

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**5/02**

**2. Jahrgang**

**Heft 6 · September 2002**

**S. 129–160**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**P. Atkinson / E. Ehlers:**  
**Gewerbeimmobilien und**  
**Umweltaspekte in Großbritannien**

## **Gewerbemiete**

**Mietzins und Mietfläche**  
**(OLG Düsseldorf)**

**Neuverhandelte Pachtzinshöhe**  
**(OLG Köln)**

**Staffelmiete bei sinkendem**  
**Mietpreisniveau (BGH)**

**Kündigungsrechtsbeschränkung**  
**des Erstehers (BGH)**

**Bierbezugsverpflichtung**  
**(OLGe Koblenz, Nürnberg)**

**Leasing; Vollmacht des Lieferanten**  
**(OLG Dresden)**

**Wohnungsvermittlung ohne**  
**Vermieterauftrag (BGH)**

## **Teileigentum**

**Geschlossener Immobilienfonds;**  
**Aufbauschulden (BGH)**

**Überdachung des Zugangs zur**  
**Sondernutzungsfläche (BayObLG)**

**Abluftanlagen von Gaststätten (KG)**

**Modernisierende Instandsetzung**  
**(OLG Düsseldorf)**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

P. Atkinson / E. Ehlers,  
**Gewerbeimmobilien und Umweltaspekte  
in Großbritannien**

## Gewerbemiete

Mietzinsvereinbarung und Mietflächenvorstellung  
(OLG Düsseldorf)

Neuverhandelte Pachtzinshöhe (OLG Köln)

Gewerberaum; Staffelmiete bei Sinken des  
Mietpreinsniveaus (BGH)

Nebenkostenpauschale;  
Kostenspezifizierungserfordernis (OLG Düsseldorf)

Ergänzende Vertragsauslegung; Geldersatz anstelle  
sinnloser Endreparaturen bei Umbau des Mietobjekts  
(BGH)

Gesetzliche Kündigungsfrist; Gewerberaummieta  
vor der Mietrechtsreform (BGH)

Kündigungsrechtsbeschränkung des Erstehers;  
Instandsetzungsleistungen und Beiträge des Mieters;  
gewerbliche Zwischenmiete (BGH)

Wirksamkeit einer 10-jährigen  
Bierbezugsverpflichtung (OLG Koblenz)

Bierlieferungsvertrag; AGB; Vertragsstrafen  
(OLG Nürnberg)

Leasing; Vollmacht des Lieferanten (OLG Dresden) **145**

Wohnungsvermittlung ohne Vermieterauftrag (BGH) **147**

**131** Maklerprovision; Ausarbeitung des  
Kaufvertragsentwurfes; Rücktritt vom Kaufvertrag  
(OLG Koblenz – nur Leits.) **148**

## Teileigentum

**132** Geschlossener Immobilienfonds; Haftung  
der Anlagegesellschaft; Aufbauschulden  
der Bauherrngemeinschaften (BGH) **148**

**134** Überdachung eines Zugangs zur  
Sondernutzungsfläche des Teileigentümers als Teil  
des Baukörpers; Gemeinschaftseigentum (BayObLG) **150**

**136** Haftung des Teileigentümers für mangelhafte  
Abluftanlage in der Gaststätte seines  
Gewerbemieters (KG) **151**

**136** Bauliche Veränderungen an der Abluftanlage für  
eine Gaststätte mit Vollküche (KG) **153**

**139** Modernisierende Instandsetzung; Warmwasserboiler  
(OLG Düsseldorf) **155**

## Magazin

**142** Politik und Recht **156**

**144** Zahlen und Statistik **159**

**144** Bücher und Veröffentlichungen **160**

## Impressum

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

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

Herstellung: Kölnische Verlagsdruckerei GmbH, August-Horch-Str. 10,  
51149 Köln-Gremberghoven, Telefon 02203 / 30 09-0, Telefax 02203 /  
30 09-833.

Herstellung der Online-Produkte: Textverarbeitung Beate Kluth, Am  
Quirinushof 20, 41542 Dormagen.

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

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Ver-  
fassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder.

Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem  
an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf  
des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Ein-  
speicherung in eine Datenbank sowie das Recht weiterer Vervielfältigung  
zu gewerblichen Zwecken.

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

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

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

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

Peter Atkinson, Partner, und Eckart Ehlers, Rechtsanwalt und Solicitor, Pinsent Curtis Biddle

## Gewerbeimmobilien und Umweltaspekte in Großbritannien

### 1. Einführung

Beim Erwerb von Gewerbeimmobilien oder dem Kauf bereits gewerblich genutzter Betriebsstätten sind verschiedene Faktoren zu bedenken. Auch in Großbritannien müssen ausländische Investoren Umwelt(schutz)aspekte in ihre Überlegungen miteinbeziehen. Verschiedene Zulassungsbedingungen sind zu erfüllen, um auf dem ins Auge gefassten Grund und Boden geschäftlich tätig werden zu können. Darüber hinaus hat sich der Käufer beim Erwerb von Unternehmen oder Gewerbeimmobilien über möglicherweise existierende Belastungen zu informieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn zuvor eine industrielle Nutzung vorlag. In dieser Hinsicht unterscheidet sich Großbritannien nicht von anderen Industriestaaten innerhalb der Europäischen Union. Trotzdem bestehen in der Praxis einige Unterschiede, die potenzielle Investoren zumindest in groben Zügen kennen sollten.

### 2. Behördliche Genehmigungen

Vor Beginn irgendwelcher Erschließungsaktivitäten wird eine Bebauungsgenehmigung benötigt. Sie ist bei der zuständigen lokalen Behörde zu beantragen. Gewöhnlicherweise ist bei Anträgen für größere gewerbliche Projekte eine Erklärung über eventuelle Umwelteinwirkungen beizufügen. Für die Bebauungsgenehmigung kann die Einholung spezieller Genehmigungen im Rahmen des beabsichtigten Projektes erforderlich sein. Je nach Art des geplanten Gewerbes sind im Vereinigten Königreich eine Vielzahl unterschiedlicher Genehmigungen einzuholen. Gegenwärtig ist es noch nicht möglich, das gesamte Projekt von einer einzigen Behörde genehmigen zu lassen. Allerdings sehen der Environmental Protection Act 1990 (EPA) und die darunter fallenden Verordnungen ein integriertes System für die Erteilung von Genehmigungen vor. Unter dem Begriff Integrated Pollution Prevention Control (PPC) wird dieses System bis 2007 vollständig eingeführt sein. Dabei handelt es sich um die Umsetzung der EG-Richtlinie 96/61 in Großbritannien.

PPC ist die integrierte Herangehensweise an die Regulierung bestimmter industrieller Aktivitäten unter Umweltsichtspunkten. Emissionen in Luft, Wasser (einschließlich Abwasser) und Land sowie andere Auswirkungen auf die Umwelt sollen einheitlich betrachtet werden. Die Verordnungsgeber müssen ihre Genehmigungsaufgaben so gestalten, dass ein hochgradiger Schutz für die Umwelt als Ganzes erlangt wird. Diese Auflagen orientieren sich am Einsatz der „best-verfügbaren Anwendungsmethode“, der die Kosten für den Unternehmer gegen den Nutzen für die Umwelt ausbalanciert. Je nach Art des industriellen Verfahrens ist eine Genehmigung entweder bei der Umweltbehörde oder der zuständigen lokalen Behörde erhältlich.

In einigen Fällen kann es erforderlich sein, über PPC hinaus zusätzliche Genehmigungen oder Erlaubnisse einzuholen. Darunter fallen beispielsweise Werkzeuge, die ionisierende Strahlungen verursachen, oder die Verwendung gefährlicher Substanzen. Vor gar nicht allzu langer Zeit wurden die Control of Major Accident Hazards Regulations 1999 eingeführt, eine Umsetzung der EG-Richtlinie 96/82 („SEVESO II“). Da-

nach sind Unternehmer verpflichtet, alle notwendigen Maßnahmen einzuleiten, mit denen Unfälle ausgeschlossen oder mögliche Folgen für Personen und Umwelt vermindert werden können. Das kann bei bestimmten Prozessen die Verpflichtung zur Erstellung von Sicherheitsberichten und Notfallplänen mit sich bringen. Solche Pläne werden vom Gesundheits- und Sicherheitsbeauftragten genehmigt.

In Fällen, in denen eine Vielzahl von Genehmigungen und Erlaubnissen erforderlich sind, ist dem Antragsteller zu empfehlen, die unterschiedlichen Anträge koordiniert einzureichen. Dadurch lassen sich unnötige zeitliche Verzögerungen vermeiden. Denn werden für ein Projekt sowohl Bebauungsgenehmigungen als auch PPC-Genehmigungen benötigt, können deren Anträge zur gleichen Zeit bearbeitet werden. Obwohl unterschiedliche Organisationen mit der Bearbeitung beauftragt sind, konsultieren sich diese nämlich normalerweise. Sollten bereits Genehmigungen existieren, müssen diese unter Umständen auf den Namen des neuen Eigentümers umgeschrieben werden. Manchmal ist dafür die schriftliche Genehmigung des Verkäufers notwendig.

### 3. Haftung ausschließen

Beim Erwerb von industriell genutztem Land besteht die Gefahr, dass der Boden verseucht ist. Der Käufer sollte darauf achten, dass er nicht für die Bodensäuberung haftet oder gar für Schäden, die anderen durch die Freisetzung von Schadstoffen entstehen. Der EPA definiert verseuchten Boden als Land, das signifikanten Schaden oder die Verschmutzung von kontrolliertem Wasser verursacht (oder wahrscheinlich verursacht). Dieses Gesetz betrifft daher nur solche äußerst stark verseuchten Flächen, die eine unannehmbare Gefährdung für Gesundheit und Umwelt darstellen.

Das Prinzip des „wer verschmutzt, zahlt“ findet Anwendung: derjenige, der die Verschmutzung verursacht oder zulässt, wird primär verantwortlich gemacht. Wenn der Primärverantwortliche nicht gefunden werden kann, so können unter Umständen der gegenwärtige Grundeigentümer oder Betreiber für die notwendige Reinigungsaktion herangezogen werden. Der Standard der Rekultivierung richtet sich nach der gegenwärtigen Nutzung. Die Regularien sind sehr komplex und in jedem Fall sollte fachmännischer Rat eingeholt werden.

Darüber hinaus können Grundeigentümer oder Betreiber unter Umständen nach dem englischen Common Law für Schäden haftbar gemacht werden, die Dritten durch die Freisetzung von Schadstoffen aus dem Boden entstehen. Um Verantwortlichkeit festzustellen zu können, muss jedoch erst die Vorhersehbarkeit des entstandenen Schadens bewiesen werden.

### 4. Vorgehen in der Praxis

Aus alledem ergibt sich, dass eine detaillierte Prüfung Voraussetzung für den Erwerb von Betrieben oder Land in Großbritannien ist. So muss der Erwerber

- sicherstellen, dass das geplante Gewerbe tatsächlich betrieben werden darf;

- abschätzen, ob Investitionen erforderlich sind, um die Zulassungsbedingungen zu erfüllen;
- nachforschen, inwieweit in der Vergangenheit Probleme bezüglich der Einhaltung von Genehmigungen aufgetreten sind;
- vermeiden, für Verstöße aus der Vergangenheit zur Rechenschaft gezogen zu werden.

Recherchen können in öffentlichen Registern durchgeführt werden. Diese befinden sich bei lokalen Behörden oder öffentlichen Institutionen wie der Umweltbehörde oder dem Gesundheits- und Sicherheitsbeauftragten. Dabei können möglicherweise auch schon erste Hinweise zu Tage treten, ob ein Grundstück verseucht sein kann oder nicht. Danach kann man dann entscheiden, ob weitere detaillierte Nachforschungen und Prüfungen zu unternehmen sind. Auf jeden Fall sollte man sich in einem solchen Stadium auch umweltrechtlichen Rat einholen.

Es ist nicht möglich, genau vorherzusagen, wie lange es dauert, die notwendigen Genehmigungen und Erlaubnisse zu erlangen. Solange die Verfahren nicht in einer Hand liegen, gibt es keine zeitliche Höchstgrenze für die Prüfung der Anträge. Verstreichen bestimmte Fristen – beispielsweise acht Wochen im Falle von Planungsanträgen, ohne dass ein Antrag verbeschieden wird –, so kann der Antragsteller dagegen Untätigkeitsbeschwerde einlegen.

*Peter Atkinson ist Partner und Eckart Ehlers, der Übersetzer dieses Artikels, Rechtsanwalt und Solicitor bei der englischen Kanzlei Pinsent Curtis Biddle (London, Birmingham, Leeds, Manchester, Brüssel) (eckart.ehlers@pinsents.com). Peter Atkinson berät Industrie, Einzelhandel und Regierungsstellen in Regulierungsfragen. Darunter fallen Aspekte wie Gesundheit und Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherangelegenheiten.*

## Gewerbemiete

### §§ 535, 242 BGB

#### Mietzinsvereinbarung und Mietflächenvorstellung

**Zur Änderung des in einem gewerblichen Mietvertrag betragsmäßig vereinbarten Mietzinses, wenn die Mietfläche größer ist als vom Vermieter angenommen.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. 5. 2002 – 10 U 44/01)

**Aus den Gründen:** Das Landgericht [Düsseldorf] hat die Klage auf Zahlung eines weiteren Mietzinses für die Zeit vom 1. 8. 1998 bis 1. 11. 1999 in Höhe von insgesamt 18 133,96 DM mit im Wesentlichen zutreffender Begründung abgewiesen.

1. Die Klägerin ist nicht berechtigt, die monatliche Miete nach einer Mietfläche von insgesamt 107,71 m<sup>2</sup> zu berechnen. Ihr steht weder nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung noch nach den Grundsätzen über den Wegfall bzw. das Fehlen der Geschäftsgrundlage ein Anspruch auf Anpassung des vereinbarten Mietzinses an die – nach ihrer Meinung – tatsächliche Mietfläche von 107,71 m<sup>2</sup> zu.

(a) Eine ergänzende Vertragsauslegung ist zulässig, wenn eine Vereinbarung der Parteien in einem regelungsbedürftigen Punkt fehlt. Dabei ist unerheblich, aus welchen Gründen die Parteien diesen Punkt offengelassen haben: Ob sie bewusst auf eine ins einzelne gehende Regelung verzichtet haben, ob die Lücke in der Vertragsregelung von Anfang bestanden hat oder ob sie sich erst nachträglich als Folge des weiteren Verlaufs der Dinge ergeben hat (vgl. BGH NJW-RR 1989, 1490).

Der schriftliche Mietvertrag der Parteien vom 4. 6. 1998 weist unter keinem dieser Gesichtspunkte eine Lücke auf. Die Auslegung des Vertrages ergibt, dass die Parteien hinsichtlich der von der Beklagten zu zahlenden monatlichen Miete von 3490,80 DM eine abschließende Regelung getroffen haben, ohne dass es insoweit auf die tatsächliche Mietfläche ankommt. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist dem Mietvertrag nicht zu entnehmen, dass die Parteien eine sog. Quadratmetermiete vereinbart haben, deren Grundlage die tatsächliche Mietfläche sein sollte. Eine derartige Auslegung der vertraglichen Regelungen ergibt sich weder aus § 1 noch aus § 6 des Mietvertrages. Zwar weist § 6 Ziffer 1 die Miete für die in § 1 ausgewiesene Mietfläche im 7. OG des Hauses mit „ca. 87,27 qm x 40 DM = 3490,80 DM gesamt (zzgl. MWSt)“ aus. Auch ist die Größe der der Beklagten vertraglich überlassenen Räume gemäß § 1 Nr. 1 mit „ca. 87,27 qm verein-

bart“. Hieraus folgt jedoch nicht zwingend, dass die tatsächliche Mietfläche für die Bemessung des Mietzinses maßgeblich sein sollte. Die Verwendung des Kürzels „ca.“ in beiden Paragraphen deutet vielmehr darauf hin, dass die tatsächliche Quadratmeterzahl entgegen der Auffassung der Klägerin für die Bemessung der monatlichen Miete nach der Vorstellung der Parteien keine entscheidende Rolle spielen sollte. Das Adverb „ca.“ ist ein Synonym für ungefähr und wird allgemein verwendet, um ein nicht auf exakter Berechnung beruhendes Schätzungsergebnis auszudrücken. Dass es den Parteien bei Vertragsschluss auf eine genaue Festlegung der Mietfläche nicht ankam, ergibt sich ferner daraus, dass sich die – „falsche“ – Flächenangabe „87,27 qm“ nach dem Vorbringen der Klägerin zwar aus dem dem Mietvertrag als Anlage beigefügten Grundrissplan ergeben soll, dass dieser aber nach der in § 1 Nr. 2 getroffenen Regelung gerade nicht zur Grundlage der Mietberechnung gemacht worden ist. Denn der Grundrissplan hat nach § 1 Nr. 2 Satz 2 nur die Bedeutung, „die Lage des Mietobjekts zu bezeichnen“. Wäre der Grundrissplan auch maßgeblich für die Berechnung der Mietfläche gewesen, hätte es nahe gelegen, dies im Vertragstext ausdrücklich zu kennzeichnen und die Bedeutung des Grundrisses nicht auf die Beschreibung des Mietgegenstandes zu begrenzen. Hierfür spricht auch, dass der nach Erwerb des Grundeigentums im Wege der Zwangsversteigerung zwischen den Parteien neu abgeschlossene Mietvertrag – anders als der der Klägerin zu diesem Zeitpunkt bekannte Mietvertrag der Beklagten mit der Voreigentümerin – hinsichtlich der für die Mietberechnung maßgeblichen Flächengröße keine Anpassungsregelung vorsieht. Während letzterer in § 3 Nr. 3.2 vorsah, dass Abweichungen von den zugrunde gelegten Nettogrundrissflächen bis zu +/-3% nicht zu einer Änderung des Mietzinses führen, enthält der Mietvertrag vom 4. 6. 1998 keine vergleichbare Regelung. Auch dies spricht dafür, dass es den Parteien bei der Festlegung des Mietpreises nicht auf eine Anbindung an die tatsächliche Mietfläche ankam.

(b) Es kann nach dem Vorbringen der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien sich hinsichtlich der Mietflächenberechnung in einem nach den Grundsätzen des Wegfalls bzw. Fehlens der Geschäftsgrundlage zu behandelnden gemeinsamen Irrtum befunden haben. Ein solcher Irrtum ergibt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht nach den Prinzipien des gleichwertigen Parteivorbringens aus ihrer hilfswei-

sen Bezugnahme auf das Vorbringen der Beklagten. Zwar hat die Beklagte danach u. a. vorgetragen, „der Klägerin sei es darum gegangen, eine möglichst hohe Quadratmetermiete ausweisen zu können. Für die Beklagte sei die Art der Mietberechnung unerheblich gewesen. Ihr sei es nur um den tatsächlich einzusetzenden Monatsbetrag gegangen. Sie sei bereit gewesen, den hohen Quadratmeter-Mietzins von 40 DM auf der Grundlage einer fest vereinbarten Fläche von 87,27 qm zu akzeptieren“. Die Annahme eines gemeinsamen Irrtums scheidet jedoch daran, dass die Art der Mietberechnung für die Beklagte nach diesem Vorbringen unerheblich und sie lediglich bereit war, den hohen Quadratmeter-Mietzins auf der Grundlage einer fest vereinbarten Fläche von 87,27 m<sup>2</sup> zu akzeptieren. Wird hiervon ausgegangen, dann befand sich die Beklagte bei verständiger Würdigung (§ 133 BGB) nicht in einem Irrtum über die Größe der Mietfläche, sondern sie wollte – selbst wenn sich die zugrunde gelegte Quadratmeterzahl zu ihren Ungunsten als falsch erweisen sollte – keinen höheren Mietzins als den auf der Basis einer vereinbarten Fläche von 87,27 m<sup>2</sup> akzeptieren. Gegenteiliges ist der Berufung nicht zu entnehmen.

(c) Aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die die Klägerin nicht im Einzelnen angegriffen hat, steht ihr auch kein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung zu, weil die Beklagte die fehlerhafte Mietberechnung aufgrund der Flächenangaben des Mietvertrages mit der Voreigentümerin erkannte und ihr verschwiegen haben soll.

2. Ein Anspruch aus § 812 BGB scheidet bereits daran, dass der streitgegenständliche Mietvertrag nach den vorstehenden Ausführungen unabhängig von der tatsächlichen Größe der Mietfläche Rechtsgrund für die Überlassung der im 7. OG des Hauses gelegenen Mieträumlichkeiten ist.

3. Ob die Klägerin angesichts der in § 6 Nr. 3 + 7 getroffenen Regelungen gehindert ist, die Nebenkosten mit der Beklagten auf der Grundlage der tatsächlichen Mietfläche zu berechnen und dementsprechende Vorauszahlungen zu erheben, bedarf schon deshalb keiner Entscheidung, weil eine Anpassung der Vorauszahlungshöhe jedenfalls nicht rückwirkend verlangt werden kann. Im Übrigen ist hinsichtlich der die streitgegenständlichen Nebenkostenvorauszahlungen betreffenden Abrechnungszeiträume seit langem Abrechnungsreife eingetreten, so dass die Klägerin auch aus diesem Grund in der Klageforderung enthaltene anteilige Vorauszahlungen nicht mehr verlangen kann.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

### §§ 581, 535 BGB Neuverhandelte Pachtzinshöhe

**Enthält ein Pachtvertrag zum Betrieb eines Ladenlokals eine Vereinbarung, dass über die Pacht in bestimmten zeitlichen Abständen neu verhandelt wird, ohne dass eine Regelung über die neue Pachtzinshöhe getroffen ist, dann gilt die angemessene und ortsübliche Pacht.**

(OLG Köln, Urteil vom 29.11.2000 – 11 U 153/98)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Höhe einer vertraglich vorzunehmenden Anpassung des Pachtzinses für ein gewerbliches Pachtobjekt.

Der Kläger kaufte von den Beklagten ein Tabakwaren- und Zeitschriftengeschäft. Zugleich pachtete er durch Vertrag vom 26. 8. 1985, dessen Wirksamkeit von der Durchführung des Kaufvertrages abhängen sollte, das Ladenlokal unter gleichzeitiger Übernahme des vorhandenen Warenbestandes.

In § 2 dieses Vertrages heißt es:

„Der Pacht- und Mietzins beträgt monatlich DM 5600,- zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer.

Der Gesamtbetrag der Pacht zuzüglich der Mehrwertsteuer ist monatlich im voraus zahlbar. Für den Fall, daß sich der allgemeine Einzelhandelsindex künftig um mehr als 10 Prozent nach oben oder unten verändert, vereinbaren die Parteien die unverzügliche Neufestsetzung des Miet- und Pachtzinses. Diese Veränderungen des Pacht- und Mietzinses werden jedoch nur in Höhe von 60 Prozent der Indexveränderungen für wirksam.

Sofern die zwischen Verpächter und Pächter alsdann unverzüglich einzuleitenden Verhandlungen zu keinem Ergebnis führen, entscheidet über die Pacht- und Miethöhe für das laufende Kalenderjahr ein fachkundiger Schiedsgutachter, der von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennen ist.“

In § 3 heißt es:

„Der Pachtvertrag wird abgeschlossen auf die Dauer von 10 Jahren, und zwar für die Zeit vom 1. 1. 1986 bis zum 31. 12. 1995, über die Grundmiete wird jeweils nach fünf Jahren neu verhandelt.

Der Vertrag verlängert sich jeweils um fünf Jahre, wenn er nicht mit einer Frist von sechs Monaten zum Vertragsende durch den Pächter aufgekündigt wird.

Der Verpächter kann das Pachtverhältnis fristlos kündigen, wenn das Konkursverfahren oder ein gerichtliches Vergleichsverfahren über das Vermögen des Pächters eröffnet wird sowie dann, wenn der Pächter mit der Zahlung von zwei Pachtrenten ganz oder teilweise länger als vier Wochen in Rückstand bleibt.“

**Aus den Gründen:** I. Der vereinbarte Pachtzins ist ab dem 1. 12. 1996 auf DM 4860,- netto anzupassen. Auf diesen Betrag haben sich die Parteien als Ergebnis der in § 3 des Pachtvertrages vorgesehenen Neuverhandlungen einigen müssen. Da sich die Parteien nicht geeinigt haben, ist dies auf Klage festzustellen. Der genannte Pachtzins entspricht der zum 1. 1. 1996 ortsüblichen Pacht für das Geschäftslokal. Eine Anpassung auf diese ortsübliche Pacht entspricht der vertraglichen Vereinbarung der Parteien, wie sie sich aus dem von den Parteien gewähltem Wortlaut der Vereinbarung und dem diesem zu entnehmenden objektiv erklärten Parteiwillen ergibt; Umstände für eine davon abweichende Vertragsauslegung sind nicht festzustellen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Nach § 3 des Pachtvertrages wird nach jeweils 5 Jahren über die Grundmiete neu verhandelt. Vereinbaren die Parteien eines Miet- oder Pachtvertrages, dass über die Miete bzw. Pacht nach gewisser Zeit neu verhandelt werden muss, so ist als Ergebnis der Neuverhandlung im Zweifel die ortsübliche Miete oder Pacht als angemessen anzusehen, sofern auch die Ausgangsmiete oder -pacht die ortsübliche war (BGHZ 62, 314, 316; BGH NJW 1975, 1557 f.; 1977, 801 f. [= WM 1978, 24]; NJW-RR 1992, 517 f. [= WM 1992, 312]; Schultz, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Rdn. III 227; Schultz, ZMR 1986, 196 f. – ablehnend zu KG ZMR 1986, 194; Cassing, ZMR 1992, 536 – ablehnend zu OLG Schleswig ZMR 1992, 534). So liegt es im Streitfall. Für eine abweichende Beurteilung gibt die Vereinbarung der Parteien nach den getroffenen Feststellungen nichts her.

*Dokumentation, Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

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

a) Die Beklagten meinen, bei den Neuverhandlungen gemäß § 3 des Pachtvertrages sei die Indexklausel in § 2 des Vertrages zu berücksichtigen. Diese (ebenso wie die Schiedsgutachterklausel) ist für die vorzunehmende Vertragsanpassung indes ohne Bedeutung. Sie betrifft entgegen der Auffassung der Beklagten nach ihrem Wortlaut und ihrer Stellung im Vertrag nur die Verhandlungen zwecks Anpassung der jeweils vereinbarten Pacht für den – unstreitig nicht eingetretenen – Fall, dass sich der Index um den genannten Betrag ändert. Der Vertrag unterscheidet erkennbar zwischen einer Anpassung des jeweils vereinbarten Pachtzinses nach Maßgabe der Indexklausel einerseits (§ 2) und der Neuverhandlung über die „Grundmiete“ nach 5 Jahren andererseits (§ 3). Dass die Indexklausel auch für die Neuverhandlungen im Fünfjahresrhythmus maßgeblich sein sollte, ergibt sich aus dem Vertrag nicht. Die getrennte Regelung in zwei unterschiedlichen Paragraphen wie auch die unterschiedliche Wortwahl (§ 2: „Miet- und Pachtzins“, § 3: „Grundmiete“) lassen vielmehr deutlich erkennen, dass hier zwei unterschiedliche Regelungsbereiche angesprochen sind.

Es ist auch nicht ersichtlich, welchen Sinn die gesondert vereinbarten Verhandlungen in bestimmten zeitlichen Abständen haben sollten, wenn das Maß der Erhöhung der Grundpacht durch die Indexklausel bereits vorgegeben ist. Den Zusammenhang zwischen den Neuverhandlungen bei Wirksamwerden der Indexklausel und Neuverhandlungen über die Grundpacht in bestimmten zeitlichen Abständen, wie sie jetzt vertreten wird, haben die Beklagten im vorprozessualen Schriftwechsel dem gemäß auch keineswegs gesehen.

Die an keine Vorgaben gebundene Neuverhandlungsklausel in § 3 des Vertrages – unabhängig von der Regelung des § 2 – erscheint zudem angesichts der dem Vertrag zu Grunde liegenden Umstände als durchaus sinnvoll. Der Kläger kaufte das Geschäft der Beklagten für DM 160 000,- netto und übernahm auch das Warenlager. Deshalb vereinbarte man, dass das Pachtverhältnis von den Beklagten nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden kann und dass dem Kläger bei Verkauf des Pachtobjekts ein Vorkaufs- bzw. Mitspracherecht zusteht. Es ist nachvollziehbar, dass man zur weiteren Absicherung der Parteiinteressen die Neuverhandlungsklausel in den Vertrag aufnahm, um den nicht unbedeutenden Grundpachtzins eventuell auch zu Gunsten des Klägers an die Umstände anpassen zu können.

Mitgeteilt von RA Wiek, Köln

**Hinw. d. Mitteilers:** Der BGH hat die Revision der Beklagten (Verpächter) nicht angenommen (Beschl. v. 19. 6. 2002 – XII ZR 343/00).

