsanteil in der Wohnanlage, verbunden mit dem Sondereigentum an der Einheit Nr. 54, erworben und ab 1. 11. 2005 an eine Firma vermietet, die dort einen Fisch- und Feinkosthandel betreibt. Ca. 80% des Gewerbes betreffen den Großhandel, zu ca. 20% werden die Waren im Einzelhandel verkauft. Mit Schreiben vom 13. 10. 2005 beantragte der Antragsteller bei der Hausverwaltung die Genehmigung dieser Vermietung. Die Hausverwaltung verweigerte die Zustimmung und berief eine außerordentliche Eigentümerversammlung ein. Diese beschloss in der Sitzung vom 7. 11. 2005:

„Zu Punkt 2 der Tagesordnung

Beschlussfassung über die Genehmigung des Antrages des Miteigentümers Herrn H. im Teileigentum Nr. 54 (Laden) einen Fisch- und Feinkostgroß- und Einzelhandel zu eröffnen. (...)

Somit ist der Beschlussantrag mehrheitlich abgelehnt.

Beschlussfassung über die Genehmigung, im Teileigentum Nr. 54 (Laden gemäß Teilungserklärung) einen Fisch- und Einzelhandel zu eröffnen unter Beachtung der gesetzlichen Ladenschlussöffnungszeiten. (...)

Somit ist der Beschlussantrag mehrheitlich genehmigt.“

Der Antragsteller hat im amtsgerichtlichen Verfahren den ersten unter Tagesordnungspunkt (TOP) 2 gefassten Beschluss angefochten und beantragt, die Antragsgegner zu verpflichten, die Vermietung seines Ladens an die Firma L. zum Betrieb eines Fisch- und Feinkostgroßhandels zu genehmigen. Das Amtsgericht hat dem Antrag am 6. 4. 2006 stattgegeben. Auf die sofortige

Beschwerde der Antragsgegner hat das Landgericht diese Entscheidung mit Beschluss vom 9. 8. 2006 aufgehoben und die Anträge abgewiesen. Dagegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers.

Aus den Gründen: 2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Überprüfung stand. Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf Genehmigung des in der Einheit Nr. 54 betriebenen Fischgroßhandels.

a) Für die Ungültigerklärung des ablehnenden Eigentümerbeschlusses hat der Antragsteller schon deswegen ein Rechtsschutzinteresse, weil er damit den Antrag auf Verpflichtung verbunden hat, ihm den Betrieb des Großhandels in seinem Teileigentum zu genehmigen (vgl. Niedenführ/Schulze WEG 7. Aufl. § 43 Rn. 69).

b) Nach § 15 Abs. 1, § 1 Abs. 6 WEG können die Wohnungs- und Teileigentümer den Gebrauch des Sondereigentums durch Vereinbarung regeln. Jeder Eigentümer kann einen Gebrauch der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile verlangen, der dem Gesetz, den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit sich die Regelung hieraus nicht ergibt, dem Interesse der Gesamtheit der Eigentümer nach billigem Ermessen entspricht (§ 15 Abs. 3 WEG). Soweit eine Vereinbarung getroffen ist, geht sie vor und bindet die Eigentümer (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG). Wie das Landgericht zu Recht ausführt, handelt es sich bei der Angabe in der Teilungserklärung „Laden“ um eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 2, § 15 Abs. 1 WEG. Ein solches Teileigentum darf grundsätzlich nur im Rahmen der Zweckbestimmung genutzt werden. Eine andere Nutzung ist nur dann zulässig, wenn sie der Zweckbestimmung „Laden“ nicht widerspricht und für die übrigen Wohnungseigentümer nach einer typisierenden Betrachtung keine Beeinträchtigung verursacht, die die mit dem gewöhnlichen Betrieb eines Ladens regelmäßig verbundenen Beeinträchtigungen überschreitet (BayObLG NZM 2000, 288 [= GuT 2002, 121 KL]; OLG Köln WuM 2005, 71).

c) Ein Großhandel geht bei typisierender Betrachtungsweise mit Beeinträchtigungen für die Wohnungseigentümer einher, die mit einem Laden nicht verbunden sind.

(1) Da die Beschreibung als „Laden“ in der Teilungserklärung als Inhalt des Sondereigentums ins Grundbuch eingetragen ist, unterliegt sie wie alle Grundbucheintragungen und dort zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligungen der selbständigen Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht (st. Rspr., zuletzt Senat v. 6. 11. 2006, 34 Wx 105/06). Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie sich dieser für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder in Bezug Genommenen ergibt (BGHZ 59, 205/209; KK-WEG-Elzer § 3 Rn. 38).

(2) Den in der Teilungserklärung verwendeten Begriff des „Ladens“ hat das Landgericht zutreffend ausgelegt. In § 1 Abs. 1 LadenschlussG sind „Ladengeschäfte“ als Unterfall der Verkaufsstellen aufgeführt. Das typische Geschäft für den „Laden“ ist der Warenkleinverkauf durch den Einzelhandel und das warenverkaufende Handwerk (vgl. BayObLGZ 1980, 154/159). Für diesen gelten hinsichtlich der Verkaufszeiten die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten.

(3) Zu Recht hat das Landgericht ausgeführt, dass der Betrieb eines Großhandels der Zweckbestimmung als Laden nicht entspricht. Durch diese andersartige Nutzung werden die übrigen Eigentümer auch mehr belastet als durch den Betrieb eines normalen Einzelhandels. Dies gilt nach Ansicht des Senats unabhängig davon, ob der Großhandel alleine oder aber neben dem (genehmigten) Einzelhandel betrieben wird. Die höhere und teilweise andersartige Belastung der übrigen Wohnungseigentümer ist Folge der nicht bestehenden Bindung an die gesetzlichen Ladenschlusszeiten sowie der erhöhten Geräusch- und wohl auch Geruchsbelästigung.

Ein Großhandel ist an gesetzliche Öffnungszeiten nicht gebunden (vgl. § 1 LadenschlussG). Daher kommt es zu An- und

Auslieferungen ohne zeitliche Beschränkung, also auch abends und am Wochenende. Mit einer solchen Belastung brauchten die übrigen Wohnungseigentümer nicht rechnen, als sie der Vereinbarung in der Teilungserklärung zugestimmt haben. Vielmehr konnten sie davon ausgehen, dass nach Ladenschluss, also insbesondere abends und sonntags, eine Lärmbeeinträchtigung nicht auftritt. Darauf, dass bei einem Großhandel möglicherweise unter tags weniger Verkehr stattfindet als bei einem Einzelhandel, kommt es nicht an. Eine „Aufrechnung“ kann insoweit nicht vorgenommen werden, da es Sache jedes Erwerbers ist, ob er den Lärm am Tag hinnimmt, etwa weil er ohnehin zur Arbeit geht, am Abend aber seine Ruhe haben möchte. Durch einen Großhandel liegt daher eine Beeinträchtigung vor, die ein Laden nicht mit sich bringt.

Die Eigentümer durften sich bei Erwerb ihres Eigentums auch darauf verlassen, dass abends und sonntags eine Ladenöffnung untersagt ist. Zwar geraten die Ladenöffnungszeiten immer mehr in die Diskussion. Es kann hier jedoch dahinstehen, was bei einer allgemeinen Freigabe der Ladenöffnungszeiten in Gebieten mit hauptsächlich Wohnnutzung gelten würde. Insbesondere ältere Teilungserklärungen, die noch unter der Geltung wesentlich engerer Ladenöffnungszeiten erstellt wurden, könnten dann im Hinblick auf die damals zulässigen Öffnungszeiten und den daraus erwachsenen Vertrauensschutz enger auszulegen sein (vgl. dazu Schmid GuF 2004, 3,4). Dies braucht der Senat jedoch nicht zu entscheiden. Solange die Ladenöffnungszeiten verbindlich festgelegt sind, geben sie den Rahmen für die erlaubte Nutzung einer als „Laden“ bezeichneten Einheit vor.

Zudem ist ein Großhandel mit vermehrtem Schwerverkehr verbunden, da größere Warenmengen umgeschlagen werden. Dies gilt sowohl für An- als auch für Auslieferungen durch Lkws. Hierdurch steigt der Lärmpegel, wodurch auch die Wohnungseigentümer in Mitleidenschaft gezogen werden, die aufgrund einer weiteren Entfernung ihrer Wohnung von dem Laden davon ausgehen durften, dass sie Lärmbelastungen überhaupt nicht ausgesetzt sind.

Bei einem geruchsintensiven Verkaufsgut wie Fischen führen größere Warenmengen auch zu einer größeren Geruchsbelastung. Die beim An- und Abtransport entstehenden Geruchsbelastungen durch Verschmutzung der Anlieferungsflächen und Austreten von geruchsbelastetem Tauwasser werden größer, je mehr Waren umgeschlagen werden. Gleiches gilt für das Ausnehmen größerer Fischmengen.

(4) Der Senat braucht nicht zu beurteilen, ob die Geruchsbelastungen, die durch einen Fischeinzelhandel unter den momentanen Gegebenheiten entstünden, zulässig wären. Denn gemäß § 14 Nr. 1 WEG ist jeder Eigentümer verpflichtet, von dem im Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nur in solcher Weise Gebrauch zu machen, dass dadurch keinem der anderen Wohnungs- oder Teileigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. Die Einhaltung dieses Gebots erscheint im Hinblick auf den Vortrag der Antragsgegner, dass in den über dem Laden liegenden Wohnungen durch die gemeinsamen Lüftungsschächte Fischgeruch austritt, nicht unproblematisch. Jedenfalls aber ist davon auszugehen, dass der Geruch intensiver wird, je größer die an- und abtransportierten Fischmengen sind.

Mitgeteilt von VRiOLG Joachimski, München



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

§§ 10, 15, 21, 23 WEG Wohnungseigentumsanlage; Aufzug; Mehrheitsbeschluss zur Stilllegung

Die faktische Stilllegung eines Aufzugs und Verweigerung einer Reparatur, dessen Funktionsfähigkeit die Teilungserklärung verspricht, kann nicht mehrheitlich beschlossen werden.

(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.11.2006 – 5 W 104/06-39)

Aus den Gründen: II. 1. b.) [...] Der streitgegenständliche Fahrstuhl gehört zum Gemeinschaftseigentum. Nach der Teilungserklärung Ziffer 8, Abs. 3 sind die im Gemeinschaftseigentum stehenden Anlagen und Einrichtungen der Wohnanlage dauernd in einem guten Zustand zu erhalten. Dieser Regelung widersprechen die Beschlüsse der Wohnungseigentümer vom 16. 7. 2003 und 21. 2. 2005, mit denen die Instandsetzung des Fahrstuhles abgelehnt wird. Da eine Inbetriebnahme des Fahrstuhles ohne vorherige Instandsetzung nicht möglich ist, wie sich dem Bericht des TÜV Saarland über die Besichtigung der Aufzugsanlage vom 22.12.2004 entnehmen lässt, kommt die Ablehnung einer Instandsetzung seiner dauerhaften Außerbetriebnahme gleich. Folglich zielen die Mehrheitsbeschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft faktisch auf den Entzug wesentlicher Bestandteile des Gemeinschaftseigentums und damit auf die Veränderung seiner sachlichen Substanz. Ebenso wenig wie der Einbau eines Personenaufzugs an einem Treppenhaus eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Instandhaltung oder Instandsetzung darstellt (KK-WEG/Drabek, § 21 Rdn. 172) kann sein „Abbau“ anderes als eine bauliche Veränderung darstellen. Die faktische Beseitigung der Erreichbarkeit eines oberen Stockwerks mit einem Lift stellt insoweit eine mit der Stilllegung eines Treppenhauses bei anderweitiger Erreichbarkeit eines oberen Stockwerks vergleichbare Maßnahme dar. Auch sie ist der Mehrheitsherrschaft entzogen, soweit die Teilungserklärung nichts anderes zulässt.

d.) Etwas anderes ergibt sich nicht aus Ziffer 8 Abs. 5 der Teilungserklärung. Danach können die Wohnungseigentümer lediglich über die Vornahme „großer Instandsetzungsarbeiten“ und die Aufbringung der hierfür erforderlichen Mittel mit Stimmenmehrheit beschließen. Ob zu den großen Instandsetzungsarbeiten, von denen die Teilungserklärung einige veranschaulicht, auch die Herstellung eines funktionsfähigen Fahrstuhls zählt, kann dahinstehen. Die Regelung lässt nach Wortlaut und Sinn Mehrheitsbeschlüsse über die „Vornahme“ von Instandsetzungsarbeiten zu, um zu verhindern, dass eine die Kosten schauende Minderheit erreicht, die bauliche Anlage auf Dauer schadhaft zu belassen. Das zeigt auch die Veranschaulichung der „großen Instandsetzungsarbeiten“: Es geht durchweg um Maßnahmen, die Schäden oder Mängel beseitigen sollen, um die Funktionsfähigkeit und Werthaltigkeit der Anlage zu sichern. Die Vereinbarung der Teilungserklärung kann hingegen nicht so ausgelegt werden, dass sie erlaubt, mit Mehrheit auch die Nichtvornahme von Instandsetzungsarbeiten zu beschließen, unter der nur eine Minderheit von Wohnungseigentümern zu leiden hätte. Sie gibt den Wohnungseigentümern also nicht das Recht, durch Mehrheitsbeschluss gegen den Willen eines Wohnungseigentümers Teile des Gemeinschaftseigentums von der Instandsetzung auszunehmen.

Auf die von den Vorinstanzen geprüfte Problematik der Anfechtbarkeit des Beschlusses vom 21. 2. 2005 wegen der Bestandskraft des Negativbeschlusses vom 16. 7. 2003 und der Frage, ob ein ersetzender Zweitbeschluss vorliegt, kommt es hier daher nicht an.

2. Da die Beschlüsse vom 13. 7. 2003 und 21. 2. 2005 nichtig sind und damit keine Bindungswirkung entfalten, stehen sie einer Verpflichtung der Antragsgegnerin auf „Neuinstandsetzung“ auf den Antrag aus dem Schriftsatz vom 21. 8. 2003 hin nicht entgegen. Der Senat ist allerdings an einer abschließen-

den Entscheidung gehindert. Das Landgericht wird zu prüfen haben, ob die Antragsteller tatsächlich einen Anspruch auf Zustimmung zu der Inbetriebnahme des Fahrstuhls geltendmachen wollen oder ob der Sinn ihres Begehrens nicht ein anderer ist. Zugleich wird es sich der Frage widmen müssen, ob die Antragseinerin dem Verlangen der Antragsteller ausnahmsweise entgegenhalten darf, die von der Teilungserklärung gebotene Herstellung eines funktionsfähigen Fahrstuhls führe aufgrund besonderer Umstände unter Abwägung der Interessen aller Beteiligten zu einer untragbaren Belastung der Wohnungseigentümergeinschaft (zum Anspruch auf Abänderung einer Teilungserklärung vgl. Senat, Beschl. v. 28. 9. 2004 – 5 W 173/04).

Mitgeteilt von PräsOLG Prof. Dr. Rixecker, Saarbrücken

Hinw. d. Red.: Vgl. BayObLG WuM 2002, 381, WuM 1996, 488 zur Stilllegung eines Müllschluckers.

§§ 43, 23 WEG; § 20 FGG
Beschlussanfechtungsbefugnis des ausgeschiedenen Wohnungseigentümers

Dem ausgeschiedenen Wohnungseigentümer fehlt regelmäßig die Anfechtungsbefugnis für nach seinem Ausscheiden gefasste Beschlüsse der Wohnungseigentümersammlung, da diese ihm gegenüber keine Bindungswirkung entfalten können.

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12. 1. 2007 – 3 W 217/05))

Aus den Gründen: Der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der Wohnungseigentümersammlung bereits aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschiedene Wohnungseigentümer ist aber nicht mehr zur Beschlussanfechtung berechtigt. Es fehlt seinem Anfechtungsantrag regelmäßig das Rechtsschutzbedürfnis, da die nach seinem Ausscheiden gefassten Beschlüsse ihm gegenüber keine Bindungswirkung entfalten können (vgl. Bärman/Pick/Merle, WEG 9. Aufl., § 23 Rdnr. 91; Staudinger/Wenzel, WEG, 13. Bearbeitung, § 43 Rdnr. 42). So liegen die Dinge hier. An Beschlüsse, welche die Wohnungseigentümergeinschaft nach Ausscheiden eines Wohnungseigentümers trifft, ist dieser nicht gebunden. In diesem Fall haftet auch für Wohngeldnachforderungen aus Abrechnungen für frühere Jahre der Erwerber und nicht der ausgeschiedene Eigentümer (vgl. BGH NJW 1989, 714, 715; OLG Düsseldorf, WE 1997, 470 [= WuM 1997, 461 KL]). Daher kommt eine Anfechtungsbefugnis des Beteiligten zu 2) – über die Entscheidung des Landgerichts hinausgehend – insgesamt nicht in Betracht. Das Landgericht hätte deshalb die Beschwerde gegen die Entscheidung des Amtsgerichts nicht wie geschehen hinsichtlich Top 3 teilweise und hinsichtlich Top 5 insgesamt sachlich verbescheiden, sondern als unzulässig verwerfen müssen. Der angefochtene Beschluss war deshalb entsprechend abzuändern.

Mitgeteilt vom 3. ZS des OLG Zweibrücken

§§ 78, 79 GBO; §§ 875, 928 BGB
Teileigentum; Wohnungseigentum; Dereliktion; Verzicht auf den Miteigentumsanteil; Vorlagebeschluss

Der Verzicht auf den Miteigentumsanteil an einem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung (Wohnungseigentum), ist eintragungsfähig.

Die Sache wird dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. 2. 2007 – I-Wx 5/07)

Zum Sachverhalt: Der Antragsteller ist eingetragener Eigentümer des [...] Wohnungseigentums. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 20. Juni 2005 erklärte er den Verzicht „an dem Grundstück gem. § 928 BGB“ und beantragte, alle dazu

erforderlichen Eintragungen im Grundbuch vorzunehmen. Diesen Antrag hat das Amtsgericht Wuppertal – Rechtspfleger – mit Beschluss vom 27. Juni 2005 zurückgewiesen.

Hiergegen hatte der Antragsteller Beschwerde zum Landgericht Wuppertal eingelegt und in der Begründung ausgeführt, er stelle klar, dass sich die Verzichtserklärung vom 20. Juni 2005 auf den Miteigentumsanteil von 56/1000 an dem Grundstück der Gemarkung A., Flur 394, Flurstück 47, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 5 des Aufteilungsplans beziehe. Das Landgericht hat die Beschwerde mit Beschluss vom 4. Januar 2007 zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die weitere Beschwerde des Antragstellers.

Aus den Gründen: II. Die weitere Beschwerde des Antragstellers ist gem. §§ 71 Abs. 1, 78, 80 Abs. 1 GBO zulässig. Der Senat hält sie auch für begründet, weil seiner Ansicht nach die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 27 FGG). Er möchte hiernach unter Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen dem Antrag entsprechen, sieht sich jedoch durch oberlandesgerichtliche Entscheidungen, in denen die hier maßgebliche Rechtsfrage anders beurteilt wird, daran gehindert und legt die Sache deswegen dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vor, § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Wie die Kammer bereits in der Vergangenheit entschieden habe, könne ein Miteigentumsanteil nicht gemäß § 928 Abs. 1 BGB aufgegeben werden, weil dies mit der gesetzlichen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses unvereinbar wäre. Der Umstand, dass es im Streitfall um Miteigentum in Form von Wohnungseigentum gehe, rechtfertige keine andere Beurteilung. Gerade Wohnungs- und Teileigentum, bei dem es sich um ein gesetzlich besonders ausgestaltetes Miteigentum handele, könne nicht durch Verzicht wirksam aufgegeben werden. Dies entspreche der von der Kammer geteilten nahezu einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur.

2. Damit verweist das Landgericht der Sache nach auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 7. Juni 1991 in Sachen V ZR 175/90, BGHZ 115, 1), der ein Fall „gewöhnlichen“ Miteigentums zugrunde lag.

a) In dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof den Verzicht auf das Grundstücksmiteigentum für unwirksam erachtet. Aus der Entstehungsgeschichte des § 928 BGB ergebe sich weder etwas für noch gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Grundstücksmiteigentum; die Klärung dieser Frage habe nach dem Willen des Gesetzgebers wegen ihrer praktisch sehr geringen Bedeutung Wissenschaft und Rechtsprechung vorbehalten bleiben sollen. Die Frage der Anwendbarkeit des § 928 BGB auf Grundstücksmiteigentum sei zu verneinen, weil die Auswirkungen eines Verzichts mit der sonstigen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses und mit der gesetzlichen Interessenbewertung nicht in Einklang stünden. Das Gemeinschaftsverhältnis sei – grundsätzlich – darauf angelegt, dass jeder Miteigentumsanteil einen Rechtsträger habe, der Kosten und Lasten der gemeinschaftlichen Sache nach dem Verhältnis seines Anteils trage. Der Verzicht eines Miteigentümers auf seinen Anteil belaste zwangsläufig die übrigen Teilhaber. Diese Mehrbelastung sei nicht gerechtfertigt, weil der Kostenaufwand der Werterhaltung jedes Miteigentumsanteils zugute komme, der aufgegebenen Anteil jedoch den übrigen Teilhabern nicht zuwachse. Der einzelne Miteigentümer werde auch bei Unzulässigkeit eines Verzichts auf seinen Anteil nicht gegen seinen Willen an die Gemeinschaft gebunden, weil er jederzeit deren Aufhebung verlangen könne, § 749 Abs. 1 BGB. Im Regelfall sei ein Grundstück versteigerungsfähig und das Aufhebungsverlangen vollziehbar.

b) Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hatte sich der Senat zunächst ebenfalls angeschlossen (in: NJW-RR 2001, S. 233 [= WuM 2001, 35]), weil sich aus der gesetzlichen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses ergebe, dass jeder Teil-

haber an die Gemeinschaft bis zu ihrer Aufhebung gebunden sei, dies zur Wahrung des Rechts der übrigen, nur nach dem Verhältnis ihrer jeweiligen Anteile die Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums tragen zu müssen.

c) Mit Beschluss vom 5. Januar 2007 in Sachen I-3 Wx 247/06 [GuT 2007, 33] hat der Senat indes erklärt, an seinem bisherigen Standpunkt nach erneuter Prüfung nicht mehr festhalten zu wollen und die dortige Sache deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Dem Antragsteller ist dieser Vorlagebeschluss ausweislich des Inhalts der Begründung seiner weiteren Beschwerde bekannt. Er beruht im wesentlichen auf folgenden Erwägungen:

In der Literatur werde mit Recht darauf hingewiesen, dass der historische Gesetzgeber die Aufgabe von Grundstücksmitteigentum eindeutig für zulässig gehalten habe. Auch widersprechen die Auswirkungen des Verzichts nicht der sonstigen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses und der ihr zugrunde liegenden gesetzlichen Interessenbewertung. Verzichte ein Teilhaber auf sein Grundstücksmitteigentum, benachteilige das die übrigen Teilhaber rechtlich grundsätzlich nicht, namentlich müssten sie nicht zwangsläufig wegen der Herrenlosigkeit des aufgegebenen Anteils einen höheren Beitrag zu Kosten und Lasten leisten. Führe der Verzicht auf Grundstücksmitteigentum zu dessen Herrenlosigkeit, unterliege der Anteil dem Aneignungsrecht des Fiskus; mache dieser von seinem Aneignungsrecht Gebrauch, bleibe der Anteil nicht dauerhaft herrenlos; verzichte er auf sein Aneignungsrecht, könne sich grundsätzlich jeder Dritte, jedenfalls aber jeder der anderen Teilhaber den herrenlosen Anteil aneignen. Darüber hinaus sei es fraglich, ob selbst dauernde Herrenlosigkeit eines Anteils eine höhere Beitragspflicht der übrigen Teilhaber bewirke, weil die verbleibenden Miteigentümer grundsätzlich nach § 748 BGB lediglich gemäß dem Verhältnis ihres jeweiligen Anteils, also dem Bruchteil entsprechend, zur Tragung von Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes verpflichtet seien. Jedenfalls würde eine höhere Beitragspflicht diese verbliebenen Teilhaber nicht unangemessen benachteiligen. Denn einerseits stehe es ihnen frei, sich den herrenlosen Anteil anzueignen, wenn der Fiskus auf sein Aneignungsrecht verzichte; andererseits lasse das Gesetz selbst (mit einer Ausnahme) eine einseitige Aufgabe dinglicher Rechte zu und nehme es hierbei bewusst in Kauf, dass sich der Berechtigte einseitig künftiger öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen entziehe. Selbst wenn man aber davon ausgehe, dass der Verzicht eines Teilhabers auf sein Grundstücksmitteigentum die übrigen Teilhaber unangemessen benachteilige, gebiete es die prinzipielle Abstraktheit des Eigentums gegenüber schuldrechtlichen Bindungen, die Kostentragungspflicht von der dinglichen Rechtslage zu trennen. Diesem Abstraktionsprinzip zufolge verbiete es sich, im Hinblick auf die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Miteigentümers zur Tragung von Kosten und Lasten seine Befugnis zur freien Verfügung über seinen Anteil sachenrechtlich dahin einzuschränken, dass die Verfügung in Form eines Verzichts unwirksam sei. Eine Frage der von dem dinglichen Anteilsverzicht zu trennenden schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Teilhabern sei es auch, ob bei einseitigem Ausscheiden eines von ihnen dessen Pflicht, Kosten und Lasten zu tragen, fortbestehen solle.

3. Diese zur Wirksamkeit einer Aufgabe eines Grundstücksmitteigentumsanteils führenden Erwägungen beanspruchen nach Auffassung des Senats Geltung auch für einen Verzicht auf Wohnungs- und Teileigentum, bei dem es sich nicht um ein grundstücksgleiches Recht, sondern um ein gesetzlich besonders ausgestaltetes Miteigentum handelt (BGH NJW 1989, S. 2534/2535). Besonderheiten des Wohnungseigentumsrechts, die eine im Verhältnis zum „gewöhnlichen“ Grundstücksmitteigentum abweichende Beurteilung erfordern würden, gibt es nicht.

Insofern wird in der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts und mehrerer Oberlandesgerichte allerdings ein gegenteiliger Standpunkt vertreten. Dort wird namentlich ausgeführt:

Mit dem Wohnungs- oder Teileigentum seien im Rahmen eines gesetzlich begründeten Schuldverhältnisses Verpflichtungen der Wohnungseigentümer untereinander verbunden, insbesondere die sich aus § 16 Abs. 2 WEG ergebende Verpflichtung, die gemeinschaftlichen Lasten und Kosten anteilig zu tragen. Die in § 11 WEG vorgeschriebene Unauflöslichkeit der Gemeinschaft stelle sicher, dass dieses gesetzliche Schuldverhältnis nicht einseitig beendet werden könne. Durch die Eigentumsaufgabe eines Wohnungseigentums, die einer Teilaufhebung der Gemeinschaft gleichkomme, würde dieser das Wohnungseigentum prägende Grundsatz durchbrochen. Der das Eigentum aufgebende Wohnungseigentümer würde sich nicht nur den mit Grundeigentum verbundenen öffentlichrechtlichen Verpflichtungen entziehen, was das Gesetz mit der Vorschrift des § 928 BGB in Kauf nehme, sondern auch den mit dem Wohnungseigentum untrennbar verbundenen Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Dies sehe das Gesetz nicht vor. Weil diese Verpflichtungen unmittelbar mit dem Wohnungseigentum verbunden seien und ohne dieses nicht weiter bestünden, könnten sie nur dadurch aufrechterhalten werden, dass eine Eigentumsaufgabe von Wohnungseigentum nicht zugelassen werde (BayObLG NJW 1991, S. 1962 [= WuM 1991, 298]; OLG Zweibrücken ZMR 2003, S. 137 f.; OLG Celle MDR 2004, S. 29 f.; so auch noch Senat a. a. O.; weitere Nachweise bei Riecke/Schmid-Elzer, WEG, 2006, § 11 Rn. 20 und Staudinger-Rapp, BGB, 13. Bearb. 2005, § 1 WEG Rdnr. 50).

b) Diese Begründung erscheint nicht überzeugend.

Zum einen führt der genannte Standpunkt im Ergebnis dazu, dass ein „Ausscheiden aus der Gemeinschaft“ der Wohnungseigentümer unter Umständen faktisch allein durch Veräußerung des Wohnungs- oder Teileigentums möglich wäre. Denn § 11 WEG schließt den Aufhebungsanspruch nach § 749 BGB, auf den der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zur Dereliktion von Grundstücksmitteigentumsanteilen den aufgabewilligen Teilhaber verwiesen hat, umfassend aus, und der im Schrifttum genannte Anspruch auf Aufhebung oder Teilaufhebung der Eigentümergeinschaft nach §§ 242, 313 BGB i.V.m. dem Gemeinschaftsverhältnis der Eigentümer wird lediglich für „Extremfälle“ diskutiert, in denen z. B. Sondereigentum nicht entstanden sei, was etwa bei noch unausgebauten und aus baurechtlichen Gründen auch nicht ausbaubaren Dachgeschossflächen als Gegenstand des Wohnungseigentums vorstellbar sei (Elzer a. a. O.). Hiervon unberührt bleiben Fälle, in denen Wohnungseigentum wegen wirtschaftlicher Wertlosigkeit („Schrottimmobilie“) tatsächlich unveräußerbar ist. Ob aber ein Verständnis des Wohnungseigentums, das dessen Verfügbarkeit für einen Eigentümer, der sich seiner entledigen will, auf Verfügungen beschränkt, die der wirtschaftliche Markt für dieses Eigentum zulässt, noch mit der Gewährleistung des Art. 14 GG in Einklang steht, erscheint zumindest fraglich. Indes muss diese Frage nicht entschieden werden.

