

Gewerbemiete Und Teileigentum

12/05–1/06

6. Jahrgang

Heft 26

Dezember 2005/Januar 2006

S. 1–56

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

**K. F. Wiek: Vermietung vom Reißbrett:
Formgerechte Befristung ab Übergabe**

**K.-J. Neuhaus: Der Vorvertrag über die Anmietung
von Gewerbeflächen**

Wirtschaft und Verbände

**DSSW: Erfolgreiche Innenstädte
Handeln – Koordinieren – Integrieren**

Gewerbemiete

**Vermietung „vom Reißbrett“;
Schriftform des Mietvertrags
(BGH; LG Nürnberg-Fürth; OLG Köln; OLG Naumburg)**

EKZ; Konkurrenzschutz (OLG Rostock)

**EKZ; „Mall“; Wegfall der Geschäftsgrundlage;
Kundenakzeptanz; Risiko; Leerstände (BGH)**

**Offenbarungspflichten des Vermieters bei
Vertragsabschluss (OLG Düsseldorf)**

Kfz-Miete (OLG Düsseldorf)

Kfz-Leasing (OLG Düsseldorf)

**Bereicherungsanspruch des Mieters nach
ertragswerterhöhenden Umbau-Investitionen (BGH)**

Teileigentum

Mitbenutzung der Müllgefäße (OLG Köln)

Abendlokal statt Gaststätte (BayObLG)

Wettbewerb

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Umschau Januar 2006

Steuerhinterziehung (BGH)

Magazin

Inhalt

Beiträge

K. F. Wiek,
Vermietung vom Reißbrett: Formgerechte Befristung „ab Übergabe“

3

K.-J. Nauhaus,
Der Vorvertrag über die Anmietung von Gewerbeflächen – Ein Überblick

4

Wirtschaft und Verbände

Deutsches Seminar für Städtebau und Wirtschaft,
Erfolgreiche Innenstädte. Handeln – Koordinieren – Integrieren

5

Gewerbemiete

Schriftform des Mietvertrags; abweichende mündliche Vereinbarung (BGH)

7

Geschäftsraummiete; Vorrang nachträglicher mündlicher Individualvereinbarungen vor Schriftformklauseln (BGH)

7

Vertrag der BGB-Gesellschaft als Vermieterin; Unterzeichnung des Mietvertrags (OLG Düsseldorf)

9

Vermietung vor Gebäudeerrichtung; Schriftform; Bestimmbarkeit von Vertragsparteien; BGB-Gesellschaft (Erwerbsgemeinschaft) im Entstehen als Vermieterin; Beschreibung des Mietobjekts; gewillkürte Schriftform; Vorenthaltung (BGH)

10

Vermietung „vom Reißbrett“; Schriftform des Mietvertrags; Bestimmbarkeit einer Regelung; Übergabezeitpunkt als Mietbeginn (BGH)

11

Gewerbemietvertrag; Vermietung vor Gebäudefertigstellung; Schriftform; Angebot und Annahmefristen; unbestimmter Beginn der Mietzeit (LG Nürnberg-Fürth)

13

Gewerberaummieta; Vermietung vom Reißbrett; Schriftform; unbestimmter Endtermin der Vertragslaufzeit (OLG Köln)

14

Befristete Gewerberaummieta vom Reißbrett; Bezeichnung des Mietobjekts; Heilung des Schriftformmangels durch Nachtragsvereinbarung (OLG Naumburg)

16

Gewerberaummieta; Schriftform; Grundstücksveräußerung; Bäckerei im EKZ; Konkurrenzschutz gegenüber Supermarkt-Angebotserweiterung; fristlose Kündigung (OLG Rostock)

17

Geschäftsraummiete im geplanten Handels- und Dienstleistungszentrum; EKZ; „Mall“; Vollvermietungsstatus; Mieterstruktur; Wegfall der Geschäftsgrundlage; nicht erwartungsgemäße Kundenakzeptanz; zugesicherte Eigenschaft; Mängel der Mietsache; Risiko; Leerstände (BGH)

19

Gewerberaummieta; Bäckerei im EKZ; Risikoverteilung zu Umsatz und Gewinn; Störung der Geschäftsgrundlage (OLG Düsseldorf)

25

Verwirkung des Mietzinsanspruchs bei Hinnahme einer Mietminderung (BGH)

25

Gewerberaummieta; Hotel; Offenbarungspflichten des Vermieters bei Vertragsabschluss; fristlose Kündigung des Mieters (OLG Düsseldorf)

27

Lagerhalle; Gesundheitsgefährdung bei Großbrand; Brandschutzeinrichtungen; fristlose Kündigung; Mietminderung (KG – nur Leitsatz mit Hinw. d. Red.)

28

Gewerberaummieta; Ladenlokal; Räumung von Brandresten nach Vertragsbeendigung; Vorenthaltung; Nichtgebrauchmachen vom Räumungstitel (OLG Düsseldorf)

29

Nutzungsentschädigung bei Vorenthaltung der Mietsache (BGH)

30

Kfz-Miete; Anlage der Mietkaution; Insolvenz des Vermieters (OLG Düsseldorf)

30

Kfz-Leasing; vorzeitige Vertragsbeendigung; Schadensermittlung; Dauer des Schutzes für Existenzgründer/Verbraucherleasing; Unternehmer-eigenschaft (OLG Düsseldorf – nur Leitsatz)

32

Kfz-Leasing; Teilamortisationsvertrag mit vereinbarter Restwertabrechnung bei fakultativem Andienungsrecht (OLG Düsseldorf – nur Leitsatz)

32

Bereicherungsanspruch des Mieters nach ertragswerterhöhenden Umbau-Investitionen; Bereicherungsschuldner nach Vermieterwechsel; höherer Mietzins; höherer Veräußerungserlös (BGH)

32

Dachflächenvermietung zum Mobilfunkantennenbetrieb; Mietzinseinnahmen als Erträge in der Wirtschaftlichkeitsberechnung (BGH – nur Leitsatz)

35

Geschäftsraummiete; Wertberechnungen Räumungsantrag bei Staffelmiete, Minderungseinwand, Nichtigkeit der Mietpreisvereinbarung wegen Wuchers (BGH)

35

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc.