**§ 535 BGB**

**Gewerberaum;  
Staffelmiete bei Sinken des Mietpreinsniveaus**

**Zur Frage der Anpassung einer Staffelmiete für Gewerberaum bei unvorhergesehenem Absinken des Mietpreinsniveaus nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.**

(BGH, Urteil vom 8. 5. 2002 – XII ZR 8/00)

**Zum Sachverhalt:** Mit Mietvertrag vom 23. April 1991 vermietete die Klägerin (zunächst mit einem weiteren Mit-eigentümer) dem Beklagten Gewerberäume in Berlin für die Zeit vom 1. Juni 1991 bis 31. Mai 2001 (mit Verlängerungsklausel) „zur Benutzung als Rechtsanwaltspraxis“. Der Mietvertrag sah eine Staffelmiete vor. Danach erhöhte sich der Mietzins von anfangs 6400 DM jährlich zum 1. Juni um jeweils 5 Prozent. Er belief sich somit ab Juni 2000 auf 9928 DM monatlich. Durch Vereinbarung mit dem Beklagten verzichtete die Klägerin auf die Staffelerhöhungen zum 1. Juni

1995 und 1. Juni 1996. Der Beklagte hat ab Juni 1997 den Mietzins nicht mehr in voller Höhe entrichtet. Er hat dies unter anderem damit begründet, der vereinbarte Staffelmietzins sei nach Treu und Glauben an den marktüblichen Mietzins, der zwischenzeitlich wider Erwarten drastisch gesunken sei, anzupassen. Die ortsübliche Nettokaltmiete habe im April 1998 nur noch 26,60 DM pro Quadratmeter betragen, bei Neuvermietungen sei der Mietzins sogar auf 22,30 DM pro Quadratmeter gefallen, während er nach dem Staffelmietvertrag ab Juni 1997 53,60 DM und ab Juni 1998 56,28 DM pro Quadratmeter zahlen müsse. Die Zahlung eines im Vergleich zur Marktüblichkeit derart überhöhten Mietzinses sei ihm nicht zuzumuten.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin die Mietdifferenz bis einschließlich Juni 1998 geltend, die sie mit 13 335,02 DM beziffert hat. Das Landgericht [Berlin] hat der Klage in Höhe von 12 814,02 DM stattgegeben. Das Berufungsgericht [KG] hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Beklagten, mit der er sein Begehren auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgt.

**Aus den Gründen:** Die Revision hat in der Sache keinen Erfolg, sie führt lediglich zu einer Abänderung der landgerichtlichen Kostenentscheidung.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte könne weder unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch aus anderweitigen Erwägungen gemäß § 242 BGB eine Herabsetzung des vertraglich vereinbarten Mietzinses verlangen.

Entgegen der Auffassung des Beklagten sei der Geschäftswille der Parteien nicht auf der Vorstellung aufgebaut gewesen, die Gewerberaummieten würden nach 1991 weiter ansteigen. Die Mietzinsstaffelung sei vielmehr der von der Vermieterseite verlangte Preis dafür gewesen, daß der Beklagte, wie unstreitig sei, die 10-jährige Laufdauer des Vertrages gewünscht habe. Keine der Parteien habe eine sichere Vorstellung von der Entwicklung der Mietpreise haben können. Ein Absinken der Mietpreise gegenüber dem bei Vertragsschluß 1991 bestehenden hohen Niveau sei auch aus damaliger Sicht ebenso denkbar gewesen, wie ein weiteres Ansteigen. Das Absinken der Mietpreise sei nicht durch einen grundlegenden Wandel der politischen oder gesellschaftlichen Verhältnisse ausgelöst worden. Vielmehr sei es Folge einer wirtschaftlichen Entwicklung, die nicht den erhofften dauerhaften Aufschwung genommen habe, sondern nach der anfänglichen Aufwärtsentwicklung früher als erwartet zum Erliegen gekommen sei. Diese Umstände könnten die Wirksamkeit einmal geschlossener Verträge von Rechts wegen nicht berühren.

Eine Anpassung beziehungsweise Herabsetzung des Mietzinses sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Äquivalenzstörung von Leistung und Gegenleistung möglich. Dem Beklagten könne nicht darin gefolgt werden, daß der Wert der gemieteten Gewerberäume nicht (mehr) annähernd der Höhe des jeweils zu zahlenden Mietpreises entspreche. Da das Mietobjekt unverändert dem Beklagten für den mietvertraglichen Zweck zur Verfügung stehe und dessen finanzielle Leistungsfähigkeit von der Mietpreisentwicklung unabhängig sei, könne auch bei einem deutlichen Absinken der Mietpreise in der Umgebung nicht von einer Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen den Parteien in der Weise gesprochen werden, daß dem Beklagten die Zahlung des vereinbarten Mietpreises nicht mehr zuzumuten wäre. Die hierin liegende Beschwer des Beklagten rühre lediglich aus dem für ihn ungünstigen Vergleich mit anderen Mietobjekten und aus dem Umstand her, daß er während der Vertragsdauer gehindert sei, die inzwischen eingetretenen günstigen Anmietungsmöglichkeiten für sich zu nutzen.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision – jedenfalls im Ergebnis – stand.

2. Die Höhe des nach den mietvertraglichen Vereinbarungen der Parteien im hier streitigen Zeitraum noch offenstehenden Mietzinses (12 814,02 DM) ist von der Revision zu Recht nicht angegriffen.

3. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Beklagte nicht nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) aufgrund des geltend gemachten Verfalls der allgemeinen Mietpreise für vergleichbare Gewerberäume ganz oder teilweise von seiner Pflicht, den vereinbarten Mietzins zu entrichten (§ 535 Satz 2 BGB a. F.), frei geworden.

a) Es kann dahinstehen, ob der bei Vertragsschluß vorhandene Geschäftswille beider Parteien auf der Vorstellung aufbaute, der marktübliche Mietzins vergleichbarer Objekte in Berlin werde weiterhin kontinuierlich ansteigen, wie die Revision geltend macht. Denn auch in diesem Fall wäre der Mietzins für den fraglichen Zeitraum nicht im Wege der Vertragsanpassung herabzusetzen.

Auch wesentliche Änderungen der Geschäftsgrundlage – hier etwa die bei Vertragsschluß vorhandene Vorstellung und Erwartung der Parteien, der marktübliche Mietzins werde weiter ansteigen – führen nicht zur Anpassung des Vertrages, wenn sich durch die Störung ein Risiko verwirklicht, das eine Partei zu tragen hat (vgl. BGHZ 74, 370 <373>; Senatsurteil vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1716 [= WM 2000, 593]).

aa) Bei Vereinbarung einer Staffelmiete besteht regelmäßig die nicht fernliegende Möglichkeit, daß der vereinbarte Mietzins im Laufe der Zeit erheblich von der Entwicklung des marktüblichen Mietzinses abweicht. Dieses typische Vertragsrisiko trägt grundsätzlich die jeweils benachteiligte Vertragspartei (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdn. 429). Der Mieter bleibt daher grundsätzlich auch bei einem gravierenden Absinken des allgemeinen Mietniveaus an die vertraglich vereinbarten Staffelerhöhungen gebunden, es sei denn die Parteien haben eine – hier nicht festgestellte und auch nicht ersichtliche – abweichende Regelung getroffen.

bb) Diese der Staffelmietvereinbarung immanente Risikoverteilung ändert sich nicht dadurch, daß nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter erwartet, das allgemeine Mietniveau werde im gesamten Zeitraum der Staffelmietvereinbarung weiterhin steigen. Es ist grundsätzlich Sache der jeweiligen Partei des Mietvertrages abzuschätzen, ob sich die vereinbarte Staffelmiete im Vergleich zur Entwicklung des Marktes als ihr günstig erweisen wird oder nicht. Die Vereinbarung einer langfristigen Staffelmiete schafft beiden Parteien eine zuverlässige Kalkulationsgrundlage. Allein der Umstand, daß auch der Vermieter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von weiter ansteigenden Mietpreisen ausgeht, verlagert das Risiko der Entwertung der Sachleistung während der Dauer der Staffelmietvereinbarung nicht vom Mieter auf den Vermieter.

b) Die Staffelmietvereinbarung ist auch nicht aus Gründen der Äquivalenzstörung abzuändern. Zwar gehört bei gegenseitigen Verträgen der Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zur objektiven Geschäftsgrundlage. Wird dieses Gleichgewicht nach Vertragsschluß durch unvorhergesehene Veränderungen so schwer gestört, daß damit das von einer Partei normalerweise zu tragende Risiko in unzumutbarer Weise überschritten wird, ist der Vertrag an die veränderten Umstände anzupassen (Senatsurteil vom 17. Februar 1993 – XII ZR 232/91 – NJW-RR 1993, 773, 774; Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 242 Rdn. 135 bis 139 m.w.N.).

Eine solch schwerwiegende, die Unzumutbarkeitsgrenze überschreitende Äquivalenzstörung liegt hier jedoch nicht vor.

aa) Die Revision vertritt hierzu die Auffassung, bei einer Staffelmietvereinbarung mit einer Laufzeit von „lediglich“ 10 Jahren seien für die Annahme eines Anpassungsgrundes wegen des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage nicht so strenge Anforderungen zu stellen, wie sie die Rechtsprechung für über mehrere Jahrzehnte fest abgeschlossene Verträge aufgestellt habe. Staffelmietvereinbarungen von solcher Dauer seien vielmehr schon dann unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenzstörung an die geänderten Verhältnisse anzupassen, wenn der vereinbarte Mietzins um mehr als einen bestimmten Prozentsatz unter das Niveau der (bei Vertragsschluß erwarteten) ortsüblichen Mieten absinke.

In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anpassung des Erbbauzinses bei drastischem Geldwertschwund (vgl. etwa BGH, Urteil vom 21. Februar 1986 – V ZR 195/84 – NJW 1986, 2698, 2699 [= WM 1986, 285]) sei diese Grenze bei einem Mietzinsverfall um mehr als 60% zu ziehen. Im Streitfall sei diese Grenze bei weitem überschritten, mithin sei eine entsprechende Vertragsanpassung vorzunehmen.

Damit hat die Revision keinen Erfolg.

bb) Im Gegensatz zur Meinung der Revision ist eine unzumutbare Überschreitung des übernommenen Risikos im dargelegten Sinne eher anzunehmen, wenn die Bindung an den Vertrag, wie zum Beispiel bei Erbbauverträgen, noch viele Jahre besteht. Im vorliegenden Fall war der Beklagte an die vereinbarte Staffelmiete nur noch vier Jahre gebunden, als er die hier streitige Herabsetzung begehrte. Welcher Maßstab bei der Entscheidung der Frage, ob Unzumutbarkeit vorliegt, anzulegen ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Die zur Unzumutbarkeit führenden Umstände müssen jedenfalls auf die in Frage stehende Äquivalenzstörung zurückzuführen sein. Bereits daran fehlt es hier.

Der Beklagte hat insoweit geltend gemacht, seine Einnahmen aus seiner Anwaltspraxis hätten sich nicht in gleichem Maße erhöht wie die Mietzinsstaffel. Durch die Belastung mit der sehr hohen Miete sei er gehindert, weiteren benötigten Gewerberaum anzumieten, um vorhandenes oder weiteres Personal angemessen unterbringen zu können, was für eine etwaige Erhöhung seiner Einnahmen unerlässlich sei.

Diese Entwicklung ist jedoch nicht durch das Absinken der marktüblichen Mietpreise verursacht worden. Hierzu wäre es vielmehr auch dann gekommen, wenn die Mietpreise allgemein entsprechend der vereinbarten Staffelmiete – wie vom Beklagten ursprünglich erwartet – gestiegen wären. Die Vertragsvorteile, insbesondere die Möglichkeit, Gewinne zu erzielen, sind dem Beklagten trotz des behaupteten Verfalls der Mietpreise unverändert erhalten geblieben (vgl. auch BGH, Urteil vom 12. April 1960 – VIII ZR 160/59 – NJW 1960, 240, 242 f.).

cc) Allein die Tatsache, daß der Beklagte mittlerweile vergleichbare Geschäftsräume zu einem wesentlich günstigeren Mietzins anmieten könnte, rechtfertigt nicht die Annahme einer zur Vertragsanpassung führenden Äquivalenzstörung. Überhaupt genügt der Umstand, daß jemand durch eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse wirtschaftlich ungünstiger steht, als nach den getroffenen Vereinbarungen zu erwarten war, regelmäßig nicht, um ihm aus Billigkeitsgründen ein auch nur teilweises Abgehen vom Vertrag zu erlauben. Eine andere Beurteilung wäre eine Verletzung der gesetzlichen Grundentscheidung, daß Verträge, so wie sie geschlossen sind, gehalten werden müssen (BGH, Urteil vom 1. Oktober 1975 – VIII ZR 108/74 – NJW 1976, 142). Eine Anpassung eines langfristigen abgeschlossenen Mietvertrages wegen einer nachträglich eingetretenen Äquivalenzstörung kann nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen, zum Beispiel wenn das Festhalten am Vertrag für eine Partei existenzgefährdend wäre. Dies ist hier nicht der Fall.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 133, 157, 242, 535 BGB  
Nebenkostenpauschale;  
Kostenspezifizierungserfordernis**

**Zur Auslegung der Regelung in einem Pachtvertrag über ein Vereinsclubheim, „Zur Deckung der Nebenkosten wird von dem Pächter eine monatliche Vorauszahlung in Höhe von 500 DEM geleistet“, als nicht abzurechnende Pauschale, wenn die umlagefähigen Kostenarten nicht spezifiziert sind.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. 5. 2002 – 10 U 96/01)

**Aus den Gründen:** Das Landgericht [Düsseldorf] hat zutreffend angenommen, dass der Klägerin aus eigenem und abgetretenem Recht ein Anspruch auf Rückzahlung von „Nebenkostenvorauszahlungen“ in Höhe von insgesamt 11 650,00 DM wegen unwirksamer Nebenkostenvereinbarung nicht gemäß §§ 812, 818, 398 BGB zusteht. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine hiervon abweichende Entscheidung.

Der Senat lässt offen, ob dem gewerblichen Mieter oder Pächter grundsätzlich ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen zusteht, wenn der Vermieter hierüber vertragswidrig nicht in angemessener Zeit abgerechnet hat. Ein etwaiger Bereicherungsanspruch der Klägerin scheidet jedenfalls daran, dass die von ihr und ihrem Ehemann über einen Zeitraum von zwei Jahren an den Beklagten monatlich auf die Nebenkosten geleisteten Zahlungen von 500,00 DM i. S. des § 812 BGB nicht ohne Rechtsgrund erfolgt sind.

Zwar ist der Berufung darin zu folgen, dass die in Ziffer 04 des Pachtvertrags enthaltene Regelung, „Zur Deckung der Nebenkosten wird von dem Pächter eine monatliche Vorauszahlung in Höhe von 500 DEM geleistet“, mangels Spezifizierung der umlagefähigen Kostenarten keine wirksame Nebenkostenvereinbarung enthält (grundlegend Senat, Urt. v. 11. 2. 1982, ZMR 1984, 20; Urt. v. 29. 6. 2000, DWW 2000, 196), so dass eine Abrechnung der auf die verpachteten Vereinsclubräume entfallenden Nebenkosten ausscheidet. Mit dem Landgericht ist jedoch davon auszugehen, dass die Parteien keine Vorauszahlung mit jährlicher Abrechnung, sondern eine nicht abzurechnende Nebenkostenpauschale vereinbart haben. Insoweit ergibt eine gemäß §§ 133, 157, 242 BGB an Treu und Glauben und der Verkehrssitte orientierte Vertragsauslegung, dass die Pächter unabhängig von der fehlenden Einzel festlegung der Nebenkosten jedenfalls den ausgewiesenen Betrag von 500 DM auch ohne konkrete Abrechnung an den Beklagten zahlen sollten. Dies beruht auf der Erwägung, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung anzunehmen ist, eine vertragliche Bestimmung solle nach dem Willen der Parteien einen bestimmten rechtserheblichen Inhalt haben, und deshalb einer möglichen Auslegung der Vorzug zu geben ist, bei

welcher der Vertragsnorm eine tatsächliche Bedeutung zukommt, wenn sich diese Norm ansonsten als (teilweise) sinnlos erweisen würde (BGH, Urt. v. 18. 5. 1998, NJW 1998, 2966 m. w. N.). Wäre – wie es das OLG Dresden (Urt. v. 20. 6. 2000, NZM 2000, 827, zustimmend Schmid, NZM 2000, 1041) annimmt – für den streitgegenständlichen Sachverhalt davon auszugehen, dass der Mieter in Ermangelung einer wirksamen Nebenkostenvereinbarung überhaupt keine Zahlungen auf die Nebenkosten zu erbringen hätte, so hätten die Klägerin und ihr Ehemann für die zweijährige gastronomische Nutzung der Vereinsräume nicht nur vereinbarungsgemäß keinen Pachtzins, sondern noch nicht einmal anteilige Nebenkosten zu zahlen gehabt. Die in Ziffer 04 des schriftlichen Pachtvertrages hinsichtlich der Nebenkosten getroffene Regelung wäre danach ohne jede Relevanz gewesen, obwohl ihr auch für die Pächter erkennbar die Bedeutung zugrunde lag (§ 133 BGB), dass diese sich an den entstehenden Nebenkosten beteiligen sollten. Hiermit korrespondiert das Berufungsvorbringen der Klägerin, wonach bei dem Vorgespräch der Parteien zwar davon die Rede gewesen sei, sie sollten sich an Nebenkosten (z. B. für Strom und Wasser) beteiligen, dass aber über Einzelheiten nicht gesprochen worden sei, sondern dass diese im Pachtvertrag geregelt würden. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Bedeutung der streitgegenständlichen Nebenkostenregelung nicht auf eine unwirksame Nebenkostenvereinbarung reduzieren. Sie ist vielmehr mit dem Landgericht dahingehend auszulegen, dass der Beklagte den im Mietvertrag als „Vorauszahlung“ ausgewiesenen Betrag von monatlich 500 DM auch ohne Abrechnungsmöglichkeit erhalten sollte und als Pauschale behalten darf (in diesem Sinn zutreffend Langenberg, NZM 2000, 801; Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Bd. 7, § 556 BGB, Anm. 6. 1/11 m. w. N.). Diese Vertragsauslegung steht auch in Einklang mit dem nachvertraglichen Verhalten der Klägerin, die die Nebenkostenrückstände für 1998 am 25. 3. 1999 schriftlich anerkannt hat, ohne dass das Schriftstück einen Hinweis oder Vorbehalt in Bezug auf eine von dem Beklagten noch geschuldete Abrechnung des auf die Nebenkosten zu zahlenden Pauschbetrages enthält. Dass die Parteien in Ziffer 04 Satz 2 hinsichtlich der zu Lasten der Pächter gehenden Telefonrechnungen eine monatliche Vorauszahlung von 150 DM vereinbart haben, rechtfertigt schon deshalb keine abweichende Beurteilung, weil die Telefonkosten anders als die übrigen Nebenkosten ersichtlich allein für das Pachtobjekt anfielen und im Übrigen durch die Telefongesellschaft konkret erfasst und abgerechnet wurden.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 535 a. F., 536 a. F., 157 BGB  
Ergänzende Vertragsauslegung; Geldausgleich anstelle  
sinnloser Endreparaturen bei Umbau des Mietobjekts**

**Zur ergänzenden Auslegung eines Mietvertrages dahin, daß der Mieter anstelle der Verpflichtung, Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten durchführen zu lassen, dem Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses einen Ausgleich in Geld zu zahlen hat, wenn dieser das Mietobjekt umbaut und dadurch die Instandsetzungsmaßnahmen zerstört würden (im Anschluß an BGHZ 77, 301 [= WM 1980, 241]; 92, 363 [= WM 1985, 46]).**

(BGH, Urteil vom 5. 6. 2002 – XII ZR 220/99)

**Zum Sachverhalt:** Mit ihrer Klage hat die Klägerin Ersatz fiktiver und tatsächlich entstandener Kosten für Reparatur- und Instandsetzungsmaßnahmen an einem Gebäude nach Beendigung eines gewerblichen Mietverhältnisses verlangt.

Am 29. April 1966 hatte die Klägerin mit einer Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Mietvertrag über die R. in K. geschlossen. Im Jahre 1996 trat die Beklagte auf Mieterseite



mit allen Rechten und Pflichten in den Mietvertrag ein. Das Mietverhältnis endete am 31. Oktober 1997, da die Beklagte eine ihr eingeräumte Option auf Verlängerung des Mietverhältnisses nicht ausübte.

In der Folgezeit ließ die Klägerin einen Teil der Räumlichkeiten umbauen, um sie danach wieder zu vermieten. Im vorliegenden Rechtsstreit hat sie die Beklagte auf Ersatz von wegen des Umbaus tatsächlich nicht angefallenen Instandsetzungskosten in Höhe von 1 030 053,10 DM zuzüglich Zinsen in Anspruch genommen. Daneben hat sie Ersatz tatsächlich entstandener Instandsetzungskosten von 18 302,08 DM – ebenfalls zuzüglich Zinsen – verlangt. Beide Ansprüche hat sie darauf gestützt, daß die Beklagte nach § 2 des Mietvertrages zur Vornahme von Instandsetzungsmaßnahmen verpflichtet gewesen sei. Die betreffende Bestimmung lautet insoweit:

„Alle Instandsetzungen und anfallenden Reparaturen in den Mieträumen und am Dach des Mietobjektes sowie am Anschlußgleis, soweit es von der Mieterin genutzt wird, gehen ausschließlich zu Lasten der Mieterin. Die Reparaturen sind sach- und fachgerecht auszuführen. Auch die Kosten für die Beseitigung der Verstopfungen in den Abflußleitungen, besonders der Toiletten, hat die Mieterin zu tragen. Die Mieterin kann keinerlei Anspruch wegen Erstattung der Reparaturkosten geltend machen ...“

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Instandsetzungsverpflichtung habe sich hinsichtlich der umgebauten Räumlichkeiten in einen Geldanspruch umgewandelt, da eine Nachholung der Arbeiten wegen des Umbaus nicht mehr möglich sei. § 2 des Mietvertrages sei wirksam; die Bestimmung enthalte insbesondere keine unangemessene Regelung, weil die Übertragung der Instandsetzungsverpflichtung bei der Kalkulation des Mietzinses berücksichtigt worden sei. Die Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, § 2 des Mietvertrages sei unwirksam, weil die Instandsetzungs- und Reparaturpflicht mangels inhaltlicher oder betragsmäßiger Begrenzung der auszuführenden Arbeiten für die Mieterin vollkommen unüberschaubar gewesen sei und deren Gegenleistung in einem unangemessenen Verhältnis zu der Leistung der Klägerin stehe.

Das Landgericht Köln hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Köln das angefochtene Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der hiergegen gerichteten Revision hat die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt. Der Senat hat die Revision angenommen, soweit die Klage wegen der fiktiven Reparatur- und Instandsetzungskosten abgewiesen worden ist; im übrigen hat er die Annahme der Revision abgelehnt.

**Aus den Gründen:** Die Revision führt im Umfang der Annahme zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

1. Das Berufungsgericht hat Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der unter § 2 des Mietvertrages getroffenen Regelung geäußert, weil die ohne Einschränkung übertragene Instandsetzungsverpflichtung von dem gesetzlichen Leitbild eines Mietvertrages in so schwerwiegender Weise abweiche, daß dem Mieter die ihn benachteiligende Regelung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zugemutet werden könne. Deshalb sei die Abrede jedenfalls nach ihrem weitgehenden Wortlaut im Zweifel als unwirksam anzusehen. Etwas anderes könne allenfalls dann gelten, wenn es im Wege der Vertragsauslegung möglich sei, die übernommene Instandsetzungsverpflichtung zu konkretisieren und auf das zumutbare Maß zu beschränken, etwa auf solche Instandsetzungen, die durch konkreten Gebrauch der Mietsache notwendig würden und durch Personen und Ereignisse hervorgerufen würden, die dem Verantwortungsbereich des Mieters

zuzurechnen seien. Letztlich hat das Berufungsgericht die Frage der Wirksamkeit der getroffenen Regelung aber dahinstehen lassen, weil ein Anspruch der Klägerin bereits aus anderen Gründen nicht bestehe.

Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Hinsichtlich der fiktiven Kosten der Instandsetzungen berufe sich die Klägerin allein auf die Rechtsprechung zu unterlassenen Schönheitsreparaturen, für die wegen wirtschaftlicher Sinnlosigkeit im Falle des Umbaus der Mietsache bei Vertragsende fiktiver Kostenersatz verlangt werden könne. Ein solcher Geldersatzanspruch bestehe im vorliegenden Fall aber nicht, weil eine vergleichbare Sach-, Rechts- und Interessenlage bei der hier in Rede stehenden Instandsetzungsverpflichtung nicht gegeben sei. Tragender Grund der von der Klägerin herangezogenen Rechtsprechung sei die Erwägung, daß die Übernahme der in periodischen Abständen auszuführenden Schönheitsreparaturen regelmäßig einen Teil der vom Mieter für die Gebrauchsunterlassung zu erbringenden Gegenleistung darstelle. Diese Annahme sei aufgrund der Kalkulierbarkeit der wegen der Regelmäßigkeit von Schönheitsreparaturen jedenfalls im wesentlichen einzuschätzenden Kosten gerechtfertigt. Anders verhalte es sich dagegen hinsichtlich der Instandsetzungsverpflichtung. Diese mache keine regelmäßig wiederkehrenden Aufwendungen erforderlich, sondern verlange bei dem Auftreten vom Mängeln bestimmte Reparaturmaßnahmen, was zur Folge habe, daß weder die einzelnen Maßnahmen noch die dafür anfallenden Kosten im voraus zu bestimmen seien. Weiterhin fehle es vorliegend an einer mit der Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen vergleichbaren Interessenlage. Während letztere regelmäßig erst bei Vertragsende Bedeutung erlangten, andererseits aber auch nach einem Umbau notwendig seien, führten unterlassene Instandsetzungsarbeiten in aller Regel zu Mängeln der Mietsache und wirkten sich deshalb schon während der Vertragslaufzeit aus, während im Fall eines Umbaus vor einer Neuvermietung eine Nachholung der Mängelbeseitigung durch Instandsetzung nicht mehr in Betracht komme. Bei dieser Sach- und Interessenlage könne aber ein mutmaßlicher Wille der Vertragsparteien, dem Vermieter dennoch die fiktiven Kosten der Instandsetzungsmaßnahmen zukommen zu lassen, nicht angenommen werden. Andernfalls erhielte dieser einen Geldausgleich für Maßnahmen, dem anders als bei den an umgestalteten Räumen nachzuholenden Schönheitsreparaturen kein tatsächlicher Aufwand gegenüberstehe. Abgesehen davon sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, daß der Mieter bei Rückgabe der Mietsache nicht verpflichtet sei, durch Rückbau den vertragsgemäßen Zustand wieder herzustellen, wenn dieser wegen anschließender Umbauarbeiten des Vermieters alsbald wieder beseitigt werde; insoweit stehe dem Vermieter auch kein Ausgleichsanspruch in Geld zu. Die Interessenlage der Mietvertragsparteien bei unterlassenen Instandsetzungsmaßnahmen



sei aber derjenigen bei einem unterlassenen Rückbau sehr viel näher und ähnlicher als der bei unterlassenen Schönheitsreparaturen, was ebenfalls einem Geldausgleich entgegenstehe.

2. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, daß ein Anspruch der Klägerin aus § 326 BGB a. F. nicht in Betracht kommt, weil die Klägerin die Beklagte nach Beendigung des Mietverhältnisses unstreitig nicht unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Leistung aufgefordert, sondern nach dem erfolgten Umbau sogleich Zahlung verlangt hat.

b) Ebenfalls zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß sich ein Anspruch der Klägerin auf Geldersatz für die von der Beklagten geschuldeten Reparatur- und Instandsetzungsmaßnahmen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ergeben kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt ein Anspruch auf Geldersatz in Fällen in Betracht, in denen ein Mieter bei Auszug die ihm obliegenden Schönheitsreparaturen nicht ausführt, weil der Vermieter die Mieträume anschließend umbauen will und deshalb auch an einer Sachleistung des Mieters nicht mehr interessiert ist, und wenn der Mietvertrag für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung enthält. Bei dieser Sachlage wäre es zum einen widersinnig, den zum Umbau entschlossenen Vermieter an dem Anspruch auf Erfüllung der von dem Mieter vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen festzuhalten, obwohl bei Erfüllung dieser Pflicht das Geschaffene alsbald wieder zerstört würde. Zum anderen würde es regelmäßig in Widerspruch zu dem Inhalt des Mietvertrages stehen, den Mieter von seiner Verpflichtung zu befreien, ohne daß er hierfür einen Ausgleich entrichten müßte. Denn die im Vertrag übernommene Verpflichtung des Mieters zur Vornahme der Schönheitsreparaturen stellt sich im Regelfall als Teil des Entgelts dar, das er als Gegenleistung für die Leistung des Vermieters zu entrichten hat. Insofern ist deshalb von einer Hauptpflicht des Mieters und nicht nur von einer Nebenpflicht auszugehen. Daher entspricht es nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien, dem Vermieter anstelle des wirtschaftlich sinnlos gewordenen Anspruchs auf Durchführung von Schönheitsreparaturen einen entsprechenden Geldanspruch zu geben (BGHZ 77, 301, 304 f. [= WM 1980, 241]; 92, 363, 369 ff. [= WM 1985, 46]).

c) Auch im vorliegenden Fall enthält der Mietvertrag, in den die Beklagte eingetreten ist, keine ausdrückliche Abrede darüber, ob die Klägerin, falls bei Beendigung des Mietverhältnisses fällige Instandsetzungs- und Reparaturmaßnahmen nicht ausgeführt sind, einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung hat, wenn sie die Mietsache umbaut und durch den Umbau etwaige Instandsetzungs- und Reparaturmaßnahmen wieder zerstört würden. Das Berufungsgericht hat allerdings die Auffassung vertreten, die hier gegebene Fallgestaltung sei mit derjenigen, die der vorgenannten Rechtsprechung zugrunde liegt, nicht vergleichbar, und hat deshalb eine ergänzende Vertragsauslegung abgelehnt. Dabei hat sich das Berufungsgericht in erster Linie darauf gestützt, daß die aus der Instandsetzungs- und Reparaturverpflichtung folgende Belastung im Voraus nicht zu kalkulieren sei und deshalb nicht als Teil des Mietzinses angesehen werden könne.

d) Hiergegen erhebt die Revision folgenden Einwand: Die Klägerin habe vorgetragen, daß zu Beginn der 80er Jahre bei Verhandlungen über die Höhe des Mietzinses ein Gutachten zugrunde gelegt worden sei, das einen Abschlag von 35% gegenüber der ermittelten Vergleichsmiete vorgesehen habe, unter anderem gerade weil der Mieterin sämtliche Instandsetzungen und Reparaturen in den Mieträumen obliegen hätten.