Denn zum anderen steht der in § 11 WEG niedergelegte Grundsatz der Unauflöslichkeit der Gemeinschaft der Wirksamkeit eines Verzichts auf Wohnungseigentum nicht entgegen. Durch diese Bestimmung soll – abweichend vom Leitmodell des § 749 Abs. 1 BGB, wonach der Miteigentümer eines Grundstücks nach Bruchteilen jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft, damit insbesondere die Versteigerung des Grundstücks, verlangen kann – die Verkehrsfähigkeit von Wohnungseigentum und dessen Attraktivität erhöht werden, indem die Gemeinschaft auf Dauer angelegt und es dadurch keinem einzelnen Eigentümer ermöglicht wird, die Aufhebung der Gemeinschaft zu betreiben und die im Wohnungseigentum verkörperten Werte einseitig zu „sprengen“ (Elzer a. a. O., Rn. 1). Bei diesen Werten handelt es sich um die jeweilige Verknüpfung eines Miteigentumsanteils am gemeinschaftlichen Eigentum mit dem Sondereigentum an einer Wohnung (bzw. an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen, § 1 Abs. 2 bzw. 3 und 5 WEG). Denselben Zweck der vorerwähnten Beständigkeit verfolgt § 6 WEG, durch den eine grundsätzlich unlösbare Verknüpfung von

Miteigentumsanteil und Sondereigentum angeordnet wird. All diese Zusammenhänge werden indes durch eine Eigentumsaufgabe am Wohnungseigentum insgesamt, d. h. an Miteigentumsanteil und Sondereigentum, nicht berührt. Mit anderen Worten bleibt die bisher in der beschriebenen Verbindung verkörperte Werteinheit als grundsätzlich verkehrsfähige bestehen. Ebenso wenig werden durch den Verzicht die anderen Wohnungseigentums-Einheiten in ihrem Wert „gesprengt“. Zu einer Zerschlagung der Gemeinschaft führt die Dereliktion von Wohnungseigentum gerade nicht. Genau diese Unterscheidung von – dinglicher – Eigentumsaufgabe und – schuldrechtlichem – Fortbestand der Rechtsgemeinschaft, so erscheint es dem Senat, liegt einer der grundlegenden Erwägungen der Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1991 (BGHZ 115, 1 ff.) zugrunde. Wenn das Gericht dort für den Verzicht auf einen Grundstücksmitteigentumsanteil auch zu einem von dem hier vertretenen abweichenden Ergebnis gelangt (nämlich seiner Unwirksamkeit), geht es doch davon aus, dass die Aufgabe des Miteigentums den Bestand der Gemeinschaft unberührt lässt. Anders wäre das Argument nicht verständlich, der Verzicht auf einen Grundstücksmitteigentumsanteil sei deshalb unwirksam, weil es auf diese Weise entgegen gesetzgeberischer Vorstellungen und der Interessenlage einem einzelnen Miteigentümer ermöglicht würde, sich der Kosten- und Lastentragung *ohne* Aufhebung der Gemeinschaft zu entziehen. Diese strikte Unterscheidung eines „Sich-Entziehens“ von der Aufhebung der Gemeinschaft im Wohnungseigentumsrecht aufzugeben, besteht – wie gezeigt – kein Anlass.

Soweit gegen die Wirksamkeit einer Aufgabe von Wohnungseigentum eine Umgehung des § 16 Abs. 2 WEG angeführt wird, handelt es sich damit im Kern um nicht mehr als die vom Bundesgerichtshof in der vorstehend angeführten Entscheidung wie auch vom Senat in seinem vorangegangenen Vorlagebeschluss erwogene Verpflichtung aller Teilhaber untereinander, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu tragen. Insoweit kann auf die bereits oben referierten Ausführungen verwiesen werden.

Mitgeteilt von RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)

Teileigentum etc.

§ 906 BGB – Lärmemission von der Eisenbahnbrücke; Wohnungseigentumsanlage

Für die Beurteilung, ob von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen die ortsübliche Benutzung des davon betroffenen Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigen, gilt grundsätzlich derselbe Maßstab wie für die Beurteilung, ob diese Einwirkungen zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung (§ 906 Abs. 1 Satz 1 BGB) führen.

(BGH, Urteil vom 27.10. 2006 – V ZR 2/06)

§ 1004 BGB – Duldung der Störungsbeseitigung durch den in Anspruch genommenen Mieter der Sondereigentumsräume

Beeinträchtigt der Zustand einer Wohnung das Eigentum eines Dritten und geht dies auf rechtswidriges Handeln des Wohnungseigentümers zurück, kann der Dritte den Mieter der Wohnung auf Duldung der Störungsbeseitigung in Anspruch nehmen.

(BGH, Urteil vom 1.12. 2006 – V ZR 112/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2007, 77.

§ 157 BGB; § 9a ErbbauVO – Erbbauzinserrhöhung; Nachholen von Erhöhungspotentialen in dem vor Inkrafttreten der Kappungsgrenze vereinbarten Erbbaurechtsvertrag

Ist in einem vor dem Inkrafttreten des § 9a ErbbauVO (23. Januar 1974) geschlossenen Erbbaurechtsvertrag die Höhe des Erbbauzinses in der Weise an den Grundstückswert gekoppelt, dass in bestimmten Zeitabständen die Änderung des Erbbauzinses verlangt werden kann, wenn sich der Grundstückswert um einen bestimmten Prozentsatz geändert hat, kann die ergänzende Vertragsauslegung ergeben, dass eine Erhöhung des Erbbauzinses auch dann möglich ist, wenn seit der letzten Erhöhung der Grundstückswert nicht oder nicht in dem vereinbarten Maß gestiegen ist, die vorhergehende Erhöhung jedoch wegen der Kappungsgrenze in § 9a Abs. 1 ErbbauVO nicht die nach der Vereinbarung mögliche Höhe erreicht hat.

(BGH, Urteil vom 6.10. 2006 – V ZR 20/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2007, 30.

§ 4 WEG – Tausch einzelner Räume des Sondereigentums

1. Es bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, dass Wohnungseigentümer einzelne Räume ihres Sondereigentums von dem Einen auf den Anderen übertragen. Dazu bedarf es weder einer gleichzeitigen Änderung der jeweiligen Miteigentumsanteile noch einer Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer. Die Übertragung bedarf der Form des § 4 WEG in Verbindung mit §§ 873, 925, 311 b BGB.

2. Die Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs unter Berufung auf die Formunwirksamkeit der Übertragung kann gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Wohnungseigentümer sich in einem Tauschvertrag geeinigt haben und eine Seite bereits im Einverständnis der Gegenseite bauliche Maßnahmen an dem getauschten Raum (hier: Kellerraum) vorgenommen hat.

(OLG Köln, Beschluss vom 31. 7. 2006 – 16 Wx 98/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29. 3. 2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 5, 16, 21 WEG – Gemeinschaftseigentum; Sondereigentum; Balkon

Zur Auslegung einer Gemeinschaftsordnung, die als Sondereigentum die Balkonböden festschreibt, soweit sie nicht zur tragenden Konstruktion des Gebäudes gehören (hier: Zuordnung der Isolierschicht und der Abdichtungsanschlüsse).

(OLG München, Beschluss vom 30.1. 2007 – 34 Wx 116/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29. 3. 2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 1, 14, 15 WEG; § 242 BGB – Inhalt der Zweckbestimmung „Teileigentum“; Grenzen des Vertrauensschutzes des teilungserklärungswidrigen Nutzers von Sondereigentum; Arztpraxis im Dachgeschossraum; Verwirkung

1. In der die gesetzliche Beschreibung des Teileigentums (§ 1 Abs. 3 WEG) wiederholenden Bezeichnung eines Raumes in der Teilungserklärung als „nicht Wohnzwecken dienender Raum“ liegt eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter des Inhalts, dass der Raum zwar nicht zu Wohnzwecken, aber grundsätzlich zu jedem anderen beliebigen Zweck genutzt werden darf. Für die weitergehende Frage, ob eine bestimmte Nutzung zulässig ist, sind neben etwaigen Regelungen in der hierzu auszuliegenden Teilungserklärung nach den in § 15 Abs. 2 WEG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken auch Lage und Beschaffenheit des Raumes von Bedeutung.

Die Zweckbestimmung „Teileigentum“ ist nicht mit der Vereinbarung einer gewerblichen bzw. freiberuflichen Nutzung gleichzusetzen. Bei einem Teileigentum kann es sich auch um eine zwar zur Wohnung gehörende, aber nicht zum dauerhaften Aufenthalt von Menschen bestimmte, sondern nur mit der Wohnnutzung im Zusammenhang stehende, untergeordneten Zwecken dienende Räumlichkeit handeln, etwa einen Abstellraum, einen Hobbyraum oder eine Werkstatt.

2. Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und führt zu einer inhaltlichen Begrenzung des Rechts im Verhältnis zwischen Verletztem und Verletzer. Wesen der Verwirkung ist es, das Recht des an sich Berechtigten, vom Pflichtigen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen, aus Gründen des Vertrauensschutzes des Pflichtigen zu begrenzen. Dieser Vertrauensschutz kann aber nur dahin gehen, dass der Berechtigte seine nach der bisherigen Rechtslage bestehenden, aber nicht ausgeübten Rechte auch weiterhin nicht geltend macht.

Der auf Verwirkung begründete Vertrauensschutz eines sein Sondereigentum in teilungserklärungswidriger Weise nutzenden Sondereigentümers kann nur dahin gehen, dass er bei gleichbleibenden Umständen die bisherige Nutzung im bisherigen Umfang fortsetzen kann. Sein Vertrauensschutz erstreckt sich aber nicht darauf, anstelle der bisherigen teilungserklärungswidrigen Nutzung nunmehr eine andersartige, ebenfalls teilungserklärungswidrige Nutzung beanspruchen zu können.

Die Untersagung der nunmehr beabsichtigten teilungserklärungswidrigen Nutzung setzt nicht voraus, dass sie für die weiteren Wohnungseigentümer störender ist als eine zuvor ausgeübte andersartige teilungserklärungswidrige Nutzung.

3. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhalten hat. Eine „Aufrechnung“ unzulässiger Nutzungen von Sondereigentum findet nicht statt.

(KG, Beschluss vom 22.12.2006 – 24 W 126/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 7, 10 WEG – Voraussetzungen eines gegenüber Rechtsnachfolgern wirkenden Sondernutzungsrechts; Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich Sondernutzungsrechten für teilenden Eigentümer; Kfz-Stellplatz

1. Die Begründung eines gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger wirkenden Sondernutzungsrechts erfordert zum einen eine Vereinbarung oder eine Teilungserklärung des Inhalts, dass hinsichtlich eines näher bestimmten Teils des gemeinschaftlichen Eigentums ein Sondernutzungsrecht bereits geschaffen wird oder die Begründung eines Sondernutzungsrechts vorbehalten bleibt und von dem Vorbehalt später Gebrauch gemacht wird, zum Zweiten die Zuordnung des Sondernutzungsrechts, und zwar grundsätzlich zu einem bestimmten Sondereigentum und zum Dritten die Eintragung des Sondernutzungsrechts ins Grundbuch. Hierbei muss die Zuordnung des Sondernutzungsrechts nicht schon mit der Vereinbarung oder Erklärung, dass es geschaffen wird, erfolgen; eine Zuordnung ist auch später noch möglich, etwa dergestalt, dass zunächst nur der Nutzungsausschluss der übrigen Eigentümer festgeschrieben wird und die Zuweisung des Alleinnutzungsrechts an einen der Miteigentümer als aufschiebende Bedingung durch spätere Zuweisungserklärung erfolgt. Dem Eintragungserfordernis kann dadurch genügt werden, dass entsprechend § 7 Abs. 3 WEG auf die in der Vereinbarung oder Teilungserklärung enthaltene und das jeweilige Sondernutzungsrecht betreffende Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird.

2. Dem teilenden Eigentümer, welcher im Zeitpunkt der Abgabe der Teilungserklärung noch keine Entscheidung darüber treffen möchte, welcher Sondereigentumseinheit er ein Son-

dernutzungsrecht an einem Kfz-Einstellplatz zuordnen will, stehen folgende unmittelbar dinglich wirkende Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung: Er kann zum einen bereits in der Teilungserklärung die betroffenen Stellplatzflächen einer in seinem Eigentum möglichst lange verbleibenden Einheit zur Sondernutzung zuweisen und die so „geparkten“ Sondernutzungsrechte später auf einzelne Erwerber übertragen. Zum anderen kann er in der Teilungserklärung alle künftigen Erwerber von dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Stellplatzflächen ausschließen mit der Folge, dass das Sondernutzungsrecht zunächst keiner Wohnung zugeordnet wird und er allein im Rahmen eines persönlichen Sondernutzungsrechts zur Nutzung dieser Flächen berechtigt bleibt. Eine dritte Möglichkeit besteht darin, künftige Erwerber unter der aufschiebenden Bedingung einer Zuweisung eines Sondernutzungsrechts von der Mitnutzung bestimmter Teile des gemeinschaftlichen Eigentums auszuschließen; hierbei werden die Miteigentümer nicht von Anfang an von der Mitnutzung ausgeschlossen, sondern es steht ihnen ein Mitnutzungsrecht so lange zu, bis der Berechtigte von seinem Zuweisungsrecht Gebrauch macht. In jedem Falle ist aber erforderlich, dass das Sondernutzungsrecht ins Grundbuch eingetragen wird, um nach § 10 Abs. 2 WEG auch gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger zu wirken.

(KG, Beschluss vom 4.12.2006 – 24 W 201/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 14, 15, 22 WEG; § 1004 BGB – Zustimmung aller Miteigentümer zur Errichtung einer Mobilfunkantenne auf dem Dach eines Gebäudes der Mehrhausanlage

1. Durch die Errichtung einer Mobilfunkanlage auf dem Dach des Gebäudes einer Wohnungseigentumsanlage mit mehreren Gebäuden werden in der Regel alle Eigentümer in ihren Rechten betroffen. Der Errichtung müssen daher auch alle Eigentümer zustimmen.

2. Die in der Teilungserklärung enthaltene Berechtigung der Miteigentümer eines Gebäudes einer Mehrhausanlage, Entscheidungen über das gemeinschaftliche Eigentum in ihrem Gebäude ohne die Mitwirkung der Miteigentümer der anderen Gebäude zu regeln, umfasst nicht die Genehmigung einer Mobilfunkanlage auf dem Dach ihres Gebäudes.

(OLG München, Beschluss vom 13.12.2006 – 34 Wx 109/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlicht in WuM 2007, 34. Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 11 HeizkV; §§ 21, 23 WEG – Verhältnismäßigkeit der Kosten des nachträglichen Einbaus von Heizkostenverbrauchsgeräten; Amortisationsberechnung

Der nachträgliche Einbau von Heizkostenverbrauchsgeräten ist nicht unverhältnismäßig, wenn die überschlägig ermittelten Einbaukosten im 10-Jahres-Vergleich die erwartete Ersparnis geringfügig überschreiten, diesen Berechnungen jedoch veraltete Energiekostenpreise zugrunde liegen und in den nächsten Jahren mit weiterem Anstieg der Energiekosten gerechnet werden muss.

(OLG Köln, Beschluss vom 5.9.2006 – 16 Wx 154/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlicht in WuM 2007, 86. Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 23 WEG – Keine Heilung des Formmangels eines fehlenden „Protokollbuchs“

Sieht die Teilungserklärung zur Gültigkeit eines Beschlusses dessen Eintragung in ein „Protokollbuch“ vor, so kann die fehlende Eintragung nicht durch die nachträgliche Anlegung eines Protokollbuchs verbunden mit einem Nachtrag vorangegangener Beschlüsse geheilt werden (im Anschluss an Beschluss des Senats vom 9. 2. 2006 – 16 Wx 220/05 = WuM 2006, 536 KL).

(OLG Köln, Beschluss vom 14. 8. 2006 – 16 Wx 113/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29. 3. 2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 166, 194, 195, 199 BGB; Art. 229 § 6 EGBGB; § 28 WEG – Wohngeldanspruch; Verjährung

Im Jahr 2001 fällig gewordene Wohngeldansprüche sind im Regelfall mit Ablauf des 31. 12. 2004 verjährt. Die Kenntnis des Verwalters vom Bestehen des Anspruchs ist grundsätzlich der Eigentümergemeinschaft zuzurechnen, es sei denn, der Wohngeldschuldner kann sich nach Treu und Glauben auf die Kenntnis des Vertretenen nicht berufen, weil der Verwalter mit ihm bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammengewirkt hat.

(OLG München, Beschluss vom 7. 2. 2007 – 34 Wx 129/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29. 3. 2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 3 ZPO – Gebührenstreitwert; Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums

1. Wird ein Wohnungseigentümer durch die fehlende Zustimmung eines anderen Wohnungseigentümers daran gehin-

dert, seine Einheit zu veräußern, ist der Gebührenstreitwert für die Klage auf Zustimmung mit 10% bis 20% des Kaufpreises anzusetzen.

2. Fehlt es ausnahmsweise an zureichenden Anhaltspunkten, ist der Gebührenstreitwert mit 3000,00 EUR zu bemessen.

(KG, Beschluss vom 12. 1. 2007 – 11 W 15/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29. 3. 2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

Art. 55, 11a AGGVG; § 13 FGG; § 319 ZPO – Wohnungseigentumssache; Zuständigkeit des OLG München nach BayObLG; Nachweis der Vollmacht

1. Der Antrag auf Berichtigung des Rubrums eines Beschlusses des Bayerischen Obersten Landesgerichts in einer Wohnungseigentumssache ist eine Folgeentscheidung im Sinne von Art. 55 Abs. 9 AGGVG, für die das Oberlandesgericht München zuständig ist.

2. In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann das Rechtsbeschwerdegericht nach pflichtgemäßem Ermessen von dem besonderen Nachweis einer Vollmacht absehen, wenn nach den tatsächlichen Gegebenheiten anzunehmen ist, dass Bevollmächtigung vorliegt. Jedenfalls dann stellt die Angabe eines Verfahrensbevollmächtigten im Rubrum eines Beschlusses auch bei Fehlen einer Vollmachtsurkunde in den Verfahrensakten keine offenbare Unrichtigkeit im Sinne von § 319 Abs. 1 ZPO dar.

(OLG München, Beschluss vom 23. 1. 2007 – 32 Wx 5/07)

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; VRiOLG Jennissen, Köln; VRiOLG Joachimski, München; RiKG Einsiedler, Berlin; RiAG Dr. Elzer, Berlin.

Wettbewerb

Internet – Umschau Februar 2007

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

OLG Karlsruhe – Spamming verletzt Markenrechte

Das Oberlandesgericht Karlsruhe (Urteil vom 25. 10. 2006, Az.: 6 U 35/06) beschäftigte sich mit einem besonders delikaten Fall: Der Softwareriese Microsoft führte den zweiten Prozess gegen einen Spammer, der unerwünschte Werbeemails versandte, die als Absender auf das eMail-Angebot „Hotmail“ von Microsoft verwiesen. Das Gericht stellte dabei fest, dass eine Markenrechtsverletzung vorliege, was das Spektrum der Ansprüche gegen Spammer erweitert.

Es handelte sich um den zweiten Durchgang eines Rechtsstreits. Der Beklagte hatte über mindestens den Zeitraum von Ende April bis Anfang Juli 2003 Werbeemails unter dem Absender „@hotmail.com“ versandt. Das sorgte für einen ersten Rechtsstreit vor dem LG Freiburg. Dabei ging es im Zusammenhang mit diesen Mailings um wettbewerbsrechtliche Fragen (LG Freiburg, Urteil vom 30. 1. 2004, Az.: 10 O 125/03 – rechtskräftig, nicht veröffentlicht), weil der Beklagte unverlangt eMails versandt hatte. Im Verfahren vor dem OLG Karlsruhe hatte sich die Klägerin, unter Bezugnahme auf die selben Mailings des Beklagten, auf die Verletzung ihrer Gemeinschaftsmarke „HOTMAIL“ kapriziert. So stellte sich bereits die Frage,

ob das nochmalige Aufgreifen der Sache nicht wegen Verbrauchs aufgrund einer bereits rechtskräftigen Entscheidung unzulässig sei. Doch das OLG Karlsruhe sah im Hinblick auf die jetzt geltend gemachte Markenrechtsverletzung einen neuen Lebenssachverhalt und einen anderen Streitgegenstand. Nun richtete sich das Begehren gegen die Markenrecht verletzende Nutzung der Absender-Endung „hotmail.com“.

Die Vorinstanz, das LG Mannheim (Urteil vom 3. 2. 2006, Az.: 7 O 580/04), hatte der Klage stattgegeben. Der Beklagte legte Berufung ein, doch hatte er vor dem OLG Karlsruhe keinen Erfolg. Der Gang über das Markenrecht verschafft dem Kläger einen zusätzlichen Anspruch. Neben dem Unterlassungs- und dem Schadensersatzanspruch kann er auch Auskunft verlangen. Das OLG Karlsruhe bestätigte markenrechtliche Ansprüche aus § 125b Nr. 2 MarkenG in Verbindung mit §§ 14 Abs. 6, 19 MarkenG. Dabei regelt § 125b die Anwendung des Markengesetzes auf Gemeinschaftsmarken (so genannte EU-Marken), § 19 MarkenG ist der Auskunftsanspruch und § 14 Abs. 6 MarkenG regelt den Schadensersatz. Einen Unterlassungs- und einen Schadensersatzanspruch kennt auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), doch findet sich dort keine Regelung hinsichtlich einer Auskunft. Letzteres besicherte der Klägerin die Informationen über die Versendung von eMails an von ihr verwaltete Empfängeradressen durch den Beklagten.

Die über den Auskunftsanspruch gewonnenen Daten bilden die Voraussetzung für die Bezifferung des Schadensersatzanspruchs. Der Schaden berechnet sich unter anderem über die Kosten der von der Klägerin bereitgestellten Bandbreiten und Serverkapazitäten, die auch die Spamflut mitbewältigen müssen.

Die Presseerklärung des OLG Karlsruhe findet man unter: <http://short4u.de/4580588d87101>

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe im Volltext findet man unter:

<http://short4u.de/4580589ad130b>

irrlight.de – Klägerin wandelt auf Irrwegen

Dem Landgericht Braunschweig (Urteil vom 29. 9. 2006, Az.: 9 O 503/06 (077)) lag der Rechtsstreit um die Domain irrlight.de vor. Das Gericht liess sich dabei von den Vorwürfen der Klägerin gegen den Beklagten nicht beirren und zeigte beste Internekenntnisse.

Klägerin ist die Irrlicht GmbH, die selbst seit dem 3. Februar 1999 Inhaberin der Domain irrlight.com ist. Doch das reichte ihr nicht, weshalb sie den Inhaber des bisher ungenutzten Domain-Namens irrlight.de verklagte. Die Klägerin behauptet, in ihren Zeichenrechten verletzt zu sein; darüber hinaus ist sie der Ansicht, es liege seitens des Domain-Inhabers eine sittenwidrige Schädigung und ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor. Sie verlangte vom Beklagten es zu unterlassen, die Domain zu nutzen und sie freizugeben, sowie die Zahlung von außergerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von EUR 144,59. Der Beklagte hielt diesen Behauptungen entgegen, bei „Irrlicht“ handele es sich um einen allgemeinen Begriff, der nicht geschützt sei.

Das Landgericht Braunschweig wies die Klage zurück. Es sah keinerlei markenrechtliche Ansprüche, da die Klägerin einerseits nicht Inhaberin eines registrierten Kennzeichens sei (§ 14 Abs. 2, Abs. 5 MarkenG), und weil die dem Firmennamen gleiche Domain irrlight.de nicht im geschäftlichen Verkehr genutzt werde (§ 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG). Auch sei bei dem Begriff seitens des Domain-Inhabers nicht damit zu rechnen, dass er ihn im geschäftlichen Verkehr nutzen werde.

Ebenfalls keine Ansprüche ergaben sich aus Sicht des Gerichts aus dem Namensrecht (§ 12 BGB). Weder liege eine Namensleugnung noch eine Namensanmaßung seitens des Beklagten vor. Auch könne von einer Zuordnungsverwirrung keinerlei Rede sein: der Begriff selbst gebe keinen Hinweis auf einen Namen, und Internetnutzer verstünden „Irrlicht“ als allgemeinen Begriff und nicht als Namen. Zudem sei die Klägerin unter ihrem Namen im Geschäftsverkehr auch nicht allgemein bekannt.

Schließlich lag nach Ansicht des Gerichtes auch keine sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB seitens des Beklagten vor, nur weil er Inhaber der Domain sei und nichts rechtes damit anfange. Dass er der Klägerin den Weg ins Internet versperre, ist nicht ersichtlich. Hierfür listete das Gericht zahlreiche Gründe, deren beeindruckendster von der Kenntnisreichtum der Richter kündigt: der Klägerin stehe zu Gebote, Google AdWords-Anzeigen zu schalten, damit man sie im Internet findet, wenn man eine Suche durchführt. Darüber hinaus ist das Gericht der Ansicht, es handele sich nunmal um einen Begriff mit bekannter Bedeutung, einen Gattungsbegriff also, der in der Regel keine Verletzung des § 826 BGB mit sich bringt. Die Klägerin selbst weise keine besondere Bekanntheit auf, weshalb der normale Nutzer vom Begriff Irrlicht nicht auf die Klägerin schließen werde. Darüber hinaus sei die Beeinträchtigung der Klägerin gering, da sie selbst ja Inhaberin der prägnanten Domain irrlight.com ist. Zudem hätte sie sich die entsprechende .eu-Domain sichern können. Zu guter Letzt habe die Klägerin auch nicht ordentlich dargelegt, dass der Beklagte etwa Domain-Grabber sei.

Damit wies das Gericht die Klage zu Recht zurück.

Das Urteil findet man unter:

<http://short4u.de/45899bd537c92>

deutsches-handwerk.de – Hinweise helfen doch

Das hOLG Hamburg sah sich in der Pflicht, über die Nutzung der Domain deutsches-handwerk.de durch ein einzelkaufmännisches Unternehmen zu entscheiden (Urteil vom 15.11.2006, Az.: 5 U 185/05). Das Ergebnis überrascht nicht: das Gericht bestätigte den – veränderten – Antrag des eingetragenen Vereins „Deutsches Handwerk“. Doch zeigt das Gericht Sinn für eine feinsinnige Petitesse: es muss nicht immer die ganze Domain sein, ein Hinweis genügt!

Der Antragsteller, die Dachorganisation von 54 örtlichen Handwerkskammern und 38 Zentralfachverbänden des Handwerks, existiert seit 1950; er sieht in der Verwendung des Domain-Namens deutsches-handwerk.de eine Verletzung der Kennzeichenrechte an seinem Verbandsnamen sowie eine Irreführung gemäß § 5 UWG. Antragsgegnerin ist die Inhaberin von deutsches-handwerk.de, die darunter ein Portal betreibt. Auf diesem bietet sie Interessenten die Möglichkeit, über eine Suchmaschine einen Handwerksbetrieb der jeweils gesuchten Branche in örtlicher Nähe zu finden. Außerdem werden Nachrichten, Bautipps, Empfehlungen, Links u.ä. zum Thema Bau und Handwerk angeboten. Ferner ist es für den öffentlichen und privaten Bauherren möglich, über das Portal Ausschreibungen durchzuführen. Schließlich wird Handwerkern, die sich in das Portal eintragen lassen, Unterstützung im Internetmarketing angeboten.

Vor dem LG Hamburg erlangte der Antragsteller eine einstweilige Verfügung, mit der der Antragsgegnerin verboten wurde, die Bezeichnung deutsches-handwerk.de für ein Internet-Portal zu benutzen, auf dem Dienstleistungen für Handwerksbetriebe angeboten werden, sowie unter dieser Bezeichnung für solche Dienstleistungen zu werben und den Domain-Namen zu benutzen. Diese einstweilige Verfügung bestätigte das Landgericht nach einem Widerspruch durch die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin legte hiergegen Berufung ein. Und hatte damit, trotz Zurückweisung der Berufung, Erfolg – soweit man auf den Erhalt der Domain-Inhaberschaft schaut: Der Antragsteller musste seinen Antrag ändern, mit Folgen. Das hOLG Hamburg stellte fest, dass die Parteien in einem Wettbewerbsverhältnis stünden, da beide Handwerkskammern Informationen und Beratung zukommen lassen. Im Hinblick darauf könnten Handwerker auch irreführt werden, dass es sich um den Internetauftritt einer offiziellen oder berufsständischen Organisation des Deutschen Handwerks handelt. Damit sei der Tatbestand einer Wettbewerbsverletzung (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG) erfüllt. In allem bestätigte das hOLG Hamburg die Entscheidung des LG Hamburg. Dass hier freilich markenrechtliche Ansprüche bestünden, bezweifelt das Gericht. Diese seien aber auch im Hinblick auf den geänderten Antrag des Antragstellers nicht relevant.