37

Teileigentum

Teileigentum; Mitbenutzung der Müllgefäße der Eigentümergeinschaft (OLG Köln)

40

Teileigentum; Abendlokal statt Gaststätte (BayObLG)

41

Verpachtete Teileigentumsräume; Restaurant im „Laden“; Sondernutzungsrecht an vorbefindlichen Gehwegflächen (BayObLG)

42

Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc.

43

Wettbewerb

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc.

43

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Umschau Januar 2006

44

Steuerhinterziehung (BGH)

45

Steuerberatung; Vorwurf fehlerhafter Beratung; Beweislast (BGH)

46

BMF-Schreiben: Mietvorteile aus dem Arbeitsverhältnis

47

BMF-Schreiben: Überlandleitungen

47

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc.

48

Magazin

Politik und Recht

49

Bücher und Veröffentlichungen

55

Impressum

54

GuT-Gesamregister 2004–2005

GuT-Einbanddecke 2004–2005

Beachten Sie bitte die Hinweise in diesem Heft Seite 56
(Umschlagseite IV)

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

Vermietung vom Reißbrett: Formgerechte Befristung „ab Übergabe“

I. Schriftform und Mietzeit

Die nach § 550 BGB für langfristige Mietverträge vorgesehene Schriftform umfasst auch die Mietzeit. Im Regelfall bereitet die urkundliche Bestimmung der Mietzeit keine Schwierigkeiten. Wenn der Mieter das Mietobjekt vereinbarungsgemäß bei Vertragsschluss oder zu einem bei Vertragsschluss bereits bekannten, im Vertrag genannten Zeitpunkt übernimmt, so ist die zeitliche Lage einer vereinbarten Mietdauer, die mit der Übernahme des Mietobjekts beginnen soll, eindeutig festgelegt. Bei einem kalendermäßig bestimmten Anfangstermin ergibt sich der Endtermin ohne weiteres aus der vereinbarten Mietdauer. Häufig wird bei dieser Vertragsgestaltung das Ende der Mietzeit auch kalendermäßig ausdrücklich angegeben.

II. Vermietung vom Reißbrett

Bei der Vermietung unfertiger Räume, die bei Vertragsschluss noch nicht erstellt oder umgebaut sind, ist der Übergabetermin noch ungewiss. Eine Vermietung vom Reißbrett ist für Projektentwicklungs- und Bauträgergesellschaften typisch. Der vorgezogene Vertragsschluss im Planungsstadium beruht auf der wirtschaftlichen Vorgabe, dass eine Fremdfinanzierung für das Bauvorhaben nur bei vorheriger Mietauslastung von etwa 50 bis 60% („Ankermieter“) möglich ist. Die Festlegung auf eine konkrete Datumsangabe für die Übergabe in den vorab geschlossenen Mietverträgen empfiehlt sich wegen des Haftungsrisikos nicht.

Die Vereinbarung einer übergabeabhängigen Laufzeit¹ verfehlt nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Dresden² und Naumburg³ aber die Schriftform, wenn der künftige Übergabetermin noch nicht kalendermäßig feststeht. Dieser Rechtsprechung hat sich der 1. Zivilsenat des OLG Köln⁴ angeschlossen. Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt⁵.

Der Schriftformmangel soll sich daraus ergeben, dass sich wegen der fehlenden kalendermäßigen Bestimmung des Mietbeginns aus der Vertragsurkunde nicht unmittelbar das genaue Datum entnehmen lässt, wann das Mietverhältnis endet⁶. Ob ein späteres schriftliches Übergabeprotokoll den Formmangel heilen kann, ist streitig.⁷ Ausreichend ist jedenfalls ein formgerechter Nachtrag bei der Übergabe mit allen wesentlichen Bestandteilen des Mietvertrags. Als Ausweg bietet sich ferner eine besondere Schriftformklausel an. Enthält der Ursprungsmietvertrag eine Schriftformabrede, worin sich die Parteien zur Einhaltung der gesetzlichen Schriftform verpflichten⁸, ist die Berufung auf einen Formmangel treuwidrig, weil der Vertragspartner einen vertraglichen Anspruch auf Nachholung der Schriftform hat⁹. Schließlich wird eine vorzeitige Bindung der Mietinteressenten im Planungsstadium durch formfreie Vorverträge empfohlen¹⁰.

III. Das Urteil des BGH vom 2.11.2005 – XII ZR 212/03

Dem Urteil des XII. Zivilsenats vom 2.11.2005¹¹ lag die für eine Vermietung vom Reißbrett typische Laufzeitbestimmung zugrunde, dass das Mietverhältnis mit der Übergabe der Mieträume beginnt und nach Ablauf von 15 Jahren am darauf folgenden 30. Juni endet. Die Befristung der Mietzeit „ab Übergabe“ wahrt nach der zutreffenden Ansicht des BGH die Schrift-

form. Die gesetzliche Schriftform des § 126 BGB, auf die § 550 BGB verweist, verlangt keine Bestimmtheit; Bestimmbarkeit reicht aus¹². Der Sachverhalt, an den die Vertragsparteien etwa den Mietbeginn oder den Beginn der festen Mietzeit knüpfen, muss nur so genau bestimmt sein, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel an dem konkreten Zeitpunkt verbleibt¹³. Dafür genügt die schriftlich niedergelegte Einigung, dass das Mietverhältnis „mit der Übergabe der Mieträume“ beginnen soll. Auf Grund dieser Beschreibung steht der Beginn des Mietverhältnisses nach erfolgter Übergabe eindeutig fest.

Das neue Urteil des BGH räumt mit zwei Missverständnissen auf:

Erstens ist die vereinbarte Festlegung des Mietbeginns auf die spätere Übergabe für sich genommen hinreichend bestimmbar. Insoweit muss zur Auslegung, ob die Vertragslaufzeit bestimmbar ist, nicht auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden¹⁴, die nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sie ebenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorliegen¹⁵. Lediglich hinsichtlich der Frage, wann die Übergabe stattgefunden hat, muss auf einen Umstand außerhalb der Mietvertragsurkunde zurückgegriffen werden.