Das Berufungsgericht habe diesen Vortrag zwar im Tatbestand erwähnt, bei der Auslegung des Vertrages aber nur allgemein auf die – seines Erachtens fehlende – Kalkulierbarkeit von Instandsetzungsmaßnahmen abgestellt, ohne auf die konkrete Situation der Vertragsparteien einzugehen.

Diese Rüge erweist sich als berechtigt. Sie hat zur Folge, daß die vorgenommene Auslegung keinen Bestand haben kann.

e) Die tatrichterliche Auslegung bindet das Revisionsgericht unter anderem dann nicht, wenn sie unter Verletzung der gesetzlichen Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) vorgenommen worden ist, (ständ. Rspr., z. B. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1989 – V ZR 53/89 – NJW-RR 1990, 455 unter 2). Die genannten Auslegungsvorschriften verlangen, daß der Tatrichter alle für die Auslegung erheblichen Umstände umfassend würdigt (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1991 – VIII ZR 140/90 – BGHR ZPO § 550 Vertragsauslegung 3). Das ist im vorliegenden Fall nicht geschehen, weil der von der Revision angeführte Umstand unberücksichtigt geblieben ist.

Hierbei handelt es sich um einen für die Entscheidung erheblichen Gesichtspunkt. Wenn nämlich die sich aus § 2 des Mietvertrages ergebende Verpflichtung der Mieterin bei der Bemessung des Mietzinses berücksichtigt worden ist, so stellt sie sich auch als ein Teil des Entgelts dar, das als Gegenleistung für die Leistung der Vermieterin zu entrichten war. Ob und inwieweit dieser Teil der Mieterleistung zuverlässig kalkulierbar war, ist für diese Beurteilung nicht maßgebend. Vielmehr handelt es sich insofern um ein Risiko der die Verpflichtung übernehmenden Partei, die – bei entsprechend höherem Mietzins – etwa auch das Risiko zu tragen hätte, daß der vereinbarte Mietzins im Laufe der Zeit erheblich von der Entwicklung des marktüblichen Mietzinses abweicht. Dieses typische Vertragsrisiko trägt grundsätzlich die jeweils benachteiligte Vertragspartei (Senatsurteil vom 8. Mai 2002 – XII ZR 8/00 – unter 3 a, zur Veröffentlichung vorgesehen [= GuT 2002, 134]).

Daß die Instandsetzungs- und Reparaturverpflichtung der Mieterin bei der damaligen Bemessung des Mietzinses berücksichtigt worden ist, ergibt sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils. Danach hat die Beklagte lediglich bestritten, daß die betreffende Verpflichtung in angemessener Weise in die Mietzinskalkulation eingeflossen ist. Deshalb ist davon auszugehen, daß die in § 2 des Mietvertrages geregelte Verpflichtung der Mieterin ebenso wie diejenige zur Durchführung von Schönheitsreparaturen ein Teil des von dieser zu erbringenden Entgelts sein sollte.

3. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO a. F.).

a) Die Annahme des Berufungsgerichts, die vorliegende Fallgestaltung sei derjenigen einer aufgrund Umbaus sinnlos gewordenen Rückbauverpflichtung ähnlicher als derjenigen bei unterlassenen Schönheitsreparaturen, ist vor dem Hintergrund einer vereinbarten Gegenleistung der Mieterin nicht gerechtfertigt. Für den Fall eines nicht mehr durchführbaren Rückbaus ist eine zur Annahme eines Anspruchs auf Geldersatz führende ergänzende Vertragsauslegung gerade deshalb abgelehnt worden, weil die Rückbauverpflichtung keine Gegenleistung für den aus der Vertragsbeendigung folgenden Rückgabeanspruch des Vermieters darstellt (BGHZ 96, 141, 145 f. [= WM 1986, 57]).

b) Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, die im vorliegenden Fall bestehende Interessenlage der Parteien könne mit derjenigen bei umbaubedingt unterbliebenen Schönheitsreparaturen nicht verglichen werden, hat es ebenfalls erhebliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt. Es trifft bereits nicht allgemein zu, daß Schönheitsreparaturen während der Vertragslaufzeit im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander regelmäßig nahezu ohne Bedeutung sind. Das gilt

nur dann, wenn aus deren Unterlassen nicht bereits Schäden an der Substanz der Mietsache entstanden sind (BGHZ 111, 301, 306 [= WM 1990, 494]).

Ebensowenig kann der Auffassung gefolgt werden, daß sich die Interessenlage der Vertragsparteien bei Beendigung des Mietverhältnisses ausschlaggebend unterscheidet, je nach dem, ob wegen eines Umbaus Schönheitsreparaturen oder Instandsetzungsarbeiten nicht durchgeführt werden. Bei unterbliebenen Schönheitsreparaturen zielt die zu einem Anspruch auf Geldersatz führende ergänzende Vertragsauslegung darauf ab, den Vermieter bei der Begründung eines neuen Mietverhältnisses mit einem nachfolgenden Mieter der Notwendigkeit zu entheben, solche Reparaturen auf seine eigenen Kosten vornehmen lassen zu müssen, geht also letztlich dahin, den Mieter an der Wiederherstellung eines vermietbaren Zustandes finanziell in einer Weise zu beteiligen, wie sie ohne den Umbau seiner Verpflichtung entsprochen hätte. Auch insofern werden nämlich nicht die ohne den Umbau geschuldeten Schönheitsreparaturen ausgeführt, sondern solche von verändertem Gegenstand und Umfang (BGHZ 92, a. a. O., 372 f.). Mit den ursprünglich geschuldeten Instandsetzungs- und Reparaturmaßnahmen vergleichbare Arbeiten werden aber auch durchgeführt, wenn etwa nach einem Umbau Neuinstallationen vorgenommen werden. Denn je nach ihrem Umfang können die an sich geschuldeten Instandsetzungsmaßnahmen (etwa der Austausch sanitärer Anlagen) einer Neuinstallation nahezu gleichkommen; zumindest aber ist dies teilweise der Fall, nämlich soweit der betreffende Arbeitsabschnitt der Neuinstallation der Instandsetzungsmaßnahme entspricht. Dies rechtfertigt es, auch bei unterbliebenen Instandsetzungsmaßnahmen davon auszugehen, daß der Vertragszweck auch nach der Durchführung von Umbauarbeiten noch erreicht werden kann. Von der Interessenlage her besteht insoweit deshalb gleichermaßen Anlaß zu der Prüfung, ob im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung anzunehmen ist, daß der Anspruch des Vermieters auf Naturalherstellung in eine Geldforderung umgewandelt wird.

c) Diese ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen, ist in erster Linie Aufgabe des Tatrichters. Nur wenn der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist, räumt die nach § 565 Abs. 3 ZPO a. F. bestehende Pflicht zur Sachentscheidung dem Revisionsgericht zugleich die zur ergänzenden Vertragsauslegung erforderliche tatrichterliche Kompetenz ein (BGH, Urteil vom 12. Dezember 1997 – V ZR 250/96 – NJW 1998, 1219, 1220). Entscheidungsreife ist indessen nicht gegeben.

d) Das Berufungsgericht hat – aus seiner Sicht folgerichtig – die Frage der Wirksamkeit von § 2 des Mietvertrages offen gelassen. Hierauf wird es entscheidend ankommen. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

4. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, daß es im Rahmen der vorgenannten Prüfung verfehlt ist, auf das „Leitbild“ des Mietvertrages abzustellen. Dieser Begriff ist im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelt worden und hat nur dort eine sinnvolle Funktion. Dadurch, daß Abweichungen vom Leitbild eines bestimmten Vertragstyps weitgehend für unwirksam erklärt werden, soll verhindert werden, daß der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an die Stelle der abgewogenen, die Interessen beider Parteien berücksichtigenden gesetzlichen Regelung eine Bestimmung setzt, die einseitig der Wahrung seiner eigenen Interessen dient. Auf einen ausgehandelten Individualvertrag, wie er hier unstreitig vorliegt, trifft diese Überlegung grundsätzlich nicht zu. Hier kann in der Regel davon ausgegangen werden, daß beide Vertragsparteien bei den Vertragsverhandlungen in der Lage waren, ihre Interessen ausreichend zu wahren (BGH, Urteil vom 11. Mai 1988 – IVa ZR 305/86

– BGHR BGB § 133 Auslegungsgrundsätze 1). Eine Individualvereinbarung kann allenfalls unter den Voraussetzungen des § 138 BGB als unwirksam angesehen werden.

Grundsätzlich kann ein Mieter durch Individualvereinbarung weitgehend zu Reparaturen und Instandsetzungsarbeiten verpflichtet werden, auch wenn dies im Ergebnis zu einer verschuldensunabhängigen Haftung führt. Gegen eine solche Abrede bestehen insbesondere keine Bedenken, wenn die Übernahme der Erhaltungspflicht in die Mietzinskalkulation eingeht (Wolf/ Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 8. Aufl. Rdn. 406; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 7. Aufl. § 548 BGB Rdn. 14; Sternel Mietrecht 3. Aufl. II Rdn. 55). Im übrigen wird, wie auch bereits vom Berufungsgericht erwogen, die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung der Regelung zu prüfen und ferner zu berücksichtigen sein, daß sich verschiedene Risiken durch Abschluß von Versicherungen, wie sie nach dem Vorbringen der Klägerin bestanden, kalkulierbarer gestaltet haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 565 BGB a. F. Gesetzliche Kündigungsfrist; Gewerberaummieter vor der Mietrechtsreform

**Kann ein Mietverhältnis über Gewerberäume außerordentlich mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden, gilt für die Zeit vor Anwendbarkeit der Bestimmungen des Mietrechtsreformgesetzes (§ 580a Abs. 2, Abs. 4 BGB n. F.) die Kündigungsfrist des § 565 Abs. 1 a BGB a. F.**

(BGH, Urteil vom 8. 5. 2002 – XII ZR 323/00)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt von dem Beklagten als Konkursverwalter Mietzins aus einem mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Mietvertrag über Gewerberäume. Der Beklagte hat den bis 31. Juli 2000 fest abgeschlossenen Mietvertrag mit Schreiben vom 30. Oktober 1998 gemäß § 19 KO gekündigt.

Die Parteien streiten darüber, ob sich die für § 19 KO geltende gesetzliche Kündigungsfrist nach § 565 Abs. 5 i. V. mit Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. oder nach § 565 Abs. 1 a BGB a. F. bestimmt.

Der Beklagte ist der Ansicht, der Mietvertrag sei gemäß § 565 Abs. 5 i. V. mit Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. zum 31. Januar 1999 beendet worden. Der Kläger geht demgegenüber von einer Beendigung gemäß § 565 Abs. 1 a BGB a. F. zum 30. Juni 1999 aus. Der Beklagte hat die Miete bis einschließlich Januar 1999 bezahlt. Der Kläger verlangt Mietzinszahlung für die Monate Februar und März 1999.

Das Landgericht Berlin hat die Klage abgewiesen; das Kammergericht hat den Beklagten bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Beklagten, mit der er die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen will.

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

1. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in KGR Berlin 2001, 91 veröffentlicht ist, ist der Ansicht, § 565 Abs. 1 a BGB a. F. sei auch bei Sonderkündigungsrechten anzuwenden, die – wie der hier noch maßgebliche § 19 KO – auf die gesetzliche Kündigungsfrist Bezug nehmen. Die in § 565 BGB a. F. bestimmten Fristen seien die ordentlichen gesetzlichen Fristen. Denn das Gesetz differenziere nicht zwischen ordentlicher und gesetzlicher Kündigungsfrist. § 565 Abs. 5 BGB enthalte deshalb erkennbar keine Definition des Begriffs der gesetzlichen Kündigungsfrist, sondern modifiziere die gesetzlichen Kündigungsfristen im Falle von Sonderkündi-

gungsrechten. Dies ergebe sich auch aus dem Wortlaut und der Systematik des § 565 BGB a. F. Die in Absatz 5 genannten Fristen bezögen sich nur auf den jeweils genannten Absatz. Wenn der Gesetzgeber einen neuen Absatz (hier: Absatz 1 a) einfüge und in Absatz 5 nichts dazu regele, dann gelte diese neue Frist unverändert, weil in Absatz 5 hierauf gerade nicht (einschränkend) Bezug genommen werde. Die Gegenauffassung, die für die Sonderkündigung von Geschäftsraummietverträgen gemäß § 565 Abs. 5 BGB a. F. die kurze Frist des § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. als die gesetzliche Frist ansehe, überzeuge demgegenüber nicht. Sie vermöge vor allem die Diskrepanz zu den Fällen nicht zu erklären, in denen bereits im Vertrag die gesetzliche Kündigungsfrist vereinbart sei. Dann führe das Sonderkündigungsrecht nämlich nicht, wie § 565 Abs. 5 BGB a. F. es voraussetze, zu einer vorzeitigen Kündigung, weshalb es bei den unveränderten gesetzlichen Kündigungsfristen verbleibe, also auch bei der Frist des Absatzes 1 a.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten – jedenfalls im Ergebnis – einer rechtlichen Überprüfung stand.

2. Das Kündigungsrecht des Klägers ergibt sich aus § 19 KO, der anzuwenden ist, weil das Konkursverfahren vor dem 1. Januar 1999 – dem Tag des Inkrafttretens der Insolvenzordnung – beantragt worden ist (Art. 103 EGI nSO). Danach war der Konkursverwalter berechtigt, unter Einhaltung der „gesetzlichen“ Frist zu kündigen.

Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß gesetzliche Frist für die Kündigung von Geschäftsraummietverträgen durch den Konkursverwalter nach § 19 KO die in § 565 Abs. 1 a BGB a. F. bestimmte Frist war.

Mit der Einfügung von § 565 Abs. 1 a BGB a. F. durch das Gesetz zur Änderung des BGB vom 29. Oktober 1993 (BGBl. I, S. 1838) ist streitig geworden, ob gesetzliche Frist für die Sonderkündigung die (kurze) Frist des § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. oder die (lange) Frist des § 565 Abs. 1 a BGB a. F. ist. Durch die Einfügung von Absatz 1 a wurde die bis dahin geltende gesetzliche Kündigungsfrist für Geschäftsraummieter von drei Monaten zum Quartalsende auf sechs Monate zum Quartalsende verlängert. Absatz 5 blieb unverändert.

a) Daraus hat ein Teil der Rechtsprechung und Literatur geschlossen, daß die für die Geschäftsraummieter eingeführte neue Kündigungsfrist des Absatzes 1 a für die Sonderkündigung nicht gilt, daß sich vielmehr die gesetzliche Frist für die Sonderkündigung von Geschäftsraummieter nach der in § 565 Abs. 5 BGB a. F. ausdrücklich genannten allgemeinen Regelung des § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. bestimmt. Diese Auffassung sieht in § 565 Abs. 5 BGB a. F. eine abschließende Rechtsfolgenverweisung für die gesetzlichen Kündi-

gungsfristen (OLG Naumburg ZInSO 2000, 287, m. Anm. Bender, EWIR § 109 InsO, 2000, 583; Thüringer OLG OLG-NL 2002, 14, m. Anm. Blank, EWIR § 109 InsO, 2001, 1155; Krull, ZMR 1998, 125 ff.; ders., ZInSO 2001, 247 ff.; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rdn. 932 f.; Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, Stand: März 2002, § 109 Rdn. 9 a; Schmidt-Futterer/Blank, MietR, 7. Aufl., § 565 Rdn. 42).

b) Die Gegenmeinung vertritt demgegenüber die Auffassung, die Kündigungsfrist für die Sonderkündigung von Geschäftsraummietverträgen richte sich nach § 565 Abs. 1 a BGB a. F., weil dieser die gesetzliche Kündigungsfrist bestimme (OLG Hamm NZI 2000, 372; OLG Düsseldorf ZMR 2000, 817 [= WM 2000, 549]; Landgericht Kiel NJW-RR 1995, 585; Staudinger/Sonnenschein, BGB, 13. Bearb., § 565 Rdn. 98; Palandt/Weidenkaff, BGB, 60. Aufl., § 565 Rdn. 27; Jauernig/Teichmann, BGB, 9. Aufl. § 565 Rdn. 1; Grapentin in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieter, 3. Aufl., IV Rdn. 202). Diese Auffassung wird unterschiedlich begründet. Zum Teil wird in der unterbliebenen Einfügung des neu geschaffenen § 565 Abs. 1 a BGB a. F. in den bestehenden Absatz 5 ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers gesehen. Die Vertreter dieser Ansicht wollen die nach ihrer Meinung entstandene Gesetzeslücke im Wege der ergänzenden Gesetzesauslegung durch Anwendung des Absatzes 1 a auch auf Sonderkündigungsrechte von Geschäftsraummieter schließen (vgl. OLG Düsseldorf a. a. O., 817 m. w. N.). Dabei berufen sie sich auf den vom Gesetzgeber mit der Einfügung von Absatz 1 a verfolgten Zweck, den Mieter vor einem kurzfristigen Räumungsverlangen des Vermieters zu schützen. Um diesen Schutz zu gewährleisten, müsse Absatz 1 a auch in den Fällen der Kündigung mit gesetzlicher Frist gelten.

Eine andere Begründung (vgl. Staudinger a. a. O.), der das Berufungsgericht folgt, verneint zwar mit der Gegenauffassung das Vorliegen einer Gesetzeslücke, weil § 565 Abs. 1 a BGB a. F. eine Sonderregelung zu § 565 Abs. 1 BGB a. F. darstelle. Diese Auffassung geht davon aus, daß die in § 565 Abs. 1–4 BGB a. F. bestimmten Fristen die gesetzlichen Fristen sind und daß § 565 Abs. 5 BGB a. F. keine Definition des Begriffs der gesetzlichen Kündigungsfrist enthält, sondern lediglich die gesetzlichen Kündigungsfristen für die Absätze 1, 2, 3 und 4 modifiziert.

3. Dieser letzten Meinung schließt sich, jedenfalls im Ergebnis, der Senat an. § 19 KO verweist auf die „gesetzlichen Kündigungsfristen“. Darunter versteht man allgemein die Fristen, mit denen ordentlich gekündigt werden kann, wenn in dem Vertrag nichts Entgegenstehendes wirksam vereinbart ist. Indem der Gesetzgeber für die ordentliche Kündigung von Gewerbemietverträgen mit der Einfügung des § 565 Abs. 1 a BGB a. F. eine neue Frist eingeführt hat, hat er damit auch die „gesetzliche“ Frist geändert, auf die § 19 KO verweist. Aus dem Umstand, daß er die neue Vorschrift nicht in den Katalog des § 565 Abs. 5 BGB a. F. aufgenommen hat, kann man nicht schließen, daß er – abweichend von dem bisherigen Recht – für die Kündigung von Gewerbemietverträgen die gesetzliche Kündigungsfrist abweichend von der ordentlichen Kündigungsfrist regeln wollte.

Die Vertreter der Gegenmeinung übersehen oder berücksichtigen nicht hinreichend, daß der Gesetzgeber gleichzeitig mit der Einführung des neuen § 565 Abs. 1 a BGB a. F. zum 1. Januar 1994 auch den § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. geändert hat. In dieser Vorschrift ist zunächst allgemein geregelt, daß Mietverträge (u. a.) über Räume, wenn der Mietzins nach Monaten oder längeren Zeitabschnitten bemessen ist, spätestens am dritten Werktag eines Monats zum Ablauf des übernächsten Monats – also mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten – gekündigt werden können. In der bis zum 31. Dezember 1993 geltenden Fassung des § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. hieß es weiter, daß die ordentliche Kündigung von Miet-

## Prewest Versandantiquariat

### Das besondere Angebot:

Tschudius, Aegidius  
Chronicon Helveticum oder Gründliche Beschreibung der sowohl in dem h. Röm. reich als besonders in Einer Lobl. Eydnossenschaft u. angränzenden Orten vergeloffenen Merckwürdigsten Begegnussen. Hrg. von Johann Rudolff Iselin  
2 bd., fol., 682 und 712 S., Basel 1734–1736 (guter Zustand). 535,- €

**Fordern Sie die aktuelle Liste an.**  
**Telefax: 02 28 / 47 09 54**  
**e-mail: antiquariat@prewest.de**

verhältnissen (u. a.) über Geschäftsräume nur für den Ablauf eines Kalendervierteljahres zulässig sei. Gleichzeitig mit der Einführung des § 565 Abs. 1 a BGB a. F. hat der Gesetzgeber in § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. diese besondere Regelung für Geschäftsraummietverträge gestrichen. Diese Streichung, die in den Materialien nicht besonders kommentiert wird, wäre nicht einleuchtend, wenn der Gesetzgeber, wie die Gegenmeinung annimmt, dennoch auch für Gewerbemietverträge die Verweisung in § 565 Abs. 5 BGB a. F. auf den Absatz 1 Nr. 3 dieser Vorschrift hätte aufrechterhalten wollen. Er hätte dann die bisherige „gesetzliche“ Kündigungsfrist auch nicht etwa beibehalten, er hätte sie vielmehr verkürzt, weil die Kündigung nun zwar mit der bisher geltenden Frist, aber nicht mehr nur zum Ende eines Kalendervierteljahres, sondern zum Ende jeden Monats zulässig geworden wäre.

Dies wird im vorliegenden Fall exemplarisch deutlich. Die Kündigung ist mit Schreiben vom 30. Oktober 1998 ausgesprochen worden. Nach der vor Einführung des § 565 Abs. 1 a und der Änderung des § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F. geltenden Rechtslage wäre sie zum Ende des nächsten Kalendervierteljahres, also zum 31. März 1999 wirksam geworden. Der Kläger macht Mietzinsansprüche geltend für die Monate Februar und März 1999. Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – unterstellt, die Kündigungsfrist richte sich im vorliegenden Fall nach § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a. F., nicht nach Absatz 1 a dieser Vorschrift, käme eine Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. Januar 1999 nur in Betracht, weil Absatz 1 Nr. 3 geändert worden ist.

Nach § 19 KO konnte, wenn der Mieter nach Überlassung der Mietsache in Konkurs gefallen war, sowohl der Vermieter als auch der Verwalter kündigen. Die Kündigungsfrist war in beiden Fällen gleich geregelt. Die Anwendbarkeit des § 565 Abs. 1 a BGB a. F. kann also nicht davon abhängen, ob der Verwalter oder der Vermieter gekündigt hat. Aus den Gesetzesmaterialien zur Einfügung des § 565 Abs. 1 a BGB a. F. durch Gesetz vom 29. Oktober 1993 (BT-Drucks. 12/3339, 1, 4; 12/5715, 1, 5) ergibt sich, daß durch die Verlängerung der Kündigungsfrist es den Gewerbetreibenden erleichtert werden sollte, sich auf die Beendigung des Mietverhältnisses einzustellen. Es ergeben sich aus den Materialien keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß dies nur für die ordentliche Kündigung, nicht aber für die Kündigung nach einem Konkurs gelten sollte. Aufgrund dieser Intention des Gesetzgebers kann man ausschließen, daß er durch die Neufassung des § 565 BGB a. F. für den Fall eines Konkurses die bisherige Kündigungsmöglichkeit nicht nur beibehalten, sondern sogar erleichtern wollte.

Für die hier vertretene Lösung spricht auch, daß der Gesetzgeber mit der Einführung des § 565 Abs. 1 a BGB a. F. die Kündigungsfrist für Gewerbemietverträge der entsprechenden Frist für gewerbliche Pachtverträge weitgehend angenähert hat und wohl auch bewußt annähern wollte (vgl. im einzelnen Gerber/Eckert, Gewerbliches Miet- und Pachtrecht, 4. Aufl. Rdn. 6). Die Abgrenzung zwischen gewerblichen Mietverträgen und gewerblichen Pachtverträgen kann im Einzelfall schwierig sein (vgl. Senatsurteil vom 27. März 1991 – XII ZR 136/90 – ZMR 1991, 257 [= WM 1991, 335]). Bei Pachtverträgen beträgt die gesetzliche Kündigungsfrist, auch nach einem Konkurs, sechs Monate (§ 584 BGB). Es wäre nicht einzusehen, daß die Annäherung der Kündigungsfrist von gewerblichen Mietverträgen an die Kündigungsfrist von Pachtverträgen nur bei einer ordentlichen Kündigung gelten sollte, nicht aber bei einer Kündigung nach einem Konkurs.

Schließlich hat der Gesetzgeber in der seit dem 1. September 2001 geltenden neuen Fassung des § 580 a (Abs. 2 und Abs. 4) BGB ausdrücklich geregelt, daß die für Gewerbemietverträge geltende ordentliche Kündigungsfrist von sechs Monaten auch dann gilt, wenn in besonderen Fällen außerordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist

gekündigt werden kann. Aus den Materialien hierzu ergibt sich, daß es sich dabei aus der Sicht des Gesetzgebers nicht um eine Neuregelung handelt, daß vielmehr angesichts des bestehenden Streits lediglich klargestellt werden sollte, daß die Regelung in diesem Sinne zu verstehen ist (vgl. BT-Drucks. 14/4553, 75).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 57 c ZVG

#### Kündigungsrechtsbeschränkung des Erstehers; Instandsetzungsleistungen und Beiträge des Mieters; gewerbliche Zwischenmiete

**a) Eine Beschränkung des Kündigungsrechts kommt nicht in Betracht, wenn die Beiträge bei wirtschaftlicher Betrachtung ihren Ursprung nicht im Vermögen des Mieters oder Pächters haben. Gleiches gilt, wenn sie nicht dazu gedient haben, den Wert des Grundstücks zu erhöhen.**

**b) Für die Herkunft und die Verwendung der Mittel trägt der Mieter oder Pächter die Beweislast.**

(BGH, Beschluß vom 13. 6. 2002 – IX ZR 26/01)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine durch Grundschulden gesicherte Gläubigerin, hat mit der vorliegenden Klage von der Beklagten, der gewerblichen Zwischenmieterin des Grundstücks, begehrt, daß diese in dem anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren ihre Anmeldungen nach §§ 57 c, 57 d ZVG widerrufe und es bei Vermeidung eines Ordnungsgeldes unterlasse, diese Mieterrechte erneut anzumelden. Das Landgericht Itzehoe hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht [OLG Schleswig] hat sie abgewiesen. In der Revisionsinstanz haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und wechselseitige Kostenanträge gestellt.

**Aus den Gründen:** II. Die Anträge der Parteien führen zur Kostenteilung (§ 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO a. F.).

1. Eine Erledigung der Hauptsache kann auch noch im Revisionsrechtszug erklärt werden (BGHZ 106, 359, 366; 123, 264, 265), und zwar auch außerhalb der mündlichen Verhandlung (vgl. § 91 a Abs. 1 Satz 2 i. d. F. des Rechtspflegeänderungsgesetzes vom 17. Dezember 1990, BGBl. I S. 2847). Die Erledigungserklärung der Beklagten konnte auch – wie hier geschehen – von ihrem zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten abgegeben werden, weil die Erklärungen auch zu Protokoll der Geschäftsstelle erfolgen können, § 91 a Abs. 1 Satz 1 a. F. i. V. m. § 78 Abs. 3 ZPO (BGHZ 123, 264, 266).

2. Ist der Rechtsstreit danach durch übereinstimmende Erklärungen erledigt, hat der Senat unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden. Das Verfahren gemäß § 91 a ZPO dient nicht der Klärung schwieriger Rechtsfragen grundsätzlicher Art (BGHZ 67, 343, 345 f.; BGH, Beschl. v. 16. November 1999 – KVR 10/98, BB 2000, 482 f.). Kommt es für die Verteilung der Kosten auf die Erfolgsaussichten des Hauptbegehrens an, werden diese im Rahmen der Kostenentscheidung nur summarisch geprüft.