Das hOLG Hamburg räumte der Domain-Inhaberin, entsprechend dem neugefassten Antrag der Antragstellerin, ein, die .de-Domain wie auch die entsprechenden Domain-Namen unter den Endungen .com und .info mit einem Hinweis auf der ersten Seite des Portals weiter nutzen zu dürfen. Die Domain-Inhaberin muss durch einen auf der ersten Seite des Portals im oberen Bereich der Seite sogleich ins Auge springenden Hinweis deutlich darauf hinweisen, dass das Portal von einem privaten Anbieter und nicht von einer Handwerkskammer oder einem Zusammenschluss solcher Kammern oder einem Verband wie dem Antragsteller betrieben wird.

Die Entscheidung zeigt, es muss nicht immer um die Domain gehen, es kann durchaus reichen, den Inhalt zu verändern. Dies ist freilich nur in Einzelfällen möglich. Eine vergleichbare Entscheidung hatte bereits im Jahr 2002 der BGH über die Domain vossius.de gefällt.

Das Urteil des hOLG Hamburg findet man unter: <http://www.aufrecht.de/5143.html>

Das Urteil des BGH zu vossius.de findet man unter: <http://www.bonnanwalt.de/entscheidungen/BGHIZR317-99.html>

EHUG – Abmahnrisiko bei Geschäftsbriefen?

1. Seit dem 1. Januar 2007 ist eine Gesetzesänderung wirksam, die einigen Wirbel im Internet verursacht: Die Vorgaben für einen ordentlichen elektronischen Geschäftsbrief wurden in einigen Gesetzen „geändert“. Die neuen, teilweise vielfältigen Regelungen sind noch nicht recht beim Nutzer angekommen. Eine Abmahnwelle wird befürchtet.

Der Gesetzgeber war wieder fleißig und hat das 34 Seiten starke „Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10. November 2006 (EHUG)“ geschaffen und damit diverse EU-Richtlinien und Verordnungen umgesetzt. Die komplexe Norm wirkt sich auf zahlreiche Gesetze aus und sorgt für kleine Veränderungen und Ergänzungen. Mancher argwöhnt, es öffne einer neuen Abmahnungswelle Tür und Tor, doch drohen wohl eher – wenn überhaupt – Bußgelder und keine Abmahnungen.

Das Gesetz regelt die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, dient der Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind. Hauptsächlich wird der Umgang mit Daten bei den elektronischen Registern geregelt und betrifft deshalb zunächst die Register selbst. Doch kleine Schnipsel des langen Gesetzes wirken sich unmittelbar auf den Geschäftsverkehr von Unternehmen aus. In der Praxis hat sich da freilich nichts geändert, vielmehr wurde ein seit langem bestehender rechtlicher Tatbestand durch Änderung der Normen lediglich klargestellt.

Die klarstellenden Gesetzestextänderungen betreffen § 37a HGB, § 80 AktG und § 35a GmbHG. Diese Normen beschäftigen sich mit der Darstellung einer Unternehmung im Kontakt nach außen. War zum Beispiel früher in § 80 Absatz 1 Satz 1 AktG von „Geschäftsbriefen, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet werden“ die Rede, so hat der Gesetzgeber mit Artikel 9 Ziffer 5 des EHUG hinter „Geschäftsbrief“ die Wendung „gleichviel welcher Form“ angefügt. Damit wird klargestellt, was seit längerem für Geschäftsbriefe galt: auch eMails sollen die notwendigen Angaben zum Unternehmen, wie sie auf papierner Geschäftspost üblich ist, enthalten.

Die eMails von Kaufleuten müssen also alle im Gesetz aufgezählten Angaben wie die Rechtsform und den Sitz der Gesellschaft, das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft und die Nummer, unter der die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist und so weiter enthalten. Fehlt etwas, so ist freilich nicht mit einer Abmahnung zu rechnen; da sind sich die Juristen weitestgehend einig. Denn es handelt sich bei den genannten Normen lediglich um wertneutrale Ordnungsvorschriften. Ein Verstoß gegen diese Normen sollte demnach nicht wettbewerbswidrig sein und zieht folglich keine wettbewerbsrechtliche Abmahnung nach sich. Allerdings drohen seitens der Registergerichte Bußgeldbescheide. Ob die Registergerichte freilich Zeit und Mühe haben, sich um sowas zu kümmern, lässt sich schlecht sagen.

Das EHUG findet man unter:
<http://tinyurl.com/3av5jc>

Besser aber, man schaut unter den einschlägigen Gesetzen, also im Handelsgesetzbuch (§ 37a HGB), dem Aktiengesetz (§ 80 AktG) und dem GmbH-Gesetz (§ 35a GmbHG) nach. Die Gesetze findet man unter:
<http://bundesrecht.juris.de/aktuell.html>

2. Nun hat allerdings die Gießener IgluSoft Medien GmbH die Gesetzesänderung offenkundig zum Anlass genommen, Webhoster, die in ihren Geschäftsbriefen den gesetzlichen Anforderungen nicht nachkommen, wegen Verstosses gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb abzumahnern. In den von einem „Rechtsassessor“ unterschriebenen und per Fax versandten Schreiben fordert IgluSoft zum einen die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie eine „pauschale Aufwandsentschädigung“ von EUR 137,- zuzüglich Mehrwertsteuer; als Betreiber des Angebots starnames.de – dort kann

man Domains ab EUR 3,52 zuzüglich einer einmaligen Setup-Gebühr von EUR 379,95 registrieren – sei man Mitbewerber und so abmahnberechtigt.

Ob ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften jedoch zur Abmahnung berechtigt, ist – noch zur alten Rechtslage – unter Juristen jedoch umstritten, wie oben Ziff. 1 dargelegt. Prof. Dr. Ulrich Noack von der juristischen Fakultät der Uni Düsseldorf weist darauf hin, dass der Verstoß gegen die Vorschrift alleine nicht genügt, um eine Abmahnung zu begründen. Denn eine Abmahnung setzt nach § 3 UWG voraus, dass die Handlung „den Wettbewerb zum Nachteil der ... Marktteilnehmer nicht nur unerheblich beeinträchtigt.“ Da es sich bei den geänderten Vorschriften lediglich um reine Ordnungsvorschriften handelt, kommt eine Abmahnung regelmäßig nicht in Betracht. Darüber hinaus dürfte bei Abmahnungen noch die Regelung des § 8 Abs. 4 UWG zu bedenken sein. Eine Ahndung durch das Registergericht bleibt aber möglich.

Wer auf Nummer Sicher gehen will, sollte seine Korrespondenz den geänderten Regelungen anpassen. Die Abmahnungen von IgluSoft dürften darüber hinaus Anlass geben, die Sache gerichtlich zu klären; in mindestens einem Fall hat ein Registrar bereits eine Gegenabmahnung ausgesprochen.

Die Seite von Prof. Dr. Ulrich Noack finden Sie unter:
<http://short4u.de/45c63bc90569a>

mailto: dingeldey@domain-recht.de
mailto: RA@daniel-dingeldey.de

<p>§ 249 BGB Anwaltskosten für Abmahnung unerbetener Telefonwerbung</p>
--

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Erstattung von Anwaltskosten für eine Abmahnung außerhalb des Wettbewerbsrechts (hier: unerbetene Telefonwerbung) verlangt werden kann.

(BGH, Urteil vom 12.12.2006 – VI ZR 175/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Rechtsanwalt und macht Gebühren aus einem sich selbst erteilten Mandat für ein Abmahnschreiben geltend.

2 Der Kläger erhielt von den Beklagten am 22. September 2004 auf seinem beruflich genutzten Telefonanschluss einen Anruf, in dem diese für Immobilienwertgutachten warben. Er stand mit den Beklagten weder in geschäftlichem Kontakt noch konnte vermutet werden, er sei mit derartigen Anrufen einverstanden. Der Kläger forderte die Beklagten mit Schreiben vom 23. September 2004 erfolgreich zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Abmahnung). Die Beklagten verweigerten jedoch die Zahlung von Anwaltsgebühren für diese Abmahnung.

3 Die Klage auf Zahlung der Anwaltsgebühren in Höhe von 740,88 € (und über weitere 2 € für das in dem zuvor durchgeführten Mahnverfahren benutzte Formular) hat das Amtsgericht Schöneberg abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht [LG Berlin] zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat Ansprüche des Klägers auf Schadensersatz gemäß §§ 823, 249 BGB und auf Aufwendungsersatz nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag verneint. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen sei zu verallgemeinern. Bei typischen, unschwer zu erkennenden und zu verfolgenden Rechtsverletzungen habe der Betroffene seine eigene Sachkunde einzusetzen. Als Abmahnung – um ein Kostenrisiko nach § 93 ZPO zu vermeiden – habe ein einfaches Unterlassungsverlangen genügt. Für den Kläger als Rechtsan-

walt sei es nicht erforderlich gewesen, hiermit einen anderen Anwalt zu beauftragen. Es bestehe deshalb auch bei einem Selbstauftrag kein Gebührenanspruch.

5 II. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision stand.

6 Einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint. Ein solcher Anspruch besteht nicht, weil es wegen der erfolgreichen Abmahnung zu einem Rechtsstreit im Sinne des § 91 Abs. 1 ZPO nicht gekommen ist.

7 Ebenso wenig haben die Beklagten nach materiellem Recht Anwaltsgebühren des Klägers zu zahlen. Das Berufungsgericht hat einen Gebührenanspruch des Klägers aus dem sich selbst erteilten Mandat für das Abmahnschreiben vom 23. September 2004 fehlerfrei verneint.

8 1. Einen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG hat das Berufungsgericht mit Recht nicht in Betracht gezogen. Der Kläger gehört nicht zu dem in § 8 Abs. 3 UWG (in der seit 8. Juli 2004 in Kraft getretenen Fassung – § 22 UWG) genannten Kreis der Anspruchsberechtigten; insbesondere ist er kein Mitbewerber im Sinne von §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

9 2. Ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch außerhalb des Wettbewerbsrechts steht dem Kläger ebenfalls nicht zu. Das Berufungsgericht hat insbesondere einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB im Ergebnis zu Recht verneint, ohne dass es darauf ankommt, ob sich bei unerwünschter Telefonwerbung ein Anspruch aus einer Verletzung des Rechts des Klägers am eingetragenen und ausgeübten Gewerbebetrieb (vgl. dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 7 UWG Rn. 33 m.w.N.) oder aus einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers (vgl. MünchKommBGB/Ergänzungsband-Wendehorst, 4. Aufl., § 1 BGBInfoV Rn. 150; Beck'scher Online Kommentar-BGB, § 12 Rn. 153; Böhm, MMR 1999, 643, 644) ergeben könnte.

10 Zwar gehören zu den bei einer Schädigung gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Herstellungskosten regelmäßig die Kosten der Rechtsverfolgung, so dass auch die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig sein können. Ein Schädiger hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch nicht schlechthin alle durch das Schadenseignis (hier: den unerbetenen Werbeanruf) adäquat verursachten Anwaltskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation (sogenannte „subjektbezogene Schadensbetrachtung“; vgl. Senat, BGHZ 66, 239, 245, 248 f.; 115, 364, 369; 155, 1, 5; 163, 362, 365; Urteil vom 7. Dezember 2004 – VI ZR 119/04 – VersR 2005, 381) zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 350 f.; Urteile vom 10. Januar 2006 – VI ZR 43/05 – VersR 2006, 521, 522, jeweils m.w.N.). Daran fehlt es.

11 a) Im Wettbewerbsrecht ist die Beauftragung eines Anwalts für Abmahnungen – sowohl unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag als auch unter schadensersatzrechtlichem Blickwinkel – nicht erforderlich, wenn bei typischen, unschwer zu verfolgenden Wettbewerbsverstößen der Abmahnende über hinreichende eigene Sachkunde zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung verfügt (BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – NJW 2004, 2448 „Selbstauftrag“). Diese wird vom Gesetzgeber insbesondere bei Einrichtungen im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG vorausgesetzt (vgl. Begr. RegE UWGNovelle 2004, BT-Drs. 15/1487, S. 25, zu § 12 Abs. 1). Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 12. April 1984 – I ZR 45/82 – NJW 1984, 2525 „Anwaltsabmahnung“), nach der auch größeren Wirtschaftsunternehmen mit eigener Rechtsabteilung und Rechtsanwälten im Fall der eigenen Betroffenheit regelmäßig zuzumuten ist, Abmahnungen selbst auszusprechen (BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a. a. O.; ebenso OLG Düs-

seldorf, MMR 2006, 559, 560; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 9 Rn. 1.29 und § 12 Rn. 1.93; Hess in: Ullmann jurisPK-UWG, § 12 Rn. 29; Brüning in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rn. 85; Boesche, Wettbewerbsrecht, Rn. 156).

12 b) Vergleichbare Grundsätze gelten auch außerhalb des Wettbewerbsrechts. Ist in einem einfach gelagerten Schadensfall die Verantwortlichkeit für den Schaden und damit die Haftung von vornherein nach Grund und Höhe derart klar, dass aus der Sicht des Geschädigten kein vernünftiger Zweifel daran bestehen kann, dass der Schädiger ohne weiteres seiner Ersatzpflicht nachkommen werde, so ist es im Allgemeinen auch nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats aus der Sicht des Geschädigten zur Schadensbeseitigung nicht erforderlich, schon für die erstmalige Geltendmachung des Schadens gegenüber dem Schädiger einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen. Vielmehr ist der Geschädigte in derart einfach gelagerten Fällen grundsätzlich gehalten, den Schaden zunächst selbst geltend zu machen. Die sofortige Einschaltung eines Anwalts kann sich nur unter besonderen Voraussetzungen als erforderlich erweisen, wenn etwa der Geschädigte aus Mangel an geschäftlicher Gewandtheit oder sonstigen Gründen wie etwa Krankheit oder Abwesenheit nicht in der Lage ist, den Schaden selbst anzuzeigen (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 351 f.; Urteil vom 12. Dezember 2006 – VI ZR 188/05 – zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2007, ...]).

13 Hiernach erweist sich die sofortige Einschaltung eines Anwalts auch aus der Sicht des Geschädigten dann als nicht erforderlich, wenn er selbst über eigene Fachkenntnisse und Erfahrungen zur Abwicklung des konkreten Schadensfalles verfügt. Dieses Wissen hat er besonders in den oben beschriebenen, einfach gelagerten, aus seiner Sicht zweifelsfreien Fällen bei der erstmaligen Geltendmachung des Schadens einzusetzen (vgl. MünchKomm-BGB/Oetker, 4. Aufl., § 249 Rn. 175; Becker-Eberhard, Grundlagen der Kostenerstattung, 1985, S. 56 <der dies freilich im Rahmen des § 254 BGB prüft>; ähnlich Soergel/Mertens, BGB, 12. Aufl., § 249 Rn. 62; Dornwald SP 1995, 97; Höfle AnwBl 1995, 208 = DAR 1995, 69; wohl auch Klingelhöffer jurisPR-BGHZivilR 25/04, Anm. 4; kritisch Nixdorf VersR 1995, 257, 258 ff.).

14 Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht im vorliegenden Fall zu Recht einen Erstattungsanspruch versagt (ähnlich AG Hamburg-Altona MDR 2002, 167). Nach den von der Revision nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts war weder die Identität des Anrufers noch die Widerrechtlichkeit des ohne Einwilligung erfolgten Anrufs zweifelhaft, sondern stand von Anfang an fest. Der Kläger stand mit den Beklagten nicht in geschäftlichem Kontakt; Anlass für eine Vermutung, der Kläger sei mit derartigen Anrufen einverstanden, bestand nicht. Entgegen der Ansicht der Revision wäre selbst bei einer – hier mangels eines Wettbewerbsverhältnisses nicht möglichen – Anwendung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG für die Prüfung einer „unzumutbaren Belästigung“ keine „diffizile Abwägung“ nötig. Die Revision zeigt auch keinen Vortrag des Klägers auf, der dagegen spräche, dass der konkrete Fall – in dem der Anrufer von Anfang an seine Identität preisgegeben hatte – nicht mit dem ersten Unterlassungsschreiben (Abmahnung) hätte erledigt werden können (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 352).

15 Jedenfalls genügte außerhalb des wettbewerbsrechtlichen Bereichs unter den festgestellten und von der Revision nicht beanstandeten Umständen des Falles ein einfaches Unterlassungsschreiben zur Vermeidung eventueller Kostenrisiken (§ 93 ZPO). Ein solches stellte für den Kläger – der nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts schon mehrfach als Partei oder Prozessbevollmächtigter in den ähnlich gelagerten Fällen einer unerwünschten E-Mail-Werbung (hierzu Senat, Urteil vom 12. Dezember 2006 – VI ZR 188/05 – zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2007, 50]) aufgetreten war – ein reines Routinegeschäft dar. Die von der Revision erwohnen Probleme, die sich bei unerbetener Telefonwerbung

etwa im Hinblick auf eine Vermutung des Einverständnisses oder die unklare Identität des Anrufers ergeben könnten, stellen sich nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall nicht.

16 Bestand nach allem in dem hier zu entscheidenden Fall kein Anspruch auf Erstattung von Kosten eines anderen Anwalts, gilt Entsprechendes auch für den Fall der Selbstbeauftragung (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a. a. O.).

17 Allein die zeitliche Inanspruchnahme des Geschädigten für die Rechtsverfolgung reicht nicht aus, um die Erstattungs-fähigkeit von Anwaltskosten zu begründen (vgl. Senat, BGHZ 66, 112, 114; 127, 348, 352; BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a. a. O.; kritisch Staudinger/Schiemann, BGB, 13. Bearbeitung, § 251 Rn. 125 f.). Auch geht es vorliegend um einen Einzelfall, so dass es keiner Entscheidung bedarf, ob eine große Anzahl von Schadensfällen zu einer anderen Beurteilung führen könnte (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 352).

18 Die Regelung des § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO, wonach ein Rechtsanwalt, der sich selbst vor dem Prozessgericht vertritt, stets einen Anspruch auf Kostenerstattung wie ein mit dem Vertretenen nicht personenidentischer Rechtsanwalt hat, steht dem nicht entgegen. Sie kann als Sonderregelung für das gerichtliche Verfahren im außergerichtlichen Bereich keine Anwendung finden (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a. a. O. m. w. N.).

19 3. Schuldeten hiernach die Beklagten nicht die Bezahlung der Anwaltsgebühren, so besteht auch kein Anspruch des Klägers aus Verzug auf Erstattung von 2 € für das im Mahnverfahren benutzte Formular.

20 4. Ob als Anspruchsgrundlage auch – wie die Revision andeutet – die §§ 683 Satz 1, 677, 670 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) in Betracht gekommen wären (ständige Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht vor Einführung des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG seit BGHZ 52, 393 ff. „Fotowettbewerb“), kann dahinstehen. Gemäß § 670 BGB sind nur „erforderliche“ Aufwendungen zu ersetzen. Insoweit gilt Gleiches wie bereits ausgeführt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH WuM 2007, 62: Anwaltskosten zur außergerichtlichen Abwehr der rechtsgrundlosen Inanspruchnahme wegen einer Geldforderung; OLG Stuttgart WuM 2007, 64: Anwaltskosten zur Abwehr der vor dem Eintritt in den Mietvertrag abgegebenen Kündigungserklärung des Grundstückserwerbers.

§ 249 BGB
Anwaltskosten für ein Abschluss schreiben wegen
Zusendung unerbetener e-mail-Werbung

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Erstattung von Anwaltskosten für ein Abschluss schreiben außerhalb des Wettbewerbsrechts (hier: unerbetene E-Mail-Werbung) verlangt werden kann.

(BGH, Urteil vom 12.12.2006 – VI ZR 188/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Rechtsanwalt und macht die Gebühren aus einem sich selbst erteilten Mandat für ein sog. Abschluss schreiben im außerwettbewerbsrechtlichen Bereich geltend.

2 Der Kläger erhielt von der Beklagten per E-Mail eine unerbetene Werbung, die er in seiner Kanzlei öffnete. Nach erfolgloser Abmahnung erwirkte er beim Landgericht eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung solcher Werbung. Die einstweilige Verfügung wurde der Beklagten am 30. April 2004 zu gestellt.

3 Nachdem die Beklagte ihren zunächst eingelegten Widerspruch zurückgenommen hatte, forderte der Kläger sie mit

Schreiben vom 6. September 2004 auf, zur Vermeidung einer Hauptsacheklage die einstweilige Verfügung als endgültige Regelung anzuerkennen (Abschluss schreiben). Dem kam die Beklagte am 14. September 2004 nach, weigerte sich jedoch, an den Kläger für das Abschluss schreiben Anwaltsgebühren in Höhe von 644,50 € bezahlen. Der Kläger machte daraufhin diesen Betrag (nebst 2 € für das in einem zuvor durchgeführten Mahnverfahren benutzte Formular) erfolgreich vor dem Amtsgericht Schöneberg geltend. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht [LG Berlin] das Urteil des Amtsgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger weiterhin die Verurteilung der Beklagten.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht (MD 2006, 946; zustimmend Hess in: Ullmann jurisPK-UWG, § 12 Rn. 122.1) hat Ansprüche des Klägers auf Schadensersatz gemäß den §§ 823, 249 BGB und auf Aufwendungsersatz gemäß den Regeln einer Geschäftsführung ohne Auftrag verneint. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen sei zu verallgemeinern. Bei typischen, unschwer zu erkennenden und zu verfolgenden Rechtsverletzungen habe der Betroffene seine eigene Sachkunde einzusetzen. Dies gelte auch bei Abschluss schreiben außerhalb des Wettbewerbsrechts. Für den klagenden Rechtsanwalt – der vor dem Berufungsgericht schon mehrfach als Partei oder Prozessbevollmächtigter in ähnlichen Fällen aufgetreten sei – sei es nicht erforderlich gewesen, hiermit einen anderen Anwalt zu beauftragen. Es bestehe deshalb auch bei einem Selbstauftrag kein Gebührenanspruch.

5 II. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision stand. Das Berufungsgericht hat einen Erstattungsanspruch des Klägers für das Abschluss schreiben vom 6. September 2004 ohne Rechtsfehler verneint.

6 Ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch besteht nicht. Das Abschluss schreiben nach Rücknahme des Widerspruchs im Eilverfahren ist nicht mehr Bestandteil desselben, sondern bereitet (für den Fall des Misserfolgs) die Hauptsacheklage vor (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 1973 – I ZR 5/72 – NJW 1973, 901, 902 „Goldene Armbänder“; Hess a. a. O., § 12 Rn. 120; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Auflage, § 12 Rn. 3.73; Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 5. Auflage, Kap. 58 Rn. 40; Büscher in: Fezer, Lauterkeitsrecht, § 12 Rn. 154). Zu einer Hauptsacheklage ist es im hier zu entscheidenden Fall nicht gekommen.

7 Ebenso wenig hat die Beklagte nach materiellem Recht die Anwaltsgebühren des Klägers zu tragen.

8 1. Einen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch, der sich aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG analog (so Hefermehl/Köhler/Bornkamm a. a. O., § 12 Rn. 1.78; Ahrens a. a. O., Kap. 58 Rn. 40; Nill, GRUR 2005, 740, 741) oder aus § 9 UWG (so Büscher in: Fezer a. a. O., § 9 Rn. 154) ergeben könnte, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler nicht in Erwägung gezogen. Der Kläger gehört nicht zu dem in § 8 Abs. 3 UWG in der Fassung vom 8. Juli 2004 (§ 22 UWG) genannten Kreis der Anspruchsberechtigten; er ist insbesondere kein Mitbewerber im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

9 2. Ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch außerhalb des Wettbewerbsrechts besteht ebenfalls nicht. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB in rechtlich nicht zu beanstandender Weise verneint.

10 Zwar gehören zu den nach § 249 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Kosten der Rechtsverfolgung grundsätzlich auch die Kosten eines mit der Sache befassten Rechtsanwalts. Ein Schädiger hat nach ständiger Rechtsprechung jedoch nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis (hier: die unerbetene Werbemail – „Spam“) adäquat verursachten Anwaltskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation (so-

genannte „subjektbezogene Schadensbetrachtung“; vgl. Senat, BGHZ 66, 239, 245, 248 f.; 115, 364, 369; 155, 1, 5; 163, 362, 365; Urteil vom 7. Dezember 2004 – VI ZR 119/04 – VersR 2005, 381) zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 350 f.; Urteil vom 10. Januar 2006 – VI ZR 43/05 – VersR 2006, 521, 522, jeweils m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

11 a) Bei einer Abmahnung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbsrecht die (Selbst-) Beauftragung eines Anwalts weder unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag noch unter schadensersatzrechtlichen Aspekten erforderlich, wenn der Abmahnende in typischen, unschwer zu verfolgenden Wettbewerbsverstößen selbst über eine hinreichende eigene Sachkunde zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung verfügt (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – NJW 2004, 2448 „Selbstauftrag“). Eine solche Sachkunde wird vom Gesetzgeber insbesondere bei Einrichtungen im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG bejaht (vgl. Begr. RegE UWG-Novelle 2004, BT-Drs. 15/1487, S. 25, zu § 12 Abs. 1). Das entspricht der Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 1984 – I ZR 45/82 – NJW 1984, 2525 „Anwaltsabmahnung“), die auch größeren Wirtschaftsunternehmen mit eigener Rechtsabteilung und Rechtsanwältinnen im Fall der eigenen Betroffenheit regelmäßig zumutet, Abmahnungen selbst auszusprechen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a. a. O.; OLG Düsseldorf MMR 2006, 559, 560; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Auflage, § 9 Rn. 1. 29 und § 12 Rn. 1. 93; Hess, a. a. O., § 12 Rn. 29; Brüning in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rn. 85; Boesche, Wettbewerbsrecht, Rn. 156). In Teilen der Literatur (Hess, a. a. O., § 12 Rn. 122.1; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 43 Rn. 32; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 12 Rn. 3. 73; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 12 Rn. 184; Retzer in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, a. a. O., § 12 Rn. 665; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl., Rn. 815) und Rechtsprechung (KG MDR 1999, 1409) wird außerdem vertreten, dass für ein sog. Abschluss Schreiben Gleiches gelte. Das ist hier jedoch nicht abschließend zu entscheiden. Wie bereits erwähnt ist der Kläger nicht nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs. 3 UWG anspruchsberechtigt und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auf den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt nicht anzuwenden.

12 b) Auch außerhalb des Wettbewerbsrechts ist es nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats grundsätzlich nicht erforderlich, schon für die erstmalige Geltendmachung des Schadens gegenüber dem Schädiger einen Anwalt hinzuzuziehen, wenn – wie hier – in einem einfach gelagerten Schadensfall die Verantwortlichkeit für den Schaden und damit die Haftung von vornherein nach Grund und Höhe derart klar ist, dass aus der maßgebenden Sicht des Geschädigten kein vernünftiger Zweifel daran bestehen kann, dass der Schädiger ohne weiteres seiner Ersatzpflicht nachkommen werde. In derart einfach gelagerten Fällen ist der Geschädigte – insbesondere wenn er selbst sachkundig ist – grundsätzlich gehalten, den Schaden zunächst selbst geltend zu machen, so dass sich die sofortige Einschaltung eines Anwalts nur unter besonderen Voraussetzungen als erforderlich erweisen kann, etwa wenn der Geschädigte aus Mangel an geschäftlicher Gewandtheit oder sonstigen Gründen wie Krankheit oder Abwesenheit nicht in der Lage ist, den Schaden selbst anzumelden (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 351 f.; Urteil vom 12. Dezember 2006 – VI ZR 175/05 – zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2007, 48]).

13 Nach diesen Grundsätzen ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht im hier zu entscheidenden Fall dem Kläger einen Anspruch auf Erstattung versagt hat (vgl. KG MDR 1999, 1409; Teplitzky, a. a. O., Kap. 43 Rn. 32 Fußnote 120). Entgegen der Ansicht der Revision führt auch der Gesichtspunkt des „Abschluss Schreibens“ nicht zu einer anderen Beurteilung. Als „Abschluss Schreiben“ im außerwettbewerbsrechtlichen Bereich genügt die formlose Anfrage, ob die vorangegangene einstweilige Verfügung nunmehr als endgültige Regelung anerkannt werde. Bei dieser Sachlage unterliegt ein Abschluss Schreiben geringeren Anforderungen als eine erste Abmahnung (so schon für das Wettbewerbsrecht Melullis, a. a. O., Rn. 815; Teplitzky, a. a. O., Kap. 43 Rn. 32; Eser, GRUR 1986, 35, 39 f.). Aus der maßgeblichen Sicht des geschädigten Klägers, der nach den nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts schon mehrfach vor dem Berufungsgericht als Partei oder Prozessbevollmächtigter in Fällen mit unerwünschter E-Mail-Werbung aufgetreten war, war das Abschluss Schreiben hier ein reines Routinegeschäft und warf keine schwierigen Rechtsfragen auf. Der Kläger hätte deshalb das Abschluss Schreiben selbst formulieren können. Nach Abschluss eines Verfahrens mit Erlass einer einstweiligen Verfügung kann es auch keine Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Absenders der unerbetenen Werbesendung mehr geben.