- 1) Vgl. etwa die Vertragsklausel im Fall OLG Naumburg NZM 2004, 825: „Das Mietverhältnis wird für die Dauer von 15 Jahren, gerechnet ab Übergabe, fest abgeschlossen.“
- 2) ZMR 2005, 41 m. Anm. Alfes, IBR 2005, 405 <Revisionsverfahren beim BGH: XII ZR 178/04>; NZM 2004, 826 <Revisionsverfahren beim BGH, XII ZR 182/04>.
- 3) NZM 2004, 825 <Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH: XII ZR 186/04>; Urteil vom 21.10.2003 – 9 U 117/03 <Revisionsurteil des BGH: GuT 2006, 11>; Urteil vom 1.2.2005 – 9 U 108/04 <Revisionsverfahren beim BGH: XII ZR 40/05>. Das Urteil vom 7.6.2005 (GuT 2006, 16) betrifft einen Nachtrag mit allen wesentlichen Bestandteilen eines Mietvertrags, darunter auch eine kalendermäßige Bestimmung des Endes des Vertragslaufzeit des bereits seit längerem durchgeführten Mietvertrags.
- 4) GuT 2006, 14; auch LG Nürnberg-Fürth GuT 2006, 13.
- 5) Dafür Leo, NZM 2005, 690; Leo/Heider, MietRB 2005, 327; dagegen Schede/Rösch, NZM 2005, 447; Durst/Weber, ZMR 2005, 760; Schäfer/Steinkampf, ZfIR 2005, 537; Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Gewerberaummieta, 2006, Kap. 6 Rdn. 61; wohl auch Eckert, ZfIR 2005, 791.
- 6) Sieht der Mietvertrag vor, dass die vereinbarte Mietzeit ab Übergabe, spätestens aber ab einem bestimmten Kalenderdatum gerechnet wird, so ist nach LG Braunschweig GuT 2005, 208, die Schriftform verfehlt, wenn die mögliche Zeitspanne zwischen der Übergabe und dem spätesten Zeitpunkt 1 Jahr übersteigt.
- 7) Dafür OLG Dresden NZM 2004, 826, 829; dagegen OLG Naumburg NZM 2004, 825, 826.
- 8) Vgl. OLG Köln (o. Fußn. 4).
- 9) BGH LM § 566 BGB Nr. 11. Allerdings ist ein Erwerber daran nicht gebunden; BGH LM § 566 BGB Nr. 7.
- 10) Leo/Heider (o. Fußn. 5).
- 11) GuT 2006, 11.
- 12) BGHZ 142, 158, 164 = WuM 1999, 516, 517 f.; BGH WuM 1999, 698, 700.
- 13) Vgl. auch BGH GuT 2006, 10 <Bestimmbarkeit der Mietvertragsparteien>; BGHZ 142, 158, 164 f. <Bestimmbarkeit des Mietobjekts bei Vermietung vom Reißbrett>; ferner BGHZ 160, 97, 105 = WuM 2004, 534, 536 = GuT 2004, 185/186 KL <Mietvertrag unter Bedingung>.
- 14) So aber OLG Naumburg (o. Fußn. 7).
- 15) BGH (o. Fußn. 12).

Zweitens geht der Schutzzweck des § 550 BGB nicht so weit, einem späteren Erwerber zu ermöglichen, sich allein anhand der Urkunde Gewissheit über den kalendermäßigen Vertragsbeginn zu verschaffen¹⁶. Die Urkunde soll ihn lediglich darüber zuverlässig informieren, wie die Vertragsbedingungen lauten, in die er eintritt, sofern denn ein solcher Eintritt nach § 566 BGB erfolgt¹⁷. Aufgrund der bestimmbaren Laufzeitvereinbarung „ab Übergabe“ weiß ein Erwerber, dass die Laufzeit von der Übergabe abhängig ist, deren genauen Beginn er durch Einsichtnahme in das Übergabeprotokoll unschwer feststellen kann. § 550 BGB stellt keine darüber hinausgehenden Anforderungen an die Bestimmbarkeit der Mietzeit.

IV. Schlussbetrachtung

Das nach den Urteilen der Oberlandesgerichte Dresden und Naumburg mancherorts schon befürchtete „Ende der Projektentwickler“ hat der BGH abgewendet. Dabei hat der XII. Zivilsenat auch darauf hingewiesen, dass die wirtschaftlich sinnvolle Vermietung vom Reißbrett unnötig erschwert würde, wenn

der Beginn des Mietverhältnisses nicht formgerecht an die bei Vertragsschluss zeitlich noch nicht genau feststehende Übergabe des Mietobjekts geknüpft werden könnte. Das Urteil vom 2.11.2005 führt die restriktive Handhabung des § 550 BGB in der neueren Rechtsprechung des XII. Zivilsenats¹⁸ fort. Die Fallgruppen, in denen ein praktisches Bedürfnis für eine Anwendung des § 550 BGB mit Rücksicht auf den Erwerberschutz nicht besteht, gehören nicht in den Anwendungsbereich dieser eigenartigen Formvorschrift¹⁹. Sonst wird ein langfristiger Mietvertrag nur mit unnützem Formelkram belastet, dessen etwaige Lücken im Wettlauf um eine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit zufällig mal die eine, mal die andere Seite begünstigen.

16) So aber OLG Naumburg (o. Fußn. 7); Leo (o. Fußn. 5).

17) BGHZ 160, 97, 105; BGH GuT 2005, 154, 155.

18) BGHZ 154, 171 = GuT 2003, 132; BGHZ 160, 97 = GuT 2004, 185/186 KL; BGH GuT 2005, 154.

19) Vgl. Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 289: „wohl fragwürdigste Formvorschrift des BGB“; Wiek, WuM 2001, 221 f.

Rechtsanwalt Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund

Der Vorvertrag über die Anmietung von Gewerbeflächen – ein Überblick*

1. Begriff und Regelungsinhalt

Vorverträge auf Abschluss von Mietverträgen sind in der Praxis selten, kommen aber vor. Durch den gesetzlich nicht geregelten Vorvertrag verpflichten sich die Parteien, demnächst den Hauptvertrag abzuschließen (BGH, Urt. v. 18.4.1986 – V ZR 32/85, NJW 1986, 2820).