Die danach gebotene begrenzte Sachprüfung ergibt, daß die Revision der Klägerin voraussichtlich zur Aufhebung und Zurückverweisung geführt hätte, wobei das Endergebnis des Rechtsstreits offen ist.

a) Der Schutz des Mieters oder Pächters durch § 57 c ZVG beruht letztlich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (BGH, Urt. v. 30. März 1989 – IX ZR 276/88, WPM 1989, 866, 867). Die Sonderstellung des Mieters oder Pächters gegenüber dem Grundpfandgläubiger nach dieser Vorschrift ist dadurch zu rechtfertigen, daß durch die tatsächlichen Leistungen des Mieters oder Pächters ein Sachwert geschaffen

worden ist, der dem Ersterer später in der Form höherer Mieteinnahmen zugute kommt. Wirtschaftlich betrachtet beruht die Wertsteigerung des Grundstücks in den Fällen des § 57 c ZVG auf Leistungen des Mieters oder Pächters, die an sich vom früheren Eigentümer und Vollstreckungsschuldner hätten aufgebracht werden müssen (BGH a. a. O.). Demzufolge setzt die Bestimmung unter anderem voraus, daß der Mieter oder Pächter vor Durchführung der Instandsetzung tatsächlich Beiträge zur Schaffung oder Instandsetzung des Miet- oder Pachtobjekts erbracht hat (vgl. BGH, a. a. O. sowie Urt. v. 21. Dezember 1989 – IX ZR 234/88, WPM 1990, 695, 698), und zwar – bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise – aus seinem eigenen Vermögen (BGH, Urt. v. 30. März 1989 a. a. O.). Dafür ist im Zivilprozeß der Mieter oder Pächter beweispflichtig, weil er aus diesen Tatsachen ihm günstige Rechtsfolgen herleiten will (vgl. BGH, Urt. v. 25. November 1958 – VIII ZR 151/57, WPM 1959, 120, 122; Mohrbutter/Radtke/Tiedemann, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis 7. Aufl. Bd. 1 § 57 c Anm. 4). Mangelt es an einer dieser Voraussetzungen, etwa weil der Ursprung der Mittel nicht im Vermögen des Mieters oder Pächters liegt oder die Aufwendungen nicht dazu gedient haben, den Wert des Grundstücks zu erhöhen, würde es Sinn und Zweck des § 57 c ZVG verfehlen, wenn der Mieter oder Pächter sich gleichwohl auf diese Leistungen berufen könnte (BGH, Urt. v. 30. März 1989 a. a. O.; noch offengelassen von BGH, Urt. v. 25. November 1958 a. a. O. S. 121; ähnlich OLG Hamm MDR 1987, 1034). Die ältere abweichende obergerichtliche Rechtsprechung (OLG Stuttgart MDR 1954, 621 f.), die allerdings im Schrifttum teilweise auf Zustimmung gestoßen ist (vgl. Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG 12. Aufl. § 57 c Rn. 9 f.; Steiner/Teufel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 9. Aufl. § 57 c Rn. 62; Zeller/Stöber, ZVG 16. Aufl. § 57 c Rn. 2 zu 2.3), ist danach überholt.

b) Im vorliegenden Fall läßt sich nach dem Akteninhalt nicht feststellen, ob und in welchem Umfang mit dem angeblich am 1. April 1997 an den Vermieter gezahlten Betrag von 250 000 DM die von diesem noch zu erbringenden Ausbau- und Umbauarbeiten in den zur Vermietung herzustellenden Räumlichkeiten fortgeführt worden sind. Das Berufungsgericht hat es sogar als unstreitig angesehen, daß der Vermieter den Betrag jedenfalls nicht in voller Höhe dazu verwandt hat, die ihm nach § 9 des gewerblichen Zwischenmietvertrages vom 20./21. Dezember 1996 obliegenden Arbeiten durchführen zu lassen. Das angefochtene Urteil hätte deshalb keinen Bestand gehabt. Nach Aufhebung und Zurückverweisung wäre auch der nach der Senatsentscheidung vom 30. März 1989 a. a. O. entscheidungserhebliche Ursprung der Mittel offen gewesen, die nach der bestrittenen Behauptung der Beklagten aus einem ihr gewährten Privatdarlehen herrühren sollen. Der Geschäftsführer der Beklagten hat hierzu ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 4. September 2000 bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Berufungsgericht erklärt, er habe zwei bis drei Tage vor dem 1. April 1997 von einem italienischen Geschäftsmann ein Darlehen über 300 000 DM aufgenommen und die Darlehenssumme von ihm in bar erhalten. Auf die Frage des klägerischen Prozeßbevollmächtigten nach dem Namen des italienischen Geschäftsmanns hat der Geschäftsführer der Beklagten erklärt, daß er den Namen nicht nennen wolle, weil die Informationen, die er der Klägerin bisher gegeben habe, gegen ihn verwandt worden seien. Mit Rücksicht auf diese vagen Angaben erscheint zweifelhaft, daß der angeblich an den Vermieter in bar gezahlte Betrag – wirtschaftlich betrachtet – aus dem Vermögen der Beklagten stammt. Nach Aufhebung und Zurückverweisung wäre auch erneut zu prüfen gewesen, ob ein Baukostenvorschuß tatsächlich gezahlt worden ist, und zwar entgegen dem Wortlaut der schriftlichen Ergänzungsvereinbarung vom 21. März 1997 und der „Empfangsbestätigung“ vom 1. April 1997 nicht als Erstattung für bereits ausgeführte Umbauarbeiten.

**§§ 133, 157, 138 BGB; §§ 11, 9, 24 AGBG;  
§§ 18, 34 GWB; Art. 85 EGV**  
**Rechtsfragen zur Wirksamkeit einer 10-jährigen  
Bierbezugsverpflichtung**

**1. Dass in einem schriftlichen Bierbezugsvertrag die Preisabsprache fehlt, ist unschädlich.**

**2. Zur Frage, welche Rechtsfolgen eine 10-jährige Bierbezugsverpflichtung hat, wenn sie nahtlos an einen Vorvertrag anschließt und damit insgesamt eine erheblich längere Bindung entsteht.**

(OLG Koblenz, Urteil vom 21. 2. 2002 – 5 U 677/01)

**Aus den Gründen:** II. In Beurteilung der materiellen Rechtslage teilt der Senat – vor dem Hintergrund auch des Prozesses LG Trier 4 O 289/99 und OLG Koblenz 5 U 1518/99, auf den der Beklagte ergänzend verwiesen hat – vorsorglich Folgendes mit:

1. Der Beklagte wendet vergeblich ein, der Vertrag vom April 1998 sei formnichtig gewesen, weil er nicht schriftlich festgelegt habe, zu welchen Preisen das Bier über die Getränke-H. GmbH zu beziehen sei. Allerdings handelt es sich bei dem streitigen Vertrag um eine bezugs- und vertriebsbindende Vereinbarung, die, als sie abgeschlossen wurde, der Bestimmung des § 18 Abs. 1 Nr. 2 a. F. GWB und damit auch dem Schriftformgebot des § 34 a. F. GWB unterfiel. Aber dieses Schriftformgebot verlangte nur, dass das, was Gegenstand der Parteiabreden war, niedergeschrieben wurde. Umstände, die nicht Inhalt der Parteierklärungen waren, brauchten selbst dann nicht schriftlich festgehalten zu werden, wenn sie im Rahmen der Vertragsdurchführung bedeutsam waren (Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, GWB, 4. Aufl., § 34 Rn. 6). Das gilt auch im Hinblick auf die Preisgestaltung innerhalb von Bierbezugsverträgen. Fehlt es in einem Bierbezugsverhältnis mangels einer Parteiabsprache an einer Preisbestimmung und gab es demgemäß in diesem Punkt keine schriftliche Regelung, war § 34 a. F. GWB nicht verletzt (Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch a. a. O. § 34 Rn. 9). So verhielten sich die Dinge auch hier.

2. Die Bezugs- und Vertriebsverpflichtung, die den Beklagten traf, war auch nicht etwa deshalb hinfällig, weil sie bereits für sich gesehen unannehmbar gewesen wäre oder jedenfalls im Hinblick darauf keinen rechtlichen Bestand hätte haben können, dass der Vertrag vom April 1998 den Beklagten in der Gesamtbetrachtung aller Einzelumstände in unzumutbarer Weise belastet hätte und daher als nichtig anzusehen wäre.

a) Durchgreifende Bedenken gegen die Bezugs- und Vertriebsverpflichtung als solche bestehen nicht. Freilich wurde dem Beklagten auf die Dauer von zehn Jahren und damit für einen nicht unerheblichen Zeitraum eine Abnahme- und Ausschankverpflichtung auferlegt (Nr. 5 des Vertrags). Indessen ist eine Bindung innerhalb eines solchen zeitlichen Rahmens grundsätzlich nicht zu beanstanden.

Das gilt unabhängig davon, ob dem Beklagten in diesem Punkt im Sinne allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Vorgabe durch die Klägerin gemacht wurde. Denn für die Anwendung des § 11 Nr. 12 a AGBG, der für bestimmte Dauerschuldverhältnisse eine mehr als zweijährige Laufzeit verbietet und zur umfassenden Nichtigkeit einer Bindung führt, die dies missachtet (BGHZ 84, 109, 115), ist im vorliegenden Fall wegen § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG kein Raum, weil der Beklagte bei Abschluss des streitigen Vertrags selbst als Gaststätteninhaber auftrat und damit in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit handelte. Infolgedessen ist die Bindung des Beklagten allein an § 9 Abs. 1 AGBG zu messen (Heinrichs in Palandt, BGB, 60. Aufl., § 11 AGBG Rn. 76 a; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 8. Aufl., § 11 Nr. 12 Rn. 6). Aus dieser

Vorschrift lassen sich jedoch ebenso wenig wie aus der allgemeinen Norm des § 138 Abs. 1 BGB durchschlagende Einwände herleiten; darüber hinaus erwies sich auch Art. 85 Abs. 1 a. F. EGV nicht als Hindernis.

aa) Es ist anerkannt, dass Bierlieferverträge zwischen Brauereien und Gaststätten, die mit einer Darlehensgewährung einhergehen und dafür im Gegenzug Abnahme- und Vertriebsregelungen vorgesehen, auf lange Sicht abgeschlossen werden dürfen. Eine – vor dem Hintergrund der §§ 9 Abs. 1 AGBG, 138 Abs. 1 BGB – unangemessene Benachteiligung des Gaststättenbetreibers kann ohne weiteres nur dann angenommen werden, wenn ein Zeitraum von 20 Jahren überschritten wird (BGH DB 1970, 2167; BGH NJW 1972, 1459; BGH NJW 1979, 2149, 2150; BGH NJW 1979, 2150, 2151; BGH WPM 1984, 88, 89; BGH NJW-RR 1990, 816). Demgegenüber ist eine lediglich zehnjährige Bindung unschädlich (Heinrichs in Palandt a. a. O. § 9 AGBG Rn. 70).

bb) Eine solche Zeitspanne hielt auch Art. 85 Abs. 1 a. F. EGV stand. Das ergab sich aus Art. 6 VO Nr. 1984/83, der Art. 85 Abs. 1 a. F. EGV auf der Grundlage von Art. 85 Abs. 3 a. F. EGV für Bierbezugs- und Biervertriebsbindungen für unanwendbar erklärte, solange eine Frist von 10 Jahren nicht überschritten war (Art. 8 Abs. 1 d VO Nr. 1984/83). Insofern kann dahinstehen, ob der Parteivortrag überhaupt hinreicht, dass hier von einem wettbewerbsbeschränkenden Sachverhalt ausgegangen werden kann, wie ihn Art. 85 Abs. 1 a. F. EGV voraussetzte (vgl. dazu im Einzelnen BGH NJW 1992, 1456, 1457; BGH NJW 1992, 2145; OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 937, 939; Wahl NJW 1985, 534 f.).

cc) Allerdings bleibt ergänzend zu berücksichtigen, dass der streitige Vertrag vom April 1998 an einen Bierliefervertrag zwischen der Getränke-H. GmbH und dem Beklagten anschloss, der schon seit 1992 zur Abnahme und damit praktisch auch zum – wenn auch nicht ausschließlichen – Vertrieb von Bieren der Klägerin verpflichtet hatte. Folgt man dem Vorbringen des Beklagten, handelte es sich dabei aus wirtschaftlicher Sicht um ein Vertragsverhältnis mit der Klägerin selbst; diese habe der Getränke-H. GmbH nämlich alle die Gelder bereitgestellt, die ihm dann im Gegenzug zu seiner Abnahmeverpflichtung darlehensweise überlassen worden seien. Das kann – zumal der vertragliche Verwendungszweck des von der Klägerin gewährten Darlehens ausdrücklich auch darin bestand, den noch offenen Kredit des Beklagten bei der Getränke-H. GmbH abzulösen – nahe legen, beide Verträge als Einheit zu begreifen, so dass man in Addition der jeweiligen Fristen zu einer weit mehr als zehnjährigen Bindungswirkung zu Lasten des Beklagten gelangt (vgl. dazu BGH NJW-RR 1990, 816 f.; auch Heinrichs a. a. O. § 138 BGB Rn. 81).

Ob eine solche Kumulation der Bindungsfristen angängig ist, kann indessen offen bleiben. Zwar stellt sich in einem solchen Fall die Frage nach einer Verletzung sowohl von § 9 Abs. 1 AGBG, § 138 Abs. 1 BGB als auch von Art. 85 Abs. 1 a. F. EGV. Aber Folge einer solchen Verletzung wäre nicht der gänzliche Fortfall der von dem Beklagten eingegangenen Bindungen, sondern ihre Begrenzung auf einen Zeitraum von insgesamt 10 Jahren, so dass die Ansprüche der Klägerin jedenfalls bis deutlich in das Jahr 2002 hinein und damit auch jetzt noch bestünden. Eine entsprechende geltungserhaltende Reduktion ergibt sich aus § 139 BGB (BGH NJW 1972, 1459; BGH WPM 1984, 88, 90; BGH NJW-RR 1990, 816; BGH NJW 1992, 2145), der nicht nur im Anwendungsbereich der § 9 Abs. 1 AGBG, § 138 Abs. 1 BGB, sondern auch in dem des Art. 85 Abs. 1 a. F. EGV eingreift (Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV, 5. Aufl., Art. 85 Rn. 202 ff.).

Darauf kommt es aber nicht einmal an. Denn die Parteien haben in dem im Dezember 1999 vor dem Senat geschlossenen Vergleich eine Laufzeitregelung vereinbart, die sich in den

vorstehend gezogenen Grenzen hält. Insofern wäre der Unwirksamkeitseinwand zumindest seither ausgeräumt.

b) Die streitige Abnahme- und Vertriebsverpflichtung der Beklagten entfällt auch nicht etwa deshalb, weil der Vertrag vom April 1998 den Beklagten durch eine Fülle von Einzelregelungen so unbillig benachteiligt hätte, dass er als insgesamt sittenwidrig und damit nichtig hätte angesehen werden müssen und die Abnahme- und Vertriebsbindung des Beklagten von daher keinen Bestand hätte haben können.

aa) Der Umstand, dass dem Beklagten die von der Klägerin überlassene Darlehensvaluta von netto 80 000 DM nicht zur Gänze verblieb, weil er sich zu erheblichen Teilen dazu verwandte, Verbindlichkeiten gegenüber der Getränke-H. GmbH zurückzuführen, und – seinen Behauptungen zufolge – damit außerdem alte Steuerschulden ausglich, stellt keine vertraglich vorgegebene Benachteiligung dar, sondern liegt letztlich in persönlichen Dispositionen des Beklagten begründet. Die Darlehensleistung der Klägerin wurde dadurch nicht herabgemindert. Umgekehrt handelte es sich auf Seiten des Beklagten auch nicht etwa um „verlorenes Geld“. Die Erfüllung offener Verpflichtungen war vielmehr grundsätzlich wirtschaftlich sinnvoll.

bb) Ohne entscheidendes Gewicht ist auch die Rechtsvertheidigung des Beklagten, die im April 1998 angesetzte jährliche Abnahmemenge von 200 hl Bier (Nr. 4 und 5 des Vertrags) sei unzumutbar groß gewesen, und dies habe die Klägerin zu verantworten, da sie gewusst habe, dass ein solches Volumen nicht habe bewerkstelligt werden können. Denn es war in erster Linie Sache des Beklagten, eigenständig zu beurteilen, welchen Bierabsatz er in seiner Gaststätte würde leisten können. Die Klägerin durfte grundsätzlich davon ausgehen, dass der Beklagte die insoweit gebotene Risikoprüfung vorgenommen hatte. Dass der mit der Getränke-H. GmbH geschlossene Vorgänger-Bierliefervertrag nicht ordnungsgemäß hatte durchgeführt werden können, gab aus der Sicht der Klägerin keinen verlässlichen Hinweis, dass der Beklagte auch jetzt überfordert war. Denn zum einen hatte die Abnahmeverpflichtung des Beklagten aus diesem Vertrag deutlich höher gelegen, und zum anderen war die damals vorgesehene Bezugsmenge – wie der Beklagte selbst vorgetragen hat – nicht zuletzt deshalb verfehlt worden, weil seinerzeit von Seiten des Gaststättenpächters „Schwarzbezüge“ erfolgten, indem anderweitig Einkäufe getätigt wurden.

cc) In der Beschränkung des Bierausschanks im Bereich von Fassbier und Flaschenbier Pilsener Art auf B. Pils und, was alkoholfreies und alkoholfreies Bier anbelangt, auf B. Drive und B. Light (Nr. 5 des Vertrags) liegt keine Beeinträchtigung, die unannehmbar wäre. Vergleichbare Sortimentsbegrenzungen sind – dass ist allgemein bekannt – in einer Vielzahl von Gaststätten anzutreffen und führen regelmäßig zu keinem wesentlichen Wettbewerbsnachteil. Das gilt umso mehr, als dem Beklagten darüber hinaus – also etwa bei Export-, Kölsch- und Altbier – grundsätzlich gestattet wurde, Biere anderer Brauereien anzubieten.

dd) Auch aus der Verpflichtung des Beklagten, das auszuschenkende B. Pils mit einem Anteil am Gesamtbeerbezug von mindestens 85% über die Getränke-H. GmbH oder einen anderen von der Klägerin vorgegebenen Verleger zu beziehen (Nr. 5 des Vertrags), lässt sich nichts Entscheidendes für eine Sittenwidrigkeit des Bierliefervertrags vom April 1998 herleiten. Freilich war der Beklagte auf diese Weise grundsätzlich gehalten, für das Bier den Preis zu zahlen, den ihm die Getränke-H. GmbH oder deren Nachfolger in Rechnung stellte. Es ist jedoch weder behauptet noch sonst ersichtlich, dass sich daraus besondere Nachteile für ihn ergeben hätten. Im Übrigen hätte der Beklagte im Fall unangemessener Preisforderungen einen Austausch des Verlegers verlangen können. Wäre dem die Klägerin nicht nachgekommen, hätte er das

gesamte Vertragsverhältnis kündigen und sich den Freiraum für den Abschluss eines neuen Liefervertrags schaffen können (BGH DB 1970, 2167).

ee) Dass sich die Klägerin ihrerseits vorbehielt, den Vertrag mit dem Beklagten unter bestimmten Voraussetzungen zu kündigen (Nr. 6 des Vertrags), belastet den Beklagten ebenfalls nicht über Gebühr. Die Kündigungsgründe heben überwiegend (Nr. 6 a, b, c und e des Vertrags) auf eine wesentliche Änderung der Verhältnisse ab, die die Belange der Klägerin nicht unerheblich berühren, und sind deshalb durchweg sachgerecht. Demgemäß richten sich die Angriffe des Beklagten auch vorrangig gegen die Regelung in Nr. 6 d des Vertrags, derzufolge die Klägerin zu einer fristlosen Kündigung berechtigt ist, wenn der jährliche Bierbezug in seiner Gesamtheit hinter einer Menge von 150 hl zurückbleibt. Auch das ist jedoch nicht zu beanstanden. Die Menge von 150 hl liegt deutlich unter dem Volumen von 200 hl, das der Beklagte bei Abschluss des Vertrags als Mindestabsatz in den Raum gestellt hatte und an dem die Klägerin ihre Vertragsleistungen orientierte. Wird diese kritische Menge unterschritten, ist die Vertragsgrundlage entscheidend in Frage gestellt.

ff) Als unbedenklich stellt sich auch die Vertragsbestimmung dar, die gestattet, dass dem Beklagten statt der Biere der Klägerin Erzeugnisse anderer Brauereien geliefert werden (Nr. 8 des Vertrages). Denn eine solche Ersatzleistung ist auf extreme Ausnahmesituationen beschränkt. Es ist nicht zu erkennen, dass sie jemals praktische Bedeutung gewonnen hätte oder gewinnen könnte. Letztlich hat die Vertragsbestimmung einen angemessenen Interessenausgleich im Auge.

gg) Bedenken ruft allerdings die Regelung der Schadensersatzverpflichtung des Beklagten für die Fälle hervor, in denen die Bierbezugsverpflichtung nicht eingehalten wird (Nr. 5 des Vertrags). Diese Bedenken beruhen freilich nicht so sehr auf der Höhe des dann pauschal zu entrichtenden Ersatzbetrags von 40 DM je Hektoliter Fassbier und 5 DM je Kasten Flaschenbier und auch nicht auf dem Umstand, dass dem Beklagten – soweit dieses Wort überhaupt eine belastende Bedeutung hat – ein „fundierter“ Nachweis abverlangt wird, wenn er einen geringeren Schaden der Klägerin geltend machen will; denn die Regelung braucht sich nicht an der strengen Vorschrift des § 11 Nr. 5 AGBG messen zu lassen, weil der Beklagte – wie bereits aufgezeigt (oben 2. a)) – der Bestimmung des § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG unterfällt. Unangemessen (§ 9 Abs. 1 AGBG) ist es aber, dass die Klägerin die vertragswidrig bezogene Biermenge verbindlich festlegen darf, wenn es dem Beklagten nicht binnen 8 Tagen gelungen ist, hierzu beweiskräftige Angaben zu machen. Diese Einzelregelung ist jedoch nicht gewichtig genug, als dass allein ihre mögliche Unwirksamkeit die Rechtsgültigkeit des Vertrags vom April 1998 in seiner Gesamtheit beeinflussen könnte (vgl. auch § 6 Abs. 1 AGBG).

hh) Zu schwerwiegenden Wirksamkeitszweifeln gab freilich die Zinsregelung in Nr. 3 des Vertrags vom April 1998 Anlass. Denn hiernach hatte der Beklagte im Fall einer zu geringen Bierabnahme Zinsen nicht nur auf den – mangels ausreichender Abnahme – nicht ordnungsgemäß getilgten Darlehensstil, sondern auf den Darlehenssaldo insgesamt zu zahlen, wobei sogar noch rückwirkend Zinsen anfallen sollten. Die Bedenken sind jedoch durch den Vergleich vom Dezember 1999 ausgeräumt, weil die Klägerin hier darauf verzichtet hat, während der Vertragslaufzeit überhaupt Zinsen zu verlangen und erst danach eine Verzinsung vorgesehen ist, die allein das dann noch offene Restdarlehen betrifft.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

### Evangelische Akademie Tutzing

Die Evangelische Akademie Tutzing veranstaltet Tagungen, Seminare und wissenschaftliche Kolloquien in Tutzing und anderen Orten. Es haben sich Arbeitsschwerpunkte entwickelt, über die das Programm Auskunft gibt. Bei ihren Veranstaltungen will die Akademie im Wechsel von Vortrag, Diskussion, Arbeitsgruppen und persönlichem Gespräch unter Mitwirkung aller Teilnehmerinnen und Teilnehmer weiterführende Einsichten ermöglichen. Ihre Arbeit soll der Meinungsbildung in der Öffentlichkeit dienen. Die Tagungen sind – unabhängig von konfessioneller, politischer und weltanschaulicher Einstellung – allen zugänglich.

#### AUS DEM PROGRAMM:

**Tutzinger Forum Bioethik; Tages- und Abendveranstaltungen; Tutzinger Damensalon; Tagungen des Freundeskreises; Reisen des Freundeskreises**

**Sprache und Gesellschaft**  
25. bis 26. 10. 2002

**Von der Duldung zum Respekt**  
3. 11. 2002

**Auf der Suche nach Heimat**  
6. bis 8. 12. 2002

**Hoch qualifiziert und arbeitslos**  
31. 1. bis 2. 2. 2003

**Stadtgestalt – ihre kulturellen Dimensionen**  
7. bis 9. 2. 2003

**Unternehmerische Verantwortung für das Gemeinwohl**  
26. bis 28. 2. 2003

**Die Ökonomik der Wissensgesellschaft**  
10. bis 12. 3. 2003

Evangelische Akademie Tutzing  
Schlossstraße 2 + 4 · 82327 Tutzing  
Telefon: 0 81 58 / 2 51-0 · Telefax: 0 81 58 / 99 64 44  
Internet: www.ev-akademie-tutzing.de

### § 9 AGBG

#### Bierlieferungsvertrag; AGB; Vertragsstrafen

**Lässt sich eine Brauerei in den AGB eines Bierlieferungsvertrages verschuldensunabhängig für den Fall der Einstellung des Getränkebezugs eine Vertragsstrafe von 30% des Verkaufspreises der noch abzunehmenden Getränkemenge versprechen und behält sie sich zudem das Recht vor, bei jeder Einstellung des Getränkebezuges in das Miet-/Pachtverhältnis des Gastwirts mit einem Dritten einzutreten, so benachteiligt diese Regelung den Gastwirt entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen im Sinn des § 9 AGBG.**

(OLG Nürnberg, Urteil vom 5. 2. 2002 – 1 U 2314/01)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin – eine Brauerei – stützte ihr Zahlungsbegehren (ca. 24 000 Euro) auf einen mit der Beklagten, die eine Gaststätte betrieb, geschlossenen Darlehens- und Bierlieferungsvertrag aus dem Jahr 1993. Dieser regelt in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) u. a. für den Fall der Einstellung des Getränkebezugs eine Vertragsstrafe von 30% des bei der Brauerei gültigen Verkaufspreises für jeden nicht bezogenen Hektoliter Bier und alkoholfreie Getränke.

**Aus den Gründen:** Die Vertragsstrafenklausel in Nummer 4 der Vereinbarung der Parteien ist [...] wegen eines Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam. Dem Begehren der Klägerin fehlt damit die Rechtsgrundlage.

Allerdings ist die Klausel gemäß § 24 AGBG nur einer beschränkten Inhaltskontrolle zu unterziehen: Da die Beklagte als Gastwirtin Unternehmerin im Sinn des § 14 BGB ist, fin-

den die Verbote bestimmter Klauseln nach §§ 10, 11 AGBG keine – direkte – Anwendung. Maßstab für die Beurteilung einer Klausel als unangemessen und damit als unwirksam ist vielmehr § 9 AGBG (Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Auflage, § 9 AGBG Rn. 32).

Die vorliegende Vertragsstrafenklausel benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen: Zum einen weicht sie von einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG); zum anderen erweitert sie die Rechte des Verwenders zu Lasten des Vertragspartners unangemessen. Im Rahmen der nach § 9 AGBG vorzunehmenden Beurteilung ist die Vertragsstrafenklausel nicht nur isoliert zu betrachten; vielmehr muss sie auch im Zusammenspiel mit der – als solche nach herrschender Meinung nicht zu beanstandenden (vergleiche Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 138 Rn. 81 m.w.N.) – Vertragsdauer von 13 1/2 Jahren sowie dem in Nr. 1 d Absatz 2 des Vertrages vereinbarten Recht der Brauerei, bei Einstellung des Getränkebezuges „in den Mietvertrag mit dem Hausbesitzer einzutreten“, bewertet werden.

In Nummer 4 Absatz 2 des Vertrages wird dem Gastwirt eine Vertragsstrafe auferlegt und nicht nur eine Regelung pauschalisierten Schadensersatzes getroffen.

Nummer 4 Absatz 2 des Vertrages bezeichnet die bei Verstößen gegen die Getränkebezugsverpflichtung zu leistende Zahlung ausdrücklich als „Vertragsstrafe“. [...]

Eine Unangemessenheit der Vertragsstrafenklausel ergibt sich allerdings nicht bereits allein aus ihrer Höhe von 30% des bei der Brauerei gültigen Verkaufspreises. Diese liegt nämlich – jedenfalls bezogen auf Bierlieferungen – noch unterhalb der Gewinnspanne der Klägerin. [...]

Ein Verstoß der vorliegenden Vertragsstrafenklausel gegen § 9 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 2 Nr. 1 liegt jedoch darin, dass die Vertragsstrafe unabhängig von einem Verschulden des Gastwirtes bei jeder Einschränkung oder Einstellung des Getränkebezuges verwirkt sein soll. Zwar lässt die Formulierung „Verstöße gegen die Getränkebezugsverpflichtung“ an eine nicht nur objektiv vorliegende, sondern zudem subjektiv vorwerfbar verursachte Verletzung der Getränkebezugsverpflichtung denken. Der nächste Satz der Vereinbarung, in dem klargestellt wird, dass „ein Verstoß gegen die Bezugsverpflichtung auch darin zu sehen ist, wenn Vertragspartner den Getränkebezug nicht aufnimmt, einschränkt oder einstellt“ enthält dann aber keinen Hinweis auf ein erforderliches Verschulden des Gastwirts. Zweifel bei der Auslegung der Klausel (muss der „Verstoß“ nur objektiv vorliegen oder darüber hinaus auch subjektiv vorwerfbar sein?) gehen aber auch hier zu Lasten des Verwenders (§ 5 AGBG). Absatz 4 der Klausel Nummer 4 lässt zwar einen Gegenbeweis zu; dieser bezieht sich aber nur auf die Höhe der Strafe, die zunächst von der Brauerei ausgehend vom zukünftigen Bedarf geschätzt wird.

Zum gesetzlichen Leitbild einer Vertragsstrafenvereinbarung gehört jedoch – wie sich aus der Bezugnahme auf einen Verzug und somit auf § 285 BGB in § 339 Satz 1 BGB ergibt –, dass die Vertragsstrafe nur bei Verschulden verwirkt ist.

Zwar ist die gesetzliche Regelung nicht zwingend; sie kann nach herrschender Meinung individualvertraglich abbedungen werden (Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 339 Rn. 3). Die Rechtslage ist aber eine andere bei formularmäßigen Klauseln: Hier sind Versprechen einer Vertragsstrafe unabhängig von einem Verschulden nur wirksam, wenn wichtige Gründe dafür vorliegen (Palandt-Heinrichs a. a. O., § 339 Rn. 3 und § 11 ABGB Rn. 33; BGHZ 72, 174, 178/179; BGH NJW 1985, 57 f.). Derartige besondere Gründe, die geeignet wären, die Unwirksamkeitsvermutung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 ABGB aus-

zuräumen, sind vorliegend aber nicht ersichtlich. Der Klägerin geht es vielmehr nur allgemein und generell um eine Sicherung ihrer Ansprüche auf Vertragserfüllung.

Betrachtet man weiter die Vertragsstrafenklausel im Kontext des gesamten Vertrages, so führt auch dies zum Ergebnis einer gegen Treu und Glauben verstoßenden unangemessenen Benachteiligung des Gastwirtes. Heranzuziehen ist zum einen die mit 13 1/2 Jahren lange Vertragslaufzeit. Stellt der Gastwirt in den Anfängen der Laufzeit – auch unverschuldet – den Getränkebezug ein oder schränkt er ihn ein, so führt dies gemäß den AGB der Klägerin zu einer auf die gesamte Laufzeit des Vertrages hochgerechneten und somit erheblichen Vertragsstrafe. Dies würde selbst in den Fällen gelten, in denen das Brauereidarlehen – unter Umständen, was nach Nummer 1 e des Vertrages möglich ist, vorzeitig – zurückgezahlt wurde, und ein besonderes Sicherungsinteresse der Brauerei nicht mehr besteht.

Hinzu kommt das in Nummer 1 d des Vertrages vereinbarte Recht der Brauerei – neben dem Fall des Zahlungsverzugs – auch bei einer Einstellung des Getränkebezugs an Stelle des Vertragspartners „in den Mietvertrag mit dem Hausbesitzer einzutreten“. Auch wenn nicht verkannt werden darf, dass ein solcher Eintritt mit finanziellen Aufwendungen verbunden ist, so gibt er der Brauerei auf der anderen Seite doch die Möglichkeit, die örtlichen Gegebenheiten und einen entsprechenden „Goodwill“ des Lokals zu nutzen und Gewinn aus einer – in der Regel angestrebten – Unterverpachtung mit neuer Getränkebezugsverpflichtung zu erzielen. Dieser Gewinn stünde der Brauerei neben der vom früheren Pächter zu zahlenden Vertragsstrafe zu. Demgegenüber bliebe dem Gastwirt nur die Möglichkeit, sich gänzlich umzuorientieren und an einem neuen Ort von vorne anzufangen.