14 Unter den Umständen des denkbar einfach gelagerten Streitfalls kann auch der im Wettbewerbsrecht gelegentlich vertretenen Auffassung, nach Durchführung eines Verfügungsverfahrens sei für das Abschluss Schreiben stets ein Anwalt hinzuzuziehen, weil nur er der Prozesssituation adäquat und mit ausreichendem Nachdruck begegnen und die mitunter eilbedürftigen Maßnahmen ohne Übermittlungsrisiken koordinieren könne (LG Köln GRUR 1987, 655 m.w.N.; Ahrens, a. a. O., Kap. 58 Rn. 41), für Fälle der vorliegenden Art nicht gefolgt werden. Jedenfalls für einen Anwalt, der schon das Verfügungsverfahren erfolgreich selbst durchgeführt hat, erscheint es zumutbar, vor Durchführung des Hauptsacheverfahrens die erste Anfrage, ob dieses durchgeführt werden muss oder ob es bei der einstweiligen Verfügung verbleibt, ohne Einschaltung eines anderen Rechtsanwalts durchzuführen. Das muss erst recht gelten, wenn – wie hier – der Verfügungsbeklagte zunächst Widerspruch eingelegt, diesen aber dann zurück genommen hat. In einem solchen Fall bedarf es nicht der Beauftragung eines anderen Anwalts, um möglicherweise vorhandene Unklarheiten abzuklären.

15 Hätte der Kläger folglich bei Einschaltung eines anderen Anwalts keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten gehabt, muss Entsprechendes auch für den Fall der Selbstbeauftragung gelten (vgl. Senat, Urteil vom 12. Dezember 2006 – VI ZR 175/05 – zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2007, 48]; BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a. a. O.).

16 Die Regelung des § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO, wonach ein Rechtsanwalt, der sich selbst vor einem Prozessgericht vertritt, einen Anspruch auf Kostenerstattung wie ein bevollmächtigter Rechtsanwalt hat, kann als Sonderregelung für das gerichtliche Verfahren im außergerichtlichen Bereich keine Anwendung finden (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a. a. O. m.w.N.).

17 c) Ob als Anspruchsgrundlage (entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Wettbewerbsrecht seit der Entscheidung vom 2. März 1973 – I ZR 5/72 – a. a. O. „Goldene Armbänder“) auch die §§ 683 Satz 1, 677, 670 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) in Betracht kämen, kann dahinstehen. Denn auch dann würden nur die Aufwendungen gemäß § 670 BGB ersetzt, die „erforderlich“ waren.

18 3. Da die Beklagte die Bezahlung der Anwaltsgebühren nicht schuldete, besteht auch kein Anspruch des Klägers aus Verzug auf Erstattung von 2 € für das im Mahnverfahren benutzte Formular.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

§§ 823, 1004 BGB

Unverlangte e-mail-Zusendung eines Verlags an Rechtsanwalt; Unterlassungsanspruch; Vertragsstrafe; Pressefreiheit

Zu Unterlassungs- und Vertragsstrafansprüchen eines Rechtsanwalts gegen einen Verlag aufgrund einer zuvor von diesem abgegebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung bzw. aus dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wegen einer unverlangt zugesandten e-mail.

(LG München I, Urteil vom 15.11.2006 – 33 O 11693/06)

Zum Sachverhalt: Der Kläger macht gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch wegen einer ihm unverlangt zugesandten e-mail, einen Vertragsstrafanspruch sowie einen Zahlungsanspruch auf Ersatz von Abmahnkosten geltend.

Der Kläger ist Rechtsanwalt und unterhält die e-mail-Adresse xxxxxxx@xxxxxx.com.

Die Beklagte verlegt unter anderem das Magazin F.

Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 24.10.2005 hatte die Beklagte nach einer Abmahnung des Klägers wegen einer Werbe-e-mail für eine Verkaufsveranstaltung folgende Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben:

„Dem gemäß erklären wir namens und in deren Auftrag, dass diese sich Ihnen gegenüber verpflichtet, bei Meidung einer von Ihnen festzusetzenden und gegebenenfalls vom zuständigen Gericht der Höhe nach zu überprüfenden Vertragsstrafe unterlässt, durch Übersendung von E-Mails an die E-Mail Adresse Xxxxxxx@xxxxxx.com auf Produkte der F. Verlag GmbH aufmerksam zu machen oder durch Dritte machen zu lassen, sofern Sie in die Übersendung nicht eingewilligt haben.“

Am 29.5.2006 erhielt der Kläger – nunmehr im vorliegenden Verfahren streitgegenständlich – von der Beklagten erneut eine unverlangt zugesandte e-Mail, in der die Beklagte unter dem Betreff, „F. Steuerberaterumfrage“, anbot, dass sich der Kläger an einer von der Beklagten durchgeführten Umfrage beteiligen möge.

Der e-mail war ein Fragebogen mit der Überschrift: „Branchen- und Fachspezialisierung der Steuerberatungskanzleien in Deutschland“, beigelegt mit der Bitte, diesen ausgefüllt spätestens bis zum 23. Juni 2006 an sie zu übersenden. Anhand des Fragebogens wolle sie die Top-Spezialisten regional ordnen, und in einer künftigen Ausgabe ihres Magazins vorstellen. In Fragebogen und Schreiben war das Logo von „F.“ abgedruckt.

E-Mail, Schreiben und Fragebogen wurden an ca. 9000 Steuerkanzleien versandt, die, wie auch die e-mail-Adresse des Klägers, im Online-Verzeichnis des Deutschen Steuerberaterverbandes e.V. aufgeführt waren. Die Ergebnisse der Umfrage mündeten in eine elfseitige redaktionelle Veröffentlichung in F. Nr. 35/06.

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 30.5.2006 ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie zum Ausgleich der ihm entstandenen Kosten bis zum 9.6.2006 auf.

Mit gesondertem Schreiben vom 30.5.2006 forderte der Kläger von der Beklagten wegen Verstoßes gegen die Unterlassungserklärung vom 24.10.2005 Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 7500,- €.

Der Kläger ist der Auffassung, ihm stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch, der Vertragsstrafenanspruch in Höhe von 3000,- € sowie ein Anspruch auf Ersatz der Abmahngebühren in Höhe von 265,70 € zu. Es liege zum einen ein Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 24.10.2005 vor. In der Erklärung habe sich die Beklagte allgemein verpflichtet zu unterlassen, e-mails an den Kläger zu schicken. Mit der e-mail sei auch auf die Zeitschrift „F.“, und damit auf ein Produkt der Beklagten, aufmerksam gemacht worden. Das Verschulden der Beklagten liege darin, dass sie seine

e-mail-Adresse ungeprüft aus einem öffentlichen Verzeichnis entnommen habe. Zudem handele es sich bei der e-mail vom 29.5.2006 um unerlaubt zugesandte Werbung. Darin liege ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i.S.d. § 823 I BGB. Die Beklagte habe mit der e-mail eine Publikation ihres Hauses vorbereitet und darauf ausdrücklich verwiesen. Da der Begriff der Werbung weit auszulegen sei, sei auch die streitgegenständliche e-mail darunter zu fassen.

Die Beklagte ist der Ansicht, bei der e-mail vom 29.5.2006 habe es sich nicht um Werbung, sondern lediglich um eine Maßnahme journalistischer Recherche gehandelt. Sie habe durch die e-mail nicht auf ihre Produkte aufmerksam gemacht und auch nicht den Absatz ihrer Zeitschrift gefördert. Der Hinweis auf die Veröffentlichung in der Zeitschrift F. sei zur Information der angesprochenen Steuerberater erforderlich gewesen. Damit liege kein Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärung vor. Bei der Frage, ob ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegeben sei, sei zum einen das Grundrecht der Pressefreiheit zu berücksichtigen und zum anderen die Tatsache, dass die e-mail-Adresse des Klägers in einem allgemein einsehbar Online-Verzeichnis zu finden gewesen sei.

Aus den Gründen: Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet. Dem Kläger steht weder der geltend gemachte Unterlassungsanspruch noch der Zahlungsanspruch wegen verwirkter Vertragsstrafe und auf Ersatz der Abmahnkosten zu.

I. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Unterlassung der Zusendung von Werbung per e-mail an seine geschäftliche E-Mail-Adresse „xxxxxxx@xxxxxx.com“ ohne (mutmaßliche) Zustimmung. Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus Vertrag wegen Verletzung der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 24.10.2005, noch als gesetzlicher Anspruch aus §§ 823, 1004 BGB.

1. Es liegt keine Verletzung der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 24.10.2005 vor, die einen (vertraglichen) Unterlassungsanspruch begründen könnte (vgl. hierzu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 24. Auflage 2006, § 12 Rn. 1.157). Bei der streitgegenständlichen e-mail vom 29.5.2006 handelt es sich nicht um ein „Aufmerksam machen auf Produkte der F. Verlag GmbH“ im Sinne der Unterlassungsverpflichtungserklärung.

a. Die Unterlassungsverpflichtungserklärung ist vor dem Hintergrund des Wettbewerbsverstoßes, der zu ihrer Abgabe geführt hat, auszulegen. Danach sollte die Erklärung Werbe-e-mails verbieten. Bei der zu der Unterlassungserklärung führenden Verletzungshandlung handelte es sich um die Bewerbung einer Seminarreihe in Form einer „Roadshow“, die die Beklagte gemeinsam mit der D. AG angeboten hatte und in deren Rahmen die Altersvorsorgeprodukte der D. AG angeboten werden sollten.

Entgegen der Auffassung des Klägers liegt in der Erklärung keine Verpflichtung der Beklagten, jedweden e-Mail Kontakt mit dem Kläger zu meiden. Es ist ausdrücklich von „Aufmerksam machen auf Produkte“ die Rede.

b. Nach dieser Auslegung der Unterlassungsverpflichtungserklärung wurde diese durch die e-mail vom 29.5.2006 nicht verletzt. Durch die e-mail machte die Beklagte nicht auf ihre Produkte in der Weise aufmerksam, dass sie diese bewarb, indem sie den Absatz ihrer Produkte förderte, sondern es handelte sich um eine Recherchemaßnahme der Beklagten.

Aus der e-mail mit Anlagen geht klar hervor, dass es der Beklagten um die Gewinnung von Umfrageergebnissen ging, die in einer künftigen Ausgabe von F. – die genaue Ausgabe wird nicht genannt – präsentiert werden sollten. Um eine erfolgreiche Umfrage durchführen zu können, war es für die Beklagte unerlässlich, die Adressaten des Schreibens über den Verwendungszweck des Umfrageergebnisses in Kenntnis zu setzen. Entgegen der Auffassung des Klägers war auch das Ziel der Informationsbeschaffung nicht nur vorgeschoben, so dass es sich um „verkappte Werbung“ handeln würde. Nach dem Inhalt des

Begleitschreibens und auch der Art der im Fragebogen gestellten Fragen steht sehr sachlich die Informationsgewinnung im Vordergrund. Außer der Verwendung des F-Logos und dem Hinweis auf F. als Veranstalter der Umfrage findet keine Bezugnahme auf die Beklagte statt.

2. Ebenso wenig besteht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 823 I, 1004 BGB wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Zwar fällt auch die Rechtsanwaltskanzlei des Klägers in den Schutzbereich des § 823 I BGB unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 64. Auflage 2005, § 823 R. 127), und im unverlangten Zusenden von Werbung per e-mail kann durchaus ein widerrechtlicher Eingriff in dieses Recht liegen. Zum einen ist jedoch in der e-mail der Beklagten keine Werbung zu sehen, zum anderen handelt es sich auch nicht um einen gezielten Eingriff, und Widerrechtlichkeit i. S. d. § 823 I BGB ist ebenfalls zu verneinen.

a. Es liegt keine Werbung vor. Die Streitgegenständliche e-mail diene wieder unmittelbar noch mittelbar der Absatzförderung der Produkte der Beklagten, s.o.

b. Es ist auch kein gezielter betriebsbezogener Eingriff gegeben. Die e-mail bezweckte in erster Linie die Informationsbeschaffung für eine geplante Veröffentlichung und gab insbesondere auch dem Kläger die Möglichkeit, sich zu präsentieren. Eine unmittelbare Beeinträchtigung ist hierin nicht zu sehen.

c. Jedenfalls liegt keine Widerrechtlichkeit i. S. d. § 823 I BGB vor. Eine vorzunehmende Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse der Beklagten an der Zusendung der streitigen e-mail überwiegt. Auf der einen Seite ist das Interesse des Klägers daran, nicht von unverlangten e-mails behelligt zu werden, in die Abwägung einzustellen. Auf der anderen Seite ist aber das Recht der Presse zur Informationsbeschaffung durch Art. 5 I GG umfassend geschützt. Würde man in der Zusendung jeder Umfrage-, oder überhaupt jeder e-Mail einer Redaktion einen rechtswidrigen Eingriff i. S. d. § 823 I BGB sehen, wäre der Presse die Informationsbeschaffungsmöglichkeit über das Internet fast völlig verwehrt. Zudem war zu berücksichtigen, dass die e-mail-Adresse des Klägers in einem frei zugänglichen Online-Verzeichnis aufzufinden war.

II. Mangels Verletzung der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 24.10.2006 (s. oben Ziff. I. 1.) ist auch kein Vertragsstrafenanspruch gegeben.

III. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Ersatz der Abmahngebühren in Höhe von 265, 70 € aus der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 24.10.2006 i.V.m. § 280 BGB oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 Satz 1, 670 BGB). Mangels Vorliegen eines Unterlassungsanspruchs (s. oben Ziff. I) war die Abmahnung vom 30.5.2006 nicht berechtigt.

Mitgeteilt von Frau RiLG G. Tilmann, München

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2007, 50 (in diesem Heft).

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.

§§ 14, 15, 23 MarkenG; §§ 3, 4 UWG – Internet-Domain; Wettbewerb; ahd.de; Prioritätsgrundsatz; „Baustelle“; Marke; Löschungsanspruch

1. Die Nutzung einer Internet-Domain begründet keine markenrechtliche Priorität, solange auf der Seite noch nicht bestimmte Waren oder Dienstleistungen angeboten bzw. geschäftliche Aktivitäten entwickelt werden, sondern lediglich ein „Baustellen“-Schild als Hinweis auf zukünftige Aktivitäten erscheint.

2. Der Umstand, dass eine bestimmte Buchstabenkombination (hier: ahd) – wie dies praktisch stets der Fall ist – zugleich als Abkürzung (irgend)eines längeren Begriffs dienen kann (hier: althochdeutsch), begründet jedenfalls so lange kein allgemeines markenrechtliches Freihaltebedürfnis, als eine derartige Abkürzung in der Wahrnehmung der relevanten Verkehrskreise weithin unbekannt ist.

3. Bei einer aus einer Buchstabenkombination gebildeten Domainadresse, die nicht erkennbar sachbeschreibend ist, gehen die angesprochenen Verkehrskreise in der Regel davon aus, dass insoweit ein kennzeichnender Gebrauch beabsichtigt ist und die Seite auf eine bestimmte Person bzw. ein konkretes Unternehmen hinweist. Entscheidend ist insoweit allein das Verkehrsverständnis, nicht die Intention des Zeichenverwenders.

4. Ein Zeichenverwender kann unter bestimmten Umständen als Folge einer gezielten Behinderung wettbewerbsrechtlich verpflichtet sein, in die vollständige Löschung eines Domainnamens einzuwilligen, selbst wenn insoweit markenrechtliche Verwechslungsgefahr nur in Bezug auf einige Waren und/oder Dienstleistungen besteht.

(OLG Hamburg, Urteil vom 5.7.2006 – 5 U 87/05 – nicht rechtskräftig)

Hinw. d. Red.: Az. des BGH: I ZR 135/06. – Vgl. dazu Dingeldey in GuT 2006, 381. – Die Entscheidung des OLG Hamburg kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 14, 23 MarkenG – Marke; Wettbewerb; Privatisierung der Postdienste; Postmonopol; OP Ostsee-Post

1. Der aufgrund von Verkehrsdurchsetzung für Dienstleistungen des Post- und Versandwesens eingetragenen Wortmarke „Post“ kommt nur schwache Kennzeichnungskraft zu.

2. Zur Relevanz des sog. Monopoleinwandes für die markenrechtlichen Gesichtspunkte der Kennzeichnungskraft und der Interessenabwägung i. S. des § 23 Nr. 2 MarkenG.

(OLG Hamburg, Urteil vom 4.4.2006 – 3 U 10/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 4, 5 UWG – Wettbewerb; Krombacher Brauerei; Regenwaldprojektt I; Sponsoring; Produktabsatzförderung; Irreführung

a) Verknüpft ein Unternehmen den Produktabsatz mit der Förderung sozialer, sportlicher, kultureller oder ökologischer Belange (sog. Sponsoring), verstößt es regelmäßig nicht gegen das Verbot unangemessener unsachlicher Beeinflussung des Kunden i. S. von § 4 Nr. 1 UWG.

b) Verspricht ein Unternehmen allgemein für den Fall des Erwerbs seiner Produkte, einen Dritten zu unterstützen, so folgt daraus noch nicht, dass über die Details dieser Leistung aufgeklärt werden muss. Erst wenn die Werbung konkrete, für die Kaufentscheidung relevante irriige Vorstellungen hervorruft, ergibt sich eine Verpflichtung des werbenden Unternehmens zu aufklärenden Hinweisen.

c) Zu den Voraussetzungen eines Verstoßes gegen das Irreführungsverbot nach § 5 UWG bei einer Verknüpfung des Produktabsatzes mit dem Versprechen einer Sponsoringleistung.

(BGH, Urteil vom 26.10.2006 – I ZR 33/04)

§§ 4, 5 UWG – Wettbewerb; Krombacher Brauerei; Regenwaldprojekt II; Sponsoring; Produktabsatzförderung; Transparenz; Irreführung

a) Verspricht ein Unternehmen für den Fall des Kaufs seiner Produkte eine nicht näher spezifizierte Leistung an einen Drit-

ten, wird der Verbraucher regelmäßig nur erwarten, dass die Leistung zeitnah erbracht wird und nicht so geringfügig ist, dass sie die werbliche Herausstellung nicht rechtfertigt. Enthält die Werbung allerdings konkrete Angaben zum Sponsoring, kann sich eine Verpflichtung des werbenden Unternehmens zu aufklärenden Hinweisen ergeben, wenn es ansonsten zu einer wettbewerbsrechtlich relevanten Fehlvorstellung des Verkehrs kommt.

b) Zur sekundären Darlegungs- und Beweislast des Beklagten im Prozess über eine irreführende Werbung.

(BGH, Urteil vom 26.10.2006 – I ZR 97/04)

§§ 172, 925, 927, 929 ZPO – Wettbewerb; Unterlassungsverfügung; Zustellung; Widerspruch; Aufhebung

1. Wird gegen eine Unterlassungs-Beschlussverfügung vortragen, sie sei mangels Vollziehung aufzuheben, so ist bei fehlender Bezeichnung „Widerspruch“ im Anwaltsschriftsatz durch

Auslegung zu ermitteln, ob ein Widerspruchsverfahren gemäß § 925 ZPO oder das Aufhebungsverfahren gemäß §§ 927, 929 ZPO betrieben werden soll. Hierbei kommt es auf die gesamten Einzelfall-Umstände an; die gewählte Parteibezeichnung „Verfügungsbeklagte“ kann einen Widerspruch annehmen lassen.

2. Wird die Beschlussverfügung an die Schuldnerin selbst im Parteibetrieb zugestellt, so ist sie wirksam vollzogen, wenn deren Rechtsanwalt sich erst nach dieser Zustellung zum Prozessbevollmächtigten bestellt (§ 172 ZPO). Die Bestellung zum Prozessbevollmächtigten ist eindeutig und zweifelsfrei zu erklären.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 23.3.2006 – 3 U 251/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 29.3.2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: 5. Zivilsenat des OLG Hamburg; 3. Zivilsenat des OLG Hamburg; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

Besteuerung

Umschau Februar 2007

RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erftstadt-Liblar

Verfassungswidrige Mindestbesteuerung, weil unverständliche Steuergesetze?

In einem neunseitigen Beschluss vom 6.9.2006 (XI R 26/04 in DStR 2006, 2019) legt der BFH dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vor, ob die §§ 2, 10 d EStG wegen Verletzung des Grundsatzes der Normenklarheit verfassungswidrig sind.

Zusammenveranlagte Eheleute erzielten beide Einkünfte, wobei das FA bei der Veranlagung für 1999 negative Einkünfte des Ehemannes aus V + V nur begrenzt (wegen begrenzter Verlustverrechnung ab DM 100 000,- (sog. Mindeststeuer gem. §§ 2 Abs. 3, 10 d EStG ab 1999)) berücksichtigte. Der Rüge der Verfassungswidrigkeit dieser beschränkten Verlustverrechnung ab 1999 ist der XI. Senat beim BFH insoweit gefolgt, als er in Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen Meinung in der Literatur diese Mindeststeuerregelung für unverständlich hält. Allein die Zahl und der Umfang der von der Finanzverwaltung im ESt-Handbuch 1999 dargestellten Berechnungsbeispiele (zu § 2 = 7 Beispiele auf 12 Seiten, zu § 10 d = 10 Beispiele auf 30 Seiten) belegen anschaulich den Mangel an Normenklarheit. Es würden sprachlich kaum abgrenzbare, teilweise sogar unzutreffende und unbestimmte Gesetzesbegriffe verwendet, die zudem noch teilweise unvollständig und rechtssystematisch irreführend seien. Sie enthielten widersprüchliche Rechtsfolgenanordnungen und eine unübersichtliche Verweisungstechnik. Sie dürften wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 GG nicht angewendet werden.

Erstmalig hat das höchste deutsche Steuergericht steuerrechtliche Normen wegen Unverständlichkeit für nicht anwendbar erklärt. Man darf gespannt sein auf die Entscheidung des BVerfG!

Reugeld für Rücktritt vom Grundstückskauf nicht steuerbar

Über das nachfolgende Urteil des BFH waren die beiden Kläger sicherlich hoch erfreut.

Sie waren je hälftige Miteigentümer zweier Grundstücke, die sie mit notariellem Vertrag vom 21.12.1991 für DM 4 054 359,-

veräußerten. In Ziffer IX des Kaufvertrags war u. a. bestimmt: „Der Käufer behält sich das Recht vor, von diesem Vertrag durch einseitige Erklärung zurückzutreten, wenn nicht bis zum 31.12.1992 das Vertragsobjekt durch rechtswirksamen Bebauungsplan als Gewerbegebiet ausgewiesen ist.“ In Ziffer IV wurde folgende Abrede getroffen: „Dafür, dass der Verkäufer bis zu einem evtl. von dem Käufer erklärten Rücktritt keine Möglichkeit der anderweitigen Veräußerung des Kaufgegenstandes hat, verpflichtet sich der Käufer für den Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts, einen Betrag von 10% des Kaufpreises = DM 405 435,90 zu zahlen“.

Nachdem die Grundstücke nicht bis zum Jahresende 1992 als Gewerbegebiet ausgewiesen worden waren, trat der Käufer Anfang 1993 vom Kaufvertrag zurück. Im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrags verständigten sich die Vertragsparteien auf ein verringertes Reugeld. Nach Abzug von Werbungskosten stellte das FA insoweit Einkünfte aus sonstigen Leistungen i.S.v. § 22 Nr. 3 EStG in Höhe von DM 237 467,- im Feststellungsbescheid 1992 vom 18.2.1994 fest. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren hatte die Klage (Urteil des Niedersächs. FG vom 2.6.2004 in EFG 2004, 1527) Erfolg. Dieses beurteilte die Zahlung des Reugeldes als nicht steuerbaren Vorgang im Vermögensbereich.

Der BFH wies die Revision des FA mit Urteil vom 24.8.2006 (IX R 32/04 in DStR 2006, 2075) als unbegründet zurück und bestätigte die Auffassung des FG, es habe sich bei der Vereinbarung des Reugeldes um einen nicht steuerbaren Vorgang im Vermögensbereich gehandelt. Entscheidend sei der wirtschaftliche Gehalt der Vereinbarung nach dem, was die Parteien wirklich gewollt haben. Die Kläger erstrebten nicht das Reugeld, sondern den nicht steuerbaren Verkauf ihrer Grundstücke, der durch die Vereinbarung des Reugeldes erst ermöglicht wurde. Die Regelung in Ziffer IV des Vertrags verdeutlicht den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien, dem Reugeld einen Entschädigungscharakter beizumessen. Nach seinem wirtschaftlichen Gehalt sollte dieses Reugeld im Streitfall einen Mindererlös in der Vermögenssphäre ersetzen, den die Kläger im Fall des Rücktritts bei einer erneuten Veräußerung gewärtigen mussten.

Mieterseits eingebaute Gasheizungsanlage als Scheinbestandteil

Eine Klägerin betrieb seit 1990 in gemieteten Räumen eine Praxis für Physiotherapie. Im Jahr 1992 ließ sie die Öfen aus den Praxisräumen entfernen und eine Gasheizungsanlage einbauen. Nach dem Mietvertrag war der Vermieter der Klägerin berechtigt, von ihr bei Beendigung des Mietverhältnisses die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verlangen oder die von ihr geschaffenen Einrichtungen bzw. baulichen Veränderungen zu übernehmen. Die Klägerin beantragte u. a. für den Einbau der Gasheizungsanlage eine Investitionszulage nach § 2 Investitionszulagengesetz 1991 (Betriebsvorrichtung). FA und FG (Urteil des Sächs. FG vom 30. 8. 2005) lehnten dies ab, weil die Gasheizungsanlage als Gebäudebestandteil weder ein bewegliches Wirtschaftsgut noch Betriebsvorrichtung sei. Sie sei kein Scheinbestandteil, weil sie nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck eingebaut worden sei und der Einbau auch nicht für die ganz speziellen Zwecke der Klägerin erfolgt sei, sondern um das Gebäude als solches besser nutzbar zu machen.

Auch der BFH bestätigte mit Beschluss vom 14. 8. 2006 (III B 171/05 in BFH/NV 2006, 2307) die Auffassung der Vorinstanz. Eine Heizungsanlage sei nicht zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt, wenn deren Nutzungsdauer kürzer als die voraussichtliche Mietdauer sei. Sei die Nutzungsdauer länger als die voraussichtliche Mietdauer, liege ebenfalls kein Scheinbestandteil vor, wenn die Anlage bis an die Grenze des Schrottwerts zerstört werde. Auch wenn die Heizungsanlage nach dem Ausbau noch einen beachtlichen Wiederverwendungswert habe, sei sie nur dann ein Scheinbestandteil, wenn sie für den speziellen Zweck des Mieters eingefügt worden sei und nicht allgemein dazu diene, die Nutzung des Gebäudes zu ermöglichen.

Kontrollmitteilungen, Hinzuschätzungen und Verwertungsverbot

Es dürfte hinreichend bekannt sein, dass die Finanzverwaltung über sog. Kontrollmitteilungen (KM), angefertigt anlässlich von Außenprüfungen bei Stpfl., über ein sehr wirkungsvolles Instrument verfügt, um verschwiegene Einnahmen doch noch der Besteuerung zuzuführen und dies auch gfls. strafrechtlich zu ahnden. Von daher liegt es nahe, dass sich „Verschweiger“ mit allen Mitteln gegen deren Auswertung zu wehren versuchen.

Ein FA erfuhr über anlässlich von bei Gastwirten durchgeführten Außenprüfungen, hierbei gefertigten KM und anschließenden Auskunftersuchen davon, dass eine bei ihm steuerlich geführte Tanzkapelle in den Streitjahren 1995 bis 1998 erheblich mehr Honorare vereinnahmt als erklärt hatte. Deren Steuerberater verweigerte im Hinblick auf das eingeleitete Strafverfahren jegliche weitere Mitwirkung bei der Aufklärung des Sachverhalts. Daraufhin erhöhte das FA in den unter Nachprüfungsvorbehalt ergangenen Feststellungsbescheiden der Streitjahre die darin erklärten Einkünfte nicht nur um die aufgrund der zahlreichen KM nicht erklärten Einnahmen von jeweils ca. DM 14 000,-, sondern um nochmals Beträge in ca. dieser Höhe wegen Hinzuschätzung weiterer nicht erklärter Einnahmen und Sicherheitszuschläge.

Das Niedersächs. FG gab erstaunlicherweise mit Urteil vom 22. 6. 2004 (EFG 2004, 1419) der Klage statt und hob die Hinzurechnungen der nicht erklärten und hinzugeschätzten Einnahmen auf, weil das FA davon aufgrund rechtswidriger, weil zielgerichteter Außenprüfungen Kenntnis erlangt habe. Der BFH jedoch hob mit einem 15-seitigen Urteil (davon 13 Seiten Gründe!) vom 4. 10. 2006 (VIII R 53/06 in DStR 2006, 2302) dieses Urteil der Vorinstanz auf und verwies wegen Überprüfung der Hinzuschätzungen zurück. Die bei den Gastwirten angeordneten Außenprüfungen erfolgten nicht ausschließlich zur Feststellung steuerlich bedeutsamer Tatsachen von Dritten (vgl. dazu § 194 Abs. 3 AO). Es ist auch allgemein bekannt, dass Gastwirtschaften stets prüfungswürdig sind. Hierbei festgestellte steuerlich bedeutsame Tatsachen von Dritten, die per KM an die Wohnsitz-FA mitgeteilt werden, dienen letztlich dem

Grundsatz der gesetzlichen und gleichmäßigen Besteuerung aller Steuerbürger. Auch für Auskunftsbegehren an Dritte betr. an Tanzkapellen gezahlte Honorare besteht schon wegen branchenspezifischer Erfahrungen der nicht vollständigen Erklärung ein hinreichender Anlass. Nur bei einem grob rechtswidrigen oder grundrechtswidrigen Verstoß besteht ein Verwertungsverbot.