Zu unterscheiden sind ausdrücklich als Vorvertrag gewollte Vereinbarungen von gescheiterten Verhandlungen, die man möglicherweise bereits als Vorvertrag deuten kann. Letzteres ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn besondere Umstände darauf schließen lassen, dass die Parteien sich schon binden wollten, bevor alle Vertragspunkte abschließend geregelt sind und gerade deshalb vom Abschluss des eigentlichen Vertrages abgesehen wurde (BGH, WPM 1973, 67; WPM 1980, 805 = NJW 1980, 1577). Ein wirksamer Vorvertrag liegt nur dann vor, wenn die Vereinbarung ein solches Maß an Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit und Vollständigkeit enthält, dass im Streitfall der Vertragsinhalt richterlich festgestellt werden kann (BGH, Urt. v. 20.9.1989 – VIII ZR 143/88, NJW 1990, 1234 zum Unternehmenskaufvertrag). Beim gewerblichen Mietvertrag ist dafür mindestens die Einigung über Mietobjekt, Mietdauer und Miethöhe erforderlich, während die restlichen Vertragsbedingungen auch weiteren Verhandlungen vorbehalten sein können (BGH, Urt. v. 21.10.1992 – XII ZR 173/90, WuM 1992, 685 = NJW-RR 1993, 139). Die erforderliche Einigung über die Miete liegt vor, wenn diese – notfalls mit sachverständiger Hilfe – bestimmbar ist; selbst ohne jegliche Vereinbarung über die Miete kann ein Mietvertrag zu Stande kommen, sofern sich die Par-

teien bindend über eine entgeltliche Überlassung des Gebrauchs der Mietsache einigen, denn dann kann im konkreten Fall eine angemessene oder ortsübliche Miete als vereinbart gelten (BGH, Urt. v. 3.7.2002 – XII ZR 39/00, NZM 2002, 910, 912 [= GuT 2003, 4]; BGH, NJW-RR 1992, 517 = WuM 1992, 312 f.).

Sind in einer als „Vormietvertrag“ bezeichneten Urkunde alle für den Abschluss eines Mietvertrags wesentlichen Punkte geregelt und stehen einer sofortigen Nutzung der Mietsache keine Hindernisse entgegen, liegt ein Mietvertrag und nicht lediglich ein Vorvertrag vor (OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.11.2002 – 17 U 177/00, AIM 2003, 143).

Das *Schriftformerfordernis* des § 550 BGB gilt für Vorverträge nicht (Börstinghaus/Fritz, MietPrax, Fach 12, Rn. 139).

Praxistipp:

Da sich Vertragsparteien grundsätzlich vollständig einigen wollen, ist und bleibt ein Vorvertrag die Ausnahme von der Regel des vollständigen Vertragsschlusses und stellt deshalb nur in wenigen Fällen ein empfehlenswertes Vorgehen dar. Besser ist deshalb der Abschluss eines Mietvertrages unter einer aufschiebenden Bedingung (z. B. Kreditzusage für den Mieter, Auszug des Vormieters, Fertigstellung der Räume zum Fixtermin).

2. Klage aus dem Vorvertrag auf Abschluss des Hauptvertrages

Endet ein Streit vor *Gericht*, so muss der den Abschluss des Hauptvertrages verlangende Vertragspartner auf *Abgabe einer Willenserklärung* klagen (OLG Köln, DWW 1992, 210). Der Klageantrag auf Abschluss eines nach einem Vorvertrag geschuldeten Hauptvertrages muss grundsätzlich den gesamten Vertragsinhalt umfassen (BGH, Urt. v. 3.7.2002 – XII ZR 39/00, NZM 2002, 910, 912 [= GuT 2003,4]; BGH, NJW-RR 1994, 1272 f.). Willenserklärung ist hier also der Mietvertrag, so dass

*) Auszug aus dem „Handbuch der Geschäftsraummieta“, 2. Aufl. 2005, mit freundlicher Genehmigung des ZAP-Verlags, Recklinghausen. Der Autor ist Sozjus der Kanzlei „Kloth Neuhaus Rechtsanwälte und Fachanwälte – Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht“. Er ist Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie Versicherungsrecht, Mitglied des Fachausschusses Miet- und WEG-Recht der Rechtsanwaltskammer Hamm und Autor zahlreicher weiterer Publikationen, vgl. Hinweis in GuT 2005, 239.

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

dessen gesamter Text den Antrag darstellt. Da im Vorvertrag nur Eckpunkte geregelt sind, stellt sich die Frage, welcher Vertragsinhalt beantragt werden kann. Grundsätzlich gilt: Das Gericht kann nicht zur Abgabe von Willenserklärungen verurteilen, die nie Thema zwischen den Parteien waren. Weil es keine allgemeine Übung oder Ähnliches gibt, nach der ein Inhalt von Geschäftsraummietverträgen fest steht, hat es deshalb der Kläger bei jedem Punkt, der nicht irgendwie Bestandteil des Vorvertrages oder durch Auslegung ermittelbar ist, schwer. Insofern wird der Kläger keinen „Mustermietvertrag“ beantragen können. Bestimmt genug ist der Leistungsantrag deshalb nur, wenn er alles enthält, was nach den Vorstellungen des Klägers

den Inhalt der Verpflichtung des Beklagten zum Abschluss des gewünschten Vertrages bilden soll (BGH, Urt. v. 3.7.2002 a. a. O.).

Praxistipp:

Um Klageabweisung zu vermeiden, sollte notfalls soviel wie möglich mit Hilfsanträgen gearbeitet werden.

Geht es nicht um Details des Mietvertrages oder ist dem Kläger eine Leistungsklage wegen der Besonderheiten des Falles, etwa wegen fehlender Kenntnis der Details der zu errichtenden Räume, nicht möglich, kann auch eine Feststellungsklage zulässig sein (BGH, Urt. v. 3.7.2002 a. a. O.).