Diese Konstellation weist Ähnlichkeiten mit den Fällen auf, in denen – von der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vergleiche BGH NJW 1985, 2693, 2694) für unwirksam befunden – bei Fortbestehen der Bezugsverpflichtung des Gastwirtes formularmäßig die Rückgabe von leihweise überlassenen Gaststätteninventar bei Vertragsverletzung vereinbart war: In beiden Fällen wird dem Gastwirt die Grundlage seiner Erwerbstätigkeit entzogen, während er gleichzeitig weiterhin finanziell für die Erfüllung seiner Vertragspflichten einzustehen hat.

Die kumulierenden Rechte der Brauerei bei – auch unverschuldeter – Einstellung des Getränkebezuges durch den Gastwirt, zum einen in das Pachtverhältnis einzutreten und zum anderen daneben eine je nach noch offener Laufzeit unter Umständen hohe Vertragsstrafe zu fordern, ohne dass sich die Brauerei eventuelle Vorteile aus einer weiteren Unterverpachtung anrechnen lassen müsste, stellen eine mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr zu vereinbarende unangemessene Benachteiligung des Gastwirtes dar, sodass die Vertragsstrafenklausel unwirksam ist.

### §§ 164, 535 BGB

#### Leasing; Vollmacht des Lieferanten

**Ist auf der Vorderseite eines Leasingvertragsformulars deutlich sichtbar unter der Überschrift „Ihr Ansprechpartner“ der Lieferant mit Anschrift eingetragen, so stellt dies eine Bevollmächtigung des Lieferanten durch den Leasinggeber auch für Fragen der Vertragsabwicklung dar. Ein vom angegebenen Lieferanten erklärter Verzicht auf weitergehende Forderungen gegenüber dem Leasingnehmer anlässlich der vorzeitigen Rückgabe des Leasingfahrzeuges an ihn ist daher gegenüber der Leasinggeberin wirksam.**

(OLG Dresden, Urteil vom 5. 6. 2002, – 8 U 280/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, ein bundesweit tätiges Leasingunternehmen mit Sitz in St., macht gegenüber dem Beklagten einen Vollamortisationsanspruch nach vorzeitiger Beendigung des Leasingvertrages und rückständige Leasingraten geltend.

Mit Leasingvertrag vom 24. 6. 1997 leaste der Beklagte bei der Klägerin einen PKW Hyundai Lantra GLS 1,6i. Auf dem Leasingvertragsformular war in einem Feld rechts oben unter der Überschrift „Ihr Ansprechpartner“ die Händlerin/Lieferantin, nämlich das Autohaus S. in P., mit Anschrift eingetragen.

Der Beklagte zahlte ab Januar 2000 keine Leasingraten mehr an die Klägerin.

Unter dem 29. 6. 2000 schlossen die Lieferantin als „Käufer“ und der Beklagte als „Verkäufer“ einen als „Kaufvertrag“ bezeichneten Vertrag, in dem das Leasingfahrzeug bezeichnet ist und es unter der Überschrift „Kaufpreis“ heißt: „Wird abgelöst“. Der Beklagte übergab der Lieferantin noch am 29. 6. 2000 das Leasingfahrzeug und erwarb von dieser ein anderes Fahrzeug.

Mit Schreiben vom 6. 11. 2000 erklärte die Lieferantin gegenüber dem Beklagten Folgendes: „Hiermit teilen wir Ihnen nochmals mit, dass Sie aufgrund des Kaufvertrages vom 24. 6. 2000 keinerlei Rechte und Pflichten am PKW P. haben. Die Autohaus S. GmbH ist Empfänger für die Rechnung der Ablösesumme dieses Fahrzeuges.“

Die Klägerin teilte dem Beklagten aufgrund anderer Vorfälle bei der Lieferantin mit Schreiben vom 14. 11. 2000 u. a. mit: „Unsere Geschäftsverbindung zu vorgenanntem Autohaus haben wir unter Hinweis auf Unregelmäßigkeiten bei der Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung inzwischen gekündigt. ... Unter Berücksichtigung dieser Umstände machen wir Sie ausdrücklich darauf aufmerksam, dass die Autohaus S. GmbH nicht mehr berechtigt ist, für uns Leasingfahrzeuge entgegenzunehmen, von Ihnen Gelder oder sonstige Vermögensgegenstände für Wertminderungen oder Mehrkilometer zu kassieren oder sonstige Erklärungen im Zusammenhang mit der Abwicklung des o. a. Leasingvertragsverhältnisses abzugeben. ...“

Die Klägerin hat vorgetragen, in den Leasingvertrag der Parteien seien ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen einbezogen worden, in denen es unter § XI „Rückgabe des Fahrzeuges“ heißt: „Der Leasing-Nehmer hat das Fahrzeug mit Schlüsseln und Fahrzeugdokumenten mit Beendigung des Leasing-Vertrags auf seine Kosten an den Leasing-Geber oder, bei entsprechender schriftlicher Weisung des Leasing-Gebers, an den liefernden Händler zurückzugeben. ...“

Der Beklagte hat vorgetragen, die Leasingraten hätten seine finanziellen Möglichkeiten überschritten und er habe ein günstigeres Fahrzeug erwerben wollen. Er habe daher einen gebrauchten Kia Clarus bei der Lieferantin gekauft, der knapp 10 000,00 DM kosten sollte. Für den Kia und die Ablöse des streitgegenständlichen Leasingvertrages habe er insgesamt 20 000,00 DM an die Lieferantin bezahlt, die er durch ein von seiner Mutter bei einer Bank aufgenommenes Darlehen finanzierte. Bei Abschluss des „Kaufvertrages“ sei ihm durch die Lieferantin zugesagt worden, dass mit dem Ablösebetrag auch die bereits fälligen Leasingraten mit abgegolten seien, die die Lieferantin an die Klägerin bezahle. Das sei auch mit dem Schreiben vom 6. 11. 2000 bestätigt worden.

Das Landgericht Dresden hat die Klage abgewiesen. Diese Entscheidung greift die Klägerin mit der Berufung an.

**Aus den Gründen:** I. Die Berufung der Klägerin ist zulässig, jedoch unbegründet.

Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass der Klägerin sämtliche geltend gemachten Ansprüche aus dem

Leasingvertrag der Parteien vom 24. 6. 1997 einschließlich der rückständigen Raten nicht zustehen. Die Lieferantin hat nach Zahlung einer „Ablösesumme“ durch den Beklagten erklärt, dass damit alle Ansprüche aus dem Leasingvertrag abgegolten seien. Diese Erklärung ist für die Klägerin bindend, da die Lieferantin insoweit als Bevollmächtigte (§ 164 BGB) der Klägerin handelte.

1. Zwar endet die Rechtsstellung des Lieferanten/Händlers als Erfüllungsgehilfe grundsätzlich mit der Auslieferung des Leasinggutes (vgl. nur BGH NJW-RR 1989, 1140; NJW 1988, 198; NJW 1985, 2258). Dies schließt aber nicht aus, dass der Lieferant/Händler in einem späteren Stadium der Vertragsabwicklung erneut Erfüllungsgehilfe oder Bevollmächtigter des Leasinggebers sein kann, wenn und soweit er hierfür seitens des Leasinggebers eingeschaltet wird (Senat OLG-NL 2001, 58 und OLG-NL 2001, 57 m.w.N.).

Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich aus der genannten Entscheidung des BGH gerade nichts Gegenteiliges. Vielmehr heißt es dort, die Rechtsbeziehungen zwischen Leasinggeber und Lieferant beschränkten sich nach Auslieferung des Leasinggutes auf die Abwicklung des Kaufvertrages über die Leasing Sache, wenn nicht besondere, im vom BGH entschiedenen Fall nicht festgestellte Abreden getroffen worden seien (BGH NJW 1988, 198 unter II. 2. b) aa)). Solche besonderen Abreden sind im vorliegenden Fall aber gegeben.

2. Auf der Vorderseite des Leasingvertrages vom 24. 6. 1997 ist deutlich sichtbar unter der Überschrift „Ihr Ansprechpartner“ die Lieferantin mit Anschrift eingetragen. Dies stellt eine Bevollmächtigung der Lieferantin durch die Klägerin als Leasinggeberin dar. Anders kann der Empfänger dieser Erklärung, der Leasingnehmer, diese nicht verstehen, zumal er ohnehin ausschließlich mit der Lieferantin über den Leasingvertrag verhandelt und nicht mit der Leasinggeberin selbst, die vor Ort nicht vertreten ist. Unerheblich ist, dass die Eintragung der Lieferantin nebst Anschrift auf dem Vertragsformular durch diese selbst vorgenommen worden ist. Denn das Formular sieht ausdrücklich vor, dass unter der Überschrift „Ihr Ansprechpartner“ die Eintragung des Händlers in das überlassene Vertragsformular erfolgt. Es geht aus dem von der Klägerin selbst vorgelegten Vertragsformular auch hervor, dass die Klägerin Kenntnis von der Eintragung der Lieferantin als „Ansprechpartner“ hatte. Die Klägerin hat dagegen nicht vorgetragen, dass die Eintragung der Firma nebst Anschrift durch die Lieferantin im vorliegenden Fall gegen ihren Willen erfolgt ist.

Aus der Bezeichnung der Lieferantin als „Ansprechpartner“ ergibt sich, dass diese nach außen auch uneingeschränkt bevollmächtigt war, die Klägerin in allen Fragen im Zusammenhang mit der Abwicklung des Vertrages zu vertreten. Die Vollmacht war entgegen der Auffassung der Beklagten daher – zumindest nach außen – nicht dahingehend begrenzt, dass sie mit dem Abschluss des Leasingvertrages bzw. mit der Übergabe des Fahrzeuges an den Beklagten enden sollte. Dafür, dass die Vollmacht zu einem der genannten Zeitpunkte enden sollte, sind aufgrund der Bezeichnung im Vertrag jedenfalls keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Eine Einschränkung der Vollmacht bezogen auf die Rückgabe des Fahrzeuges ergibt sich auch nicht aus der Regelung unter § XI der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin. Selbst wenn die AGB der Klägerin, was zwischen den Parteien streitig ist, in den Vertrag einbezogen worden wären und die Klausel eine Einschränkung der Vollmacht nach außen enthalten würde, wäre die Klausel „überraschend“ i. S. d. § 3 AGBG mit der Folge, dass die Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden wäre. Nach der in der Bezeichnung als „Ansprechpartner“ liegenden Bevollmächtigung der Liefere-

rantin auf der Vorderseite des Leasingvertrages brauchte der Leasingnehmer nämlich nicht damit rechnen, dass diese Erklärung in den AGB wieder eingeschränkt werde.

Des Weiteren hat die Klägerin auch nicht vorgetragen, dass sie bis zu ihrem Schreiben vom 14. 11. 2000 nach außen kundgetan hätte, dass die Bevollmächtigung der Lieferantin zu einem bestimmten Zeitpunkt enden sollte. Erst mit Schreiben vom 14. 11. 2000 hat sie gegenüber dem Beklagten unter anderem erklärt, dass die Lieferantin nicht mehr berechtigt sei, Erklärungen im Zusammenhang mit der Abwicklung des streitgegenständlichen Leasingvertrages abzugeben.

3. Der Senat sieht es auch als erwiesen an, dass durch die Vereinbarung der Lieferantin mit dem Beklagten der Leasingvertrag einvernehmlich vorzeitig beendet worden ist und mit der Zahlung der „Ablösesumme“ alle Ansprüche der Klägerin aus dem Leasingvertrag, einschließlich der rückständigen Raten, abgegolten sein sollten. Der Vortrag des Beklagten, dass seitens der Lieferantin eine entsprechende Erklärung (zunächst auch mündlich) abgegeben worden ist, wird durch die vom Beklagten vorgelegten Urkunden, nämlich die Vereinbarung vom 29. 6. 2000 und das Schreiben der Lieferantin vom 6. 11. 2000 bestätigt. In letzterem heißt es zudem ausdrücklich, dass der Beklagte hinsichtlich des Leasingfahrzeuges „keinerlei Rechte und Pflichten“ mehr haben sollte. Die Erklärung bezieht sich daher auch auf die rückständigen Leasingraten, so dass diese von der Klägerin ebenfalls nicht mehr geltend gemacht werden können. Die Erklärung kann nur dahingehend verstanden werden, dass der Beklagte keinerlei Pflichten aus dem Leasingvertrag mehr hat.

II. [...]

III. Die Zulassung der Revision kommt nicht in Betracht. Die Entscheidung knüpft an die Rechtsprechung des BGH an und wertet eine bestimmte Aussage in einem Leasingvertragsformular als Bevollmächtigung. Eine grundsätzliche Bedeutung kommt dieser Frage nicht zu, auch wenn sie für die Klägerin weitreichende Folgen haben mag.

**§ 134 BGB; § 6 WoVermittG**  
**Wohnungsvermittlung ohne Vermieterauftrag**

**Bietet ein Wohnungsvermittler entgegen dem Verbot des § 6 Abs.1 WoVermittG Wohnräume an, ohne dazu einen Auftrag von dem Vermieter oder einem anderen Berechtigten zu haben, führt dies nicht zur Nichtigkeit des mit dem Wohnungssuchenden geschlossenen Maklervertrages.**

(BGH, Urteil vom 25. 7. 2002 – III ZR 113/02)

**Zum Sachverhalt:** Die klagende Immobilienmaklerin bot dem Beklagten, der eine Wohnung für sich und seine Familie suchte, an, ihm ein geeignetes Objekt zu vermitteln. Sie benannte ihm ein Einfamilienhaus in W., das ihr die Eheleute G. an die Hand gegeben hatten. Diese waren Mieter und suchten einen Nachmieter. Der Beklagte mietete das Einfamilienhaus. Die Klägerin fordert von ihm Zahlung der Maklerprovision. Der Beklagte macht geltend, der Vermieter sei nicht damit einverstanden gewesen, daß die Eheleute G. die Klägerin beauftragt hätten, für sie einen Nachmieter zu suchen. Daher habe wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB i.V.m. § 6 Abs.1 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1971, BGBl. I S. 1747, künftig WoVermittG) ein wirksamer Maklervertrag nicht zustande kommen können.

Das Amtsgericht Syke hat der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben. Das Berufungsgericht (Landgericht Verden) hat die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

**Aus den Gründen:** Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin auf Maklerprovision verneint, weil zwischen den Parteien ein wirksamer Maklervertrag nicht zustande gekommen sei. Für die von der Klägerin entfaltete Maklertätigkeit habe weder ein Auftrag noch die Zustimmung der Eheleute B., der Vermieter und Eigentümer des Hauses, vorgelegen. Ein von den Parteien möglicherweise geschlossener Maklervertrag sei daher jedenfalls nichtig wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB i.V.m. § 6 Abs.1 WoVermittG).

2. Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Prüfung nicht stand. Ein Verstoß gegen § 6 Abs.1 WoVermittG führt nicht zur Nichtigkeit des mit dem Wohnungssuchenden geschlossenen Maklervertrages. Daher kann offenbleiben, ob hier eine Verletzung des § 6 Abs.1 WoVermittG ausscheidet, weil die Klägerin im Auftrag der Vermieter G. handelte und diese, wie die Revision meint, „Berechtigte“ im Sinne der vorgenannten Bestimmung waren.

a) Ob § 6 Abs.1 WoVermittG ein gesetzliches Verbot mit Nichtigkeitsfolge für den Maklervertrag enthält, kann allerdings nicht schon aus der Gesetzessprache („darf ... nur, wenn ...“) entnommen werden (vgl. Senatsurteil BGHZ 118, 142, 146). Einen Hinweis auf das Nichtbestehen eines solchen Verbots gibt das Gesetz jedoch dadurch, daß es an anderer Stelle die Unwirksamkeit von Vereinbarungen anordnet (§§ 2 Abs. 5; 3 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. 5 Abs. 2; 3 Abs. 4 Satz 1; 4 a Abs.1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 WoVermittG) oder dem Wohnungsvermittler ausdrücklich einen Anspruch versagt (§ 2 Abs. 2 und 3 WoVermittG). Hingegen steht das Verbot des § 6 Abs.1 WoVermittG – nach seinem Wortlaut und nach dem Willen des Gesetzgebers (Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen zur Verbesserung des Mietrechts und der Begrenzung des Mietanstiegs BT-Drucks. VI/1549 S.13 <zu Art. 5 § 7-E>) – allein unter der Bußgeldsanktion des § 8 Abs.1 Nr. 3 WoVermittG (vgl. OLG Karlsruhe NJW 1976, 1408 a.E.; Baader/Gehle, Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung 1993 § 6 Rn. 26; a.A. Windisch WM 1999, 265, 268).

b) Für die Frage, ob verbotswidrige Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB nichtig sind, kommt es aber vor allem auf den Sinn und Zweck des Verbots an. Entscheidend ist, ob das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluß des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg. Die Nichtigkeit kann im Ausnahmefall auch aus der Verletzung einseitiger Verbote folgen, falls der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist und die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann (st. Rspr., vgl. Senatsurteil a. a. O. S.144 f; BGHZ 115, 123, 125; 146, 250, 257 f). Diese Voraussetzung ist bei § 6 Abs.1 WoVermittG nicht erfüllt (h. M.: OLG Karlsruhe a. a. O.; Staudinger/Reuter, BGB 13. Bearb. 1995 § 652 Rn. 43 und 47; Dehner in BGB-RGRK 12. Aufl. 1978 vor § 652 Rn. 13; Palandt/Sprau, BGB 61. Aufl. 2002 § 652 Rn. 8; Roth in MünchKomm/BGB 3. Aufl. 1997 § 652 Rn. 67 und 70; Erman/O. Werner, BGB 10. Aufl. 2000 § 652 Rn. 35; Soergel/Lorentz, BGB 12. Aufl. 1999 § 652 Rn. 22; Baader/Oehle a. a. O. Rn. 26 ff; Weimar BIGBW 1974, 92, 93; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1979, 878, 879; a.A. LG Hannover NJW-RR 1991, 1295 f; Dehner, Das Maklerrecht Leitfaden für die Praxis 2001 Rn. 346; Töner, Verbraucherschutz im Recht des Immobilienmaklers 1981 S. 91 f; Schwerdtner, Maklerrecht 4. Aufl. 1999 Rn. 254 f; Benöhr NJW 1973, 1286 f; Windisch a. a. O.).

aa) § 6 Abs.1 WoVermittG normiert ein einseitig an den Wohnungsvermittler gerichtetes Verbot, Wohnungen ohne Auftrag des Vermieters oder eines sonst Berechtigten anzu-

bieten (vgl. BT-Drucks. a. a. O. <zu Art. 5 § 8-E>). Die Bestimmung soll unterbinden, daß Wohnungsvermittler Wohnräume anbieten, von denen sie zufällig durch Dritte erfahren oder die sie aus Anzeigen in Zeitungen entnommen haben, ohne daß sie von den Berechtigten einen entsprechenden Auftrag haben. Dadurch sollen den Wohnungssuchenden Zeit und Unkosten für vergebliche Besichtigung von Wohnräumen erspart werden (BT-Drucks. a. a. O. <zu Art. 5 § 6-E>; a. A. Dehner, Das Maklerrecht a. a. O.).

bb) Die vorbeschriebene Zielrichtung mag zwar mittels der Nichtigkeitssanktion am besten erreicht werden (vgl. LG Hannover a. a. O. 1296; Benöhr a. a. O. 1286). Das genügt indes für die Annahme eines Verbotsgesetzes im Sinne des § 134 BGB nicht. Das Gesetz muß die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäfts vielmehr erfordern, weil der Gesetzeszweck nicht anders erreicht und das betreffende Geschäft nicht hingenommen werden kann (Senat BGHZ 118, 142, 145; BGHZ 146, 250, 258). So liegt es bei § 6 Abs. 1 WoVermittG aber nicht.

War die Besichtigung der Wohnung erfolglos, weil der Vermieter die Wohnung dem Makler nicht an die Hand gegeben hatte, so erhält der Makler nach den allgemeinen Grundsätzen des Maklerrechts ohnehin keine Vergütung (§ 652 Abs. 1 BGB, § 2 Abs. 1 WoVermittG). Hat dagegen der Nachweis zum Abschluß eines Mietvertrages geführt, so hat sich die Gefahr eines unnützen Zeit- und Kostenaufwandes, die die Gesetzesvorschrift vermeiden will, nicht verwirklicht. Die Unwirksamkeit des Provisionsversprechens, obwohl dem Wohnungssuchenden eine vollwertige Leistung erbracht wurde, könnte nur dem generalpräventiven Zweck dienen, dem Makler durch eine solche Nichtigkeitssanktion von vornherein jeden Anreiz für einen Wohnungsnachweis ohne Vermieterauftrag zu nehmen. Dieser Zweck wird jedoch bereits in ähnlicher Weise durch die Bußgeldandrohung des § 8 Abs. 1 Nr. 3 WoVermittG erreicht. Dabei erscheint die Verhängung eines Bußgeldes gegenüber der Nichtigkeitsfolge insofern sachge-

rechter, als sie eine ungerechtfertigte – jedenfalls durch den Zweck des § 6 Abs. 1 WoVermittG nicht gedeckte – Begünstigung des Wohnungssuchenden vermeidet (vgl. OLG Karlsruhe a. a. O.; Baader/Gehle a. a. O. Rn. 27 ff). Entstehen dem vergeblich Wohnungssuchenden Kosten, weil der Makler keinen Auftrag des Vermieters oder eines sonst Berechtigten hatte, kann er den Makler auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

3. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden. Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht festgestellt, ob die Parteien überhaupt einen Nachweismaklervertrag geschlossen haben und die Klägerin den geschuldeten Nachweis erbracht hat. Die neue Verhandlung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, auf die hierzu erhobenen Rügen der Revisionserwiderung einzugehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 652, 654, 346, 134, 139 BGB  
Maklerprovision; Ausarbeitung des  
Kaufvertragsentwurfes; Rücktritt vom Kaufvertrag**

**1. Hat ein Makler sich auch verpflichtet, den Kaufvertragsentwurf auszuarbeiten, läßt der darin liegende Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz den Provisionsanspruch unberührt.**

**2. Bei Ausübung eines vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts des Käufers bleibt der Provisionsanspruch des Maklers gegen den Verkäufer bestehen.**

(OLG Koblenz, Urteil vom 16. 5. 2002 – 5 U 1974/01)

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**Hinw. d. Red.:** Vgl. vorstehend BGH. – Das OLG-Urteil ist veröffentlicht in WM 2002, 500. Es kann bis zum 30. 11. 2002 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## Teileigentum

**§ 705 BGB  
Geschlossener Immobilienfonds;  
Haftung der Anlagegesellschafter;  
Aufbauschulden der Bauherrengemeinschaften**

a) Aus Gründen des Vertrauensschutzes dürfen sich Anlagegesellschafter bereits existierender geschlossener Immobilienfonds, die als Gesellschaften bürgerlichen Rechts ausgestaltet sind, auch nach der durch die Entscheidungen BGHZ 142, 315 [= WM 1999, 703] und BGHZ 146, 341 [= WM 2001, 134] eingetretenen Änderung der Rechtsprechung des Senats für die davor abgeschlossenen Verträge weiterhin auf eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung unter der nach der früheren Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzung berufen, daß die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner mindestens erkennbar war.

b) Für nach der Änderung der Rechtsprechung abgeschlossene Verträge von geschlossenen Immobilienfonds in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt als Ausnahme von den Grundsätzen der Senatsurteile BGHZ 142, 315 und BGHZ 146, 341, daß die persönliche Haftung der Anlagegesellschafter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des Immobilienfonds wegen der Eigenart derartiger Fonds als reine Kapitalanlagegesellschaften auch durch wirksam in den Vertrag

einbezogene formularmäßige Vereinbarungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, ohne daß darin grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 307 BGB n. F. (§ 9 AGB-Gesetz) gesehen werden kann.

c) Künftige Wohnungseigentümer, die gemeinschaftlich eine Wohnungseigentumsanlage errichten („Bauherrengemeinschaften“), haften für die Herstellungskosten („Aufbauschulden“) auch weiterhin grundsätzlich nur anteilig nach den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen, auch wenn sie im Verkehr als Außengesellschaften bürgerlichen Rechts auftreten.

(BGH, Urteil vom 21. 1. 2002 – II ZR 2/00)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin nimmt die Beklagten gesamtschuldnerisch auf Freistellung von einer Darlehensverbindlichkeit gegenüber der B. Bausparkasse AG (im folgenden: Bausparkasse) in Höhe von 247 000,00 DM in Anspruch.

Die Beklagten sind neben etwa 150 weiteren Personen Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der „Miteigentümergeinschaft S./ T., Sch.str. 7“ (im folgenden: Gesellschaft), die Eigentümerin des Grundstücks Sch.str. 7 ist. Dieses Anwesen sollte, als Grundlage eines geschlossenen Immobilienfonds, für ca. 2,4 Mio. DM saniert und anschließend vermietet werden. Die Sanierung ist inzwischen durchgeführt worden. Der Gesellschaftsvertrag sah vor, daß die Gesell-

schafter gegenüber Gesellschaftsgläubigern nur mit dem Gesellschaftsvermögen hafteten, und schloß eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter aus.

Vertreten durch ihre Geschäftsführerin, die C. GmbH, an der die Klägerin zu 50% beteiligt ist, nahm die BGB-Gesellschaft im August 1995 bei der B. Bausparkasse AG u. a. ein Darlehen über 247 000,00 DM auf. Die Klägerin, die C. GmbH und deren Geschäftsführerin übernahmen die gesamtschuldnerische Mithaftung für diesen Kredit; zur weiteren Absicherung des Darlehens bestellte die Klägerin der Kreditgeberin eine Grundschuld an ihrem Grundstück in U. Weil die Gesellschaft ihre Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag nicht erfüllte, erwirkte die Bausparkasse im März 1998 die Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Klägerin. Mit Rücksicht hierauf verlangt die Klägerin von den Beklagten, sie von der Verbindlichkeit aus dem Kredit freizustellen.

Das Begehren der Klägerin blieb in beiden Vorinstanzen [LG Coburg; OLG Bamberg] ohne Erfolg. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Freistellungsantrag weiter.

**Aus den Gründen:** Die Revision der Klägerin ist zulässig und führt zur antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der geltend gemachte Freistellungsanspruch der Klägerin zwar gegen die Gesellschaft „Miteigentümergeinschaft S. ...“ zustehe, nicht jedoch gegen deren einzelne Gesellschafter – und damit die Beklagten – als Gesamtschuldner. Die Haftung der einzelnen Gesellschafter sei im Gesellschaftsvertrag und in dem Geschäftsbesorgungsvertrag mit der C. GmbH auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, eine gesamtschuldnerische Haftung ausgeschlossen worden. Diese Haftungsbeschränkung sei im Verhältnis zur Klägerin wirksam, weil sie für die Klägerin auf Grund ihrer Beteiligung an der GmbH jedenfalls erkennbar gewesen sei.

II. Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Nach den Grundsatzentscheidungen des Senats vom 27. September 1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315, 318 ff. [=WM 1999, 703] und vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358 [=WM 2001, 134] haften die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Regelfall für die rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft in ihrem jeweiligen Bestand persönlich und der Höhe nach unbeschränkt. Ein einseitiger Ausschluß oder eine Beschränkung dieser gesetzlichen Haftung durch eine dahingehende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages ist – auch wenn sie mit einer entsprechenden Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Gesellschaft verbunden ist – grundsätzlich ausgeschlossen. Die persönlich unbeschränkte Haftung der Gesellschafter kann grundsätzlich nur durch eine individualvertragliche Vereinbarung mit dem Gläubiger eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

Die danach für eine Beschränkung der Haftung der Beklagten auf das Gesellschaftsvermögen erforderliche Vereinbarung ist mit der Klägerin nicht getroffen worden. Sie ist auch von den Beklagten, die sich lediglich auf die in § 7 des Gesellschaftsvertrages der „Miteigentümergeinschaft“ enthaltene Haftungsbeschränkung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen und die entsprechende Bestimmung in § 2 des Geschäftsbesorgungsvertrages mit der C. GmbH berufen, nicht behauptet worden. Auch das Berufungsgericht stützt die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung nicht auf eine dahingehende von der Gesellschaft mit der Klägerin getroffene, der Übernahme der Mithaftung und der Bestellung der Grundpfandrechtlichen Sicherung zugrunde gelegte individualvertragliche Vereinbarung, sondern in Verkennung der von ihm zitierten Senatsentscheidung vom 27. September 1999 (a. a. O.), nach der bloße Erkennbarkeit gerade nicht genügt,

allein darauf, daß der Wille der Gesellschafter zur Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen und ihren jeweiligen Beteiligungsbetrag und die entsprechende Regelung in § 2 des Vertrages mit der C. GmbH der Klägerin auf Grund ihrer Beteiligung an dieser Gesellschaft erkennbar gewesen sei.

2. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht wegen der für den engen Bereich der geschlossenen Immobilienfonds und der auf die Schaffung von Wohnungseigentum gerichteten Bauherrengemeinschaften in der Form von Gesellschaften bürgerlichen Rechts gebotenen Ausnahmen von den oben genannten Grundsätzen im Ergebnis als richtig.

a) Geschlossene Immobilienfonds sind Kapitalanlagegesellschaften, „deren Geschäftszweck auf die Errichtung, den Erwerb und die Verwaltung einer oder mehrerer Immobilienobjekte mit einem im voraus feststehenden Investitionsvolumen ausgerichtet ist, und die, sobald das Eigenkapital plaziert ist, mit einem festen Kreis von Anlegern geschlossen“ werden (King, Real Estate Investment Trusts, offene und geschlossene deutsche Immobilienfonds Dissertation 1999, S.144 m.w.N.). Um das bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für den einzelnen Anleger kaum einzuschätzende, ihm möglicherweise wirtschaftlich völlig überfordernde Haftungsrisiko zu begrenzen, enthalten die Gesellschaftsverträge geschlossener Immobilienfonds, wenn sie ihrer Rechtsform nach Gesellschaften bürgerlichen Rechts sind, üblicherweise Haftungsbeschränkungen, nach denen entweder die Haftung für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf das Fondsvermögen beschränkt ist und die Gesellschafter nur mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen haften oder die Gesellschafter nur quotaal, d. h. mit einem ihrer Gesellschaftsbeteiligung entsprechenden Anteil, haften.