Die Vorinstanz hat nunmehr noch die Hinzurechnungen und -schätzungen des FA dem Grund und der Höhe nach zu überprüfen. Die Grenze der Willkür dürfte hierbei eigentlich nicht überschritten worden sein.

Pauschalversteuerung für Goldmünzen, übergeben bei Weihnachtsfeiern?

Die Klägerin betreibt ein Unternehmen für Garderoben und Einrichtungssysteme. Sie beschäftigte in den Streitjahren 1999 und 2000 rund 100 Arbeitnehmer. Im Rahmen der in den Streitjahren durchgeführten Weihnachtsfeiern erhielten die Arbeitnehmer der Klägerin Krügergoldmünzen im Wert von ca. DM 550,- pro Stück. Sie erhielten diese, anstelle des seit 1997 gekürzten Weihnachtsgeldes, in einem Vorraum zum eigentlichen Veranstaltungssaal, in dem das Weihnachtsessen stattfand. Die Übergabe von jeweils einer und ausnahmsweise zweier Goldmünzen wurde vom Buchhalter der Klägerin aufgezeichnet, und der Wert der zugewendeten Goldmünzen, die an jedem Bankschalter gegen Bargeld eingetauscht werden konnten, betrug in 1999 DM 58 603,- und in 2000 DM 65 508,-. Die Klägerin versteuerte diese Beträge lediglich mit dem Pauschalsteuersatz von 25% gem. § 40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG (gezahlter Arbeitslohn aus Anlass von Betriebsveranstaltungen). Der Lohnsteuer-Außenprüfer versagte jedoch die Anwendung des Pauschalsteuersatzes. Die Zuwendung der Goldmünzen sei nicht aus Anlass der Weihnachtsfeiern, sondern nur gelegentlich dieser Feiern erfolgt. Eine solche Zuwendung sei atypisch. Den Lohnsteuernachforderungsbescheid einschl. Kirchenlohnsteuer und Soli ggb. der Klägerin bestätigte nicht nur das FG Münster mit Urteil vom 14. 7. 2004 (EFG 2005, 282), sondern auch der BFH mit Urteil vom 7. 11. 2006 (VI R 58/04, im Internet seit dem 6. 12. 2006). Zuwendungen wie hier seien nicht typisch und vom Zweck der Vorschrift gedeckt. Arbeitnehmer sollten bei kleineren Zuwendungen des Arbeitgebers anlässlich von Betriebsveranstaltungen durch die Möglichkeit der pauschalen Übernahme von Lohnsteuern durch den Arbeitgeber nicht belastet werden. Es sollte jedoch nicht die Zahlungen eines 13. Gehalts oder einer Weihnachtsgratifikation gelegentlich einer Betriebsveranstaltung durch den niedrigeren Pauschalsteuersatz ggb. der normalen Lohnsteuer begünstigt werden.

Zum Verdruss sicherlich vieler Arbeitnehmer kann ihnen ihr Arbeitgeber nicht anlässlich von Betriebsveranstaltungen wertvolle Sonderzuwendungen steuerbegünstigt zukommen lassen.

Erbbauzinsen keine Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung?

Man kann es ja einmal versuchen: Nach dieser Devise dürfte eine verheiratete Klägerin aus Schleswig-Holstein gehandelt haben, die vereinnahmte Erbbauzinsen steuerfrei gestellt haben wollte.

Sie hatte in 1991 ein Grundstück geerbt, das seit 1975 mit einem Erbbaurecht auf 99 Jahre belastet war. Sie vereinnahmte im Streitjahr 1995 neben Pachteinahmen von 9885,- noch Erbbauzinsen von DM 68 208,- und erklärte unter Abzug von WK in ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr Einkünfte aus V+V von DM 58 117,-. Im Einspruchsverfahren gegen den erklärungsgemäß ergangenen Einkommensteuerbescheid machte sie geltend, die überkommene Rspr. des BFH, wonach Erbbauzinsen zu den Einkünften aus V+V gehörten, sei durch den Beschluss des BVerfG vom 17. 5. 1995 (BStBl II 1995, 810) überholt. Einspruch und Klage (Urteil vom 5. 11. 2003 in EFG 2005, 873; Revision zugelassen) blieben ebenso erfolglos wie die Revision (Urteil vom 20. 9. 2006 IX R 17/04, im Internet seit dem 6. 12. 2006).

Sie trug vor, ihr Grundstück weder vermietet noch verpachtet zu haben. Der Erbbauzins werde nur für die Bestellung des Erbbaurechts gem. § 9 Abs. 1 ErbbaUV gezahlt, nicht für den Gebrauch des Grundstücks. Der Erbbauzins sei kaufpreisähnlich, weil er für das Erbbaurecht als Vermögen auf Zeit gezahlt werde. Dieser Argumentation folgten FA, FG und BFH nicht. Zu den Einkünften aus V+V zählen alle Einkünfte auch aus einer zeitlich begrenzten entgeltlichen Überlassung unbeweglichen Vermögens zur Nutzung. Entscheidend sei der wirtschaftliche Gehalt des jeweiligen Vertrags. Der Erbbauzins sei das Entgelt für ein zeitlich begrenztes dingliches Nutzungsrecht (Errichtung eines Gebäudes etc.) am Grund und Boden mit anschließendem Heimfallrecht. Das Erbbaurecht wachse über die Laufzeit verteilt wieder dem Grundstückswert – und damit anders als eine verzinsliche Kapitalforderung – zu. Würde man von einer Besteuerung des Erbbauzins absehen wollen, wäre dies auch eine zu anderen Nutzungsrechten sachlich nicht begründbare und mit Art. 3 Abs. 1 GG kaum zu vereinbarende Privilegierung.

Dem ist eigentlich nichts hinzuzufügen.

Einheitlicher Grundstückskauf- und Bausanierungsvertrag

Für die Bemessung der Grunderwerbsteuer ist es oft von erheblicher Bedeutung, ob bei deren Bemessungsgrundlage nur das unsanierte Grundstück anzusetzen ist oder zusätzlich noch der Bausanierungsvertrag. Hierfür ist maßgeblich, ob der Abschluss des Kaufvertrags an die Beauftragung eines bestimmten Bausanierungsvertrags gekoppelt ist.

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts S (S-GbR) erwarb mit notariellem Kaufvertrag von 15. 2. 1994 einen aus mehreren Grundstücken mit mehreren, zum Teil aneinander gebauten Mehrfamilienhäusern für DM 2,7 Mio. An der S-GbR hielt die Klägerin (KI) treuhänderisch neben einem Bauunternehmer einen Anteil von je 40 v.H. Gesellschaftszweck der S-GbR waren der Erwerb von Grundbesitz, dessen Sanierung bzw. Bebauung, Vermietung und dauerhafte Verwaltung. Unter Auflösung des Treuhandverhältnisses und Vereinbarung einer Realteilung des Grundbesitzes erwarb die KI von der S-GbR mit notariellem Vertrag vom 13. 4. 1995 mehrere Grundstücke, u. a. eines von 524 qm mit aufstehendem Mehrfamilienhaus Nr. 29a. Ausgleichszahlungen erfolgten nicht, weil die zugeteilten Grundstücke dem Wert der Gesellschaftsanteile entsprachen. Es wurde zugleich vereinbart, die gesamten Sanierungsmaßnahmen als einheitliche Maßnahme von der S-GbR durchführen zu lassen. Mit Vertrag vom 2. 7. 1995 beauftragte die KI die PR-GmbH, deren Gesellschafterin und alleinige Geschäftsführerin die KI war, mit der Sanierung des Mehrfamilienhauses Nr. 29a zum Pauschalpreis von DM 1,203 Mio. zzgl. USt. Diesem Vertragsabschluss vorausgegangen waren Angebote der PR-GmbH an die S-GbR betr. Sanierung des Gesamtobjektes, die S-GbR hatte auch insoweit Vergleichsangebote anderer Generalunternehmer.

Wegen des Grunderwerbs der KI im Zuge der Realteilung (Vertrag vom 13. 4. 1995) setzte das FA eine Grunderwerbsteuer (2%) von DM 33 804,- nach einer Gegenleistung von DM 1,690 Mio. mit unter NPV erlassenen Bescheid vom 12. 7. 1996 fest. Es ging von dem Erwerb eines Grundstücks mit saniertem Gebäude, also incl. der Sanierungskosten, aus. In seiner Einspruchsentscheidung erhöhte es die Grunderwerbsteuer geringfügig auf DM 34 152,- (vom Kaufpreis von DM 2,7 Mio. Anteil Gebäude DM 257 184,- und Grund und Boden DM 66 453; Sanierung incl. USt= DM 1,383 Mio; DM 1,707 Mio. insges.). Mit ihrer Klage begehrte die KI, die GrESt ohne Einbeziehung der Sanierung auf € 3309,- herabzusetzen.

Das Sächs. FG gab der Klage mit Urteil vom 1. 6. 2004 statt, weil die KI die Sanierung maßgeblich von der Erwerberseite beeinflusst oder gar veranlasst habe. Der BFH gab mit Urteil vom 23. 8. 2006 (BFH/NV 2007, 99), wenn auch mit anderer Begründung, der Klage statt. Auf die maßgebliche Beeinflussung oder gar Veranlassung der Sanierung von der Erwerber-

seite komme es für den objektiven Zusammenhang zwischen Grundstückskauf- und Bausanierungsvertrag nicht an. Hier sei jedoch die KI bei Abschluss des Grundstückskaufvertrags vom 13. 4. 1995 noch nicht hinsichtlich der Sanierung der Altbausubstanz gebunden gewesen, sondern erst mit Abschluss des Sanierungsvertrags am 2. 7. 1995. Damit fehle es an der erforderlichen Koppelung schon zum Zeitpunkt des Grundstückskaufvertrags.

Der KI konnte es recht sein, dass sie, wenn auch mit einer anderen unerwarteten rechtlichen Begründung, auch beim BFH Erfolg hatte.

Art. 3 GG; § 19 ErbStG Erhebung der Erbschaftsteuer

1. Die durch § 19 Abs. 1 ErbStG angeordnete Erhebung der Erbschaftsteuer mit einheitlichen Steuersätzen auf den Wert des Erwerbs ist mit dem Grundgesetz unvereinbar, weil sie an Steuerwerte anknüpft, deren Ermittlung bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen (Betriebsvermögen, Grundvermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften und land- und forstwirtschaftlichen Betrieben) den Anforderungen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht genügt.

2. a) Die Bewertung des anfallenden Vermögens bei der Ermittlung der erbschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage muss wegen der dem geltenden Erbschaftsteuerrecht zugrunde liegenden Belastungsentscheidung des Gesetzgebers, den durch Erbfall oder Schenkung anfallenden Vermögenszuwachs zu besteuern, einheitlich am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel ausgerichtet sein. Die Bewertungsmethoden müssen gewährleisten, dass alle Vermögensgegenstände in einem Annäherungswert an den gemeinen Wert erfasst werden.

b) Bei den weiteren, sich an die Bewertung anschließenden Schritten zur Bestimmung der Steuerbelastung darf der Gesetzgeber auf den so ermittelten Wert der Bereicherung aufbauen und Lenkungszwecke, etwa in Form zielgenauer und normenklarer steuerlicher Verschonungsregelungen, ausgestalten.

(BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. 11. 2006 – 1 BvR 10/02)

Hinw. d. Red.: Siehe dazu die Pressemeldung des BVerfG in GuT 2007, 62 (in diesem Heft). – Die Entscheidung kann bis zum 29. 3. 2007 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Steuerrecht etc.

§§ 249, 675 BGB – Haftung des Steuerberaters; Bauvorhaben; Bauverzögerung; komplexes Konzept; Grundstückshandel; Eigentumswohnungen

Der Steuerberater haftet auch für einen durch fehlerhafte Beratung schuldhaft verursachten Verzögerungsschaden des Mandanten, sofern die Vermeidung eines entsprechenden Nachteils zum Inhalt der übernommenen Vertragspflichten gehörte.

(BGH, Urteil vom 7. 12. 2006 – IX ZR 37/04)

§ 823 BGB; § 266a StGB – Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung; Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der zuständigen Einzugsstelle

Der Geschäftsführer einer GmbH ist wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung auch dann gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 a StGB haftungsrechtlich

verantwortlich, wenn die GmbH zwar zum Fälligkeitszeitpunkt nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, er es jedoch pflichtwidrig unterlassen hat, die Erfüllung dieser Verpflichtung durch Bildung von Rücklagen, notfalls auch durch Kürzung der Nettolohnzahlung sicherzustellen (st. Rspr, vgl. BGHZ 134, 304, 309).

(BGH, Urteil vom 25. 9. 2006 – II ZR 108/05)

§ 17 UStG – Umsatzsteuer; uneinbringliche Entgeltforderung

1. Eine Entgeltforderung ist uneinbringlich i.S. des § 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG, wenn der Anspruch auf Entrichtung des Entgelts nicht erfüllt wird und bei objektiver Betrachtung damit zu rechnen ist, dass der Leistende die Entgeltforderung (ganz oder teilweise) jedenfalls auf absehbare Zeit rechtlich oder tatsächlich nicht durchsetzen kann.

2. Eine Berichtigung kommt in Betracht, wenn der Leistungsempfänger zwar nicht die Entgeltforderung selbst bestreitet, sondern mit einer vom Gläubiger (dem leistenden Unternehmer) substantiiert bestrittenen Gegenforderung aufrech-

net, und wenn bei objektiver Betrachtung damit zu rechnen ist, dass der Leistende die Entgeltforderung (ganz oder teilweise) jedenfalls auf absehbare Zeit nicht durchsetzen kann (Fortführung des BFH-Urteils vom 22. April 2004 V R 72/03, BFHE 205, 525, BStBl II 2004, 684).

(BFH, Urteil vom 20. 7. 2006 – V R 13/04)

Vorinstanz: FG Berlin (EFG 2004, 939)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2007, 22 –

§§ 94 ff. InsO; § 387 BGB – Steueransprüche im Insolvenzverfahren; Rechtsweg

Das mit der Anfechtungsklage angerufene Zivilgericht ist an einen wirksamen Bescheid gebunden, mit dem das Finanzamt einen Insolvenzsteueranspruch mit einem Vorsteuervergütungsanspruch der Masse verrechnet hat. Die Einwendungen des Insolvenzverwalters gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung sind im Wege der Klage zu den Finanzgerichten zu erledigen.

(BGH, Urteil vom 21. 9. 2006 – IX ZR 89/05)

Magazin

Politik und Recht

Bundesrat Drucksache 47/07 vom 26.1.2007

Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze

Der Deutsche Bundestag hat in seiner 73. Sitzung am 14. Dezember 2006 aufgrund der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses – Drucksache 16/38/43 – den von der Bundesregierung eingebrachten *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze – Drucksache 16/887* – in beifügter Fassung angenommen.

Hinw. d. Red.: Vom weiteren Abdruck wird abgesehen; siehe unter www.bundesrat.de. Dazu auch BMJ Newsletter in GuT 2006, 390. Der Bundesrat hat am 16. 2. 2007 die Novelle verabschiedet.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 3/2007 vom 12.1.2007

Zwangsmitgliedschaft in Jagdgenossenschaft ist verfassungsgemäß

Nach dem Bundesjagdgesetz bilden zusammenhängende Grundflächen mit einer land-, forst- oder fischereiwirtschaftlich nutzbaren Fläche von 75 ha an, die im Eigentum ein und derselben Person stehen, einen Eigenjagdbezirk. Alle Grundflächen einer Gemeinde, die nicht zu einem Eigenjagdbezirk gehören, bilden einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk, wenn sie im Zusammenhang mindestens 150 ha umfassen. Die Eigentümer der Grundflächen, die zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk gehören, bilden kraft Gesetzes eine Jagdgenossenschaft. Ihr steht im gemeinschaftlichen Jagdbezirk das Jagdausübungsrecht zu. Die Jagdgenossenschaft nutzt die Jagd in der Regel durch Verpachtung.

Der Beschwerdeführer, der die Jagd auf Tiere aus Gewissensgründen ablehnt, ist Eigentümer eines Grundstücks, das zu

einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk gehört. Er hält die Zwangsmitgliedschaft in der Jagdgenossenschaft für verfassungswidrig. Seinem Antrag auf Entlassung aus der Jagdgenossenschaft wurde nicht entsprochen; die hiergegen erhobene Klage blieb vor den Verwaltungsgerichten ohne Erfolg. Seine Verfassungsbeschwerde wurde von der 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 13. 12. 2006 – 1 BvR 2084/05).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

1. Das Eigentumsgrundrecht ist nicht verletzt. Die Regelungen des Bundesjagdgesetzes über die gemeinschaftlichen Jagdbezirke und das Jagdausübungsrecht durch die Jagdgenossenschaften stellen eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums dar. Sie verfolgen legitime Ziele, sind erforderlich und beeinträchtigen die Eigentümerinteressen nicht unverhältnismäßig.

Die gesetzgeberischen Ziele erschöpfen sich nicht in der Ermöglichung der Jagdausübung und der Vermeidung von Wildschäden, sondern umfassen auch Gesichtspunkte des Naturschutzes, der Landschaftspflege und des Tierschutzes. Der Gesetzgeber hat mit dem Jagdrecht ausdrücklich die Pflicht zur Hege verbunden. Die Hege hat die Erhaltung eines den landschaftlichen und landeskulturellen Verhältnissen angepassten artenreichen und gesunden Wildbestandes, sowie die Pflege und Sicherung seiner Lebensgrundlagen zum Ziel. Ein dem Gedanken der Hege verpflichtetes Jagdrecht dient auch dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20 a GG).

Der Gesetzgeber durfte annehmen, dass die Zwecke des Jagdrechts einschließlich der Hege am besten in grundstücksübergreifender Weise verwirklicht werden können. Würde man einzelnen oder allen Eigentümern das Jagdrecht zur freien Ausübung belassen, bedürfte es – um die genannten Jagd- und Hegeziele zu erreichen – eines voraussichtlich erheblich höheren Regelungs- und Überwachungsaufwands durch den Staat, als dies gegenwärtig gegenüber den auch selbstverwaltend tätigen

Jagdgenossenschaften der Fall ist. Demgegenüber stellen sich die Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse des Beschwerdeführers nicht als besonders gravierend dar. Zudem sieht das Gesetz in den Mitwirkungsrechten des Beschwerdeführers in der Jagdgenossenschaft und in seinem nicht abdingbaren Teilhaberecht am Pachtlös einen angemessenen Ausgleich für die Beschränkung des Eigentums vor.

2. Der Beschwerdeführer ist nicht in seiner Gewissensfreiheit verletzt. Der Gewissensfreiheit des Beschwerdeführers stehen kollidierende Verfassungsgüter gegenüber. Es handelt sich dabei um die gleichen, auf verfassungsrechtliche Wertentscheidungen rückführbaren Ziele des Jagdrechts, die auch die jagdrechtliche Inhalts- und Schrankenbestimmung des Grundeigentums rechtfertigen. Müssten das Grundstück des Beschwerdeführers und die Grundstücke weiterer Eigentümer, die die Jagd ebenfalls ablehnen, aus der Jagdgenossenschaft ausscheiden, wäre die vom Gesetzgeber bezweckte Eigentums- und Hegeordnung in Gefahr. Demgegenüber wiegt die Beeinträchtigung des Beschwerdeführers dadurch, dass er die Ausübung der Jagd auf seinen Grundstücken hinnehmen muss, geringer, auch wenn sie ihn subjektiv nicht unerheblich belasten mag. Der Beschwerdeführer wird nicht gezwungen, die Jagd auszuüben oder diese tätig zu unterstützen.

3. Die Gerichte haben in den angegriffenen Entscheidungen die Europäische Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausreichend berücksichtigt. Insbesondere haben sie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 29. April 1999 zum französischen Jagdrecht in den Blick genommen und hierbei die Unterschiede der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse nach deutschem Jagdrecht gegenüber den seinerzeit maßgeblichen nach französischem Recht herausgearbeitet.

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH PM GuT 2006, 49 sowie Entscheidungsabdruck in GuT 2006, 78.

BGH-Pressemitteilung Nr. 4/2007 vom 11.1.2007

Schadensersatzansprüche gegen den Staat wegen unzumutbarer Verzögerung von Eintragungen im Grundbuch

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte heute über die Frage zu entscheiden, inwieweit einem Grundstückseigentümer Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche wegen einer unzumutbaren Verzögerung der beantragten Eintragungen im Grundbuch zustehen. In dem zugrunde liegenden Fall hatte ein Bauträger auf seinem Grundstück Eigentumswohnungen gebildet und diese an Interessenten verkauft. Die Kaufpreiszahlungen sollten erfolgen, wenn zugunsten der Käufer Vormerkungen im Grundbuch zur Sicherung ihrer Ansprüche auf Eigentumsübertragung eingetragen waren. Der hierfür zuständige Rechtspfleger des Amtsgerichts war jedoch überlastet und trug die Vormerkungen deswegen erst nach einem Jahr und acht Monaten ein. Wegen des dem insolvent gewordenen Bauträger entstandenen Zinsschadens verlangt nunmehr die finanzierende Sparkasse, der die Ersatzansprüche abgetreten worden sind, von dem Bundesland Schadensersatz in Höhe von zunächst etwa 450 000 €. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben.

Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und das Verfahren zur erneuten Prüfung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen (Urteil vom 11.1.2007 – III ZR 302/05). Er hat hierbei allerdings die geltend gemachten Ersatzansprüche im Ansatz bejaht. Jede Behörde hat die Amtspflicht, Anträge mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten. Ist dies wegen Überlastung des zuständigen Beamten nicht gewährleistet, so haben nicht nur die zuständige Behörde (Amtsgericht), sondern auch die übergeordneten Stellen (Landgericht, Oberlandesgericht, Justizministerien) im Rahmen ihrer Möglichkeiten Abhilfe zu schaffen. Inwieweit sie hierzu in der Lage gewesen

wären, war in dem vorliegenden Rechtsstreit bislang nicht hinreichend geklärt, so dass weitere Sachverhaltsfeststellungen und eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht nötig wurden. Soweit es dagegen um die Zuweisung von Haushaltsmitteln und Stellen an die Gerichte durch den Haushaltsgesetzgeber geht, hat der Bundesgerichtshof an seiner ständigen Rechtsprechung festgehalten, dass auf eine etwaige Pflichtverletzung des Gesetzgebers ein Schadensersatzanspruch des Bürgers nicht gestützt werden kann.

Bei der hier in Rede stehenden unzumutbaren Verzögerung von Eintragungsanträgen kommt außer dem Amtshaftungsanspruch noch ein Anspruch des Grundstückseigentümers auf angemessene Entschädigung für die entgangene Nutzung seines Eigentums aus dem Gesichtspunkt des so genannten „enteignungsgleichen Eingriffs“ in Betracht. Die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs, der allerdings nicht auf vollen Schadensausgleich gerichtet ist, hat der Bundesgerichtshof hier für gegeben erachtet. In dieser Beziehung waren aber noch weitere tatsächliche Feststellungen zur Höhe der Entschädigung durch das Berufungsgericht erforderlich.

BGH-Pressemitteilung Nr. 17/2007 vom 5. 2. 2007

Verdeckte Online-Durchsuchung unzulässig

Die heimliche Durchsuchung der im Computer eines Beschuldigten gespeicherten Dateien mit Hilfe eines Programms, das ohne Wissen des Betroffenen aufgespielt wurde (verdeckte Online-Durchsuchung), ist nach der Strafprozessordnung unzulässig. Es fehlt an der für einen solchen Eingriff erforderlichen Ermächtigungsgrundlage. Das hat der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs auf die Beschwerde des Generalbundesanwalts gegen einen Beschluss entschieden, mit dem der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs den Antrag auf eine verdeckte Online-Durchsuchung abgelehnt hatte (Beschluss vom 31. Januar 2007 – StB 18/06).

Nach der Entscheidung ist die verdeckte Online-Durchsuchung insbesondere nicht durch § 102 StPO (Durchsuchung beim Verdächtigen) gedeckt, weil die Durchsuchung in der Strafprozessordnung als eine offen durchzuführende Ermittlungsmaßnahme geregelt ist. Dies ergibt sich zum einen aus mehreren Vorschriften des Durchsuchungsrechts zu Gunsten des Beschuldigten - Anwesenheitsrecht (§ 106 Abs. 1 Satz 1 StPO) und Zuziehung von Zeugen (§ 105 Abs. 2, § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO) -, deren Befolgung als zwingendes Recht nicht zur Disposition der Ermittlungsorgane steht. Zum anderen folgt dies aus einem Vergleich mit den Ermittlungsmaßnahmen, die - wie die Überwachung der Telekommunikation (§§ 100 a, b StPO) oder die Wohnraumüberwachung (§§ 100 c, d StPO) - ohne Wissen des Betroffenen durchgeführt werden können, für die aber deutlich höhere formelle und materielle Anforderungen an die Anordnung und Durchführung bestehen. Auch andere Befugnisnormen der Strafprozessordnung gestatten die verdeckte Online-Durchsuchung nicht.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung vom 5. 2. 2007

BGH: Schäuble und Zypries beim hacken erwischt

Zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) über verdeckte Online-Durchsuchungen erklären Jerzy Montag, rechtspolitischer Sprecher und Wolfgang Wieland, Sprecher für Innere Sicherheit:

Die Entscheidung aus Karlsruhe ist konsequent und richtig. Sie hat uns nicht überrascht. Für die verdeckte Online-Untersuchung gibt es keine gesetzliche Grundlage. Der Staat darf sich nicht als Hacker aufspielen, den privaten PC knacken und private Daten von Bürgerinnen und Bürgern heimlich durchforsten.

Schäuble und Zypries als zuständige Minister hätten die offensichtliche Illegalität der Aktion erkennen müssen. Trotzdem

hat sich das Bundesministerium des Innern sogar einen Haushaltstitel für die verdeckte Online-Durchsuchung von der großen Koalition beschließen lassen. 200 000 Euro sind damit ohne rechtliche Grundlage gewährt worden. Wir fordern die Entwicklung von Hackersoftware im Bundesinnenministerium jetzt sofort zu stoppen. Erst schießen, dann fragen darf nur ein Sheriff im Wilden Westen - nicht aber der Bundesinnenminister.

Auch das vom NRW-Innenminister Ingo Wolf (FDP) vorgelegte und vom Landtag beschlossene Gesetz über die verdeckte Online-Durchsuchung ist damit höchst bedenklich.

Es gibt kein Bedürfnis für einen „Bundestrojaner“. Die derzeitigen gesetzlichen Regelungen reichen zur Bekämpfung der Kriminalität aus. Wir warnen auch davor, ein Reparaturgesetz im Schweinsgalopp und mit der Mehrheit der großen Koalition einfach durch den Bundestag zu jagen. Der BGH hat darauf hingewiesen, dass für andere heimliche Ermittlungsmethoden hohe gesetzliche Hürden gelten. Wie beim Großen Lauschangriff und bei der Telefonüberwachung muss die Privat- und Intimsphäre besonders geschützt werden. Darüber darf man nicht noch einmal hinweggehen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 5. 2. 2007

Rechtsgrundlage für Online-Durchsuchungen schaffen Urteil des Bundesgerichtshofes über die Unzulässigkeit von Online-Durchsuchungen

Der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB, erklärt zu dem heutigen Urteil des Bundesgerichtshofes über die Unzulässigkeit von Online-Durchsuchungen:

Strafverfolgungsbehörden müssen die Möglichkeit haben, eine Online-Durchsuchung nach entsprechender richterlicher Anordnung verdeckt durchführen zu können.