Wirtschaft und Verbände

Deutsches Seminar für Städtebau und Wirtschaft (DSSW), Berlin

Erfolgreiche Innenstädte. Handeln – Koordinieren – Integrieren **DSSW-Konferenz am 25. und 26. Januar 2006**

Die Verantwortlichen für Stadtentwicklung und Wirtschaftsförderung ringen mehr denn je um eine bessere Positionierung der Innenstadt. Diese konkurriert nach wie vor mit der „Grünen Wiese“; neu hinzugekommen ist der Wettbewerb zu aufgewerteten innerstädtischen Standorten und benachbarten Innenstädten. Fazit: Der innerstädtische Standortwettbewerb nimmt durch die Ausdehnung der Handelsflächen erheblich zu. Für den ostdeutschen Handel gewinnt diese Entwicklung durch die derzeit angespannte konjunkturelle Lage, die Veränderungen am Arbeitsmarkt, den demografischen Wandel und dem damit einhergehenden Rückgang der Bevölkerung sowie der Erwerbstätigen zusätzlich an Brisanz. Hinzu kommen auf der anderen Seite gestiegene Ansprüche der Bürger an Bequemlichkeit, Erreichbarkeit und Lebensqualität, die die Nachfrage in den Innenstädten hin zu Dienstleistungen und Freizeitangeboten verschieben. Nur attraktive und profilierte Innenstädte werden sich in diesem Standortwettbewerb behaupten können.

Die DSSW-Konferenz stellt erfolgreiche Lösungsstrategien zur Innenstadtentwicklung vor und diskutiert konkrete Strategien zur Vitalisierung ost- und westdeutscher Innenstädte. Mit Experten und Verantwortlichen aus Politik, Verwaltung, Wissenschaft und Wirtschaft soll hier die Zukunft der Innenstadt, Fragen der Raumordnung und der Genehmigungsfähigkeit von Ansiedlungsvorhaben sowie Kooperationen privater und öffentlicher Akteure diskutiert werden.

Konferenzinhalte

Im Mittelpunkt der Konferenz stehen vier aktuelle Lösungsstrategien zur Innenstadtentwicklung:

• Integration von Frequenzbringern in die Innenstadt

Welche Funktion und Bedeutung haben Frequenzbringer/Einkaufszentren in der Innenstadt? Wie werden Frequenzbringer entwickelt und integriert? Welche Formate existieren – auch für kleinere Kommunen? Welche Gestaltungsmöglichkeiten und Instrumente stehen Kommunen bei der Initiierung und Genehmigung derartiger Projekte zur Verfügung? Welche guten Beispiele gibt es für die Integration von Einkaufszentren? Welche nationalen und europäischen „Best Practices“ gibt es für die Integration anderer Frequenzbringer? Was passiert bei einem Wegfall eines Frequenzbringers?

• Interkommunale und grenzüberschreitende Abstimmungspraxis

Hat die Novelle des Baugesetzbuches zu einer wirkungsvolleren Einschränkung der Genehmigungsfähigkeit im Außen-

raum geführt? Wie funktioniert die interkommunale Abstimmung bei Handelsansiedlungen in der Praxis? Wie funktionieren grenzüberschreitende Einzelhandelskonzepte, z. B. im dänisch-deutschen Grenzraum? Wie gestaltet sich das polnisch-tschechische Raumplanungsrecht? Welche Instrumente der regionalen Abstimmung im Grenzraum gibt es und wie übertragbar sind sie? Kann und soll die Ansiedlung gesteuert werden? Wie stimmt man Ansiedlungen ab, die zwar integriert sind, aber auf Kosten traditioneller Geschäftsstraßen Frequenzen verschieben?

• Weiterentwicklung des Handels

Wie beeinflussen veränderte Rahmenbedingungen, Lebensstile und Konsumgewohnheiten die Innenstadtnutzung? Wie passt sich der Handel daran an? Welche Zielgruppen sind relevant für die Innenstädte? Welche Handelsformate haben in der Innenstadt Zukunft? Welche Nutzungen und Nutzungskopplungen sind für eine nachhaltige Entwicklung der Innenstädte sinnvoll? Wie können beispielsweise Handel, Dienstleistungen, Gastronomie, Gewerbe und Freizeit sinnvoll an einem Standort kombiniert werden? Was gibt es für innovative Beispiele? Welche Nutzungen können großflächige Ansiedlungen sinnvoll ergänzen? Welche Anforderungen kommen auf Unternehmen und Kommunen zu? Welche Praxisbeispiele gibt es?

• Einbindung von Akteuren in das Stadtmarketing

Welche modernen (kooperationsorientierten) Stadtentwicklungs- bzw. Stadtmarketinginstrumente gibt es, wo werden sie eingesetzt und welche Bedeutung haben sie? Welchen Stellenwert haben öffentlich-private Kooperationen und Business Improvement Districts (BIDs) insbesondere für die Stadtentwicklung? Unter welchen organisatorischen, rechtlichen und finanziellen Rahmenbedingungen funktionieren BIDs – u. a. am Beispiel Hamburg-Bergedorf? Welche Handlungsfelder und Maßnahmen definieren Standortentwicklungen und BID-Projekte? Inwieweit sollen und können BIDs durch die Kommune initiiert und gesteuert werden? Wo liegen die Grenzen von BIDs und Public Private Partnerships?

Konferenzprogramm

Das Programm umfasst Vorträge, vertiefende Informationsveranstaltungen und darauf aufbauende Werkstätten zu den unterschiedlichen Themenbereichen. Die einzelnen Veranstaltungen ergänzen sich thematisch, können aber auch einzeln besucht werden. Ergänzt werden diese Veranstaltungen durch eine thematisch abgestimmte Ausstellung, Fach-Exkursionen und ein „Get-together“ zum informellen Austausch.

Zielgruppe

Akteure der Innenstadtentwicklung aus Kommunal-, Landes- und Bundespolitik und -verwaltung, aus den Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, des Stadtmarketings und Citymanagements, der Gewerbevereine, der Wissenschaft, der kommunalen Spitzenverbände, der Verbände des Handels und weiterer innenstadtrelevanter Wirtschaftsbereiche, der Sparkassen- und Giroverbände und der Verbände der Immobilienwirtschaft.

Kosten: Die Teilnahmegebühren werden ca. 50 Euro betragen.

Veranstaltungsort: Die Konferenz findet im Umweltforum Berlin, Pufendorfstraße 11 statt.

Anmeldung: Für die DSSW-Konferenz können Sie sich schon jetzt unverbindlich voranmelden! Alle weiteren Informationen werden Ihnen dann automatisch zugesendet.

Das Deutsche Seminar für Städtebau und Wirtschaft (DS-SW) ist eine Initiative der Bundesregierung und der deutschen Wirtschaft zur Revitalisierung ostdeutscher Innenstädte. Es wurde 1993 gegründet und wird aus den Mitteln des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie finanziert.