Aus Gründen des insoweit gebotenen Vertrauensschutzes hält der Senat es für angezeigt, Anlegern bereits existierender Immobilienfonds für die von ihnen in der Vergangenheit bereits abgeschlossenen Verträge die Berufung auf eine derartige gesellschaftsvertragliche Haftungsbeschränkung auch weiterhin unter der bis zur Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzung zu gestatten, daß die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner der Gesellschaft mindestens erkennbar war (vgl. Sen.Urt. v. 12. Mai [März] 1990 – II ZR 312/88, ZIP 1990, 715, 716 m.w.N.).

Für nach diesem Zeitpunkt abgeschlossene Verträge geschlossener Immobilienfonds in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist angesichts der Eigenart dieser Gesellschaften eine Ausnahme von dem in der Senatsentscheidung vom 27. September 1999 (a. a. O.) ausgesprochenen Grundsatz geboten, daß die gesamtschuldnerische persönliche Haftung der Gesellschafter für aus Rechtsgeschäften herrührende Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur durch eine Individualvereinbarung ausgeschlossen werden kann. Wenn der Gesellschaftsvertrag des Fonds eine Haftungsbeschränkung der oben bezeichneten Art vorsieht, bedarf es keiner Individualvereinbarung mit dem Vertragspartner, um ihr Geltung zu verschaffen. Bei typisierter Betrachtung stellt der Erwerb einer Fondsbeteiligung eine reine Kapitalanlage dar. Die Übernahme der persönlichen Haftung für das gesamte Investitionsvolumen ist weder dem einzelnen Anleger zumutbar noch kann sie vernünftigerweise vom Rechtsverkehr erwartet werden. Wenn der Gesellschaftsvertrag des Fonds wie üblich eine Haftungsbeschränkung der oben bezeichneten Art vorsieht, bedarf es deshalb keiner Individualverein-

Denk' mit!

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

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

barung mit dem Vertragspartner, um ihr Geltung zu verschaffen. Es genügt vielmehr in der Regel auch die formularmäßige Abbedingung der unbeschränkten gesamtschuldnerischen Haftung, wenn die Haftungsbeschränkung wirksam in den Vertrag einbezogen wird. Ein Verstoß gegen § 307 BGB n. F. (§ 9 AGB-Gesetz) wird hierin im allgemeinen nicht liegen. Die Beschränkung der persönlichen Haftung kann, da durch die Eigenart des Immobilienfonds als reine Kapitalanlagegesellschaft gerechtfertigt, im Regelfall nicht als Treu und Glauben widersprechende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners angesehen werden.

b) Künftige Wohnungseigentümer, die gemeinschaftlich eine Wohnungseigentumsanlage errichten („Bauherrengemeinschaft“), haften für die Herstellungskosten („Aufbauschulden“) auch weiterhin grundsätzlich nur anteilig nach den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen (s. dazu grundlegend BGHZ 75, 26). Dies gilt auch dann, wenn eine solche Bauherrengemeinschaft im Verkehr als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts auftritt.

3. Einen derartigen nach den vorstehenden Grundsätzen zu gewährenden Vertrauensschutz können die Beklagten jedoch auf Grund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles nicht für sich in Anspruch nehmen. Als Gesellschafter der „Miteigentümergeinschaft“ haften sie der Klägerin gegenüber als Gesamtschuldner, auch wenn ihre Haftung anderen Gläubigern der Gesellschaft gegenüber wirksam beschränkt wäre.

Die Klägerin hat gegen die „Miteigentümergeinschaft“ auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einen vertraglichen Anspruch auf Freistellung von der Verbindlichkeit aus dem Darlehen über 247 000,00 DM, § 670 BGB. Die Übernahme der Mithaftung für den von der Gesellschaft in Anspruch genommenen Kredit und dessen Besicherung auf dem privaten Grundstück der Klägerin ist nach Sachlage nur mit einem zumindest durch das Einverständnis der Gesellschaft mit der Entgegennahme dieser beträchtlichen Finanzierungshilfe konkludent erteilten Auftrag erklärbar. Die Klägerin war zu dieser für den Erfolg des Gesellschaftsprojekts wesentlichen Hilfsleistung nicht verpflichtet. Sie war nicht einmal an der Gesellschaft beteiligt. Auch ihre hälftige Beteiligung an der C. GmbH wiegt nicht so schwer, daß dies die Annahme rechtfertigen könnte, die Klägerin habe die Sicherheiten auf Grund eines ins Gewicht fallenden Eigeninteresses einseitig ohne Auftrag und unter Verzicht auf Freistellung durch die Gesellschafter der „Miteigentümergeinschaft“ stellen wollen.

Unter den gegebenen Umständen beinhaltete dieser Auftrag deshalb auch ohne eine entsprechende ausdrückliche Abrede die Zusage einer umfassenden, zudem jederzeit herbeizuführenden Freistellung der Klägerin. Dabei ist es selbstverständlich, daß die Klägerin im Gegenzug für ihre aus Gefälligkeit gezeigte Bereitschaft, den Kredit abzuschließen, nicht das Risiko eines Scheiterns des Projekts mittragen sollte, ohne dafür eine Vergütung oder Risikoprämie zu erhalten. Die Möglichkeit einer derartigen Freistellung war auch aus damaliger Sicht mit der notwendigen Sicherheit nur zu gewährleisten, wenn der Klägerin neben der Gesellschaft auch deren Gesellschafter als Gesamtschuldner hafteten. Deshalb ist davon auszugehen, daß der Auftrag stillschweigend eine entsprechende Vereinbarung umfaßte. Hierauf kann sich die Klägerin ohne Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben berufen, weil nicht festgestellt ist und nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme auch nicht festgestellt werden kann, daß ihr die eine Haftungsbeschränkung für die Gesellschafter vorsehenden Regelungen des Gesellschaftsvertrages bekannt waren.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Ann. d. Red.:** Zur BGB-Gesellschaft vgl. noch Kraemer in WM 2002, 459.

### § 16 WEG

#### Überdachung eines Zugangs zur Sondernutzungsfläche des Teileigentümers als Teil des Baukörpers; Gemeinschaftseigentum

**Enthält die Teilungserklärung eine Kostentragungspflicht der einzelnen Wohnungseigentümer für die Instandsetzung von Fenstern, so fällt hierunter nach der nächstliegenden Bedeutung nicht eine Instandsetzungspflicht für einen wintergartenähnlichen Glasvorbau.**

(BayObLG, Beschluß vom 23. 5. 2002 – 2Z BR 19/02)

**Zum Sachverhalt:** Der Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungseigentümer einer Wohn- und Teileigentumsanlage, die von der weiteren Beteiligten verwaltet wird.

§ 4 Nr. 3 der Gemeinschaftsordnung (GO) lautet wie folgt: „Die im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teile, Anlagen und Einrichtungen der Wohnanlage sind auf gemeinsame Kosten dauernd in gutem Zustand zu erhalten. Schäden an den nach außen weisenden Türen und Fenstern der Wohnung sind jedoch von dem betreffenden Wohnungseigentümer auf ihre Kosten zu beseitigen.“

In § 4 Nr. 8 der GO heißt es: „Der Wohnungseigentümer hat die die Sondereigentumseinheiten abschließenden Türen und Fenster sowie Rolläden, Terrassen und Balkone auf seine Kosten instand zu halten und instand zu setzen.“

Die ursprüngliche Teilungserklärung wurde mehrfach geändert, unter anderem am 11. 3. 1988. In diesem Nachtrag zur Teilungserklärung wurde dem jeweiligen Eigentümer der Teileigentumseinheit Nr. 22 auf einer Innenhoffläche ein Sondernutzungsrecht eingeräumt. Weiter wurde geregelt, daß die Pflege und Instandhaltung der Sondernutzungsfläche dem jeweiligen Nutzungsberechtigten auf eigene Kosten obliegt. Die Änderung der Teilungserklärung wurde in das Grundbuch eingetragen.

Die Teileigentumseinheit Nr. 22 grenzt an einen Innenhof. An das massive Mauerwerk angebaut ist eine einem Wintergarten ähnliche Konstruktion vorwiegend aus Glas (im folgenden als Vorbau bezeichnet), die den Gebäudeabschluß zum Innenhof hin bildet. Über diesem Vorbau befindet sich ein aus einem Metallgitter bestehender Laufsteg, der als Fluchtweg für die darüber liegenden Wohnungen dient.

Am 13. 11. 2000 fand eine Eigentümerversammlung statt, in der unter anderem die Sanierung des Vorbaus behandelt wurde. Im Protokoll ist vermerkt „Besprechung und Beschluß über die Erneuerung des Glasdaches der Einheit Nr. 22“. Weiter ist im Protokoll festgehalten, daß die Scheiben des Glasdaches fast durchgängig gesprungen seien und daß auch die Situation des Laufstegs auf diesem Glasdach neu geplant werden müsse, da die bisherige Ausführungsart brandschutzrechtlich nicht mehr zulässig sei. Die Wohnungseigentümer faßten sodann mehrheitlich folgenden Beschluß:

„Die Gemeinschaft beschließt, die Glasüberdachung des Wintergartens im zweiten Innenhof der Einheit von Frau Ursula H. nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik erneuern zu lassen. Die Kosten der Maßnahme einschließlich aller Nebenkosten für Spengler, Schlosser, Maurer und Bauleitung werden per Sonderumlage finanziert. Die Sonderumlage ist mit heutiger Beschlußfassung fällig und bei Abruf durch den Verwalter zu bezahlen.“

Der Antragsteller hat beantragt, diesen Beschluß für ungültig zu erklären. Das Amtsgericht München hat diesen Antrag mit Beschluß vom 21. 5. 2001 zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht München I mit Beschluß vom 14. 1. 2002 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers.

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

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Der Beschluß der Wohnungseigentümer sei nicht wegen Unbestimmtheit nichtig, da es eine Frage der Auslegung sei, ob unter den Begriff Glasüberdachung auch Wand- und Fassadenelemente aus Glas fallen würden. Bei dem streitgegenständlichen Wintergarten handle es sich um Gemeinschaftseigentum, für dessen Instandhaltung nach § 4 Nr. 3 GO die Kosten der Wohnungseigentümergeinschaft zur Last fielen. Der Wintergarten sei weder ein Fenster noch eine Türe im Sinne des § 4 Nr. 3 GO noch einer der in § 4 Nr. 8 GO genannten Gegenstände. Die Änderung der Teilungserklärung vom 11. 3. 1988 lege dem Sondernutzungsberechtigten nur die Pflege und Instandhaltung der Flächen auf, die Instandhaltungspflicht des Wintergartens sei dort gerade nicht geregelt.

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

a) Das Landgericht nimmt richtig an, daß es sich bei dem Vorbau um gemeinschaftliches Eigentum handelt.

b) Das Landgericht geht auch im Ansatz zutreffend davon aus, daß der Beschluß nicht wegen Unbestimmtheit nichtig ist. Es erkennt auch zutreffend, daß der Beschluß der Auslegung bedarf. Es nimmt jedoch eine solche Auslegung nicht vor, sondern führt lediglich aus, daß der Wintergarten auch Wand- und Fensterelemente enthalte und daß diese nur Teil des Wintergartens insgesamt seien. Hierin liegt keine hinreichende Auslegung des Beschlusses. Insbesondere kommt es für die Auslegung des Beschlusses nicht darauf an, ob die Wand- und Fassadenelemente tatsächlich Bestandteil des Wintergartens sind, sondern darauf, welche Maßnahmen die Wohnungseigentümergeinschaft beschlossen hat und wie die Kosten hierfür zu verteilen sind.

Der Senat kann die Auslegung des Eigentümerbeschlusses selbst vornehmen (vgl. BGH NJW 1998, 3713/3714 [=WM 1998, 738]). Dabei ist vom Wortlaut des Beschlusses auszugehen. Dieser nennt als Gegenstand der Erneuerung nur die Glasüberdachung. Im Hinblick auf die im Protokoll festgehaltene Notwendigkeit einer Neuplanung des Laufstegs über dem Glasdach und der Erwähnung von Spenglerarbeiten im Wortlaut des Beschlusses ergibt die Auslegung ferner, daß sich der Beschluß auch auf diesen Laufsteg erstreckt. Dagegen kann dem Beschluß nicht entnommen werden, daß unabhängig von der Erneuerung des Daches die senkrecht stehenden Teile des Vorbaus, insbesondere darin befindliche Türen oder Fenster, erneuert werden.

Sollte es zur Erneuerung des Glasdaches technisch notwendig sein, wovon anscheinend das Landgericht ausgeht, ohne hierzu nähere Feststellungen getroffen zu haben, auch die senkrecht stehenden Teile des Anbaus zu erneuern, so liegt darin ebenfalls kein Widerspruch zur Kostenregelung der GO. Die Erneuerung der senkrecht stehenden Teile des Vorbaus entspricht dann nämlich den allgemein anerkannten Regeln der Technik im Sinne des angefochtenen Beschlusses. Es handelt sich dann nicht um eine selbständige Instandsetzung von im Vorbau möglicherweise vorhandenen Türen und Fenstern, sondern um eine Maßnahme der Instandsetzung des sonstigen gemeinschaftlichen Eigentums, die der Eigentümer der Einheit Nr. 22 zwar dulden, aber nicht alleine bezahlen muß. Ursache der Maßnahme ist nämlich in diesem Falle nicht eine Schadhaftheit der Türen oder Fenster, sondern ein Instandsetzungsbedarf am Glasdach.

Der Beschluß widerspricht somit nicht deshalb der GO, weil möglicherweise in dem Anbau in den senkrechten Wänden auch Türen und Fenster vorhanden sind.

c) Eine Kostentragungspflicht allein für den Eigentümer der Einheit Nr. 22 ergibt sich nicht aus der GO und den Nachträgen zur Teilungserklärung. Die im Grundbuch einge-

tragene GO (Anlage 2 zur Teilungserklärung) und die Änderungen der Teilungserklärung sind, da sie im Grundbuch eingetragen sind, nach ihrem Wortlaut und Sinn auszulegen, wie sie sich für einen unbefangenen Beobachter als nächstliegende Bedeutung ergeben (BGH NJW 1998, 3713/3714 [=WM 1998, 738]).

(1) Der Vorbau und der darüber liegende Laufsteg unterfallen nicht den Sonderregelungen des § 4 Nr. 3 und 8 GO. Daß es sich dabei nicht um Rolläden, Terrassen oder Balkone handelt, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Es handelt sich aber auch nicht um Türen oder Fenster im Sinne der genannten Regelungen der GO. Für den über dem Glasdach befindlichen Laufsteg ist dies offensichtlich. Auch der Vorbau als solcher kann nicht als Fenster oder Türe bezeichnet werden. Die von der Rechtsbeschwerde zusammengetragenen Fundstellen zum Begriff „Fenster“ helfen nicht weiter. Bei Trübners Deutschem Wörterbuch und im Großen Brockhaus wird zur Umschreibung des Begriffs Fenster auf eine Öffnung in der Außenwand Bezug genommen. Der Vorbau insgesamt und insbesondere dessen Dach sind aber keine Öffnung der Außenwand, sondern ein dieser vorgelagerter Baukörper. Das Große Wörterbuch der Deutschen Sprache spricht ebenfalls von einer Öffnung. Auch eine Öffnung ist jedoch etwas anderes als ein Vorbau, da über die bloße Öffnung einer Wand hinaus zusätzlicher Raum geschaffen wird.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird ein an die Außenwand angebaute Baukörper, gleichgültig, aus welchem Material er besteht, nicht als Fenster des übrigen Hauses betrachtet, sondern als zusätzlicher Baukörper. Ob dabei im vorliegenden Fall die vom Landgericht gewählte Bezeichnung „Wintergarten“ zutreffend ist, mag dahinstehen, da es sich jedenfalls nicht um ein Fenster oder eine Türe handelt.

Soweit die Rechtsbeschwerde weiter darauf hinweist, daß sich im Vorbau auch Fenster, Fenstertüren und Glaswände befinden, ist dies nach dem Vorstehenden ohne Bedeutung.

(2) Eine alleinige Kostentragungspflicht des Eigentümers der Einheit Nr. 22 ist auch nicht aus dem Nachtrag der Teilungserklärung vom 11. 3. 1988 abzuleiten. Dabei kann es dahinstehen, ob sich der Vorbau tatsächlich, wie vom Antragsteller vorgetragen, teilweise auf der Sondernutzungsfläche befindet. Selbst wenn dies der Fall ist, handelt es sich bei dem Vorbau und dem Steg um gemeinschaftliches Eigentum. Aus Nr. II der Änderung der Teilungserklärung vom 11. 3. 1988 kann eine Kostentragungspflicht nicht abgeleitet werden. Es handelt sich nämlich bei der geplanten Maßnahme nicht um die Pflege und Instandhaltung einer Fläche, sondern um die Sanierung eines Baukörpers.

Mitgeteilt von RiBayObLG Demharter, München

**§§ 13, 14 WEG; §§ 276, 278 BGB**  
**Haftung des Teileigentümers für mangelhafte**  
**Abluftanlage in der Gaststätte seines Gewerbemieters**

**Ein Eigentümerbeschluss zur unverzüglichen Behebung unstrittiger Mängel an der Abluftanlage in den Räumen des Gewerbemieters eines Teileigentümers und zur Geltendmachung der Ersatzvornahmekosten gegen den Teileigentümer widerspricht nicht Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung. Der Teileigentümer haftet für schuldhaftes Pflichtverletzungen seines Mieters nach § 278 BGB. Mit einer bloßen Vorschussklage gegen seinen Gewerbemieter kommt der Teileigentümer seinen Pflichten gegenüber der Eigentümergemeinschaft nicht ausreichend nach.**

(KG, Beschluss vom 15. 7. 2002 – 24 W 21/02)

**Zum Sachverhalt:** Der Antragsteller ist Eigentümer des Teileigentums Nr. 2 in der Wohnanlage. Der Antragsteller hat die Räume zum Betrieb eines Restaurants mit Küchenabluftanlage einem Gewerbemieter überlassen, der auch die notwendigen Instandhaltungs- und Erneuerungskosten des Mietobjekts zu tragen hatte. Im Jahr 2000 kam es zu Auseinandersetzungen zwischen dem Mieter und dem Antragsteller über die Sanierung der unstreitig mangelhaften Abluftanlage. Der Antragsteller verklagte den Gewerbemieter wegen Mietrückständen auf Räumung sowie auf Zahlung eines Vorschusses für die Sanierung der Abluftanlage in Höhe von knapp 10 000 DM. Der Titel über den Vorschuss wurde am 23. April 2001 rechtskräftig, der über die Räumung am 18. Juni 2001. Von der Einleitung der Prozesse Mitte 2000 hatte der Antragsteller die Verwalterin unterrichtet. Unter Berufung darauf, dass die Feuerversicherung nicht mehr bereit sei, das erhöhte Schadensrisiko durch die schadhafte Abluftanlage zu tragen, lud die Verwalterin zu einer Eigentümerversammlung am 12. Oktober 2000. Mit 22 Stimmen bei keiner Gegenstimme und keiner Enthaltung beschloss die Eigentümergeinschaft am 12. Oktober 2000 zu TOP 2, die Mängel an der Abluftanlage unverzüglich unter Verauslagung der Kosten zu beheben und die Mängelbeseitigungskosten ggf. gegenüber dem Antragsteller geltend zu machen. Die Verwalterin ließ, nachdem es wegen des Zutritts zu den Gewerberäumen zu Schwierigkeiten gekommen war, im Februar 2001 ein Sachverständigen-gutachten über die erforderlichen Arbeiten einholen, die dann vergeben und unter dem 11. Mai 2001 mit 11 716,00 DM brutto in Rechnung gestellt wurden.

Der Antragsteller hat mit dem Hinweis, die Eigentümergeinschaft solle gegen seinen Gewerbemieter direkt vorgehen und notfalls die Versorgungsleitungen sperren, den Eigentümerbeschluss vom 12. Oktober 2000 zu TOP 2 angefochten. Das Amtsgericht Schöneberg hat den Antrag mit Beschluss vom 30. April 2001 zurückgewiesen. Das Landgericht Berlin hat mit Beschluss vom 7. Dezember 2001 die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Die sofortige weitere Beschwerde bleibt erfolglos.

**Aus den Gründen:** II. 1. Die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers ist gemäß § 27, 29 FGG, 45 WEG zulässig, jedoch sachlich nicht gerechtfertigt. Einen Rechtsfehler, auf den die sofortige weitere Beschwerde mit Erfolg allein gestützt werden kann (§ 27 Abs. 1 FGG), weist der angefochtene Beschluss nicht auf.

2. Ohne Rechtsirrtum führt das Landgericht aus, dass sowohl die Verwalterin nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 und 3 WEG als auch die Eigentümergeinschaft nach § 21 Abs. 3 und 4 WEG berechtigt und verpflichtet war, die Instandsetzung der mangelhaften Abluftanlage zu veranlassen. Nach den verfahrensfehlerfreien Feststellungen der Vorinstanzen war der Antragsteller mehrfach vergeblich aufgefordert worden, die von dem Teileigentum ausgehende Störung zu beseitigen, wobei unstrittig war, dass die dem Sondereigentum des Antragstellers zuzurechnende Abluftanlage gravierende Mängel aufwies und sogar Brandgefahr bestand. Die dringende Reparaturbedürftigkeit der Anlage ergab sich auch aus der von dem Antragsteller gegen seinen Gewerbemieter angestregten Vorschussklage.

3. Rechtlich einwandfrei führt das Landgericht aus, der Antragsteller könne sich nicht darauf berufen, mit der Erhebung der Vorschussklage gegen den Gewerbemieter alles Erforderliche getan zu haben, wozu er als Teileigentümer gegenüber der Gemeinschaft verpflichtet sei. Die Befugnisse des Wohnungs- und Teileigentümers nach § 13 Abs. 1 und 2 WEG, nämlich mit den im Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben zu verfahren bzw. das gemeinschaftliche Eigentum mitzubenutzen, sind nach § 14 WEG eingeschränkt. Nach dieser Vorschrift ist jeder Wohnungseigentümer ver-

pflichtet, die im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile so instandzuhalten und von diesen sowie von dem gemeinschaftlichen Eigentum nur in solcher Weise Gebrauch zu machen, dass dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst (§ 14 Nr. 1 WEG). Der Wohnungs- und Teileigentümer ist auch verpflichtet, für die Einhaltung der in Nr. 1 bezeichneten Pflichten durch Personen zu sorgen, denen er die Benutzung der im Sonder- oder Miteigentum stehenden Grundstücks- oder Gebäudeteile überlässt (§ 14 Nr. 2 WEG). Mit der Vermietung oder Verpachtung seitens des Wohnungs- oder Teileigentümers wird der Mieter oder Pächter zum Erfüllungsgehilfen des Wohnungs- oder Teileigentümers hinsichtlich der Erfüllung der vertraglichen Obhutspflichten gegenüber der Eigentümergeinschaft (Senat NJW-RR 2000, 1684 = NZM 2000, 681 = FGPrax 2000, 142 = ZMR 2000, 559 = MDR 2000, 1311 = GE 2000, 1189 = WM 2000, 368). Denn es ist nicht gerechtfertigt, dass der Wohnungs- oder Teileigentümer sich durch Überlassung des Sondereigentums an Dritte von seiner Haftung nach vertraglichen Grundsätzen gemäß § 14 Nr. 1 und 2 WEG befreien kann und die Eigentümergeinschaft etwa auf deliktische Ansprüche gegen den Dritten beschränkt wäre. Der Wohnungs- oder Teileigentümer haftet für seinen Mieter oder Pächter nach § 278 BGB (BayObLGZ 1970, 65 = NJW 1970, 1550; BayObLG NZM 2002, 167 = ZMR 2002, 285 [= GuT 2002, 92]; LG Berlin ZMR 2001, 390; Kirchhoff ZMR 1989, 323; Weitnauer/Lüke, WEG 8. Aufl., § 14 Rdnr. 10; Bärmann/Pick/Merle, WEG 8. Aufl., § 14 Rdnr. 68; zweifeind Staudinger/Kreuer, WEG § 14 Rdnr. 26). Der Streit zwischen dem Antragsteller und seinem Gewerbemieter, wer von ihnen für die Instandsetzung und Wartung der Abluftanlage verantwortlich ist, ist für die Eigentümergeinschaft rechtlich ohne Bedeutung. Der Antragsteller kann sich gegenüber der Eigentümergeinschaft nicht darauf berufen, dass sein Gewerbemieter für den Zustand der Anlage verantwortlich sei. Der Antragsteller haftet gegenüber der Eigentümergeinschaft ebenso wie wenn er selbst das Restaurant mit der schadhafte Abluftanlage betreiben würde.

4. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn das Landgericht annimmt, die Eigentümergeinschaft sei gegenüber dem Antragsteller nicht verpflichtet, zunächst andere Wege zu beschreiten, insbesondere eine Versorgungssperre gegen seinen Gewerbemieter vorzunehmen, um diesen an dem Gebrauch der Räume zu hindern. Allerdings hat der Senat entschieden, dass die Eigentümergeinschaft aus gewichtigen Gründen auch dem Mieter eines Wohnungseigentümers die Versorgung der vermieteten Räume mit Heizung und Wasser bis zum Ausgleich bestimmter Ansprüche sperren darf (Senat NZM 2001, 761 = ZMR 2001, 1007 = MDR 2001, 1347 = ZWE 2001, 497 = KG Report 2001, 275 [= WM 2001, 456]). Denn die Eigentümergeinschaft hat auch gegenüber dem Mieter eines Wohnungseigentümers, obwohl sie mit diesem nicht in einem Vertragsverhältnis steht, direkte Unterlassungs- und Störungsbeseitigungsansprüche (BGH NJW 1996, 714 = ZMR 1996, 147 = MDR 1996, 355 [= WM 1996, 105]; OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 146 = MDR 1994, 59). Insoweit hat die Gemeinschaft aber ein Wahlrecht. Gegen die direkte Inanspruchnahme des Gewerbemieters durch die Gemeinschaft spricht im Übrigen, dass aus dem von dem Antragsteller selbst vorgelegten Urteil des Amtsgerichts Schöneberg vom 17. Januar 2001 hervorgeht, der Gewerbemieter selbst behauptete, die Abluftanlage habe bereits bei Beginn seines Mietverhältnisses nicht ordnungsgemäß funktioniert und der dortige Kläger, also der hiesige Antragsteller, habe selbst deren Umbau veranlasst. Unter diesen Umständen war es der Gemeinschaft schon nicht zumutbar, unmittelbar gegen den Gewerbemieter vorzugehen. Nach den verfahrensfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts hätte auch eine Unterbrechung allein der Abluftanlage gerade zu

einer verstärkten Geruchsbelästigung der übrigen Wohnungseigentümer geführt. Wie sich aus dem Rechtsbeschwerdevorbringen des Antragstellers ergibt, hat der Gewerbemietter die Räume auch erst kurz nach Erlass des angefochtenen Beschlusses vom 7. Dezember 2001 geräumt, also den Gaststättenbetrieb bis dahin noch weiter betrieben. Bei einem Vorgehen gegen den Gewerbemietter wäre die Gemeinschaft mindestens auf vergleichbare Schwierigkeiten gestoßen wie der Antragsteller.

5. Rechtsfehlerfrei führt das Landgericht ferner aus, auch die Eigenschaft der Abluftanlage als Sondereigentum stehe einer gültigen Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft nicht entgegen. Dabei kann rechtlich sogar dahinstehen, ob Teile der Abluftanlage als deren Zubehör entweder zum Mobiliareigentum des Antragstellers oder seines Gewerbemieters einerseits oder wegen ihrer Verbindung zum Gemeinschaftseigentum im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer stehen. Selbst wenn es sich bei Teilen der Abluftanlage um Sondereigentum oder sogar Mobiliareigentum handeln sollte, steht dies einer Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft nicht entgegen. Der Antragsteller, der eine Beschlusskompetenz der Gemeinschaft insgesamt verneinen will, verkennt die Bedeutung der Entscheidung des BGH vom 20. September 2000 (BGHZ 145, 158 = NJW 2000, 3500 = ZMR 2000, 771 = ZWE 2000, 518 = GE 2000, 1478 [=WM 2000, 620]). Selbstverständlich ist ein Eigentümerbeschluss nichtig, der ohne jeden Anlass Regelungen über Gegenstände trifft, die im Sondereigentum oder gar im Mobiliareigentum eines Wohnungseigentümers stehen, etwa ein Balkonbeleg (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 805 = FGPrax 2002, 108 [=WM 2002, 276]), zumal da dies auch in den Kernbereich mindestens des Sondereigentums eingreift. Um einen grundlosen Eingriff in die Angelegenheiten des Sondereigentümers geht es jedoch im vorliegenden Fall nicht. Unbestritten war die Abluftanlage mangelhaft und im erheblichen Umfang sanierungsbedürftig. Nach den verfahrensfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts war die Feuerversicherung zudem nicht mehr bereit, das erhöhte Schadensrisiko zu tragen. Der Handlungsbedarf wird dadurch bestätigt, dass der Antragsteller selbst im Wege der Vorschussklage gegen seinen Gewerbemietter wegen der Instandsetzung der Abluftanlage vorgegangen ist. Die Unterlassung der Sanierung verstieß gegen die Handlungspflichten des Antragstellers nach § 14 Nr. 1 WEG. Für die Unterlassung seines Gewerbemieters hat der Antragsteller nach § 14 Nr. 2 WEG i. V. m. § 278 BGB einzustehen. Unter diesen Umständen hatte die Eigentümergemeinschaft Veranlassung, die notwendigen Verwaltungsmaßnahmen nach §§ 21 Abs. 3 und 4, 27 Abs. 1 Nr. 2 und 3 WEG festzulegen. Eine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergemeinschaft kann demgemäß nicht verneint werden, selbst wenn die Schadensquelle im Sondereigentum liegt.