Gerade bei schweren Verbrechen wie zum Beispiel Kinderpornografie oder terroristischen Vorbereitungshandlungen können so weitere wichtige Ermittlungsansätze gewonnen werden. Deswegen ist es bei den derzeitigen Verhandlungen zur Änderung der Strafprozessordnung bezüglich der Telekommunikationsüberwachung nun unerlässlich, umgehend eine Rechtsgrundlage zu schaffen. Das Bundesjustizministerium sollte seine Haltung gerade in diesem Punkte überdenken.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 6. 2. 2007

Online-Fahndung nicht als „stumpfes Schwert“ ausgestalten Grundlage schnell auf den Weg bringen und effektiv gestalten

Zur Ausgestaltung der notwendigen Rechtsgrundlage der Online-Fahndung nach dem gestrigen BGH-Urteil erklärt der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Jürgen Gehb MdB:

Wenn Online-Durchsuchungen als unerlässlich für eine zeitgemäße Strafverfolgung angesehen werden, wie dies BKA-Präsident Jörg Zierke heute im Deutschlandradio tat, dann muss die notwendige gesetzliche Grundlage nicht nur schnell auf den Weg gebracht, sondern auch effektiv für die Fahndung ausgestaltet werden. Wenn hohe gesetzliche Hürden gefordert werden, dann darf sich hinter dieser Forderung nicht der Wille verstecken, die Online-Fahndung als „stumpfes Schwert“ auszugestalten. Dagegen muss es Ziel sein, die Online-Fahndung verfassungskonform und gleichzeitig an der Lebenswirklichkeit orientiert gesetzlich zu etablieren. Den privaten Lebensbereich von vornherein zum Tabu zu erklären, ist lebensfremd, wenn man wirklich effektiv organisierte Kriminalität oder Kinderpornographie über die Online-Fahndung bekämpfen will.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2007

Online-Durchsuchungen muessen an hohe rechtstaatliche Huerden gebunden werden

Anlaesslich der Diskussion um Online-Durchsuchungen von Personalcomputern erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Fritz Rudolf Koerper:

Heimliche Durchsuchungen des PCs sind ein schwerwiegender Eingriff des Staates in die Privatsphaere. Es darf jedoch keine sicheren Raeume geben, in denen Spuren begangener Verbrechen oder Anhaltspunkte fuer die Planung kuenftiger Verbrechen vor Ermittlungsmassnahmen geschuetzt sind. Diese Massnahmen muessen an hohe rechtsstaatliche Huerden gebunden werden.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Beschluss vom 31. Januar 2007 festgestellt, dass die geltende Strafprozessordnung keine Rechtsgrundlage fuer die heimliche Online-Durchsuchung von Computern enthaelt. Der BGH hat dies insbesondere mit der Heimlichkeit der Massnahme begruetet. Hausdurchsuchungen koennen zwar ebenfalls zu einer Sicherung von Computerinhalten fuehren, muessen allerdings offen durchgefuehrt werden. Wenn wir in Zukunft das Ermittlungsinstrument einer heimlichen Computerdurchsuchung nutzen wollen, muessen wir hierfuer eine eigene Rechtsgrundlage schaffen.

E-Mails oder Internetrecherchen koennen schon jetzt im Rahmen von Ermittlungen erfasst werden. Diese Ermittlungen erfassen jedoch nicht die auf dem Computer gespeicherten Daten. Derartige Datenarchive sind zur Zeit ausschliesslich durch eine Hausdurchsuchung und Beschlagnahme des Computers zuganglich. Nach den gesetzlichen Vorgaben ist eine derartige Durchsuchung offen durchzufuehren. Der Betroffene und seine Komplizen werden daher durch eine Hausdurchsuchung gewarnt. Dies schraenkt den Nutzen einer Hausdurchsuchung insbesondere im Bereich des organisierten Verbrechens erheblich ein. Die Ermittlungsbehoerden muessen in der Lage sein, Netzwerke aufzudecken, was nur durch heimliche Massnahmen moeglich ist. Zu dem Bereich des organisierten Verbrechens gehoert auch die terroristische Bedrohung. Insbesondere hier geht es nicht nur um Verbrechensaufklaerung sondern auch um den Schutz der Bevoelkerung und unserer staatlichen Einrichtungen. Das praktische Beduerfnis nach einer Neuregelung der Online-Durchsuchung werden wir allerdings zuvor abzuklaeren haben.

Die Intensitaet der heimlichen Massnahme macht hoehere rechtstaatliche Huerden als bei einer offenen Durchsuchung erforderlich. Darauf hat auch der BGH hingewiesen. Diese Huerden betreffen unter anderem den Katalog der Anlasstaten, Benachrichtigungs- und Loeschungspflichten. Ein verfassungsrechtlich sehr wichtiger Gesichtspunkt ist der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Allerdings sollten wir bei aller Aufregung um die neuartige Recherchemassnahme nicht vergessen, dass der Privatbereich Beschuldigter von einer traditionellen Hausdurchsuchung in gleichem Masse betroffen sein kann.

Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter www.prewest.de

Pfad: Medien und Kultur → hier

Telefax: 02 28 / 47 09 54

e-mail: antiquariat@prewest.de

Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 11. Dezember 2006 eingegangenen Antworten der Bundesregierung (BT-Drs. 16/3894)

25. Abgeordneter Wolfgang Wieland (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)

Wie oft und auf welcher Rechtsgrundlage sind in der Vergangenheit so genannte **Online-Durchsuchungen von privaten Rechnern** durchgeführt worden?

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Alfred Hartenbach vom 14. Dezember 2006

Der Bundesregierung sind Ermittlungsverfahren, in denen so genannte Online-Durchsuchungen von privaten Computern durchgeführt wurden, nicht bekannt.

26. Abgeordneter Wolfgang Wieland (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)

Wenn diese Maßnahmen als Durchsuchung nach § 102 StPO durchgeführt werden, werden die Betroffenen davon unterrichtet, und weshalb soll nun laut Presseberichten (z. B. DER TAGESSPIEGEL, 8. Dezember 2006) eine neue Rechtsgrundlage geschaffen werden?

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Alfred Hartenbach vom 14. Dezember 2006

Der Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof hat durch Beschluss vom 25. November 2006 einen Antrag auf Anordnung einer „Online-Durchsuchung“ abgelehnt. Ob dies einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf für eine neue Rechtsgrundlage für „Online-Durchsuchungen“ begründet, wird derzeit geprüft. In diesem Rahmen wird auch zu prüfen sein, ob eine etwaige neue Ermittlungsbefugnis besondere Benachrichtigungsregeln erfordert. Im Übrigen wird auf die Antwort auf Frage 25 verwiesen.

66. Abgeordneter Dr. Anton Hofreiter (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)

Welche **Gründe** sprechen **in der heutigen Zeit**, in der es Internet und elektronische Newsletter gibt, noch für die **Herausgabe eines Amtsblatts** des Bundesministers für Verkehr, Bau

und Stadtentwicklung der Bundesrepublik Deutschland **auf Papier** mit aufwändigem Postversand, und welche Kosten verursacht das Amtsblatt?

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Achim Großmann vom 12. Dezember 2006

Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) hat eine amtliche Bekanntmachungs- und Dokumentationspflicht über erlassene Verwaltungsvorschriften und sonstige Regelungen im Verkehrsbereich, insbesondere soweit sie andere Verwaltungen, die Wirtschaft oder auch den einzelnen Bürger betreffen (Außenwirkung).

Um dieser Verpflichtung nachzukommen, wurde vor Jahren eine vertragliche Regelung mit dem Verkehrsblatt-Verlag in Dortmund getroffen, der im Auftrag des BMVBS alle amtlichen Bekanntmachungen für das gesamte Verkehrswesen einschließlich Gesetze und Verordnungen sowie durch Erlass für den Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland eingeführte Richtlinien, Technische Bestimmungen und sonstige Vorschriften (ggf. als Sonderdrucke des Verkehrsblattes) veröffentlicht.

Das Verkehrsblatt ist im Rang den Bundesgesetzblättern I und II nachgeordnet, steht aber in seiner Rechtsbedeutung vor dem „Bundesanzeiger“. Die Veröffentlichungen im Verkehrsblatt haben rechtsverbindlichen Charakter und sind von den sie betreffenden Verkehrskreisen zu berücksichtigen bzw. zu befolgen.

Ein Großteil der im Verkehrswesen beteiligten Wirtschaftsunternehmen ist verpflichtet, regelmäßig den Bezug des Verkehrsblattes nachzuweisen. So ist z. B. für den Erhalt der Prüfkonzeptionen (Abgasuntersuchung und Hauptuntersuchung) einer Kraftfahrzeugstätte der Nachweis und die Vorlage des Verkehrsblattes gesetzlich vorgeschrieben.

Mit einer „Nur-Veröffentlichung“ im Internet kann juristisch nicht der Nachweis geführt werden, dass die zur laufenden Information über aktuelle Gesetzgebung verpflichteten Betriebe sich mit neuen Regelungen oder Änderungen vertraut gemacht haben. Hinzu kommt, dass gerade heute im digitalen Zeitalter die notwendige Archivierung von Verordnungen und Gesetzestexten aufgrund der ständig wechselnden EDV-Systeme nicht länger als im Durchschnitt zwischen 4 und 5 Jahren möglich ist. Gerade bei Veröffentlichungen im Verkehrsblatt werden aber über einen Zeitraum von bis zu 20 Jahren bestehende gesetzliche Regelungen ergänzt, erweitert oder auch gestrichen. Dies setzt voraus, dass die Abonnenten des Verkehrsblattes die einzelnen Ausgaben jahrgangsweise über einen langen Zeitraum archivieren.

Laut dem Bundesministerium der Justiz enthält nur die Papierausgabe eines Gesetzblattes die amtliche Fassung. Digitale Veröffentlichungen gelten nicht als gesicherte Fassungen und haben somit auch keine Rechtsverbindlichkeit. Daraus ist zu schließen, dass die ausschließlich digitale Veröffentlichung von amtlichen Texten nicht rechtskonform ist.

Das Verkehrsblatt wird für das BMVBS vom privaten Verkehrsblatt-Verlag kostenfrei erstellt. Es fallen somit auch keine Kosten für die Herstellung und den Versand an. Das Verkehrsblatt wird ausschließlich durch die von den Beziehern bezahlten Abonnements-Gebühren finanziert. Im Gegensatz dazu würde eine Internet-Veröffentlichung in jedem Fall zusätzliche Kosten beim BMVBS verursachen, insbesondere wenn die Texte kostenfrei abrufbar sein sollen.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 16. 2. 2007**

Datenschutz-Guetesiegel fuer Microsoft-Update-Service ist ein wichtiger erster Schritt

Anlaesslich der Verleihung des schleswig-holsteinischen Datenschutz-Guetesiegels an die Firma Microsoft zur datenschutzfreundlichen Technikgestaltung des Microsoft-Update-

**Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum
GuT-Netzwerk**

Existenzgründer / 2. Standbein

Sie verfügen über einiges Organisationsgeschick und haben auch einen Blick für wirtschaftliche, politische, rechtliche Zusammenhänge und kulturelle Hintergründe?

Sie schätzen es als kreative Persönlichkeit, selbständig vor Ort am Aufbau eines überregionalen Netzwerks mitzuarbeiten?

Ihre Aufgabe ist es, wirtschaftlich orientierte, nachhaltige Interessen in Ihrer Region zu würdigen und zu bündeln, Partnerschaften zu entwickeln, Konfliktlösungen im Netzwerk anzubieten.

Ihre aussagekräftige Kontaktaufnahme erbitten wir an

Prewest Verlag Pressedienste
Medien und Kultur GmbH
Herrn Ulrich von Schoenebeck
Postfach 30 13 45 53193 Bonn

Services 6.0 und des Windows-Server-Update-Services 2.0 erklärt der medienpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Joerg Tauss:

Die SPD-Bundestagsfraktion begrüsst es, dass die Firma Microsoft sich diesem Gütesiegel- und Auditverfahren gestellt und ihren Updateservice bezüglich der datenschutzfreundlichen Technikgestaltung durch eine unabhängige Stelle ueberpruefen lassen hat. Das Unabhängige Landeszentrum fuer Datenschutz Schleswig-Holstein hat heute sein renommiertes Datenschutz-Gütesiegel an die Firma Microsoft fuer die datenschutzgerechte Gestaltung des Microsoft-Update-Services und des Windows-Server-Update-Services verliehen. Das Gütesiegel des Unabhängigen Landeszentrums fuer den Datenschutz belegt, dass der Update-Service der Firma Microsoft eine einfache und effiziente Updateversorgung gewährleistet, zugleich aber sicherstellt, dass keine unautorisierte Software eingespielt und personenbezogene oder firmeninterne Daten uebermittelt werden, ohne dass der Nutzer dies steuern kann.

Einer datenschutzgerechten Ausgestaltung von Produkten und Dienstleistungen kommt in einer weltweit vernetzten Welt ein immer groesserer Stellenwert zu, und zwar sowohl aus oekonomischer wie auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive. Anwenderinnen und Anwender muessen sich gerade bei der Nutzung von so verbreiteten Softwareprodukten ohne Einschränkungen darauf verlassen koennen, dass diese sicher sind, damit die Vertraulichkeit, die Integrität und die Zurechenbarkeit der Daten gewährleistet sind. Datenschutz und Datensicherheit werden somit zu den zentralen Akzeptanzvoraussetzungen von IT-Produkten und IT-Dienstleistungen. Dieses notwendige Vertrauen kann nur durch eine datenschutzgerechte Gestaltung der IT-Systeme selbst geschaffen werden. Anbieter sollten daher, nicht zuletzt in ihrem eigenem Interesse, ihre Sicherheits- und Datenschutzfunktionen schon vor der Produktentwicklung festlegen und fuer alle nachpruefbar dokumentieren. Die Verleihung des Datenschutz-Gütesiegels ist eine wichtige Moeglichkeit, dieses wichtige Prinzip „Datenschutz durch Technik“ zu dokumentieren.

Die Verleihung des Datenschutz-Gütesiegels fuer den Windows-Update-Service kann aber letztlich nur ein erster Schritt sein. Erinnert sei in diesem Zusammenhang nicht zuletzt auch an Medienberichte, denen zufolge amerikanische Nachrichtendienste an der Entwicklung des neuen Betriebssystem Windows Vista beteiligt gewesen sein sollen. Es waere daher ein wichtiges Signal, wenn Microsoft in der Oeffentlichkeit klarstellt, ob und inwieweit es eine solche Zusammenarbeit mit US-Gehemdienstern gab und gibt und wie weit die „Kontrolle“ des Betriebssystems Windows Vista reicht. Bis diese Fragen hinreichend geklaert sind, kann eine Anwendung von Microsoft-Produkten in sicherheitsrelevanten Bereichen, beispielsweise der oeffentlichen Verwaltung, nicht verantwortet werden. Ueber die Zertifizierung des Update-Services hinaus waere daher auch eine Datenschutz-Zertifizierung und Auditierung der Windows-Betriebssysteme und der anderen Microsoft-Produkte – beispielsweise des Internet-Explorers – hilfreich und wuensenswert - und letztlich auch im Interesse der Firma Microsoft.

Die heutige Verleihung des Gütesiegels an ein Unternehmen wie Microsoft ist aber zugleich ein Beleg dafuer, wie notwendig die Einfuehrung der gesetzlichen Grundlagen fuer die Einfuehrung eines bundesweiten Datenschutz-Audits ist, welche im Grundsatz im Bundesdatenschutzgesetz bereits seit 2001 vorgesehen ist. Die Schaffung eines solchen bundesweiten Datenschutz-Audits waere ein wichtiges Element fuer einen modernen, zukunftsorientierten Datenschutz und zugleich ein Beitrag zur Entbuerokratisierung. Die heutige Verleihung des Datenschutz-Gütesiegels fuer den Updateservice an die Firma Microsoft zeigt einmal mehr, wie gross der Bedarf und auch die Nachfrage hierfuer ist.

BGH-Pressemitteilung Nr. 21/2007 vom 9. 2. 2007

Domainname kann auch auf den Namen eines Vertreters registriert werden

Der u. a. für das Namens- und Kennzeichenrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte darüber zu entscheiden, ob es unter bestimmten Umständen zulässig sein kann, einen fremden Domainnamen für sich zu registrieren (BGH, Urteil vom 8. 2. 2007 – I ZR 59/04).

Der Kläger trägt den Familiennamen Grundke. Er hat sich dagegen gewandt, dass der Domainname „grundke.de“ für den Beklagten registriert ist, und hat von diesem die Freigabe des Domainnamens verlangt. Der Beklagte heißt selbst nicht Grundke. Er ist aber von der Grundke Optik GmbH im April 1999 beauftragt worden, diesen Domainnamen registrieren zu lassen und für die Grundke Optik eine Homepage zu erstellen. Bei der DENIC e. G. ist als Inhaber der Domain der Beklagte registriert. Bis auf eine kurze Unterbrechung im Sommer 2001 erschien auf der Homepage „grundke.de“ seitdem der Internetauftritt der Grundke Optik.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Domainname letztlich von der Grundke Optik und damit von einem Namensträger genutzt wird. Dagegen hat das Berufungsgericht der Klage mit der Begründung stattgegeben, der Beklagte dürfe auch mit Zustimmung eines Namensträgers den Domainnamen nicht in eigenem Namen registrieren lassen. Die hiergegen eingelegte Revision hatte Erfolg.

Der Bundesgerichtshof hat zunächst bestätigt, dass grundsätzlich schon die Registrierung eines fremden Namens als Domainname ein unbefugter Namensgebrauch ist, gegen den jeder Namensträger unter dem Aspekt der Namensanmaßung vorgehen kann. Das gilt jedoch nicht, wenn der Domainname im Auftrag eines Namensträgers reserviert worden ist. Wegen des im Domainrecht unter Gleichnamigen geltenden Prioritätsprinzips, wonach eine Domain allein demjenigen zusteht, der sie zuerst für sich hat registrieren lassen, müssen die anderen Namensträger aber zuverlässig und einfach überprüfen können, ob eine derartige Auftragsreservierung vorlag. Das ist insbesondere der Fall, wenn unter dem Domainnamen die Homepage eines Namensträgers mit dessen Einverständnis erscheint. Es sind aber auch andere Möglichkeiten denkbar, wie die Auftragsregistrierung gegenüber anderen Namensträgern in prioritätsbegründender Weise dokumentiert werden kann.

Im Streitfall lag bei Registrierung des Domainnamens ein Auftrag der Grundke Optik zur Erstellung ihrer Homepage vor. Diese Homepage wurde auch alsbald freigeschaltet, bevor der Kläger seine Ansprüche geltend gemacht hat. Damit steht der Grundke Optik gegenüber dem Kläger die Priorität für den Domainnamen grundke.de zu, auf die sich der Kläger aufgrund des ihm erteilten Auftrags berufen kann. Dabei ist nicht entscheidend, ob zwischen der Grundke Optik und dem Beklagten ausdrücklich vereinbart war, dass die Registrierung auf den Namen des Beklagten erfolgt. Für die Priorität der Registrierung des Domainnamens kommt es auf Einzelheiten des Auftragsverhältnisses nicht an, wenn es tatsächlich bestand und etwa durch Freischaltung einer Homepage des Namensträgers nach außen dokumentiert worden ist.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 18.1. 2007

Neues Telemediengesetz schafft mehr Rechtssicherheit im Internet

Anlaesslich der Verabschiedung des Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften ueber bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (EIGVG), dessen Kernstueck das neue Telemediengesetz (TMG) bildet, erklärt der zuständige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion im Bundestagsausschuss fuer Wirtschaft und Technologie, Martin Doermann:

Mit dem neuen Telemediengesetz wird erstmals ein einheitlicher, entwicklungsöffener Rechtsrahmen im Bereich der Tele-

le- und Mediendienste geschaffen. Bisherige Abgrenzungsprobleme entfallen. Das schafft mehr Rechtssicherheit im Internet. Das TMG enthält zudem ein übergreifendes und einheitliches Datenschutzkonzept für Rundfunk und Telemedien in Abgrenzung zum Datenschutz für Telekommunikation. Auch die Befugnisse der Diensteanbieter zur Auskunftserteilung über Nutzerdaten werden klarer geregelt.

Ein besonderes Aergernis im Internet ist das sogenannte Spamming. Die bereits bestehenden Vorschriften werden nun im neuen Telemediengesetz um einen Ordnungswidrigkeitstatbestand erweitert. Danach kann mit einem Bußgeld in Höhe von 50 000 Euro belegt werden, wer in der Kopf- und Betreffzeile den kommerziellen Charakter einer Werbe-EMail absichtlich verschleiert und verheimlicht.

Mit der Verabschiedung des Telemediengesetzes ist sichergestellt, dass es zeitgleich mit dem 9. Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien zum 1. März 2007 in Kraft treten kann und kein rechtsfreier Raum entsteht. Beide Regelwerke ergänzen sich und lösen bisherige Bestimmungen ab.

Die Koalitionsfraktionen haben sich vorbehalten, im Laufe des Jahres nach Auswertung einer EU-Studie zur einschlägigen E-Commerce-Richtlinie eine Novellierung des Telemediengesetzes vorzunehmen. Deshalb wurden zusätzliche Änderungsanträge zunächst zurückgestellt. Das Telemediengesetz ist eine deutliche Verbesserung des heutigen Rechtszustandes und ein wirksamer Beitrag zur Fortentwicklung des Internets. Das ist gut für die Verbraucherinnen und Verbraucher und für eine positive Gesamtentwicklung der Internetwirtschaft und damit für mehr Wirtschaftswachstum.

BVerfG-Pressemitteilung Nr.11/2007 vom 31.1.2007

Erbschaftsteuerrecht in seiner derzeitigen Ausgestaltung verfassungswidrig

Die durch § 19 Abs. 1 ErbStG angeordnete Erhebung der Erbschaftsteuer mit einheitlichen Steuersätzen auf den Wert des Erwerbs ist mit dem Grundgesetz unvereinbar. Denn sie knüpft an Werte an, deren Ermittlung bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen (Betriebsvermögen, Grundvermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften und land- und forstwirtschaftlichen Betrieben) den Anforderungen des Gleichheitssatzes nicht genügt. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 31. Dezember 2008 eine Neuregelung zu treffen. Bis zu der Neuregelung ist das bisherige Recht weiter anwendbar. Dies entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 7. November 2006 – 1 BvL 10/02.

Rechtlicher Hintergrund:

In § 19 Abs. 1 ErbStG ist unabhängig davon, aus welchen Vermögensarten sich Nachlass oder Schenkung zusammensetzen, für alle steuerpflichtigen Erwerbe einheitlich ein nach dem Wert des Erwerbs progressiver, in drei nach Verwandtschaftsgraden abgestuften Steuerklassen unterteilter Prozentsatz des Erwerbs als der Steuertarif bestimmt. Um mittels dieses Tarifs zu einem in Geld zu entrichtenden Steuerbetrag zu gelangen, müssen die dem steuerpflichtigen Erwerb unterfallenden Vermögensgegenstände in einem Geldbetrag ausgewiesen werden. Bei nicht als Geldsumme vorliegenden Steuerobjekten ist deshalb die Umrechnung in einen Geldwert mittels einer Bewertungsmethode erforderlich, um eine Bemessungsgrundlage für die Steuerschuld zu erhalten. Das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz bestimmt, dass sich die Bewertung nach den Vorschriften des Bewertungsgesetzes (BewG) richtet. Die Werte der einzelnen Vermögensgegenstände werden danach nicht einheitlich, sondern auf unterschiedliche Art und Weise ermittelt. Das Gesetz nennt als Regelfall den gemeinen Wert, also den Verkehrswert. Bei der Bewertung inländischen Grundbesitzes kommt in wichtigen Teilbereichen ein Ertragswertverfahren zur Ermittlung des Grundbesitzwerts zur Anwendung. Der Wert des Betriebsteils von land- und forstwirtschaftlichem Vermögen be-

misst sich nach seinem Ertragswert. Darüber hinaus bedient sich das Erbschaftsteuerrecht bei der Bewertung von Betriebsvermögen des Steuerbilanzwerts.

Die Vorlage durch den Bundesfinanzhof betrifft die Frage, ob die Anwendung des einheitlichen Steuertarifs gemäß § 19 Abs. 1 ErbStG auf alle Erwerbsvorgänge wegen gleichheitswidriger Ausgestaltung der Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage bei den unterschiedlichen Vermögensarten verfassungswidrig ist.

Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

I. Dem geltenden Erbschaftsteuerrecht liegt die Belastungsentscheidung des Gesetzgebers zugrunde, den beim jeweiligen Empfänger mit dem Erbfall oder der Schenkung anfallenden Vermögenszuwachs zu besteuern. Diese Belastungsentscheidung hat mit Blick auf den Gleichheitssatz Auswirkungen auf die Bewertung des anfallenden Vermögens als den ersten Schritt bei der Ermittlung der erbschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage. Die gleichmäßige Belastung der Steuerpflichtigen hängt davon ab, dass für die einzelnen zu einer Erbschaft gehörenden wirtschaftlichen Einheiten und Wirtschaftsgüter Bemessungsgrundlagen gefunden werden, die deren Werte in ihrer Relation realitätsgerecht abbilden. Eine diesem Gebot genügende Erbschafts- und Schenkungsbesteuerung ist nur dann gewährleistet, wenn sich das Gesetz auf der Bewertungsebene einheitlich am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel orientiert. Nur dieser bildet den durch den Substanzerwerb vermittelten Zuwachs an Leistungsfähigkeit zutreffend ab und ermöglicht eine gleichheitsgerechte Ausgestaltung der Belastungsentscheidung. In der Wahl der Wertermittlungsmethode ist der Gesetzgeber grundsätzlich frei. Die Bewertungsmethoden müssen aber gewährleisten, dass alle Vermögensgegenstände in einem Annäherungswert an den gemeinen Wert erfasst werden. Stellt der Gesetzgeber schon bei der Bewertung auf andere Bewertungsmaßstäbe ab, so löst er sich von seiner Belastungsentscheidung und legt damit strukturell Brüche und Wertungswidersprüche des gesamten Regelungssystems an.

Bei den weiteren, sich an die Bewertung anschließenden Schritten zur Bestimmung der Steuerbelastung darf der Gesetzgeber auf den so ermittelten Wert der Bereicherung aufbauen und Lenkungsziele, etwa in Form zielgenauer und normenklarer steuerlicher Verschonungsregelungen, ausgestalten. Die Bewertungsebene dagegen ist aus verfassungsrechtlichen Gründen bereits vom Ansatz her ungeeignet zur Verfolgung außerfiskalischer Förderungs- und Lenkungsziele im Erbschaftsteuerrecht.

II. Das geltende Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht genügt diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht. Die erbschaftsteuerlichen Bewertungsvorschriften führen bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen nicht zu dem gemeinen Wert angenäherten Steuerwerten. Sie sind nicht ausreichend belastungsgleich und folgerichtig ausgestaltet.

1. Beim **Betriebsvermögen** verhindert die weitgehende Übernahme der Steuerbilanzwerte strukturell die Annäherung an den gemeinen Wert. Dies führt zu Besteuerungsergebnissen, die mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar sind:

Nach der gesetzlichen Regelung (§ 109 Abs. 1 BewG) werden die zum Betriebsvermögen gehörenden Wirtschaftsgüter mit ihrem Steuerbilanzwert angesetzt. Dieser stimmt aber nur in Ausnahmefällen mit dem jeweiligen Verkehrswert des Wirtschaftsguts (Teilwert) überein. So können durch bilanzpolitische Maßnahmen wie zum Beispiel die Wahl von degressiver oder linearer Abschreibung, Sofortabschreibungen oder erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie auch durch spätere Wertsteigerungen so genannte stille Reserven – also vereinfacht ausgedrückt Differenzen zwischen dem Verkehrswert eines Wirtschaftsguts und seinem niedrigeren Buchwert – gebildet werden, die bei der Bewertung des Betriebsvermögens nicht berücksichtigt werden. Zudem fließen immaterielle Wirtschaftsgüter wie etwa der Geschäfts- oder Firmenwert eines Un-

ternehmens in die erbschaftsteuerliche Bewertung nicht ein. Das hat regelmäßig zur Folge, dass der Steuerwert gerade von ertragstarken Unternehmen weit hinter dem gemeinen Wert zurückbleibt, weil der den Wert bestimmende Faktor des Ertrags keine Berücksichtigung findet. Die Übernahme der Steuerbilanzwerte bewirkt mithin für Betriebsvermögen mit hoher Wahrscheinlichkeit – wenn auch nicht stets – einen deutlich unter dem gemeinen Wert liegenden Steuerwert.

Darüber hinaus bewirkt die durch den Steuerbilanzwertansatz erzielte Begünstigungswirkung keine zielgerichtete und gleichmäßig wirkende Steuerentlastung, sondern tritt völlig ungleichmäßig und damit willkürlich ein. Durch den Steuerbilanzwertansatz ist die erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage davon abhängig, ob und in welchem Umfang der Erblasser oder Schenker bilanzpolitische Maßnahmen ergriffen hat. Die vielfältigen Möglichkeiten, über die Bilanzpolitik Einfluss auf den erbschaftsteuerlichen Wertansatz zu nehmen, eröffnen sich den Inhabern von Betriebsvermögen in stark differierendem Ausmaß. Die Regelung kommt den Erwerbern von Betriebsvermögen folglich in ganz unterschiedlichem Umfang zu gute.

Zudem fehlt es der Regelung mit Blick auf die vom Gesetzgeber genannten Lenkungsziele an einer ausreichend zielgerichteten Ausgestaltung. Mit der Übernahme der Steuerbilanzwerte wollte der Gesetzgeber insbesondere mittelständische Personunternehmen von der Erbschaft- und Schenkungsteuer entlasten. Tendenziell wird aber gerade der Übergang des Betriebsvermögens von solchen Unternehmen gefördert, die der Entlastung am wenigsten bedürfen. Denn begünstigt wird besonders der Erwerb ertragstarker Unternehmen, bei denen Entnahmen zur Begleichung der Erbschaftsteuerschuld am ehesten möglich sein dürften. Das Fehlen eines Nachsteuerungsvorbehalts führt zusätzlich dazu, dass auch Erwerber eines Betriebsvermögens in den Genuss der Steuerbegünstigung kommen, die eine Fortführung des Unternehmens nicht beabsichtigen.