Das DSSW arbeitet unter dem Dach des Deutschen Verbandes für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung e.V., der Institutionen und Persönlichkeiten aus Politik, Wirtschaft, Verwaltung, Rechtsprechung und Wissenschaft verbindet, die in den Bereichen Raumentwicklung sowie Wohnungsbau verantwortlich tätig sind.

Anschrift: Nollendorfpfatz 3-4; 1077 Berlin; Telefon: 030/24 34 60-0; Internet: www.dssw.de



Deutscher Mietgerichtstag 2006

Kongresszentrum Westfalenhallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

Vermieterleistung und Entgelt

Donnerstag, 30. März 2006

ab 18.30 Bier und Buletten-Empfang des Beck-Verlages

Freitag, 31. März 2006

- 9.30 Begrüßung
9.45 „Unternehmens- und Wohnungsverkäufe – Rechtliche und wirtschaftliche Folgen“
Festvortrag von RA Dr. Franz-Georg Rips, Berlin
10.30 Kaffeepause
11.00 **Energiepass und Gewährleistung**
Referent: Prof. Dr. Friedemann Stornel, VorsRiLG a.D., Hamburg
Mit anschließender Diskussion
12.30 **Aktuelles aus der Gesetzgebung**
13.00 gemeinsames Mittagessen
14.30 **Arbeitskreise**
1. Mängel und Mietminderung in der Gewerbe- und Wohnraummiete
Einführung von VorsRiKG Hans-Joachim Bieber, Berlin; AK-Leiter: RA Jürgen Fritz, Düsseldorf
2. Schuldnerwohnung in der Verbraucherinsolvenz
Einführung von VorsRiOLG Hans-Georg Eckert, Rostock; AK-Leiter: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen
3. Mietrecht und Datenschutz
Einführung von RA Dr. Michael Beckhusen; AK-Leiter: RA Rüdiger Dorn, Berlin
16.00 Kaffeepause
16.30 **Arbeitskreise**
4. Vertragliche Erweiterung der Mieterhaftung
Einführung von Prof. Dr. Wolfgang Hau, Passau; AK-Leiter: RiBGH Hans-Jörg Kraemer, Karlsruhe
5. Vollstreckbare Urkunde – Urkundsprozess im Mietrecht
Einführung von RiBGH Dr. Dieter Wolst, Karlsruhe; AK Leiter: RiLG Hubert Blank, Mannheim
6. Miete und Umsatzsteuer
Einführung von Dr. Birgit Weitmeyer, Stuttgart; AK-Leiter: Ass. iur. Eckhard Bachmann, Berlin
19.00 gemeinsames Abendessen

Samstag, 1. April 2006

- 9.00 **Miethöhe und Schönheitsreparaturen**
Referentin: Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg
10.00 **Formelle und materielle Anforderungen an die Betriebskostenabrechnung**
Referent: VorsRiLG Dr. Hans Langenberg, Hamburg
10.45 Kaffeepause
11.15 **Versorgungsmonopole contra Wirtschaftlichkeitsgebot**
Einführungsstatements von RA Thomas Fricke, Jena; Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke, Köln;
RiBGH Barbara Ambrosius, Karlsruhe; Diskussionsleitung Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen

nichtöffentlicher Teil

ca. 13.30 Mitgliederversammlung des Deutschen Mietgerichtstages e.V.

Tagungsbeitrag: 140,- € für Mitglieder des Deutschen Mietgerichtstages e.V., sonst 200,- €;
inkl. Kaffeepausen sowie Mittag- und Abendessen am 31. 3. 2006.

Anmeldung: Online unter www.mietgerichtstag.de oder schriftlich an Deutscher Mietgerichtstag e.V.,
Postfach 02 10 41, 10121 Berlin; Fax 030/2232346.
Die Angabe von zwei Arbeitskreisen ist zwingend erforderlich.

Hotel: Im Parkhotel, Strobelallee 41, 44139 Dortmund, steht bis zum 15. 3. 2006 ein Zimmerkontingent
zum Abruf bereit. Stichwort Mietgerichtstag, Telefon 02 31 / 12 04-230, Fax 02 31 / 12 04-555.

Gewerbemiete

§ 566 BGB a. F. Schriftform des Mietvertrags; abweichende mündliche Vereinbarung

Ist mündlich etwas anderes vereinbart worden, als im Text der Mietvertragsurkunde niedergelegt wurde, gibt diese den Inhalt des von den Parteien wirklich Gewollten nicht wieder und entbehrt der Schriftform.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 19.10.2005 – XII ZR 67/02)

1 **Aus den Gründen:** Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

2 Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Angriffe der Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Hilfsbegründung auf Seite 11 des angefochtenen Urteils („Im Übrigen ...“), einer Nachtragsvereinbarung müssten zur Wahrung der Schriftform auch die in Bezug genommenen Vereinbarungsgrundlagen beigelegt werden, gerechtfertigt sind und einen Zulassungsgrund aus dem Gesichtspunkt der Grundsätzlichkeit oder der Divergenz zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes darstellen.

3 Denn die Nichtzulassungsbeschwerde hat keine Zulassungsgründe aufzuzeigen vermocht, soweit das Berufungsgericht mit seiner die Entscheidung tragenden Hauptbegründung (Seite 11 oben) darauf abstellt, mündlich sei etwas anderes vereinbart worden, als in der Änderungsvereinbarung in Verbindung mit dem darin in Bezug genommenen Schreiben des Beklagten vom 15. April 1993 beurkundet worden sei (mündlich vereinbart: Zahlung des Mietzinses für die jeweilige Teilfläche nach Teileröffnung des ersten Geschäftszweiges; schriftlich fixiert: Mietzinszahlung für die Gesamtläche erst ab Geschäftseröffnung insgesamt – so BU 3 und auch Beschwerdebegründung Seite 7 unter 2 a.E.).