6. In rechtlicher Hinsicht verkennt der Antragsteller ferner, dass die Eigentümergemeinschaft nur ihre Vorgehensweise festgelegt und der Verwalterin die entsprechenden Ermächtigungen erteilt hat, die sich aus der Pflichtverletzung des Antragstellers nach § 14 Nr. 1 und 2 WEG ergibt. Wäre es dem Antragsteller gelungen, die Mängel an der Abluftanlage unverzüglich beheben zu lassen, hätte sich der Auftrag an die Verwaltung erledigt. Auch soweit Einzelheiten der Vorgehensweise festgelegt worden sind, widerspricht dies nicht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung. Das gilt für die Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Verauslagung der Instandsetzungskosten und für die Ermächtigung, die Kosten ggf. im Klageverfahren gegen den Antragsteller geltend zu machen. Nach den verfahrensfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts ist in Bezug auf die Inanspruchnahme des Antragstellers wegen der Kosten auch lediglich eine Vorbereitungsmaßnahme anzunehmen. Eine sachliche Prüfung des Regressanspruchs der Gemeinschaft gegen den

Antragsteller ist in dem vorliegenden Verfahren deshalb nicht vorzunehmen, weil der Eigentümerbeschluss insoweit lediglich den Weg für die gerichtliche Klärung des Gemeinschaftsanspruches ermöglicht (Senat NJW-RR 1997, 1033 = ZMR 1997, 318 = WM 1997, 291 = FGPrax 1997, 92 = GE 1997, 561 = WE 1997, 227). Insgesamt war die Vorgehensweise der Gemeinschaft völlig ordnungsgemäß. Die Gemeinschaft hat dem Antragsteller vor Augen geführt, wie sie im Einzelnen vorgehen wird und worauf er sich einzustellen hat. Ohne diesen Eigentümerbeschluss hätte der Antragsteller vielmehr einwenden können, dass ihm eine Ersatzvornahme nicht vorher angedroht worden und die Verwalterin nicht ermächtigt sei, gegen ihn vorzugehen.

Es entspricht billigem Ermessen, dass der Antragsteller die Gerichtskosten dritter Instanz trägt. Angesichts der Verantwortlichkeit des Antragstellers für den ordnungsgemäßen Zustand seines Teileigentums sieht der Senat wie auch schon das Landgericht Veranlassung, die Erstattung der notwendigen außergerichtlichen Kosten dritter Instanz anzuordnen.

Mitgeteilt von VRiKG Dr. Briesemeister, Berlin

**§§ 5, 14, 22 WEG**  
**Bauliche Veränderung an der Abluftanlage**  
**für eine Gaststätte mit Vollküche**

**Auch der Teileigentümer, der sein Sondereigentum unbeschränkt gewerblich nutzen darf, kann daraus nicht ableiten, dass die Eigentümergemeinschaft ihm bauliche Veränderungen des Gemeinschaftseigentums (hier: 315 mm starke Abluftanlage an der Hoffassade bis über das Dach) gestatten müsste, damit er die Gewerbeinheit intensiver (hier: Gaststätte mit Vollküche) nutzen kann.**

(KG, Beschluss vom 8. 7. 2002 – 24 W 344/01)

**Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten zu I. und II. bilden die Wohnungseigentümergemeinschaft der Wohnanlage, die aus einem fünfgeschossigen Altberliner Mietshaus (Vorderhaus und Seitenflügel) besteht. Der Antragsteller ist Eigentümer der Teileigentumseinheit Nr. 2 im Erdgeschoss des Vorderhauses rechts und des Seitenflügels rechts. Nach der der notariellen Teilungserklärung vom 15. Mai 1984 beigefügten „Miteigentumsordnung“ II. § 2 Nr. 2. darf u. a. das Teileigentumsrecht Nr. 2 „unbeschränkt gewerblich genutzt werden“. In dem folgenden Absatz heißt es:

„Die gewerbliche Nutzung des Wohnungs- und Teileigentums ist nur gestattet, wenn daraus keine unzumutbare Beeinträchtigung der anderen Wohnungseigentümer oder Mieter entsteht.“

Die Einheit des Antragstellers wird seit Jahrzehnten als Gaststätte, jedoch ohne „Vollküche“, betrieben. Die Antragsgegner (Beteiligte zu II.) haben sich in der Vergangenheit beschwert, dass Zigarettenrauch aus der Gaststätte über eine Entlüftungsanlage im Fenster in den Hof geriete. Der Antragsteller (Beteiligter zu I.) möchte die Räume mit der Möglichkeit vermieten, in ihnen eine Vollküche zu errichten. Das Bezirksamt genehmigt den Betrieb einer derartigen Küche nur, wenn die Räume mit einer über das Dach geführten Abzugsanlage ausgestattet sind. Der Antragsteller hat deshalb eine Abzugsanlage planen lassen, mit der die Abluft mittels eines Stahlrohrs an der Hoffassade bis über das Dach abgeleitet wird. Der Einbau des 315 mm starken Abluftrohrs durch einen Schornstein ist nicht möglich, weil die Schornsteine nur ein Ausmaß von 14 x 20 cm aufweisen. Die Eigentümer haben auf der Versammlung vom 13. Oktober 1998 den Antrag des Antragstellers mehrheitlich abgelehnt, den Bau einer Abluftanlage zu erlauben. Auf der Eigentümerversammlung vom 13. Juni 2000 haben die Antragsgegner es erneut abgelehnt, den Einbau einer Abzugsanlage zu gestatten.

Der Antragsteller ist der Auffassung, dass sich die Anforderungen an Gaststättenräume im Laufe der Jahre gewandelt hätten und Gaststättenräume nunmehr den Betrieb einer sog. Vollküche erforderten, weshalb ein Abluftrohr in der beantragten Art und Weise erforderlich sei. Der Antragsteller hat beantragt, ihm die Erlaubnis zu erteilen, die im Einzelnen bezeichnete Küchenabluftanlage mit einer Luftleistung von 4400 m<sup>3</sup>/h zu installieren. Das Amtsgericht Schöneberg hat mit Beschluss vom 8. März 2001 den Antrag zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht Berlin mit Beschluss vom 12. Oktober 2001 dem spezifizierten Antrag mit der Maßgabe stattgegeben, dass der Antragsteller die Kosten für die Errichtung, die Instandsetzung und die Instandhaltung der Abluftanlage zu übernehmen hat. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu II.

**Aus den Gründen:** II. Die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu II. (Antragsgegner) ist gemäß §§ 27, 29 FGG, 45 WEG zulässig. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Der angefochtene Beschluss des Landgerichts ist nicht in allen Punkten rechtsfehlerfrei (§ 27 Abs. 1 FGG).

1. Das Landgericht hat festgestellt, dass der Antragsteller zur Durchführung der im Einzelnen bezeichneten Installation der über das Dach geführten Küchenabluftanlage nicht der Zustimmung der Antragsgegner bedürfe und zur Begründung hierfür ausgeführt: Der Antragsteller habe ein Feststellungsinteresse, um eine mögliche Rückbauverpflichtung zu vermeiden. Der Bau der Abluftanlage sei eine bauliche Veränderung gemäß § 22 Abs. 1 WEG, da die äußere Gestaltung der Wohnanlage geändert werde. Den übrigen Eigentümern erwachse auch i. S. v. § 14 Nr. 1 WEG ein Nachteil, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehe. Es liege eine nachteilige Veränderung des Gesamteindrucks der Wohnanlage vor, weil sich die bauliche Veränderung nachteilig auf das äußere Bild auswirke und sich ein Wohnungseigentümer verständlicherweise beeinträchtigt fühlen dürfe. Trotz des vermeidbaren Nachteils sei eine Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer gleichwohl nicht erforderlich, weil diese die Veränderung gemäß § 242 BGB zu dulden hätten, um eine Gewerbeausübung zu ermöglichen und das Interesse des Antragstellers an der Gewerbeausübung die Beeinträchtigung der übrigen Wohnungseigentümer überwiege. Die Abluftanlage beeinträchtige nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen die übrigen Wohnungseigentümer nicht durch Geräusch- oder Geruchsbelästigungen. Der als nicht schwerwiegend zu betrachtenden nachteiligen Veränderung des Gesamteindrucks der Hoffassade durch den Einbau des Abluftrohrs stehe das überwiegende berechnete Interesse des Antragstellers gegenüber, in den Räumen eine Gaststätte mit Vollküche zu betreiben. Wenn der Teileigentümer der Einheit Nr. 2 nach der Teilungserklärung berechtigt sei, in den Räumen ein Gewerbe auszuüben, beinhalte dies auch die Nutzung als Gaststätte mit Vollküche. In den Räumen werde seit Jahrzehnten eine Gaststätte betrieben. Unstreitig habe sich das Dienstleistungsangebot von Gaststätten dergestalt geändert, dass vermehrt ein Bedürfnis bestehe, diese mit Vollküche zu betreiben, was aber eine Abluftanlage voraussetze. Diese könne hier nur durch das Abluftrohr an der Hoffassade installiert werden.

2. Diesen Ausführungen vermag der Senat rechtlich nicht zu folgen, weil das Landgericht nach seinen verfahrensfreien Feststellungen einerseits das Vorliegen einer baulichen Veränderung und auch einen vermeidbaren Nachteil i. S. d. § 22 Abs. 1 Satz 2, 14 Nr. 1 WEG bejaht, andererseits aber trotzdem nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einen Duldungsanspruch der übrigen Wohnungseigentümer annimmt,

die sich bei wiederholten Abstimmungen ganz überwiegend gegen die von dem Antragsteller gewünschte Abluftanlage ausgesprochen haben.

a) In § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG wird bestimmt, dass bauliche Veränderungen, die über die ordnungsmäßige Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums hinausgehen, nicht gemäß § 21 Abs. 3 beschlossen oder gemäß § 21 Abs. 4 verlangt werden können. Als Ausnahmebestimmung wird in § 22 Abs. 1 Satz 2 die sonst nötige Zustimmung eines Wohnungseigentümers zu solchen Maßnahmen nicht für erforderlich erachtet, als durch die Veränderung dessen Rechte nicht über das in § 14 bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt werden. Nach § 14 Nr. 1 WEG ist jeder Wohnungseigentümer verpflichtet, von dem gemeinschaftlichen Eigentum nur in solcher Weise Gebrauch zu machen, dass dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. Damit entfällt das Zustimmungserfordernis für eine bauliche Veränderung nur dann, wenn der Nachteil nicht über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht. Somit kommt es auf die Vermeidbarkeit des Nachteils, den das Landgericht in der Veränderung des äußeren Bildes der Hoffassade gesehen hat, an. Aus Rechtsgründen kann der Senat hier die Unvermeidbarkeit nicht nachvollziehen.

b) Auch wenn nach den Feststellungen des Landgerichts in den Räumen des Antragstellers seit Jahrzehnten eine Gaststätte (jedoch ohne sog. Vollküche) betrieben worden ist, ist in der Teilungserklärung diese Nutzungsart nicht ausdrücklich festgeschrieben worden. Bei der Beschreibung des Miteigentumsanteils zu Nr. 2 wird lediglich von der Verbindung mit dem Sondereigentum an den im Erdgeschoss des Vorderhauses rechts und des Seitenflügels rechts belegenen, nicht zu Wohnzwecken dienenden, Räumen mit einer Nutzfläche von ca. 79,96 m<sup>2</sup> gesprochen. In der Miteigentumsordnung ist unter II. § 2 Nr. 2. allerdings gesagt, dass u. a. das Teileigentumsrecht Nr. 2 „unbeschränkt gewerblich genutzt werden“ darf. Damit entspricht die Teilungserklärung im Ergebnis dem vom Senat entschiedenen Fall, dass die Zweckbestimmung „Gewerbe (oder) Laden“ im Zweifel den Betrieb eines Restaurants im Teileigentum (das allerdings eine Nutzfläche von 207,78 m<sup>2</sup> hatte) nicht ausschließt (Senat, Beschluss vom 17. November 1999, 24 W 3094/99, NZM 2000, 387 = ZMR 2000, 250 = GE 2000, 477 = FGPrax 2000, 58 = KGR 2000, 77 [= WM 2000, 333 KL]). In der zitierten Entscheidung hat der Senat aber lediglich entschieden, dass nach den dort widersprüchlichen Angaben in der Teilungserklärung im Zweifel die Nutzung als Gewerbe ohne Beschränkung zählt, keineswegs aber, dass aus der konkret gewählten Art als Gaststätte mit Vollküche ein Anspruch gegen die Wohnungseigentümergeinschaft abgeleitet werden könnte, zur Steigerung der Nutzung etwa bauliche Veränderungen am Gemeinschaftseigentum vorzunehmen. Auch wenn in einer Teileigentumseinheit ein Gewerbe jeder Art ausgeübt werden kann, heißt dies nicht, dass daraus eine Pflicht der anderen Wohnungseigentümer erwächst, bauliche Veränderungen zu gestatten. Vielmehr ist in diesen Fällen § 22 Abs. 1 WEG auch eine Grenze für die in der Teileigentumseinheit erlaubte Gewerbeausübung.

c) Schon nach der Teilungserklärung ist für die Teileigentumseinheit des Antragstellers nicht der Betrieb einer Gaststätte festgeschrieben (wenn auch erlaubt). Im Übrigen hat das Landgericht auch nur ausgeführt, dass der Trend zu einer Gaststätte mit Vollküche gehe. Damit ist jedoch noch längst nicht festgestellt, dass Gaststätten, zumal in Räumen mit einer Nutzfläche bis 80 m<sup>2</sup>, nur mit einer Vollküche betrieben werden könnten. Die Beteiligten zu II. verweisen zutreffend darauf, dass es dem Antragsteller nicht um die Sicherung des bisher in den Räumen üblichen Gaststättenbetriebes gehe, son-

dem um deren Ausweitung. Dies kann aber aus der Teilungserklärung nicht hergeleitet werden. Insoweit besteht auch kein Vertrauens- oder Bestandsschutz des Teileigentümers. Zum Zwecke der besseren Verwertung des Teileigentums darf nicht die Veränderungssperre des § 22 Abs. 1 WEG außer Kraft gesetzt werden. Zur Vervollständigung sei darauf hingewiesen, dass in § 5 Abs. 1 WEG neben dem Schutz durch § 14 WEG ausdrücklich der Schutz der äußeren Gestaltung des Gebäudes genannt wird, der durch den Gebrauch des Sondereigentums nicht beeinträchtigt werden darf.

d) Mit dieser Entscheidung sieht sich der Senat im Einklang mit dem Beschluss des OLG Köln vom 28. Januar 2000 (16 Wx 189/99 – NZM 2000, 297 = ZWE 2000, 428): Die Installation einer Entlüftungsanlage am Küchenfenster eines Gaststättenbetriebes, durch die die Wrasen und Dünste ins Freie abgeführt werden, stellt eine bauliche Veränderung dar, die der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedarf. Dass die Wohnungseigentümer über Jahre den Betrieb einer Gaststätte, die den Betrieb einer solchen Entlüftungsanlage nicht erfordert hatte, gestattet haben, gibt dem Betreiber, der im Interesse der Wirtschaftlichkeit seinen Betrieb erweitern möchte, keinen Anspruch gegen die anderen Wohnungseigentümer, der Installation einer in diesem neuen Rahmen erforderlichen Entlüftungsanlage zuzustimmen.

e) Unabhängig davon weist der Senat darauf hin, dass der Einbau des Abluftrohres nicht mit Fällen zu vergleichen ist, in denen es um die Anbringung eines Praxisschildes für einen freiberuflich tätigen Wohnungseigentümer am Haus- und Wohnungseingang (vgl. Senat NJW-RR 1995, 333 = FGPrax 1995, 27 = WM 1994, 494) oder um die Anbringung einer ortstüblichen Leuchtreklame für ein in zulässiger Weise in der Wohnanlage betriebenes Gewerbe (vgl. BayObLG NZM 2000, 1236 = ZMR 2001, 123 = ZWE 2001, 67 = GE 2000, 1629 [=WM 2000, 686]) geht.

Demzufolge ist auf das Rechtsmittel der Beteiligten zu II. der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Erstbeschwerde des Antragstellers gegen den zurückweisenden Beschluss des Amtsgerichts wiederherzustellen.

Es entspricht billigem Ermessen, dass der Antragsteller die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens trägt (§ 47 Satz 1 WEG). Dagegen besteht, auch im Hinblick auf die unterschiedliche rechtliche Bewertung durch die Instanzen, kein hinreichender Anlass, die Erstattung außergerichtlicher Kosten anzuordnen (§ 47 Satz 2 WEG).

[Geschäftswert 2556,46 € (5000,00 DM)]

Mitgeteilt von Frau RiKG S. Kingreen, Berlin

### §§ 21, 22 WEG

#### Modernisierende Instandsetzung; Warmwasserboiler

**1. Die Ersetzung zweier 16 Jahre alter je 750 l fassender Warmwasserboiler, von denen einer defekt ist, durch einen neuen 500-l-Boiler aus Edelstahl, der durch sein besseres Heizsystem warmes Wasser in ausreichender Menge zur Verfügung stellt, ist keine bauliche Veränderung, sondern eine mit Mehrheit zu beschließende – modernisierende – Instandsetzung.**

**2. Bei mehreren gleichwertigen Lösungen steht der Eigentümergemeinschaft ein Ermessensspielraum bei der Auswahl der in Betracht kommenden Maßnahmen zu.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. 5. 2002 – 3 Wx 40/02)

**Aus den Gründen:** II. 2. a) Ein mehrheitlicher Beschluss der Wohnungseigentümer war ausreichend. Denn die beschlossene Maßnahme dient der ordnungsgemäßen Instandsetzung des Eigentums. Die Frage, ob eine Maßnahme noch als – modernisierende – Instandsetzung oder Instandhaltung zu be-

werten ist oder diese bereits eine darüber hinausgehende bauliche Veränderung oder Aufwendung i. S. d. § 22 Abs. 1 WEG darstellt, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien zu beurteilen. Dabei ist allgemein anerkannt, dass der Begriff der Instandhaltung bzw. Instandsetzung nicht bloß auf die Erneuerung bzw. das Auswechseln bereits vorhandener Bauteile oder Einrichtungen beschränkt ist, sondern bei der Ersatzbeschaffung die technische Weiterentwicklung und den verbesserten Standard unter Berücksichtigung einer vernünftigen Kosten-Nutzen-Analyse umfasst. Auch eine über die bloße Reproduktion des bisherigen Zustands hinausgehende bauliche Veränderung, die eine technisch bessere und wirtschaftlich sinnvollere Lösung zur Behebung eines Mangels darstellt, ist eine ordnungsgemäße Instandsetzung (vgl. Senat OLGR 2000, 442 [=WM 2000, 509 KL]; OLGR 2000, 82 [=WM 1999, 647]; OLG Köln ZMR 1998, 49 [=WM 1997, 455]; Beschluss vom 15. März 2002 – 3 Wx 13/02 [=WM 2002, 277]; KG WM 1996, 300; WE 1994, 335, 336 [=WM 1994, 223]; BayObLG NZM 1998, 338 [=WM 1998, 506]; Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl., § 21 Rz. 134).

b) Durch den angefochtenen Beschluss haben sich die Wohnungseigentümer mehrheitlich dafür entschieden, für die Warmwasserbereitung einen neuen 500-Liter-Boiler der Firma V. Typ V, gefertigt aus Edelstahl, zu installieren, hierüber entsprechende Kostenangebote einzuholen und gegebenenfalls durch den Verwalter nach vorheriger Genehmigung durch den Verwaltungsbeirat einen dahin gehenden Auftrag an den preisgünstigsten Anbieter – gewissermaßen als Notmaßnahme für den Fall, dass der verbliebene Boiler bereits vor der nächstfolgenden Eigentümerversammlung irreparabel defekt wird, zu vergeben. Die beschlossene Maßnahme ist nach Meinung des Sachverständigen zur (Wieder-)Herstellung einer ordnungsgemäßen Warmwasserbereitung geeignet. Darüber hinaus stellt sie sich – weil sie gleichzeitig für eine Reduzierung des Energieaufwands für die bereitzustellende Warmwassermenge von 1500 Liter auf 500 Liter sorgt, den Wartungsbedarf auf ein Gerät beschränkt, das wegen seiner Ausführung in rostfreiem Stahl zudem keine Schutzanode benötigt – als technisch bessere und wirtschaftlich sinnvollere Lösung dar im Vergleich zu der bloßen Ersetzung des defekten Gerätes durch ein qualitativ gleichwertiges neues Gerät, wodurch der abzusehende nicht zeitferne Ersatzbedarf des zweiten aus dem Jahr 1986 stammenden Boilers fortbestehen würde. Selbst wenn man – was zweifelhaft erscheint – die Ersetzung lediglich des defekten Boilers mit Blick auf die durch einen zweiten Boiler gewährleistet erhöhte Sicherheit bei Ausfall als der von dem Ingenieurbüro E. befürworteten Lösung gleichwertig erachtet, stünde der Eigentümergemeinschaft ein *Ermessensspielraum* bei der Auswahl zu. Wie der Senat bereits mehrfach ausgeführt hat, sind vertretbare Mehrheitsentscheidungen in diesem Rahmen grundsätzlich hinzunehmen (vgl. Senat WE 1991, 252; Beschluss v. 26. 4. 1999 – 3 Wx 32/99). Die Wohnungseigentümer können sich für das ihnen am meisten zusagende Angebot entscheiden, sofern dies – wofür vorliegend kein Anhalt besteht – nicht nach Preis und Qualität der Ausführung negativ aus dem Rahmen fällt. Wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft sich unter den gegebenen Umständen für ein Gerät der Firma V. mit der Speichermenge von 500 Litern als – modernisierende – Instandsetzungsmaßnahme entscheidet, widerspricht der Beschluss über Einholung entsprechender Kostenangebote und eine womögliche Auftragsvergabe durch den Verwalter nach vorheriger Genehmigung durch den Verwaltungsbeirat an den preisgünstigsten Anbieter – gewissermaßen als Notmaßnahme für den Fall, dass der verbliebene Boiler bereits vor der nächstfolgenden Eigentümerversammlung irreparabel defekt wird – nicht ordnungsgemäßer Verwaltung (§ 21 Abs. 4 WEG).

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Schütz, Hünxe

### Politik und Recht

Die Pressemitteilungen des BGH Nrn. 79, 80, 81, 82 und des OLG Köln v. 30. 8. 2002 betr. Personalien sind (z. T. auszugsweise) in redigierter Form für unsere Leser kostenfrei bereitgestellt unter [www.GuT.prewest.de/GuT619](http://www.GuT.prewest.de/GuT619)

#### Antrag v. 11. 6. 2002 von Abgeordneten und der Fraktion der SPD sowie von Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 14/9355)

##### Die nachhaltige Stadt- und Wohnungspolitik weiter vorantreiben

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Die Bilanz der Städtebau- und Wohnungspolitik der Bundesregierung der 14. Legislaturperiode ist rundum positiv. Der Reformstau ist aufgelöst, dringend notwendige Reformen sind umgesetzt: Verbesserung des Wohngeldes, Modernisierung des Mietrechtes, das Gesetz zur sozialen Wohnraumforderung.

Die Integration von Städtebau- und Wohnungspolitik ist eingeleitet. Die neuen Programme „Die Soziale Stadt“ und „Stadtumbauprogramm Ost“, aber auch die Neugestaltung der sozialen Wohnraumförderung, sind richtungweisend für neue Konzepte der Stadtentwicklung.

Die nachhaltige Stadtentwicklung ist das Leitbild der Neuorientierung in der Städtebau- und Wohnungspolitik. Viele Städte müssen sich allerdings auf die rückläufige Bevölkerungsentwicklung, die Veränderung der Altersstruktur und den Umgang mit Zuwanderung einstellen. Auch werden die sich verändernden Qualitätsansprüche an das Wohnen und das Wohnumfeld größere Bedeutung bekommen.

Es gibt in großen Teilen Deutschlands einen entspannten Wohnungsmarkt, sogar Leerstände. Der Wohnungsmarkt hat sich weiter differenziert. Wir haben Regionen mit großem Wohnungsüberhang und Regionen mit ausgeglichenem Wohnungsmarkt, aber auch Ballungszentren mit großer Wohnungsnachfrage.

Die Rekordzahlen im Wohnungsbau Anfang der neunziger Jahre waren auf den Nachholbedarf in den neuen Ländern und die starke Zuwanderung nach Deutschland zurückzuführen. In den kommenden Jahren wird Neubau auf niedrigerem Niveau erfolgen, abhängig von der Bevölkerungsentwicklung und Binnenwanderung. Die Nachfrage nach selbst genutztem Wohneigentum wird konstant bleiben.

Die Förderung des selbst genutzten Wohneigentums hat gesellschaftspolitisch einen hohen Stellenwert. Sie dient der Vermögensbildung und der Altersvorsorge breiter Schichten der Bevölkerung. Wir messen der Eigenheimzulage einen hohen Stellenwert zu. Für die Förderung des selbst genutzten Wohneigentums werden in diesem Jahr insgesamt 10 257 Mio. Euro angesetzt, davon beim Bund 4361 Mio. Euro. Hinzu kommen 500 Mio. Euro für die Wohnungsbauprämien, das Sonderprogramm „Wohneigentumsbildung in innerstädtischen Altbauquartieren“ im Rahmen des Stadtumbau Ost und die Mittel zur Eigentumsbildung über die soziale Wohnraumförderung.

Neben der Quantität rückt die Qualität des Bauens immer mehr in den Mittelpunkt. Für künftige Stadtentwicklung hat der Bestand an Gebäuden und Wohnungen eine wesentliche Bedeutung. Die Pflege und weitere Nutzung des Bestandes ist ökologisch sinnvoll und wirtschaftlich erforderlich. Bereits heute sind die Förderinstrumente intensiv auf die nach-

haltige Nutzung und Modernisierung des Wohnungsbestandes ausgerichtet. Dies spiegelt sich insbesondere in den Gesetzen zum Mietrecht, zur sozialen Wohnraumförderung und in dem Programm „Stadtumbau Ost“ wider. Das zeigt sich auch in dem Sanierungsprogramm zur CO<sub>2</sub>-Minderung und der finanziellen Ausstattung des „KfW-Wohnraummodernisierungsprogrammes II“, dem „100 000-Dächer-Programm“ und der Energieeinsparverordnung. Mit all diesen Programmen wird das nachhaltige Bauen gefördert, denn die Bauaufgaben der Zukunft erfordern ganzheitliches Handeln. Die Bundesregierung hat die Grundlagen für Qualitätssteigerung, geringere Umweltbelastung und Kosteneinsparung bei Bau, Modernisierung und Nutzung von Wohngebäuden geschaffen. Eine konsequente Modernisierung des Wohnungsbestandes bei Verstärkung des Neubaus auf einem ausgewogenen Niveau gibt den Städten und Gemeinden die notwendige soziale und wirtschaftliche Stabilität, garantiert eine nachhaltige Stadtentwicklung und schafft Verlässlichkeit für das Handwerk und die regionale Bauwirtschaft.

Wir müssen die Innenstadt als Wohnort wieder neu entdecken. Eine Initiative für aktive, wirtschaftlich und kulturell attraktive Innenstädte erfordert die Zusammenarbeit aller Akteure. Auch Familien mit Kindern sollen wieder gerne im Innenbereich unserer Städte leben und arbeiten. Dazu müssen die Kernbereiche innerstädtischen Lebens gestärkt werden: Wohnen in der Innenstadt; Nahversorgung mit Gütern des täglichen Bedarfs; Verbesserung der Infrastruktur, Architektur und Baukultur; Gestaltung des öffentlichen Raums; Kooperation zwischen Bürgern, Wirtschaft und Verwaltung. „City 21 – das Bündnis für lebendige Innenstädte“, eine Initiative des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, zeigt an ausgewählten Modellprojekten, welche Wege einzelne Städte bereits heute gehen, um die Attraktivität ihrer Innenstädte zu erhöhen.

II. Der Deutsche Bundestag begrüßt,

- dass sich die Städtebauförderung des Bundes zu einem erfolgreichen Instrument zur Erneuerung und Entwicklung unserer Städte entwickelt hat. Die Städtebauförderung trägt dazu bei, die Bewohnbarkeit der Städte zu sichern und zu verbessern. Sie verknüpft verschiedene Politikfelder in neuen, integrativen Ansätzen;
- dass die ostdeutschen Städte durch das neue Programm „Stadtumbau Ost“ gestärkt werden. Kommunen mit einem städtebaulichen Entwicklungskonzept erhalten finanzielle Hilfen für die notwendige städtebauliche Entwicklung. Die Wohnungswirtschaft bekommt Hilfen zur Beseitigung des Leerstands und zur Aufwertung von Wohnquartieren. Investitionen in Altbauwohnungen und die Bildung von Wohneigentum in innerstädtischen und innenstadtnahen Lagen werden zusätzlich gefördert;
- dass der Stadtumbau in den alten Bundesländern erstmals in das Forschungsprogramm des Bundes aufgenommen worden ist;
- dass das Programm „Soziale Stadt“ gesichert ist. Es verbessert die Lebens- und Wohnsituation in städtischen Problemlagen und stärkt den sozialen Zusammenhalt durch eine aktive, integrative und ressortübergreifende Stadtentwicklungspolitik. Es geht damit über die traditionelle Städtebauförderung hinaus;
- dass die Bundesregierung eine Kommission zur Neuordnung der Gemeindefinanzen eingesetzt hat;
- dass die Bundesregierung – zusammen mit den Ländern und Kommunen – mit der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie das Ziel verfolgt, den täglichen Flächenverbrauch

von 129 ha zu reduzieren und bis 2020 auf maximal 30 ha pro Tag zu begrenzen.

III. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf,

- das Programm „Die soziale Stadt“ zu verstetigen und weiterzuentwickeln, um der sozialen Erosion betroffener Wohnsiedlungen zu begegnen. Die Bemühungen zur Bündelung und Vernetzung der ressortübergreifenden Aktivitäten auf Bund-, Länder- und Gemeindeebene sollen weiter ausgebaut werden; dazu zählt auch die Vernetzung mit Mitteln der EU;
- die deutlich verstärkte Städtebauförderung mit Blick auf neue Entwicklungen weiter zu gestalten;
- das Programm „Stadtumbau Ost“ im Dialog mit den Ländern, Kommunen, der Wohnungs- und der Kreditwirtschaft fortzuführen und problemgerecht weiterzuentwickeln, um den Städten und Gemeinden in den neuen Ländern zu helfen, Leerstand abzubauen und neues kommunales Selbstbewusstsein zu entwickeln;
- neue Ansätze zur Stärkung der Innenstädte als Wohnort und Standort von Einzelhandel, Dienstleistung und Gewerbe zu unterstützen;
- den Dialog mit den gesellschaftlichen Akteuren weiterzuführen, um die Bau- und Stadtqualität zu erhöhen. Mit der Initiative „Architektur und Baukultur“ wurden bereits erste Zeichen gesetzt;
- den Flächenverbrauch zu reduzieren, auch durch qualitative Aufwertung brachliegender Siedlungsflächen;
- mit der anstehenden Novelle des Bauplanungsrechts und der Reform der Grundsteuer Anreize für einen sparsamen Umgang mit der Ressource Boden zu geben und das Bauen im Siedlungsbestand zu befördern;
- weiterhin das kostengünstige und qualitätsbewusste Bauen zu stärken, die Verbraucherrechte beim Wohneigentum zu stärken und die Anwendung umwelt- und gesundheitsverträglicher Baumaterialien in Wohn- und Nichtwohngebäuden mit geeigneten Instrumenten zu befördern;
- die Förderung des selbst genutzten Wohneigentums fortzusetzen und dabei stärker als bisher auf die Bestandsförderung auszurichten;
- die Rahmenbedingungen für das genossenschaftliche Wohnen zu verbessern;
- die Modernisierung des Wohnungsbestandes zur weiteren CO<sub>2</sub>-Minderung fortzuführen.

### **Antrag v. 3. 7. 2002 von Abgeordneten und der Fraktion der FDP (BT-Drs. 14/9698)**

#### **Bausteine für eine liberale Bürgerstadt**

Der Bundestag wolle beschließen:

Die liberale Bürgerstadt bezieht ihren Reiz, ihre Kraft und Dynamik aus ihrer Vielfalt: Sie ist attraktiver Wohnort und Wirtschaftsstandort zugleich, sie ist eigenständig und selbstorganisiert und lebt von der Eigeninitiative, der Beteiligung, der Kommunikation und Mobilität ihrer Bürger. Die Bürgerstadt ist prägender Bildungs- und Kulturstandort. Ihre Integrationsfähigkeit entwickelt sie aus dem toleranten Miteinander ihrer Bewohner und aus der Sicherheit, die sie ihren Bürgern auch gegen Kriminalität und Gewalt bietet. Die liberale Bürgerstadt wirkt der Entstehung sozialer Brennpunkte durch mannigfache Hilfen auch mit städtebaulichen Mitteln entgegen.

Freiheit, Verantwortung und Privateigentum sind die entscheidenden Merkmale, welche die Bausteine für eine zukünftige liberale Bürgerstadt prägen. Es ist eine öffentliche Aufgabe den Rahmen für eine marktwirtschaftliche und bürgerorientierte Städtebaupolitik zu gestalten.

1. Der Deutsche Bundestag bekennt sich zur Stadtplanung als öffentlicher Aufgabe, zur regionalen und örtlichen Unterschiedlichkeit und zum Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung. Die Stadtplanung bleibt eingebunden in die überregionale Raumordnungsplanung. Entscheidungs- und Koordinierungsprozesse müssen im Wesentlichen örtlich verankert werden.

2. Der Deutsche Bundestag versteht die Stadtplanung als Koordinationsaufgabe von Nutzungsmöglichkeiten in der Fläche. Die Eigentümer und die Nutzer stellen ihr Angebot und ihre Nachfrage unter öffentlicher Koordination, welche einen Abwägungsprozess unter möglichst breiter Bürgerbeteiligung beinhaltet, aufeinander ein.

3. Der Deutsche Bundestag setzt sich [ein] für eine Stadtplanung moderner Prägungen, die sich an den positiven Effekten der Koordination ausrichtet und [an] der Mehrung des Wohlstandes aller. Stadtplanung ist der Bewahrung und dem Ausbau der Freiheit künftiger Generationen verpflichtet.

4. Ressourcen sind schonend zu verwenden. Die Infrastruktur ist so angelegt, dass auch zukünftigen Generationen eigenverantwortliche Optionen möglich sind.

5. Das bestehende öffentliche Baurecht erfüllt die liberalen Anforderungen bisher nur begrenzt. Die baurechtlichen Bestimmungen stellen den Städten inzwischen eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung, die Planungsprozesse verschleunigen, Private stärker beteiligen und Ressourcen schonen. Die gewünschte Beschränkung der Städte auf die Aufgabe der Koordination der Nutzungsinteressen erfordert jedoch eine grundlegende Reform des besagten Instrumentariums, weil es nicht ausreichend oder gar missbräuchlich im Sinne der freiheitlichen Ziele und freiheitlichen Entscheidungsräume eingesetzt wird.

Der Deutsche Bundestag fordert deshalb:

- Die Einschränkung kommunaler Rechte bei der Stadtplanung muss verhindert werden.
- Die missbräuchliche Vermischung stadtplanerischer Instrumente mit haushalts-, vermögens- und sozialpolitischen Zielen muss beendet werden.
- Das Baugesetzbuch ist mit dem Ziel zu reformieren, die Koordination der Nutzungsrechte der Eigentümer am Markt zu erleichtern und die Planungshoheit der Kommunen zu stärken.
- Die Baunutzungsverordnung wird mit dem Ziel reformiert, eine stärkere Durchmischung der Nutzungsmöglichkeiten Arbeit, Wohnen und Leben zu erreichen.

### **Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“ zum Prostitutionsgesetz**

Der Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“ hat am 18/19. 6. 2002 zu den gewerberechtlichen Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes den folgenden Beschluss gefasst:

„1. Die Prostitution ist auch nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes kein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung. Selbständige Prostituierte müssen daher weder eine Gewerbeanzeige erstatten noch einen Antrag auf Erteilung einer Reisegewerbekarte für die Ausübung sexueller Handlungen mit Dritten stellen. Entsprechende Gewerbeanzeigen und Anträge sind abzuweisen.

2. Bordellbetreiber sind als Gewerbetreibende anzuerkennen und haben ihr Gewerbe anzuzeigen.

3. Bei Gaststätten mit Anbahnungsbetrieb oder Bordellen mit gastgewerblicher Tätigkeit kann die Erlaubnis grundsätzlich nicht allein wegen des Merkmals „der Unzucht Vorschub leisten“ im Sinne von § 4 Absatz 1 Nr. 1 Gaststättengesetz versagt oder entzogen werden.

4. Versagung und Entzug der gaststättenrechtlichen Erlaubnis oder – im Falle der Ziffer 2 – eine Untersagung nach § 35 Gewerbeordnung sind aber insbesondere angezeigt,

wenn der Betrieb dieser Gaststätten oder Bordelle die Gefahr eröffnet, dass Prostituierte ihrer Tätigkeit gegen ihren Willen nachgehen müssen oder in sonstigen Abhängigkeiten verhaftet sind. Gefahren für den Jugendschutz, Belästigungen der Gäste wie auch der Anwohnerschaft können im konkreten Fall eine Versagung oder den Entzug sowie auch die Erteilung von Auflagen rechtfertigen.

Die Länder Baden-Württemberg und Thüringen teilen die Beschlusslage zu Ziffer 1 lediglich im Ergebnis. Bezüglich der Ziffern 2–4 tragen sie den Beschluss aus Rechtsgründen nicht mit.“

Quelle: EildStNRW 1. 8. 2002, S. 356

### **BGH-Pressemitteilung Nr. 70/2002 v. 10. 7. 2002**

#### **Gemeinde darf Grundstücksverkauf mit Bezug von Fernwärme koppeln – Kein Wettbewerbs- oder Kartellverstoß der Gemeinde Börnsen –**

Die beklagte Gemeinde Börnsen ist zusammen mit den Hamburger Gaswerken Mehrheitsgesellschafterin eines Energieverteilungsunternehmens, der Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH. Seit 1998 unterhält die GmbH ein eigenes auf dem Prinzip der Kraft-Wärmekopplung beruhendes gasbetriebenes Blockheizkraftwerk, das ein Neubaugebiet der Gemeinde mit Fernwärme versorgen soll. Ein Teil der Grundstücke im Neubaugebiet steht im Eigentum der Gemeinde. Beim Verkauf der Grundstücke verpflichtet sie die Käufer zur Abnahme der Fernwärme der Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH und läßt sich diese ausschließliche Bindung durch eine im Grundbuch eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit sichern. Außerdem macht sie die Vergabe von Aufträgen für die Erschließung des Neubaugebiets davon abhängig, daß die Erschließungsträger eigene Grundstücke in diesem Gebiet ebenfalls nur mit einer solchen Verpflichtung zur Abnahme von Fernwärme verkaufen.

Der Kläger, der als Verband die Interessen von Brennstoff- und Mineralöhländlern vertritt, hat dieses Verhalten der Gemeinde als wettbewerbswidrig bestanden und ein Verbot für beide Formen der Einflußnahme – einmal die unmittelbare Verpflichtung der Käufer, einmal ihre mittelbare Verpflichtung über die Erschließungsträger – beantragt. Seine Klage hatte vor dem Landgericht Kiel und dem Oberlandesgericht Schleswig Erfolg. Das Berufungsgericht hat – ebenso wie das Landgericht – gestützt auf § 1 UWG den Wettbewerbsverstoß darin gesehen, daß die beklagte Gemeinde unter Ausnutzung der Vorteile, die ihr aus ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung erwachsen, mit ihrem Verhalten den Leistungswettbewerb unter den Energielieferanten zu Lasten der Mineralöhländler ausschließe. Ferner hat es das Verhalten der Beklagten als kartellrechtswidrig eingestuft.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 9. 7. 2002 – KZR 30/00). Er hat das Verhalten der Gemeinde weder als wettbewerbs- noch als kartellrechtswidrig angesehen. Soweit die Gemeinde durch ihre Beteiligung an einem Blockheizkraftwerk Aufgaben der Daseinsvorsorge in privatwirtschaftlicher Form wahrnehme oder als Verkäuferin von Grundstücken am privaten Rechtsverkehr teilnehme, genieße die öffentliche Hand keine Vorzugsstellung. Sie unterliege grundsätzlich aber auch keinen strengeren Verhaltensregeln als ein privater Grundstückseigentümer oder ein privates Energieversorgungsunternehmen. Die öffentliche Hand dürfe sich allerdings bei ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, daß sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Förderung ihrer Position im Wettbewerb einsetze oder ihre Mitbewerber mit Mitteln verdränge, die nur ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stünden.

Derartige Umstände hat der Senat im Streitfall für nicht gegeben angesehen. Sie liegen – so der BGH – insbesondere nicht in den vertraglichen Ausschließlichkeitsbindungen. Das Verhalten der Gemeinde sei vergleichbar mit dem Verhalten eines Bauträgers, der für ein Neubaugebiet eine Fernwärmeversorgung vorsehe und in die Grundstückskaufverträge eine entsprechende Bezugsverpflichtung aufnehme.

Ein kartellrechtswidriges Verhalten hat der Senat verneint, da die beklagte Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Verkäuferin von Bauland nicht in demselben Markt auftrete, in dem die Mitglieder des Klägers tätig seien, nämlich dem Markt der Wärmeenergie. Die Frage, ob durch die Förderung der Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH die Beklagte auch eine eigene Tätigkeit in dem Markt der Wärmeenergie entfalte, konnte der Senat offen lassen, da ein solches Verhalten der Beklagten aus dem im Rahmen der Lauterkeitsprüfung bereits angestellten Erwägungen auch kartellrechtlich nicht zu beanstanden wäre.

Auch die mittelbare Verpflichtung der Käufer über die Erschließungsträger hat der Bundesgerichtshof nicht beanstandet. Dieses Verhalten der beklagten Gemeinde unterliege zwar einem strengeren wettbewerbsrechtlichen Maßstab, weil die Vergabe öffentlicher Erschließungsaufträge nicht mit privaten Interessen der Gemeinde verquickt werden dürfe. Einen Wettbewerbsverstoß hat der Senat gleichwohl verneint, weil es der Gemeinde mit der Bezugsverpflichtung in erster Linie nicht um den wirtschaftlichen Erfolg der Gas- und Wärmedienst GmbH, sondern um den Klima- und Umweltschutz gegangen sei. Es sei ein berechtigtes von der Gemeinde verfolgtes Interesse, wenn sie auch auf diese Weise dafür Sorge trage, daß die Häuser in dem fraglichen Neubaugebiet nicht dezentral unter Verwendung fossiler Brennstoffe, sondern mit Fernwärme aus dem Blockheizkraftwerk versorgt werden.

### **OLG Köln – Pressemitteilung v. 28. 6. 2002**

#### **Umfang der Verkehrssicherungspflichten des Veranstalters der „Lachenden Kölnarena“**

Das Oberlandesgericht Köln hat eine Entscheidung des Landgerichts Köln bestätigt, mit der dem Kläger ein Anspruch auf Schmerzensgeld und Schadensersatz gegen den Veranstalter der Karnevalsveranstaltung „Lachende Kölnarena“ wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht versagt worden war (Urt. v. 28. 6. 2002 – 19 U 7/02).

Bei der Großveranstaltung im Februar 2000 mit mehr als 10 000 Besuchern wurden Bierfässer zur Selbstbedienung verkauft. Diese mussten zu mobilen Ausgabestellen zurückgebracht werden, um das entrichtete Pfand auszulösen. Es war den Besuchern erlaubt, auch eigene Bierfässer mitzubringen. Der Kläger hat behauptet, durch den Rücktransport der Bierfässer sei in erheblichem Maße Flüssigkeit auf den Boden und die Treppenstufen zwischen den einzelnen Geschossen der Veranstaltungshalle geflossen. Er sei deshalb ausgerutscht und habe sich dadurch eine Fraktur des Außenknöchels zugezogen. Nach seinen Angaben hatte er selbst vor dem Unfall ca. 3,5 Liter Bier getrunken. Seine Klage auf Schmerzensgeld i. H. v. mindestens 7 500,- DM und auf Schadensersatz wegen Ausfalls bei der privaten Haushaltsführung i. H. v. 3 540,- DM hatte das Landgericht Köln abgewiesen.

Der Senat stellt maßgeblich darauf ab, dass die Beklagte schon eine ihr obliegende Verkehrssicherungspflicht nicht verletzt habe. Zwar sei sie verpflichtet gewesen, im Rahmen des Zumutbaren alles zu tun, um Unfälle zu vermeiden. Hierzu zähle insbesondere, die Flure und Treppen frei von Gefahren zu halten. Indessen seien die vom Kläger gestellten Anforderungen zum einen überzogen, zum anderen auch nicht geeignet gewesen, den behaupteten Sturz zu vermeiden: Der Beklagten könne organisatorisch nicht vorgehalten werden, dass die Rücknahme der leeren Bierfässer auf dem Weg erfolgte, der auch für den Ausgang vorgesehen war. Denn es sei ge-

richtsbekannt, dass ein großer Teil der Besucher seine eigenen Fässer mitbringe. Deshalb könne nicht ausgeschlossen werden, dass auch diese am Ende der Veranstaltung nicht immer ganz leere Bierfässer beim Verlassen des Veranstaltungsorts mitnehmen. Auch das Verteilen von „Plastikverschläüssen“ mit dem Hinweis, diese auf die leeren Fässer zu setzen, hilft nach der Entscheidung wenig. Nach der Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass nur ein geringer Teil der Besucher mit zum Teil erheblichem Alkoholkonsum so diszipliniert sei, dass sie diesen – wenn überhaupt noch auffindbar – am Ende der Veranstaltung verwenden. Nicht sinnvoll sei es vor diesem Hintergrund auch, „Sammelbehältnisse für Bierreste“ aufzustellen, da nicht damit zu rechnen sei, dass die Besucher dort ihr nicht getrunkenes Bier ausschütten. Auf den Umstand, dass zusätzlich eingestellte Reinigungskräfte in kurzfristigen Abständen Kontrollgänge und erforderliche Reinigungen vorgenommen haben sollen, komme es nicht an. Da der Unfall sich am Ende der Veranstaltung ereignet haben soll, sei eine Reinigung zwischen den Besucherströmen nicht möglich, jedenfalls nicht zumutbar gewesen. Die Forderung, sämtliche Treppen der Kölnarena mit besonders rutschfesten Matten auszustatten, überspanne die Sorgfaltspflichten der Beklagten.

Fazit: Nach der Entscheidung muss sich der Besucher bei einer solchen Massenveranstaltung der typischen Risiken bewusst sein und sich hierauf einstellen.

## Zahlen und Statistik

### Statistisches Bundesamt:

#### Gewerbeanzeigen und -abmeldungen im 1. Quartal 2002

Wie das Statistische Bundesamt mitteilt, wurden im 1. Quartal 2002 in Deutschland 195 000 Gewerbe angemeldet, das waren 5,8% weniger als im 1. Quartal 2001. Die Zahl der Gewerbeabmeldungen ging im gleichen Zeitraum um 3,4% auf 180 000 zurück.

Bei rund 155 000 Anmeldungen im 1. Vierteljahr 2002 gaben die Gewerbetreibenden an, einen Betrieb neu errichten zu wollen (-5,1% im Vergleich zum 1. Quartal 2001). Bei 48 000 dieser so genannten Neuerrichtungen (-8,5%) kann eine größere wirtschaftliche Substanz vermutet werden, da der Betrieb entweder in ein Register oder die Handwerksrolle eingetragen war oder zumindest einen Arbeitnehmer beschäftigte. Die übrigen rund 107 000 Neueinrichtungen (-3,5%) betrafen Kleingewerbetreibende oder Nebenerwerbsbetriebe. Bei weiteren 30 000 Anmeldungen wurde als Anlaß für die Meldung die Übernahme eines Betriebes (Kauf, Pacht, Erbfolge), eine Rechtsformänderung oder ein Gesellschaftereintritt mitgeteilt (-9,7%). In rund 10 000 Fällen verlegten Betriebe ihren Standort (-3,9%).

Bei rund 138 000 Abmeldungen wurde als Grund die Aufgabe des Betriebes genannt (-1,4%). Dabei dürfte es sich in über 40 000 Fällen um einen größeren Betrieb gehandelt haben (-1,3%), da dieser in ein Register eingetragen war oder mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigte. In 98 000 Fällen teilten Kleingewerbetreibende mit, ihren Betrieb aufgeben zu haben oder es wurde ein Nebenerwerb abgemeldet (-1,4%). Die Veräßerung oder Verpachtung des Betriebes, ein Gesellschafteraustritt oder die Änderung der Rechtsform waren Anlass der Abmeldung in knapp 28 000 Fällen (-12,2%). Bei 14 000 Anzeigen wurde der Betrieb mit dem Hinweis aufgegeben, dass an anderer Stelle ein Neuanfang geplant sei (-3,6%).

Neben An- und Abmeldungen wurden im 1. Quartal 2002 fast 47 000 Ummeldungen registriert (-4,5%). Grund dafür war, dass eine andere Tätigkeit oder zusätzlich eine neue Tätigkeit ausgeübt wurde oder ein Umzug innerhalb eines Meldebezirks stattgefunden hat.

In den neuen Ländern wurden im 1. Quartal des Jahres 2002 knapp 29 000 Gewerbe (-10,4%) angemeldet, 30 000 (-8,1%) abgemeldet und rund 10 000 (-6,3%) umgemeldet.

### Gewerbeanzeigen im 1. Quartal 2002

Gewerbeanzeigen <sup>1</sup>	Anzahl	Veränderung gegenüber dem Vorjahresquartal in %
Anmeldungen	195 439	- 5,8
Neuerrichtung	155 210	- 5,1
– Betriebe mit größerer wirtschaftlicher Substanz <sup>2</sup>	48 085	- 8,5
– Kleingewerbetreibende oder Nebenerwerbsbetriebe	107 125	- 3,5
Verlegung des Standorts	10 158	- 3,9
Übernahme <sup>3</sup>	30 071	- 9,7
Abmeldungen	180 304	- 3,4
Aufgabe eines Betriebes	138 587	- 1,4
– Betriebe mit größerer wirtschaftlicher Substanz <sup>4</sup>	40 587	- 1,3
– Kleingewerbetreibende oder Nebenerwerbsbetriebe	98 000	- 1,4
Verlegung des Standorts	13 927	- 3,6
Übergabe <sup>5</sup>	27 790	-12,2
Ummeldungen	46 680	- 4,5

1) Ohne Automatenaufsteller und Reisegewerbe.

2) Personengesellschaften, juristische Personen sowie Einzelunternehmen mit Eintragung in das Handelsregister oder die Handwerksrolle oder mit mindestens einem Arbeitnehmer.

3) Kauf, Pacht, Erbfolge, Rechtsformänderung, Gesellschaftereintritt.

4) Personengesellschaften, juristische Personen sowie Einzelunternehmen mit Eintrag in das Handelsregister oder mit mindestens einem Arbeitnehmer.

5) Verkauf, Verpachtung, Erbfolge, Rechtsformänderung, Gesellschafteraustritt.

Quelle: BAnz. v. 18. 7. 2002

**Hinw. d. Red.:** Die Zahlen des 1. Halbjahres 2001 stehen für unsere Leser kostenfrei bereit unter

[www.GuT.prewest.de/GuT45](http://www.GuT.prewest.de/GuT45)

Die Zahlen der ersten beiden Quartale 2001:

[www.GuT.prewest.de/GuT229](http://www.GuT.prewest.de/GuT229)

### Statistisches Bundesamt:

#### Die Einzelhandelsumsätze im Mai 2002

##### – Vorläufiges Ergebnis –

Wie das Statistische Bundesamt anhand erster vorläufiger Ergebnisse mitteilt, setzte der Einzelhandel in Deutschland im Mai 2002 nominal (in jeweiligen Preisen) 4,3% und real (in konstanten Preisen) 4,6% weniger als im Mai 2001 um, wobei der Mai 2002 einen Verkaufstag weniger als der Mai 2001 hatte. Nach Kalender- und Saisonbereinigung der Daten wurde im Vergleich zum April 2002 nominal 1,2% mehr abgesetzt. In den ersten fünf Monaten des Jahres 2002 wurden nominal 1,9% und real 3,1% weniger als im vergleichbaren Vorjahreszeitraum umgesetzt.

Mit dieser Pressemitteilung beginnend wird das Statistische Bundesamt erste vorläufige Konjunkturergebnisse für den Einzelhandel 30 Tage nach Abschluss des Monats vorlegen, also etwa 14 Tage früher als bisher. Diese vorläufigen Angaben basieren auf den Ergebnissen der umsatzgewichtigen Bundesländer.

Im Mai 2002 wurde im Einzelhandel mit Nahrungsmitteln, Getränken und Tabakwaren nominal 1,6% und real 2,2% weniger als im Mai 2001 abgesetzt; die Lebensmittelgeschäfte mit einem breiten Sortiment (Supermärkte, SB-Warenhäuser sowie Verbrauchermärkte) schnitten dabei besser ab (nominal -1,4%, real -2,0%) als der Facheinzelhandel mit Nahrungsmitteln – dazu gehören u. a. die Delikatessengeschäfte (nominal -4,4%, real -5,5%).

# GuT

Im Einzelhandel mit Nicht-Nahrungsmitteln – dazu gehört der Einzelhandel mit Gebrauchs- und Verbrauchsgütern – wurde sowohl nominal als auch real das Ergebnis des Vorjahresmonats nicht erreicht (jeweils –6,3%). Zwei Branchen erzielten sowohl nominal als auch real höhere Umsätze als im Mai 2001, nämlich der Versandhandel (nominal +1,8%, real +1,2%) und der Facheinzelhandel mit kosmetischen, pharmazeutischen und medizinischen Produkten sowie die Apotheken (nominal und real jeweils +0,7%). Nominal und real unter den Ergebnissen des Vorjahresmonats blieben der Facheinzelhandel mit Hausrat, Bau- und Heimwerkerbedarf (nominal –8,8%, real –9,3%), der Facheinzelhandel mit Textilien, Bekleidung und Schuhen (nominal –9,7%, real –10,2%), der sonstige Facheinzelhandel (z. B. Bücher, Zeitschriften, Schmuck, Sportartikel) (nominal –10,8%, real –11,6%) und der sonstige Einzelhandel mit Waren verschiedener Art, zu dem die Waren- und Kaufhäuser gehören (nominal –1,4%, real –2,2%).

Quelle: BAnz. v. 13. 7. 2002

**Hinw. d. Red.:** Zu den Einzelhandelsumsätzen 2001 vgl. GuT 2002, 63.

## Statistisches Bundesamt:

### Die Baupreisindizes im Mai 2002

Bei den Nichtwohngebäuden erhöhten sich die Preise von Mai 2001 auf Mai 2002 für Bürogebäude und für gewerbliche Betriebsgebäude um 0,1%.

Jahr Monat	Baupreisindizes <sup>1</sup> 1995 = 100		Veränderungen gegenüber dem ent- sprechenden Vor- jahreszeitraum in %	
	Büro- gebäude <sup>2</sup>	Gewerbl. Betriebs- gebäude <sup>2</sup>	Büro- gebäude <sup>2</sup>	Gewerbl. Betriebs- gebäude <sup>2</sup>
1997 D	99,6	99,8	-0,5	-0,5
1998 D	99,6	99,9	0,0	0,1
1999 D	99,4	99,6	-0,2	-0,3
2000 D	100,1	100,3	0,7	0,7
2001 D	100,5	100,6	0,4	0,3
2000 November	100,4	100,5	0,8	0,7
2001 Februar	100,5	100,7	0,7	0,7
Mai	100,5	100,6	0,4	0,4
August	100,5	100,6	0,3	0,3
November	100,3	100,5	-0,1	0,0
2002 Februar	100,6	100,8	0,1	0,1
Mai	100,6	100,7	0,1	0,1

D = Jahresdurchschnitt

1) Einschließlich Umsatzsteuer

2) In konventioneller Bauart

Quelle: BAnz. v. 30. 7. 2002

## Bücher und Veröffentlichungen

**Presse-Taschenbuch Immobilien-Wirtschaft 2002/03.** DIFA Deutsche Immobilien Fonds AG (Hrsg.), Kroll-Verlag, Seefeld/Obb. 504 Seiten, ISBN 3-927757-94-2, ISSN 0949-2623, DIN A6, 29,- €, zu beziehen über den BEMA-Buchvertrieb, Seefeld/Obb., www.bema.de

In einer aktualisierten Neuauflage ist das Presse-Taschenbuch Immobilienwirtschaft erschienen. 11 000 Adressen und Ansprechpartner der Branche haben die Recherche zusammengetragen; eine „Datenbank“, die sicherlich die tägliche Arbeit nicht nur für Mitarbeiter in Presse- und Öffentlichkeitsarbeit erleichtert, aber weiterhin leider nur als Printversion vorliegt. Die Branche ist in bewährter Kroll-Manier aufgeliert: Presse und Medien (Fachjournalisten und -presse, Infodienste, Ressorts Immobilien/Wirtschaft/Architektur/Bauwesen), Unternehmens-Pressestellen, Adressen von Bundes- und Länderbehörden, Aus- und Fortbildung im Immobilienbereich sowie die relevanten Verbände der Branche. (B-P)

### Preis Ausschreibung: Immobilien Award 2003

Der Immobilien Award wird im Januar des kommenden Jahres zum achten Mal von der Immobilien Zeitung und ihrem Kooperationspartner, der IIR Deutschland, verliehen. Mit dem Preis sollen herausragende Leistungen der Immobilienwirtschaft in Deutschland gewürdigt und einem breiteren Publikum vorgestellt werden. Dazu müssen sich die eingereichten Projekte in den vier Kategorien Innovation, Wirtschaftlichkeit, Nutzerfreundlichkeit und Architektur bewähren. Es wird jeweils ein Sieger in den Sparten „Wohnimmobilien“ und „Gewerbeimmobilien“ gekürt. Zugelassen sind nur Projekte, die im Jahr 2002 oder 2003 in Deutschland fertig gestellt werden. Einsendeschluss ist der 1. Oktober 2002.

Die beiden Gewinner des Immobilien Award erhalten den Preis traditionsgemäß im Rahmen des Immobilienkongresses Cimmit, der vom 21. bis 23. Januar 2003 in Wiesbaden stattfindet. Als Ehrenredner des Kongresses hat Altbundeskanzler Dr. Helmut Kohl sein Kommen zugesagt.

Wer sich am Immobilien Award beteiligen möchte, kann die Bewerbungsunterlagen direkt aus dem Internet herunterladen unter [www.immobilienz-zeitung.de](http://www.immobilienz-zeitung.de) oder sie anfordern bei Immobilien Zeitung, Stichwort „Immobilien Award“, Postfach 3420, 65024 Wiesbaden, Tel. 06 11 / 9 73 26-23.

Werner Dieball

Prewest Verlag

### Gerhard Schröder



### Körpersprache Wahrheit oder Lüge?

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

**Prewest Verlag Pressedienste  
Medien und Kultur GmbH**

Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

[www.prewest.de](http://www.prewest.de) info@prewest.de