2. Auch beim **Grundvermögen** genügt die erbschaftsteuerliche Ermittlung der Bemessungsgrundlage schon auf der Bewertungsebene nicht den Anforderungen des Gleichheitssatzes und führt deshalb zu Besteuerungsergebnissen, die mit dem Gleichheitssatz nicht zu vereinbaren sind.

a) Bei **bebauten Grundstücken** wird durch das gesetzlich angeordnete (§ 146 Abs. 2 Satz 1 BewG) vereinfachte Ertragswertverfahren mit einem starren Einheitsvervielfältiger von 12,5 eine Bewertung mit dem gemeinen Wert regelmäßig verfehlt. Mit dem vereinfachten Ertragswertverfahren wollte der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien eine Bewertung mit durchschnittlich ca. 50% des Kaufpreises – also des gemeinen Werts – erreichen und durch diese niedrige Erbschaftsbesteuerung Investitionsanreize für Grundvermögen schaffen sowie die Bau- und Wohnungswirtschaft positiv beeinflussen. Dieser gesetzgeberische Versuch einer steuerlichen Lenkung auf der Bewertungsebene steht aber in unauflösbarem Widerspruch zu den aus dem Gleichheitssatz folgenden verfassungsrechtlichen Vorgaben. Die Bewertungsmethode führt im rechnerischen Durchschnitt nicht nur zu Grundbesitzwerten, die et-

wa 50% des gemeinen Werts erreichen, so dass eine Annäherung an den gemeinen Wert nicht erfolgt. Vielmehr differieren die Einzelergebnisse auch in erheblicher Anzahl zwischen weniger als 20% und über 100% des gemeinen Werts. Es ist offensichtlich, dass ein einheitlicher Vervielfältiger für bebauter Grundstücke ohne Berücksichtigung der Grundstücksart und der Lage zu erheblichen Bewertungsunterschieden im Verhältnis zum gemeinen Wert führen muss und der Bewertung daher Zufälliges und Willkürliches anhaftet.

Keiner abschließenden Prüfung und Entscheidung bedarf deshalb die Frage, ob der Gesetzgeber das auf der Bewertungsebene verfolgte Ziel, den Erwerb bebauter Grundstücke nur auf der Basis hälftiger Verkehrswerte mit Erbschaftsteuer zu belasten, verfassungsrechtlich zulässig auf der zweiten Ebene der Bemessungsgrundlagenermittlung – etwa im Wege einer eindeutigen Verschonungsbestimmung, nach der bebauter Grundstücke nur mit 50% ihres gemeinen Werts zum Ansatz kommen – hätte erreichen können. Mit den Belangen der Bau- und insbesondere Wohnungswirtschaft hat der Gesetzgeber gewichtige Gemeinwohlgründe angeführt, die grundsätzlich geeignet erscheinen, Verschonungsnormen zu rechtfertigen, die den Erwerb von Grundvermögen aufgrund Erbschaft oder Schenkung steuerlich begünstigen. Die Frage, in welchem Umfang eine auf sie gestützte Entlastung verfassungsrechtlich zulässig wäre, kann aber hier offen bleiben.

b) Die in § 148 BewG – seiner bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung – geregelte Bewertung von **Erbbaurechten und mit Erbbaurechten belasteten Grundstücken** ist ebenfalls mit dem Erfordernis einer Bewertung, die die Wertverhältnisse in ihrer Relation realitätsgerecht abbildet, nicht vereinbar. Der Grundbesitzwert des belasteten Grundstücks wird schematisch starr durch einheitliche Vervielfältigung des nach den vertraglichen Bestimmungen im Besteuerungszeitpunkt zu entrichtenden jährlichen Erbbauzinses mit dem Faktor 18,6 bestimmt, ohne dass die Restlaufzeit des Erbbaurechts oder das Fehlen einer Heimfallentschädigung berücksichtigt oder die Höhe des Erbbauzinses hinterfragt werden. Das führt dazu, dass in einer Vielzahl von Fällen sowohl bei der Bewertung des Grundstücks als auch der des Erbbaurechts teils zugunsten des Erwerbers, teils zu seinen Lasten erheblich vom gemeinen Wert abgewichen wird. Zu dieser Erkenntnis ist auch der Gesetzgeber gelangt. Denn im Entwurf für das Jahressteuergesetz 2007 wird ausgeführt, die jetzige Regelung führe insbesondere bei kurzen Restlaufzeiten zu nicht vertretbaren Bewertungsergebnissen.

c) Schließlich entspricht auch die Wertermittlung für **unbebauter Grundstücke** (§ 145 BewG) der Anforderung, die Wertverhältnisse in ihrer Relation realitätsgerecht abzubilden, jedenfalls inzwischen nicht mehr. Grund hierfür ist die gesetzlich angeordnete, bis Ende 2006 geltende Festschreibung der Wertverhältnisse auf den 1. Januar 1996. Die Preisentwicklung auf dem Grundstücksmarkt führt dazu, dass die vergangenheitsbezogenen Werte sowohl die Wertverhältnisse innerhalb der Gruppe der unbebauten Grundstücke nicht mehr in ihrer Relation realitätsgerecht abbilden als auch nicht mehr den Gegenwartswerten anderer Vermögensgegenstände entsprechen. Damit führt die Wertbemessung nach dem bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Recht zu verfassungswidrigen Besteuerungsergebnissen.

3. Auch die Erbschaftsbesteuerung der Erwerber von **Anteilen an Kapitalgesellschaften** ist in nicht mit dem Gleichheitssatz vereinbarer Weise ausgestaltet. Bei den zu schätzenden, nicht börsennotierten Anteilen führt der vom Gesetzgeber angeordnete Steuerbilanzwertansatz zu Steuerwerten, die im Regelfall deutlich hinter der Teilbewertung zurückbleiben. Zwar sind nach den gesetzlichen Vorgaben – anders als beim Betriebsvermögen – die Ertragsaussichten des Unternehmens zu berücksichtigen. Gleichwohl werden durch den vom Gesetzgeber angeordneten Steuerbilanzwertansatz auch für die zu schätzenden Anteile an Kapitalgesellschaften Steuerwerte erzielt, die im Durchschnitt deutlich unter dem gemeinen Wert liegen. Da-

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

rüber hinaus wirkt sich die Übernahme der Steuerbilanzwerte – wiederum parallel zum Betriebsvermögen – für die Anteile an Kapitalgesellschaften in ganz unterschiedlicher Weise aus. Die Gesellschaften sind in höchst unterschiedlichem Maße in der Lage, von den Bilanzierungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Das bewirkt zwingend eine große Streubreite der Steuerwerte im Verhältnis zu den Verkehrswerten. Darüber hinaus führt die für die zu schätzenden Anteile an Kapitalgesellschaften angeordnete Übernahme der Steuerbilanzwerte auch zu einer großen Kluft gegenüber den übrigen Anteilen an Kapitalgesellschaften, deren Bewertung anhand des Kurswerts beziehungsweise aus zeitnahen Verkäufen abgeleitet erfolgt und darum im Regelfall zu deutlich höheren Werten führt.

4. Schließlich verstößt auch die Bewertung von **land- und forstwirtschaftlichem Vermögen** gegen die aus dem Gleichheitssatz folgenden Anforderungen und führt deshalb zu Besteuerungsergebnissen, die mit dem Gleichheitssatz nicht zu vereinbaren sind. Für den Betriebsteil ist der Ertragswert als Bewertungsziel vorgegeben. Damit wird bereits strukturell eine Erfassung der im Vermögenszuwachs liegenden Steigerung der Leistungsfähigkeit des Erben oder Beschenkten verfehlt, die sich aufgrund der Erbschaftsteuer zugrunde liegenden gesetzgeberischen Konzeption gerade nach dem bei einer Veräußerung unter objektivierten Bedingungen erzielbaren Preis, nicht aber allein nach dem vermögenssubstantiellem Ertrag bemisst. Die Bewertung von Wohnteil und Betriebswohnungen orientiert sich am gemeinen Wert als Wertkategorie. Insoweit gilt das zum Grundvermögen Gesagte entsprechend. Die dort festgestellten verfassungsrechtlichen Mängel führen auch hier schon auf der Bewertungsebene zu Verstößen gegen den Gleichheitssatz.

III. Trotz Unvereinbarkeitserklärung mit dem Gleichheitssatz ist es im vorliegenden Fall geboten, ausnahmsweise die weitere Anwendung des geltenden Erbschaftsteuerrechts bis zur gesetzlichen Neuregelung zuzulassen. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Neuregelung spätestens bis zum 31. Dezember 2008 zu treffen. Dabei ist er verfassungsrechtlich gehalten, sich auf der Bewertungsebene einheitlich am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel zu orientieren. Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, bei Vorliegen ausreichender Gemeinwohlgründe in einem zweiten Schritt der Bemessungsgrundlagenermittlung mittels Verschonungsregelungen den Erwerb bestimmter Vermögensgegenstände zu begünstigen. Die Begünstigungswirkungen müssen ausreichend zielgenau und innerhalb des Begünstigtenkreises möglichst gleichmäßig eintreten. Schließlich kann der Gesetzgeber auch mittels Differenzierungen beim Steuersatz eine steuerliche Lenkung verfolgen.

Hinw. d. Red.: Leitsatz in GuT 2007, 56 (in diesem Heft) mit Hinweis der Redaktion.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 12. 2. 2007

Erbschaftsteuer: Mehr Gerechtigkeit durch mehr Transparenz

Zu den heutigen Äußerungen des Vorsitzenden der Finanzministerkonferenz, des hessischen Finanzministers Weimar, zur Erbschaftsteuer erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Die vordringliche Aufgabe des Gesetzgebers nach der jüngsten Erbschaftsteuer-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts besteht jetzt in der Schaffung einer einheitlichen, auf die tatsächlichen Verkehrswerte abstellenden Bewertungsgrundlage für alle Vermögensarten. Insofern ist die Kritik von Finanzminister Weimar an den vorschnellen Äußerungen aus der CDU/CSU-Bundestagsfraktion zur Ausgestaltung von Steuersätzen und Freibeträgen uneingeschränkt zuzustimmen.

Ebenfalls etwas vorschnell erscheint allerdings Weimars eigene Warnung vor einer „versteckten Steuererhöhung“ im Zuge der Neuregelung der Erbschaftsteuer. Bei der von ihm selbst an die erste Stelle der Agenda gerückte Neuregelung der Be-

wertungsgrundlagen geht es doch gar nicht um „versteckte Steuererhöhungen“, sondern um das genaue Gegenteil: Das Gericht hat den Gesetzgeber unmissverständlich aufgefordert, in diesem ersten Schritt die vielen zurzeit noch in den Bewertungsgrundlagen versteckten Begünstigungen zu beseitigen.

In verschiedenen Passagen des Urteils beanstanden die Richter intransparente und unsystematische Begünstigungen im geltenden Recht, die dazu führen, dass gerade wirtschaftlich leistungsfähige Erben besonders verschont werden, oder dass eigentlich gar nicht zur Begünstigung vorgesehene Vermögensgegenstände völlig steuerfrei übergehen können. Gegen diese Uebel hat das Gericht eine wirksame Medizin verschrieben: Transparenz. Künftig muss jede Begünstigungsentscheidung ebenso offen wie jede Belastungsentscheidung ausgewiesen werden. Das bedeutet: Mehr Gerechtigkeit durch mehr Transparenz.

Diese wichtige Arbeit gilt es jetzt gemeinsam zu leisten. Erst danach entscheidet dann die Gestaltung von Steuersätzen und Freibeträgen über die tatsächliche Belastung der Steuerpflichtigen. Und da hat das Gericht dem Gesetzgeber keine Steine in den Weg gelegt, das zu tun, was Gerechtigkeit und Klugheit gebieten: Nämlich kleine Erbschaften – Omas berühmtes Häuschen – und Betriebsübergehänge angemessen zu schonen und gleichzeitig in wirklich großem Umfang leistungsfähige Erben stärker als bisher zur Finanzierung des Gemeinwesens heranzuziehen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung vom 9. 2. 2007

Keine Mehrbelastung für kleine Erbschaften

Zu den Reformnotwendigkeiten in Folge des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Erbschaftsteuer erklärt Christine Scheel, finanzpolitische Sprecherin:

Die Erbschaftsteuer ist eine Gerechtigkeitssteuer. In Folge der höheren Bewertung von Immobilien und Betriebsvermögen wird es gerechterweise zu höheren Erbschaftsteuereinnahmen kommen. Deshalb gilt der Grundsatz: Große Vermögen können stärker besteuert werden und kleinere Vermögen müssen geschont werden.

Die persönlichen Freibeträge sollen weiterhin so ausgestaltet werden, dass das selbst genutzte Eigenheim im Erbfall steuerfrei bleibt. Es darf in diesem Bereich zu keinen Mehrbelastungen kommen. Dabei sollen die eingetragenen Lebenspartnerschaften der Ehe gleichgestellt werden.

Für Unternehmen wollen wir durch einen deutlich höheren Freibetrag bei Betriebsvermögen erreichen, dass sich beim Vererben kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber heute keine Schlechterstellungen ergeben.

Wir begrüßen, dass sich jetzt endlich die Bewertung aller Vermögensarten im Rahmen des geerbten Vermögens zwingend an den Marktwerten orientieren müssen. Steuersparmodelle werden durch das Urteil aufgehoben.

Neu:

Stellenanzeigen

Wortanzeigen

Werbeanzeigen

Unsere Anzeigenpreisliste 3/2007

im Internet: www.prewest.de
oder gmailt: info@prewest.de
oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

Immobilien und Betriebsvermögen werden in Zukunft zu Marktwerten in die Bemessungsgrundlage zur Berechnung der Erbschaftsteuer eingehen.

Erst nach Lösung dieser Bewertungsfragen kann in einem zweiten Schritt über die Höhe sozial und wirtschaftlich begründeter Freibeträge und Ausnahmen zur Erbschaftsteuer entschieden werden. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Unternehmensnachfolge muss verändert werden. Er ist nicht verabschiedungsfähig.

Die Bundesländer, denen das Erbschaftsteueraufkommen allein zufließt, sind aufgefordert die Mehreinnahmen in Bildungsinvestitionen zu investieren, um gleiche und bessere Startchancen für die nächste Generation zu ermöglichen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 31.1.2007

Weg frei fuer eine gerechte Erbschaftsteuer

Zur heutigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer erklaren der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss und der zuständige Berichterstatter, Florian Pronold:

Die SPD-Bundestagsfraktion begruesst die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausdruecklich. Die Richter haben der Ungleichbehandlung der verschiedenen Vermoegensarten bei der Erbschaftsteuer ein Ende gesetzt und so den Weg frei gemacht fuer eine gerechtere Erbschaftsteuer.

Der Gericht hat dem Gesetzgeber einen klaren Weg zur verfassungsgemaessenen Neugestaltung der Erbschaftsteuer aufgezeigt: In einem ersten Schritt ist eine solide Bewertungsgrundlage fuer alle Vermoegensarten herzustellen. Dabei ist der sogenannte „gemeine Wert“ als Massstab und Ausdruck der dem Erben zufließenden zusaetzlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu Grunde zu legen.

Erst auf dieser einheitlichen Bewertungsbasis darf der Gesetzgeber dann in einem zweiten Schritt Differenzierungen des Steuersatzes und Verguenstigungen zur Verfolgung von wohl zu begruendenden Gemeinwohlzwecken vornehmen. Die dazu vorgesehenen Regeln muessen zielgenau ausgestaltet werden und eine Nachversteuerung vorsehen, wenn der beguenstigte Zweck im Einzelfall nicht erreicht wird.

Auf der Basis einer gerechten Neubewertung aller Vermoegensarten wird es also auch weiterhin moeglich sein, kleine und mittlere Erbschaften angemessen zu schuetzen. Auch ein schonender Uebergang von Betriebsvermoegen wird kuenftig weiterhin gestaltbar sein – aber er muss nachpruefbar an ein genau benanntes Gemeinwohlinteresse, wie zum Beispiel den Erhalt von Arbeitsplaetzen geknuepft werden. Wird dieses Ziel dann im Einzelfall nicht erreicht, muss nachversteuert werden.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung vom 31.1.2007

Grüne fordern sofortige Rechtssicherheit

Zu dem Bundesverfassungsgerichtsurteil über die künftige Ausgestaltung der Bewertungsgrundlagen für unterschiedliche Vermögensarten im Rahmen der Erbschaftsteuer erklären Fritz Kuhn, Fraktionsvorsitzender und Christine Scheel, finanzpolitische Sprecherin:

Die Bundesregierung ist aufgefordert, sofort die gleichmäßige Besteuerung unterschiedlicher Vermögensarten durch eine Novellierung des Bewertungsgesetzes herbeizuführen. Alle Vermögensarten müssen annähernd zum gemeinen Wert, dem Verkehrswert in die Bemessungsgrundlage der Erbschaft- und Schenkungssteuer eingehen.

Diese Selbstverständlichkeit haben wir seit Jahren ständig eingefordert, weil es zu großen Ungleichbehandlungen für unterschiedliche Vermögensarten im Erbschaftsfall kam. Die CDU und SPD haben sich in Bundestag und Bundesrat bislang ge-

weigert einer Selbstverständlichkeit nachzukommen, nämlich Gleichheitsgrundsätze ins Erbschafts- und Schenkungsrecht einzuführen.

Erst die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führt endlich zu Konsequenzen für die Bundesregierung, den Bundesrat und den Bundestag. Damit die Unternehmensnachfolge für kleine und mittlere Unternehmen geregelt werden kann besteht sofortiger Handlungsbedarf.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation vom 31.1.2007

Keine Steuererhöhungen bei der Erbschaftsteuer

Zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer erklärt der stellvertretende Vorsitzende der FDP-Bundestagsfraktion Carl-Ludwig Thiele:

Die heutige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet den Gesetzgeber einerseits, sämtliche Vermögensgegenstände mit den gleichen Ansätzen zu bewerten. Sie räumt dem Gesetzgeber allerdings auch ein, mittels Verschonungsregelungen den Erwerb bestimmter Vermögensgegenstände zu begünstigen.

Die FDP wird die Entscheidungsgründe genau prüfen. Eine einheitliche Bewertung aller Vermögensarten kann zu mehr Klarheit führen und auch ein Beitrag zur Steuervereinfachung sein. Ausdrücklich zu begrüßen ist, dass Karlsruhe dem Gesetzgeber Verschonungsmöglichkeiten hinsichtlich einzelner Vermögensarten einräumt. Aus Sicht der FDP muss das insbesondere für Betriebsvermögen gelten. Sie sind in besonderer Weise sozialpflichtig, weil sie für Investitionen und Arbeitsplätze sorgen. Die von der FDP seit langem geforderte und auch von der Koalition befürwortete Erbschaftsteuerfreiheit bei Weiterführung eines Betriebes über 10 Jahre sollte daher mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar sein.

Die FDP spricht sich strikt dagegen aus, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anlass für Steuererhöhungen zu nehmen. Der Gesetzgeber hat ausreichend Spielraum bei Freibeträgen und Tarifen, um nach einer Neubewertung Steuererhöhungen zu vermeiden.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 31.1.2007

Erben können sich auf die Unionsfraktion verlassen Der eingeschlagene Kurs wird gehalten

Anlässlich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vereinbarkeit erbschaftsteuerlicher Normen mit dem Grundgesetz erklärt der Stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Michael Meister MdB:

Der Gesetzgeber hat auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts einen weiten gesetzgeberischen Spielraum. Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion wird sich in diesem Rahmen dafür einsetzen, dass verfassungsrechtlich erforderliche Korrekturen nicht für die Durchsetzung deutlich höherer Erbschaftsteuerbelastungen genutzt werden. Weder ideologische Ziele noch die Sanierung der Haushalte sind nach Einführung der Reichensteuer und der Erhöhung der Mehrwertsteuer ein Argument für weitere Steuererhöhungsdiskussionen. Für eine

GuT-Netzwerk

Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

www.gut-netzwerk.de

Hinweise in GuT 2007, 9

verfassungsrechtliche Ausgestaltung hat das Bundesverfassungsgericht eine Frist bis zum 31.12. 2008 gesetzt und damit ausreichend Zeit eingeräumt.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion sieht sich durch das Urteil darin bestärkt, den Erhalt und die Schaffung von Arbeitsplätzen auch durch erbschaftsteuerliche Erleichterungen zu fördern. Erstens sieht der Gesetzentwurf zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge anders als bisher keine Erleichterungen bei der Bewertung, sondern den sukzessiven Abbau der Steuerschuld vor, so dass die geplante Regelung von dem Urteil nicht unmittelbar betroffen ist. Zweitens knüpft die im Gesetzentwurf enthaltene Regelung an die Fortführung des Betriebes an und ist insoweit zielgerichtet. Das Hauptziel der großen Koalition, Arbeitslosigkeit abzubauen, kann daher mit der im Gesetzentwurf konzipierten Regelung konsequent weiter verfolgt werden. Eine Umsetzung zum 1. Januar 2007 ist nicht ausgeschlossen.

Im Übrigen bedarf es einer genauen Analyse der Urteilsgründe, wie die Erbschaftsteuer verfassungsfest ausgestaltet werden kann.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 31.1. 2007**

Leichtere Unternehmensnachfolge im Mittelstand zügig umsetzen

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Erbschaftsteuerrecht

Zur heutigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Erbschaftsteuerrecht erklärt der mittelstandspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Michael Fuchs MdB:

In Deutschland werden Jahr für Jahr mehr als 46 000 Unternehmen mit rund 450 000 Beschäftigten aus Altersgründen vererbt. Bislang musste dabei die Erbschaftsteuer vielfach aus der Substanz entrichtet werden und hat deshalb oftmals Unternehmen samt Arbeitsplätzen gerade im Mittelstand in ihrer Existenz bedroht.

Deshalb hat die große Koalition bereits im vergangenen Jahr einen Gesetzentwurf auf den Weg gebracht, der die Unternehmensnachfolge erleichtern soll.

Mit der Vorlage der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den derzeit gültigen Bewertungsregeln ist nun der Weg frei für eine schnelle und rechtssichere Umsetzung dieses wichtigen Vorhabens, denn die Karlsruher Richter haben bestätigt, dass der Erhalt von Arbeitsplätzen eine erbschaftsteuerliche Begünstigung von Betriebsvermögen rechtfertigen kann.

Wir sollten deshalb nach Vorlage der schriftlichen Urteilsgründe ohne weitere Verzögerungen mit den Gesetzesberatungen zur Erbschaftsteuerreform beginnen.

Das Ziel dabei ist klar: Betriebe, die fortgeführt werden, müssen so schnell wie möglich praktikabel und unbürokratisch entlastet werden.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 8. 2. 2007**

Erleichterung bei der Unternehmensnachfolge kommt Union hält an Termin mit Rückwirkung zum 1. Januar 2007 fest

Zur aktuellen Diskussion über die Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer erklärt der stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Michael Meister MdB:

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer hat Klarheit geschaffen. Es erfordert eine Neuregelung der Vermögensbewertung. Ebenso deutlich hat es zum Ausdruck gebracht, dass die beabsichtigte Privilegierung von übertragenem Vermögen bei der Unternehmensnachfolge zum Erhalt von Arbeitsplätzen auch künftig möglich ist.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion hält an der vorgesehenen Erleichterung bei der Unternehmensnachfolge mit Rückwirkung zum 1. Januar 2007 fest. Dies entspricht den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag. Maßnahmen zum Erhalt und zur Schaffung von Arbeitsplätzen dulden keinen Aufschub.

Aufgrund der strengen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts kann es für bestimmte Vermögenswerte möglicherweise zu einer Höherbewertung kommen. Beispielsweise werden Immobilien derzeit schätzungsweise nur mit rund 50 bis 60 Prozent des Verkehrswerts berücksichtigt. Dennoch werden wir dafür eintreten, dass die Gerichtsentscheidung nicht als Begründung für deutlich höhere Erbschaftsteuerbelastungen herangezogen wird.

Darüber hinaus gehende Vorschläge, das Erbschaftsteuerrecht strukturell fortzuentwickeln, sind hiervon unabhängig zu bewerten. Vorschläge, die insbesondere einer Vereinfachung des Erbschaftsteuerrechts dienen, werden wir für künftige Überlegungen intensiv prüfen.

KfW-Newsletter vom 22.1. 2007

Jedes zweite nachfolgereife Unternehmen setzt auf nexxt-change

Rund die Hälfte der jährlich gut 30.000 Unternehmen, die ihre Nachfolge nicht intern regeln können, nutzen Deutschlands größte Nachfolge-Börse nexxt-change (www.nexxt-change.org). Der im Januar 2006 gestartete Online-Service konnte bereits 1600 Unternehmen einen geeigneten Nachfolger vermitteln. Mit einem flächendeckenden Netz von über 700 Regionalpartnern leistet die Börse einen erheblichen Beitrag zur Bestandssicherung von Unternehmen.

Die hohe Qualität und der Erfolg der Börse werden durch die Regionalpartner, insbesondere Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, Sparkassen, Volksbanken und Raiffeisenbanken, gesichert. Sowohl nachfolgesuchende Unternehmen als auch interessierte Übernehmer können ihr Profil nur über die regionalen Partner in die Börse einstellen. So sind täglich über 7200 Unternehmensprofile und 3500 Übernahme-wünsche stets aktuell in der Börse zu finden. Die Dienste der Unternehmensbörse werden 2007 weiter ausgebaut. So unterstützt künftig ein elektronischer Exposémanager die Erstellung von Unternehmensprofilen.

nexxt-change ist eine Initiative des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, der KfW Mittelstandsbank, des Deutschen Industrie- und Handelskammertages, des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks, des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken sowie des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes.

Ansprechpartner

Bundesverband der Deutschen
Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR)
E-Mail: presse@bvr.de

Deutscher Sparkassen- und Giroverband (DSGV)
E-Mail: stefan.marotzke@dsgv.de



KfW Bankengruppe
 E-Mail: alexander.mohanty@kfw.de
 Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH)
 E-Mail: presse@zdh.de
 Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
 E-Mail: bruessel.ute@berlin.dihk.de
 Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
 E-mail: steffen.moritz@bmwi.bund.de

BMJ-Newsletter vom 29.12.2006

Start für das Unternehmensregister

Am 1. Januar 2007 nimmt das neue Unternehmensregister seinen Betrieb auf. Damit wird die Unternehmenspublizität deutlich verbessert, jedermann kann die veröffentlichungspflichtigen Unternehmensdaten über eine zentrale Seite im Internet einsehen. Zugleich wird das deutsche Handelsregister system grundlegend modernisiert.

Im Einzelnen gibt es folgende Änderungen:

1. Unternehmensregister

Unter www.unternehmensregister.de können ab dem 1. Januar 2007 wesentliche publikationspflichtige Daten eines Unternehmens online abgerufen werden. Damit gibt es eine zentrale Internetadresse, über die alle wesentlichen Unternehmensdaten, deren Offenlegung von der Rechtsordnung vorgesehen ist, online bereit stehen („one stop shopping“). Das umfasst auch den Zugang zu den Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregistern und zu den veröffentlichten Jahresabschlüssen. Der Rechts- und Wirtschaftsverkehr wird künftig nicht mehr verschiedene Informationsquellen bemühen müssen, um die wesentlichen publizitätspflichtigen Angaben über ein Unternehmen zu erhalten.

Da das Unternehmensregister rein elektronisch geführt wird, werden die Zulieferungspflichtigen (die Landesjustizverwaltungen, die veröffentlichungspflichtigen Unternehmen oder die von diesen Beauftragten sowie der Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers) die Daten auch bereits elektronisch an das Unternehmensregister übermitteln. Über die Einzelheiten der Übermittlung wird der Betreiber des Unternehmensregisters (dies ist die Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH) unter www.unternehmensregister.de informieren.

2. Elektronisches Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister

Die Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister werden auf den elektronischen Betrieb umgestellt. Zuständig für die Führung der Register bleiben die Amtsgerichte. Um die Verwaltung der Register zu beschleunigen, können Unterlagen in Zukunft nur noch elektronisch eingereicht werden. Die Bundesländer können allerdings Übergangsfristen vorsehen, nach denen die Unterlagen bis spätestens Ende 2009 auch noch in Papierform eingereicht werden können. Aus Gründen der Rechtssicherheit bleibt für die Anmeldungen zur Eintragung eine öffentliche Beglaubigung erforderlich. Zur Beschleunigung der Eintragungsverfahren ist unter anderem vorgesehen, dass über Anmeldungen zur Eintragung grundsätzlich „unverzüglich“ zu entscheiden ist; zudem werden die Ausnahmen vom Erfordernis eines Kostenvorschusses erweitert.

Weil die Register elektronisch geführt werden, werden Handelsregistereintragungen künftig auch elektronisch bekannt gemacht – eine preiswerte und für jeden Interessenten aus dem In- und Ausland in gleicher Weise leicht zugängliche Form. Für einen Übergangszeitraum bis Ende 2008 wird die Bekanntmachung zusätzlich noch in einer Tageszeitung erfolgen.