4 Zwar kann auch eine mündliche Vereinbarung zur Auslegung dessen herangezogen werden, was in der Vertragsurkunde unvollkommen, aber zumindest andeutungsweise niedergelegt ist, sofern es sich jedenfalls um eine bloße Erläuterung oder Präzisierung des Vertragstextes handelt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Dezember 1953 – VI ZR 57/53 – NJW 1954, 425, 426). Ist jedoch mündlich etwas anderes vereinbart worden, als im – gegebenenfalls vorrangig anhand des in Bezug genommenen Schriftwechsels auszulegenden – Text der Vertragsurkunde niedergelegt wurde, gibt diese den Inhalt des von den Parteien wirklich Gewollten nicht wieder und entbehrt der Schriftform.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 566 a. F., 305b, 307 BGB; §§ 4, 9 AGBG Geschäftsraummiete; Vorrang nachträglicher mündlicher Individualvereinbarungen vor Schriftformklauseln

Nachträgliche mündliche Individualvereinbarungen haben auch vor Schriftformklauseln in Formularverträgen über langfristige Geschäftsraummietverhältnisse Vorrang.

(BGH, Versäumnisurteil vom 21. 9. 2005 – XII ZR 312/02)

Zum Sachverhalt: Der Kläger macht rückständige Miete geltend.

Er vermietete mit schriftlichem Vertrag vom 7. Oktober 1999 Geschäftsräume zu einem monatlichen Mietzins von 2900 DM zuzüglich MWSt an den Beklagten. § 21 Nr. 4 Satz 1 des Mietvertrages lautet: „Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung.“

In den Jahren 2000 und 2001 zahlte der Beklagte lediglich eine reduzierte Miete mit der Begründung, die Parteien hätten sich nachträglich auf eine monatliche Miete von 2000 DM netto geeinigt.

Das Landgericht Rostock hat den Beklagten zur Zahlung der aufgelaufenen Rückstände in Höhe von 14 040 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung des Beklagten ist mit Ausnahme eines geringfügigen Zinsbetrages ohne Erfolg geblieben. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der vom Oberlandesgericht Rostock zugelassenen Revision.

Aus den Gründen: Gegen den im Verhandlungstermin nicht erschienenen Kläger ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dieses beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis; es berücksichtigt den gesamten Sach- und Streitstand (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff.).

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

1. Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in OLG Rostock 2003, 78 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, die vom Beklagten behauptete einvernehmliche Senkung der monatlichen Miete sei unwirksam, weil die Parteien hierbei die in § 21 Nr. 4 Satz 1 des Mietvertrages vereinbarte Schriftform nicht beachtet hätten. Diese gewillkürte Schriftform habe nicht lediglich Beweisfunktion, sondern sei Wirksamkeitsvoraussetzung für die Änderung des Mietvertrages. Der Wortlaut „gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung“ sei eindeutig und lasse keine andere Auslegung zu.

Die im Mietvertrag der Parteien enthaltene vorformulierte Schriftformklausel sei nicht unwirksam im Sinne des § 9 AGBG (nunmehr: § 307 BGB). Schriftformklauseln seien nicht generell unangemessen, ihre Wirksamkeit hänge vielmehr von der Ausgestaltung und dem Anwendungsbereich der konkreten Klausel ab. Unangemessen könne die Klausel sein, wenn sie dazu diene, nach Vertragsschluss getroffene individualvertragliche Vereinbarungen zu unterlaufen, indem sie bei dem anderen Vertragsteil den Eindruck erwecke, eine mündliche Abrede sei entgegen den allgemeinen Grundsätzen unwirksam. Auch könne die Schriftformklausel nicht den Vorrang der Individualabrede abdingen; demgemäß könnten die Vertragsparteien sie dadurch außer Kraft setzen, dass sie deutlich den Willen zum Ausdruck brächten, ihre mündliche Abmachung solle ungeachtet der Schriftformklausel gelten.

Unter Beachtung dieses Grundsatzes sei bei der langfristigen Vermietung gewerblich genutzter Immobilien, die in den Anwendungsbereich des § 566 BGB a. F. (§ 550 BGB) falle, eine Schriftformklausel wirksam und benachteilige den Vertragspartner des Verwenders nicht unangemessen. Von dem gesetzlichen Leitbild entferne sie sich nicht wesentlich, denn § 566 Satz 1 BGB a. F. schreibe ohnehin die Schriftform bei Vertragsänderungen und -ergänzungen vor. Nur hinsichtlich der Folgen des Formverstößes unterschieden sich die gesetzliche und die in einem vorformulierten Mietvertrag ausbedungene Schriftform. Wegen der erheblichen wirtschaftlichen Tragweite einer langfristigen Immobilienvermietung sei der Schutz vor einer übereilten, nicht hinreichend bedachten Vertragsänderung, etwa einer Erhöhung oder Herabsetzung der Miete, in die Überlegung, inwieweit die Schriftformklausel den Gegner des Verwenders benachteilige, einzubeziehen. Auch bei einem Gewerberaummietvertrag sei nicht ersichtlich, dass die Schriftformklausel einseitig die Interessen des Verwenders bezwecke. Wegen der langen Dauer gewerblicher Mietverträge, auch wegen des nicht seltenen Wechsels einer Partei, sei schließlich das Bedürfnis beider Seiten anzuerkennen, als Vertragsinhalt nur gelten zu lassen, was schriftlich dokumentiert sei.

Überschnitten sich die gesetzlich vorgeschriebene und die in einem Vertragsvordruck für eine Vertragsänderung ausbedungene Schriftform, so könne nicht unterstellt werden, dass die Vertragsparteien gleichwohl die Wirksamkeit des mündlich Vereinbarten wollten und die in dem Vertrag enthaltene Schriftformabrede als überholt betrachteten. Den Verlust der beiderseits gewollten langfristigen Bindung, der regelmäßig den Interessen zumindest einer Partei, wenn nicht gar beider Parteien widerspreche, wolle keine Partei in Kauf nehmen, zumal sie im Zeitpunkt der Vertragsänderung nicht abschätzen könne, wem die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nützen oder schaden werde. Letztlich sprächen gewichtige Argumente für die Wirksamkeit der Schriftformklausel, die beide Parteien vor der ungewollten Folge eines Formverstößes bei einer mündlichen Vertragsänderung schütze.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Klausel, wonach Änderungen und Ergänzungen der Schriftform bedürfen, von dem Grundsatz abweicht, dass Individualvereinbarungen vorgehen und die Klausel deshalb gegen das gesetzliche Leitbild verstößt. Diese Frage ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt (BGH, Urteil vom 15. Februar 1995 – VIII ZR 93/94 – NJW 1995, 1488, 1489). Ob in den Fällen der gesetzlichen Schriftform (§ 566 BGB a. F., § 550 BGB) etwas anderes zu gelten hat, wie das Berufungsgericht meint, ist höchstrichterlich bisher nicht entschieden. Das Berufungsgericht kann sich für seine Auffassung auf Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 142; Gerber/ Eckert Gewerbliches Miet- und Pachtrecht 5. Aufl. Rdn. 80; Erman/Roloff BGB 11. Aufl. § 305 b Rdn. 11 (einschränkend Fritz Mietrecht 2. Aufl. Rdn. 48) und eine Entscheidung des Kammergerichts (MDR 2000, 1241) stützen (anderer Ansicht Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 8. Aufl. § 550 Rdn. 68; JURIS PK-BGB/Tonner § 550 Rdn. 17; Bub in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. Kap. II 564 und Heile daselbst Kap. II 776; Sternel Mietrecht 3. Aufl. Kap. I 210; Drettmann in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Geschäftsraummiete Rdn. 23).