3. Offenlegung der Jahresabschlüsse

Für die zentrale Entgegennahme, Speicherung und Veröffentlichung der Jahresabschlüsse sind nicht mehr die Amtsgerichte, sondern der elektronische Bundesanzeiger zuständig. Damit werden die Gerichte von justizfernem Verwaltungsaufwand

entlastet und der elektronische Bundesanzeiger zu einem zentralen Veröffentlichungsorgan für wirtschaftsrechtliche Bekanntmachungen ausgebaut. Die Unterlagen der Rechnungslegung sind künftig ebenfalls elektronisch einzureichen; daneben ist für eine Übergangszeit bis Ende 2009 auch eine Einreichung in Papierform möglich. Über die Einzelheiten der Einreichung der Jahresabschlussunterlagen informiert der elektronische Bundesanzeiger unter www.ebundesanzeiger.de.

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 26.1.2007

Unternehmensteuerreform wird Mittelstand stärken

Anlässlich des traditionellen Business Frühstücks der Wirtschaftsfoerderungsgesellschaft Ahlen mit mittelständischen Unternehmern der Region erklärt der Mittelstandsbeauftragte für Handel, Gewerbe und Industrie der SPD-Bundestagsfraktion, Reinhard Schultz:

Die Unternehmensteuerreform gewinnt weiter an Kontur und eines ist sicher, der Mittelstand wird mit der Reform gestärkt. Schon deswegen, weil auch für Personengesellschaften durch niedrige Steuersätze auf einbehaltene Gewinne das Ansparen von Eigenkapital deutlich erleichtert wird. Gleichzeitig werden Gewinnverlagerungen großer Konzerne in Niedrigsteuerländer unterbunden. Betriebsverlagerungen ins Ausland werden künftig durch Offenlegung der stillen Reserven besteuert. Diese „Wegzugsbesteuerung“ gehört in eine breit angelegte Strategie, wonach die Verlagerung von Arbeitsplätzen ins Ausland weder durch direkte Subventionen noch durch Steuernachlässe gefördert werden darf. Es gibt sicher gute Gründe, im Ausland zu produzieren. Aber diese Gründe dürfen nicht Steuern oder Subventionen heißen.

BMJ-Newsletter vom 16.2.2007

Bundesrat ebnet den Weg für eine sichere Altersvorsorge Selbständiger

Der Bundesrat hat heute den Weg für eine abgesicherte Altersvorsorge Selbständiger freigemacht. Mit diesen Neuregelungen sollen selbständige Unternehmer besser als bisher abgesichert werden. „Der Pfändungsschutz für Lebensversicherungen, die einen wesentlichen Bestandteil der Altersvorsorge bilden, wird deutlich verbessert. Versicherungen von Selbständigen werden künftig genauso geschützt wie etwa die Rente oder Pensionen bei abhängig Beschäftigten“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries. „Das neue Recht wird einen Tag nach Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten – voraussichtlich Anfang März.“

Im Vergleich zu Arbeitseinkommen genießen die Einkünfte Selbständiger bislang keinen Pfändungsschutz. Sie unterfallen, selbst wenn sie ausschließlich der Alterssicherung dienen, der Einzel- oder Gesamtvollstreckung. Diesem Risiko ist der Empfänger von Leistungen aus einer gesetzlichen oder betrieblichen Rentenversicherung nicht ausgesetzt. Ihm verbleiben die Rentenansprüche aus der Rentenversicherung, die nur wie Arbeitseinkommen gepfändet werden können.

„Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. Auch das der Alterssicherung dienende Vermögen und die der Alterssicherung dienenden Einkünfte Selbständiger sind vor dem Vollstreckungszugriff der Gläubiger zu schützen, um

Unsere Anzeigenpreisliste 3/2007

im Internet: www.prewest.de
 oder gmailt: info@prewest.de
 oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

- das Existenzminimum des Selbständigen im Alter zu sichern,
- den Staat von Sozialleistungen zu entlasten,
- bessere Rahmenbedingungen für Existenzgründungen zu schaffen und
- eine Kultur der Selbständigkeit zu fördern“, betonte Zypries.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 17.1.2007**

**Grünes Licht für Wassertaxen
Ein-Mann-Betrieb sichert durch geringe Personalkosten
eine wirtschaftliche Arbeitsweise der Betreiber**

Anlässlich der heutigen Beratung im Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung erklären der verkehrspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dirk Fischer MdB, und der zuständige Berichterstatter, Ingo Schmitt MdB:

Mit dem heute im Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung beschlossenen Antrag wird der Weg frei gemacht für eine innovative Geschäftsidee: Baldmöglichst sollen Wassertaxen mit einer Ein-Mann-Besatzung Fahrgäste transportieren dürfen. In einigen deutschen Städten mit geeigneter Wasserinfrastruktur gibt es bereits zahlreiche Interessenten, welche die touristisch und verkehrspolitisch sinnvolle Dienstleistung der Wassertaxen anbieten möchten. Durften diese bisher nur mit einer Zwei-Mann-Besatzung verkehren, so sichert der angestrebte Ein-Mann-Betrieb durch geringe Personalkosten eine wirtschaftliche Arbeitsweise der Betreiber.

Fest steht jedoch, dass hierbei die Sicherheit der Passagiere nicht außer Acht gelassen werden darf. Es muss gewährleistet sein, dass die beförderten Personen weder beim An- und Ablegen, noch beim Ein- und Ausstieg gefährdet werden dürfen. Technische Maßnahmen sollen hierbei helfen.

Der Vorteil der Wassertaxen liegt auf der Hand: Durch eine sinnvolle Kombination mit den Verkehrsträgern Straße und Schiene profitieren die Nutzer von einer besseren Anbindung und Vernetzung, durch welche nicht zuletzt die Attraktivität der Städte erhöht wird.

**Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN
Pressemitteilung vom 6. 2. 2007**

Grüne für Einrichtung einer Fahrradakademie

Anlässlich der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage unserer Fraktion in Sachen Fahrradakademie erklärt Dr. Anton Hofreiter MdB:

Die Fahrradakademie soll dazu beitragen, in den Kommunen den Wissensstand zu verbessern und die Maßnahmen des Radverkehrs zu fördern. Nach Aussage der Bundesregierung wird zurzeit die Einrichtung einer Fahrradakademie für zunächst ein Jahr geprüft. Nach dieser Pilotphase soll überprüft werden, ob das Weiterbildungsangebot der Fahrradakademie fortgesetzt wird. Wir würden die Einrichtung einer Fahrradakademie begrüßen. Die Fahrradakademie ist ein wichtiger Baustein zur Umsetzung der Ziele des Nationalen Radverkehrsplans 2002-2012. Die Bundesregierung sollte mit der Unterstützung der Fahrradakademie ihren Teil zur Förderung des Radverkehrs beitragen.

**Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN
Pressemitteilung vom 8. 2. 2007**

Fahrradmitnahme im ICE weiterhin Trauerspiel

Anlässlich der Antwort der Bundesregierung auf eine Schriftliche Frage unserer Fraktion in Sachen Fahrradmitnahme im ICE erklärt Dr. Anton Hofreiter MdB:

In der Schriftlichen Frage ging es um die Position der Bundesregierung zur Fahrradmitnahme im ICE. Das Europäische Parlament hat am 18. Januar in zweiter Lesung das 3. Eisenbahnpaket verabschiedet. Darin enthalten ist die Fahrradmitnahmemöglichkeit auch in Hochgeschwindigkeitszügen. Im weiteren Verfahren ist auch die Bundesregierung im Ministerrat gefragt. Die Antwort der Bundesregierung legt den Schluss

nahe, dass sie sich nicht für die gefundene Regelung einsetzen wird. Sie sieht nämlich keinen Handlungsbedarf. Die Bundesregierung betätigt sich hier als Erfüllungsgehilfe der Deutschen Bahn AG, die die Fahrradmitnahme im ICE nicht will. Ab Juni 2007 wird die französische SNCF im TGV, der dann Paris mit Stuttgart verbinden wird, vormachen, dass Fahrradmitnahme in Hochgeschwindigkeitszügen keine Unmöglichkeit darstellt. Im deutschen ICE dürfen Fahrräder dagegen nicht mitgenommen werden.

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 23.11.2006**

**Aufruf der Kirchen: Unterstuetzung fuer
zukunftsgerichte Politik**

Zum Gemeinsamen Wort der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz und des Rates der EKD zur Zukunft unseres demokratischen Gemeinwesens, das Bischof Huber und Kardinal Lehmann heute in Berlin vorgestellt haben, erklart die Kirchenbeauftragte der SPD-Bundestagsfraktion, Kerstin Griese:

Das Gemeinsame Wort mit dem Titel „Demokratie braucht Tugenden“ der beiden grossen Kirchen ist ein Appell sowohl an die Politik, die Buergerinnen und Buerger, die Medien und die verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen. Dies macht den Aufruf wertvoll - er beschreibt die gemeinsame Verantwortung aller Handelnden.

Eindrucksvoll fuehlt das Gemeinsame Wort den in vielen Ohren altmodisch klingenden Begriff der „Tugend“ mit Leben. Politikerinnen und Politiker sollen in der Auseinandersetzung mit dem politischen Konkurrenten fair bleiben. Sie sollen insbesondere den Mut haben, auch die Wahrheiten auszusprechen, die nicht gern gehoert werden. Sie sollen Risiken eingehen und Standfestigkeit beweisen. Diese kirchliche Mahnung ist eine Unterstuetzung und eine Ermutigung fuer eine Politik, die ueber den Tag hinaus denkt. Mit Recht weist das Kirchenpapier darauf hin, dass das Gemeinwohl eine Zukunftsdimension habe, die die kuenftigen Generationen betreffe. Politik muss auch diejenigen repraesentieren, die heute noch keine Stimme haben.

In dem Gemeinsamen Wort, das eine Kommission unter dem Vorsitz von Bischof Reinhard Marx und dem ehemaligen Bundesjustizminister Juergen Schmude vorbereitet hat, werden die Versaeumnisse der Vergangenheit benannt. Die Politik habe auch gut vorhersehbare kritische Entwicklungen - den demografischen Wandel und die negativen Folgen der Schuldenpolitik - nicht angemessen beruecksichtigt. Die Kirchen fordern mehr „Zukunftsverantwortung“ statt „Gegenwartsfixierung“. Diese Kritik ist richtig und mahnt die Politikerinnen und Politiker, ueber kurzfristige Tagespolitik hinauszublicken.

Die politisch Verantwortlichen sollten den Waehlerinnen und Waehlern nicht nach dem Mund reden. Genauso muessten die Buergerinnen und Buerger erkennen, dass sie sich nicht weigern duerften, die Komplexitaet der politischen Probleme nachzuvollziehen und stattdessen lieber die Politik vorschnell aburteilen, so das Gemeinsame Wort. Fuer die oft beklagte Politikverdrossenheit seien nicht nur die Politiker verantwortlich, sondern auch jede Buergerin und jeder Buerger haetten die aktive Mitverantwortung fuer das Wohl des Ganzen. Die Demokratie braucht auch diese politischen Tugenden.

Demokratie ist keine Selbstverstaendlichkeit, sie muss immer wieder neu gelernt und erfahren werden. Die juengsten Erfolge der Rechtsextremisten haben uns das erneut vor Augen gefuehrt. Dies macht das Gemeinsame Wort so wertvoll: eine wichtige gesellschaftliche Kraft begruetet den Wert der Demokratie. Wir als Politikerinnen und Politiker werden ermutigt, eine wertorientierte Politik zu betreiben, die die Zukunft der Gesellschaft und insbesondere der Kinder im Blick hat. Das dabei grundlegende ethische Standards des politischen Verhaltens betont werden, ist richtig. Die „Berufung der Buergerinnen und Buerger zur Politik“, von der das Wort spricht, ist ein Appell zur aktiven Teilhabe an der Demokratie.

Bücher und Veröffentlichungen

Programm des Instituts für Städtebau Berlin

Das Institut für Städtebau Berlin der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung stellt sein weiteres Kursprogramm für 2007 vor. Eine detaillierte Übersicht der verschiedenen Fachtagungen, Seminare und Exkursionen ist im Internet unter www.staedtebau-berlin.de abrufbar. Adresse: Stresemannstraße 90, 10963 Berlin, Tel. 030/23 08 22-0, Fax 030/23 08 22-22.

Programm des Instituts für Städtebau und Wohnungswesen München

Das Institut für Städtebau und Wohnungswesen München stellt sein weiteres Kursprogramm 2007 vor. Alle geplanten Fachtagungs- und Seminartermine sind im Detail im Internet unter www.isw.de abrufbar. Adresse: Steinheilstraße 1, 80333 München, Tel. 089/54 27 06-0, Fax 089/54 27 06-23.

EIPOS Europäisches Institut für postgraduale Bildung an der TU Dresden e.V.

Informationen zum Institut und seinen Einrichtungen und Bildungsangeboten unter www.eipos.de. Adresse: Goetheallee 24, 01309 Dresden, Tel. 0351/440 7210, Fax 0351/440 7220.

Evangelische Akademie Tutzing

Auch mit dem Programm März 2007 bis Oktober 2007 dient diese Tagungs- und Studienstätte der Begegnung in geistiger Freiheit und im Verstehen. Tag der offenen Tür am 23. Sept. 2007. Weitere Informationen auch zum Programm im Internet unter www.ev-akademie-tutzing.de. Adresse: Schloss-Straße 2+4, 82327 Tutzing, Tel. 08158/251-146, Fax 08158/99 64 43.

Das neue Gesetz über elektronische Handels- und Unternehmensregister – EHUG Veröffentlichungspflichten der Unternehmen. Hrsgg. von Prof. Dr. *Ulrich Noack*, Köln 2007. Beilage Nr. 37a zum Bundesanzeiger Nr. 37 vom 22. 2. 2007, 264 Seiten, 16,5 x 24,4 cm, 29,00 EUR. Bundesanzeiger Verlags-ges. mbH, Köln.

Unternehmenspublizität ist bekanntlich ein Interessenschwerpunkt des Düsseldorfer Ordinarius Ulrich Noack (vgl. auch bei Dingeldey in GuT 2007, 48), der im vorliegenden Band eine Einführung in das EHUG (vgl. zum Gesetz auch die BMJ-Pressemitteilung in GuT 2007, 67) mit weiteren Übersichten ausgewiesener Sachkenner zu Fragen des digitalen Handels- und Unternehmensregisters sowie der Publizität der Rechnungslegung (Registerrecht im Wandel, *Heinz Willer*; Die elektronische Einsichtnahme in die Justizregister, *Heinz-Jürgen Held*; Die elektronische Handelsregisteranmeldung: Herausforderung für den Notar, *Dominik Gassen*; Die Bekanntmachung von Handelsregistereinträgen in Europa, *Ulrich Seibert*; Das Unternehmensregister, *Michael Beurskens*; Offenlegung der Unterlagen der Rechnungslegung, *Silja Maul/Holger Seidler*) verbindet und den Texten der hauptsächlich geänderten Gesetze und Verordnungen voranstellt. Literaturverzeichnis und Stichwortregister runden das Buch zum „Big Bang im Recht der Unternehmenspublizität“ ab. (vS)

Lexikon der Immobilienwertermittlung. Hrsgg. von Prof. Dr. *Siegfried Sander* und Prof. Dr. *Ulrich Weber*, Köln 2003. 724 Seiten, 14,8 x 21 cm. Hardcover (gebunden), 109,00 EUR, ISBN 978-3-89817-573-9. Bundesanzeiger Verlag, Köln.

Keine Einbuße an Aktualität, im Gegenteil ist Sachverstand gefragt denn zuvor, gilt es doch, die Entscheidung des BVerfG zur Erbschaftsteuer (vgl. GuT 2007, 56, 62 ff mit Wahrnehmungen im bundespolitischen Raum) besonders auch im Immobiliensektor emotionsarm und vorurteilsfrei umzusetzen. Die Herausgeber und 35 weitere Autoren erläutern (in von Dritten gezählten über 1000 !) Stichworten ausführlich wohl sämtliche Fachbegriffe aus dem Bereich der Verkehrswertermittlung von bebauten und unbebauten Grundstücken sowie aus angrenzen-

den Gebieten auch unter Verwendung von Tabellen, Grafiken, Formeln. Die Artikel sind gut geschrieben und erschließen dem Leser die Information. (vS)

Betriebskosten-Kommentar §§ 556, 556a, 560 BGB Betriebskosten-Verordnung Wohnflächen-Verordnung. Bearbeitet von RAen *Norbert Eisenschmid*, Dr. *Franz-Georg Rips*, *Dietmar Wall*, 2. Auflage, Berlin 2006. 620 Seiten, 59,00 EUR, ISBN 3-933091-59-4. DMB-Verlag Verlags- und Verwaltungsgesellschaft des Deutschen Mieterbundes mbH, Berlin.

Der Schwerpunkt der Auseinandersetzungen um die Abrechnungsgerechtigkeit bei Betriebskosten der Mietsache befindet sich im Umfeld des sog. Verbrauchers, zu dessen Schutz vor ungerechter Benachteiligung keine Kosten gescheut werden, auch wenn diese wiederum in die Kostenabrechnung einfließen und somit dem Primat der Abrechnungsgerechtigkeit zu unterwerfen sind. Die Auswirkungen dieses Zirkels sind landläufig nicht immer bekannt. Ein Ergebnis ist aber die momentane Bewegung auf den Energiemärkten für Gas und Wärme, die sogar eine gewisse Nachhaltigkeit verspricht, und die Initialzündung zum Sturm auf die Konzerne ist auch jener Beharrlichkeit zu danken, mit der die Autoren des Betriebskosten-Kommentars seit Jahren, lange vor Erscheinen der 1. Auflage schon, mit diesem ihren Thema „Betriebskosten“ die Meinungsbildung und auch Mentalitäten beeinflusst haben: Wir sind allesamt Verbraucher.

Der Diskussion um die Übertragbarkeit wohnraummietrechtlicher (Schutz-)Regelungen auf nichtwohnraummietrechtliche Ordnungsvorstellungen bietet das Buch des DMB-Verlags allerdings keine Arena. Und: Die große Stofffülle wird in sehr gelungener Weise – z. B. auch im Gang ihrer Entwicklung – konzipiert, die Fülle der Erörterungen belastet den Leser nicht, das Druckwerk ist sehr gut lesbar und das Buch ist weitaus mehr als ein Nachschlagewerk zur parteilichen Fallbearbeitung. Ich habe die Texte streckenweise als ein Plädoyer für ein vernünftiges Wirtschaften, für einen tragfähigen Konsens gelesen. Dies gefällt auch den Beteiligten außerhalb der Wohnraummiete und steht ihnen gut an! (vS)

Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung. Von Prof. *Dieter Eickmann*, Prof. Dr. *Axel Flessner*, *Friedrich Irchslinger*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, *Hans-Peter Kirchhof*, Richter am BGH a.D., Dr. *Gerhart Kreft*,



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



Vors. Richter am BGH a. D., Dr. *Hans-Georg Landfermann*, Präsident des Bundespatentgerichts a.D., Prof. Dr. *Wolfgang Marotzke*, *Guido Stephan*, Richter am AG, 4., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2006. XXVI, 1835 Seiten, Hardcover. EUR (D) 124,00, ISBN 978-3-8114-7306-5, Reihe: Heidelberger Kommentar. Verlag C. F. Müller, Heidelberg.

Dieses Standardwerk zur Insolvenzordnung berücksichtigt die zahlreichen Neuerungen und setzt sich kritisch mit der Entwicklung des Insolvenzrechts auseinander. Es bietet eine wissenschaftlich vertiefte und zugleich praxisorientierte Kommentierung der Insolvenzordnung, zu Teilen des EGIInsO sowie des SGB III zur Arbeitsförderung und des Betriebsrentengesetzes. Neu ist die Kommentierung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO) sowie der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung (InsVV). Berücksichtigt werden u. a. das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, das Gesetz zur Umsetzung der EG-Richtlinie 2002/47/EG vom 6. 6. 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekengesetzes und anderer Gesetze, das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, das Justizkommunikationsgesetz. Soweit die Theorie.

Die Praxis: Das seit Wochen tägliche Gerede und Geschreibse von sprudelnden Steuerquellen, GfK-Hoch-Stimmungsindices, Investitionsschüben im Aufschwung ist kaum zu ertragen, wenn auf dem Boden der Tatsachen jahrelang aufgeschobene Investitionen nun die schlichten Neubeschaffungen für die längst ausgeleiteten und abgenudelten Produktionsmittel vom PC über das Kfz im Kleinen, vom Schienennetz über die Kanalisation im Mittleren, von der Produktionsanlage über die Logistik im Größeren erzwingen. Tausende und Abertausende Unternehmen und Selbständige können dabei Monat für Monat nicht mehr mithalten, das Rating ist nicht mehr zu schaffen, die Reserven und Vermögen sind versenkt in fremden Taschen und Säckeln, die Märkte weggebrochen. Die aktuellen Zahlen des Statistischen Bundesamts (www.destatis.de; Zahlen 2005 in GuT 2006, 107) zur Entwicklung der Unternehmensinsolvenzen sowie der Insolvenzen der ehemals Selbständigen stagnieren im Wesentlichen seit Juni 2006, ausgehend von hohem Niveau. Es ist zum Heulen.

Beim Wegräumen der Trümmer ist dieses Buch mit seinem Know-how für Schuldner, Gläubiger, Verwalter eine große Hilfe. Es bietet außerdem in seiner klugen Darstellungsart dem Einzelnen in das Insolvenzrecht Orientierung. (vS)

Miethöhe und Mieterhöhung Vertragsgestaltung Mietänderung Geschäfts- und Wohnraummiete. Von RAin und Fachanwältin für Miet- und WEG-Recht Dr. *Catharina Kunze*, Berlin, und RA Dr. *Rainer Tietzsch*, Berlin. Köln 2006. 480 S., Lexikonformat, gbd., ISBN 978-3-504-45038-0, 49. 80 €. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln.

In Teil I des Buches vermitteln die Autoren das Wissen um die Zusammenhänge der vernünftigen Miethöhevereinbarung in der Geschäftsraummiete. Die Gestaltungsfreiheit der Parteien findet eine Verbindung für die wirtschaftlichen Vorhaben und einen treffenden Ausdruck in den Regelungen des Vertrags. Die Leistung, die die Vertragspartner damit erbringen, ist sehr anspruchsvoll und soll von höchster Qualität sein. – Wie dies vorgehen kann, zeigen die Verfasser in der gewählten Form, nämlich im Buch, auf und sie zeigen die Überlegenheit dieses Mediums zur Vermittlung sehr komplexer Wissensgebiete auf vorgegebenem Raum. Dieses Sachbuch ist mit seinen 100 Seiten im Teil I kein Nachschlagewerk des ersten Zugriffs, sondern zunächst ein Lese- und Lehrbuch.

Teil II behandelt die Wohnraummiete im preisfreien und im preisgebundenen Wohnraum im Bereich der Miethöhevereinbarung und der vertraglichen und gesetzlich zulässigen Mietänderung bzw. -erhöhung. Hier geht es knapp 250 Seiten lang ins Eingemachte und um den Ernst des Lebens – womit auch klar wird, warum der sprichwörtliche Metzgermeister seine Altersvorsorge nicht mehr in Bau und Verwaltung eines 8-Parteien-Mietshauses sucht.

Teil III behandelt die außergerichtliche Streitbeilegung (Mediation; Schiedsgutachten; Schiedsgerichtsverfahren; Güteverfahren) und spricht die Modellversuche zur gerichtsnahen bzw. gerichtlichen Mediation an. Hier ist die Entwicklung zwischenzeitlich bereits weitergegangen.

Zum gerichtlichen Verfahren verhält sich Teil IV, der u. a. wiederum der Geschäftsraummiete Platz einräumt und zur Klage auf (erhöhten) Mietzins, zur Auskunftsklage z. B. zur Umsatzmiete, zur Zahlungsklage und Rückzahlungsklage des Mieters im Zusammenhang mit vertraglich vereinbarten Mietänderungen und auch zur Räumungsklage, Feststellungsklage, zum Selbständigen Beweisverfahren Erhebliches mitteilt.

Mit diesem Buch gehen die Verfasser einen eigenen Weg der Wissensvermittlung. Es ist sinnvoll, sich hier mitnehmen zu lassen. (vS)

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47 63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de> e-mail: info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 2/2005.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54, Telefax 021 33 / 22 04 29, ISDN 021 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de, Internet: www.kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 021 31 / 1 24 74-0, Telefax 021 31 / 1 24 74-20, e-mail: koch-druckerei@t-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 €, Doppelheft 15,00 €, jew. zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 95,23 € (einschl. 9,- € Versand und 6,23 € MwSt), zahlbar zu Beginn des 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.

GuT

**Prewest GmbH
Herrn Ulrich von Schoenebeck
Postfach 30 13 45
53193 Bonn**

Bitte per Fax an 02 28 / 47 09 54
oder (im Fensterbriefumschlag) zusenden.

Absender/Stempel

Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum GuT-Netzwerk www.gut-netzwerk.de

- Nehmen Sie mich in die Liste des GuT-Netzwerks (vgl. GuT Heft 33, 2007, Seite 9) auf.
 Ich bin persönlicher Abonnent der GuT.
 Abonnent der GuT ist (Kanzlei; Firma; Personenmehrheit usf.)

_____ in _____
 über die Buchhandlung _____ in _____

Mein Beruf / Tätigkeiten:

- Ich will Ratsuchenden meine Dienste im GuT-Netzwerk anbieten.
 ohne Schwerpunktkennzeichnung
 mit Schwerpunktkennzeichnung(en) _____

 mit Verlinkung auf <http://www> _____

und bitte um Ihr Angebot.

- Ich möchte die Zeitschrift Gewerbemiete und Teileigentum (GuT) abonnieren
 ab Heft 34 (75,00 EUR in 2007 inkl. Versand und 7% MwSt)
 ab Heft 33 (95,23 EUR in 2007 inkl. Versand und 7% MwSt)
 Ich bestelle zum Sonderpreis anlässlich des Deutschen Mietgerichtstags 2007
 die GuT-Jahrgänge 2005 und 2006 zum Paketpreis von 115,00 EUR einschl. Versand und 7% MwSt
 die GuT-Jahrgänge 2001 bis 2004 zum Paketpreis von 140,00 EUR einschl. Versand und 7% MwSt
 die zwei Einbanddecken 2001-2003 und 2004-2005 zum Paketpreis von 24,60 EUR einschl. Versand und 7% MwSt

(Lieferungen solange Vorräte reichen)

Datum, Unterschrift

GuT

G 58438

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



Deutscher Mietgerichtstag 2007

Kongresszentrum Westfalenhallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

Mietrecht zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung

Freitag, 9. März 2007

- 9.30 Begrüßung
9.45 **Rechtsdienstleistungs-Gesetz und Mietrechtsberatung**
Referent: RA Dr. Michael Kleine-Cosack, Freiburg; mit anschließender Diskussion
11.00 Kaffeepause
11.30 **Betriebskosten und energetische Modernisierung**
Referentin: Richterin am AG Dr. Beate Flatow, Kiel; mit anschließender Diskussion
13.00 gemeinsames Mittagessen
14.30 **Arbeitskreise**
1. Wegnahmerecht, Aufwendungsersatz- und Bereicherungsansprüche des Mieters
Einführung von VorsRiOLG Hans-Georg Eckert, Rostock; AK-Leiter: RA Jürgen Fritz, Düsseldorf
2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Miete
Einführung von Richter am AG Dr. Werner Hinz, Pinneberg; AK-Leiter: RA Rüdiger Dorn
3. Sachversicherung und Schadensersatzpflicht des Mieters
Einführung von Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin; AK-Leiter: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen
16.00 Kaffeepause
16.30 **Arbeitskreise**
4. Beschränkung von Gewährleistungsrechten
Einführung von RA Walter Fallak, Wiesbaden; AK-Leiter: RiBGH Hans-Jörg Kraemer, Karlsruhe
5. Die vermietete Eigentumswohnung nach der WEG-Novelle
Einführung von Prof. Dr. Martin Häublein, Berlin; AK-Leiter: RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim
6. Sicherheitsmaßnahmen im Mietverhältnis – Zulässigkeit und Kosten
Einführung von Dr. Peter Hitpaß, Hamburg; AK-Leiter: VorsRiLG a.D. Dr. Hans Langenberg
19.00 gemeinsames Abendessen

Samstag, 10. März 2007

- 9.00 **Korrekturen von Betriebskostenabrechnungen**
Referent: VorsRiLG a.D. Klaus Schach, Berlin
10.00 **Quotenabgeltungsklauseln**
Referent: Dr. Markus Artz, Trier
11.00 Kaffeepause
11.30 **Welche prozessualen und materiellen Neu-Regelungen zur Vermeidung und Verminderung von Mietausfällen sind rechtsstaatlich sinnvoll?**
Einführungsstatements von Dr. Nikolaj Fischer, RA Hans Reinold Horst, RA Dr. Franz-Georg Rips, Richter am AG Ulf Börstinghaus; Diskussionsleitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen

nichtöffentlicher Teil

ca. 13.30 Mitgliederversammlung des Deutschen Mietgerichtstages e.V.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum



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