a) Die Frage bedarf hier keiner Klärung, weil sie für die Entscheidung des Falles nicht erheblich ist. Ist die Klausel unwirksam, dann konnten die Parteien ohne weiteres nach Abschluss des Mietvertrages durch mündliche Absprache den schriftlichen Mietvertrag ändern. Aber auch dann, wenn die Klausel als wirksam angesehen wird, waren die Parteien nicht gehindert, nach Abschluss des Mietvertrages die Klausel zu ändern. Der Vorrang der Individualabsprache (§ 4 AGBG = § 305 b BGB) greift auch gegenüber einer nach AGBG angemessenen Schriftformklausel (Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen AGBG 9. Aufl. § 4 Rdn. 33; Lindacher in Wolf/Lindacher AGBG 4. Aufl. § 4 Rdn. 33).

Im Ausgangspunkt richtig geht auch das Berufungsgericht vom Vorrang einer Individualvereinbarung (§ 4 AGBG, nunmehr § 305 b BGB) aus. Soweit es aber meint, es könne nicht unterstellt werden, dass die Vertragsparteien – wenn sie die Schriftform für Vertragsänderungen vereinbart haben, um die beiderseitige langfristige Bindung nicht zu gefährden – gleichwohl die Wirksamkeit des mündlich Vereinbarten wollen und die Schriftformabrede als überholt betrachten, so kann ihm nicht gefolgt werden. Vereinbaren die Parteien nach dem Abschluss eines Formularvertrages eine Änderung mittels Individualabsprache, so hat diese Änderung Vorrang vor kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien eine Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beabsichtigt haben oder sich der Kollision mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewusst geworden sind (BGH, Beschluß vom 20. Oktober 1994 – III ZR 76/94 – NJW-RR 1995, 179, 180; vgl. auch BGHZ 71, 162, 164). Ebenso wenig stellt § 4 AGBG darauf ab, ob die Individualvereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden ist (BGH,

Urteil vom 6. März 1986 – III ZR 234/84 – NJW 1986, 1807; MünchKomm/Basedow BGB 4. Aufl. § 4 AGBG Rdn. 5). Den Vorrang gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben individuelle Vertragsabreden ohne Rücksicht auf die Form, in der sie getroffen worden sind, somit auch dann, wenn sie auf mündlichen Erklärungen beruhen. Das gilt auch dann, wenn durch eine AGB-Schriftformklausel bestimmt wird, dass mündliche Abreden unwirksam sind (BGH, Beschluß vom 20. Oktober 1994 a. a. O.; MünchKomm/Basedow a. a. O. § 4 AGBG Rdn. 11).

Der Vorrang der Individualvereinbarung muß auch dann gewahrt bleiben, wenn man mit dem Berufungsgericht ein Interesse des Verwenders anerkennt, einem langfristigen Mietvertrag nicht durch nachträgliche mündliche Abreden die Schriftform zu nehmen und deshalb eine solche Klausel ausnahmsweise als wirksam ansieht. Das gebieten Sinn und Zweck dieser Regelung. Der in § 4 AGBG niedergelegte Grundsatz besagt, dass vertragliche Vereinbarungen, die die Parteien für den Einzelfall getroffen haben, nicht durch davon abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen durchkreuzt, ausgehöhlt oder ganz oder teilweise zunichte gemacht werden können. Er beruht auf der Überlegung, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen als generelle Richtlinien für eine Vielzahl von Verträgen abstrakt vorformuliert und daher von vornherein auf Ergänzung durch die individuelle Einigung der Parteien ausgelegt sind. Sie können und sollen nur insoweit Geltung beanspruchen, als die von den Parteien getroffene Individualabrede dafür Raum läßt (MünchKomm/Basedow a. a. O. Rdn. 1). Wollen die Parteien ernsthaft – wenn auch nur mündlich – etwas anderes, so kommt dem der Vorrang zu.

Das Interesse des Klauselverwenders oder gar beider Vertragsparteien, nicht durch nachträgliche mündliche Absprachen die langfristige beiderseitige Bindung zu gefährden, muss gegenüber dem von den Parteien später übereinstimmend Gewollten zurücktreten. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Parteien bei ihrer mündlichen Absprache an die entgegenstehende Klausel gedacht haben und sich bewusst über sie hinwegsetzen wollten (so aber Wolf/Eckert/Ball a. a. O. Rdn. 143). Ein bewusstes Abweichen von einer Schriftformklausel hat der Bundesgerichtshof lediglich gefordert, wenn von einer so genannten qualifizierten Schriftformklausel, die individuell vereinbart war, abgewichen wurde, weil in solchen Fällen der Vorrang der Individualvereinbarung nach § 4 AGBG keine Anwendung findet, sondern die individuell vereinbarte qualifizierte Schriftformklausel erst abgeändert werden muß (BGHZ 66, 378, 381 f.).

Allerdings obliegt der Beweis einer solchen mündlichen Abrede demjenigen, der sich auf sie beruft. Er muss die Vermutung widerlegen, dass keine von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen abweichenden Absprachen getroffen worden sind (MünchKomm/Basedow a. a. O. § 4 AGBG Rdn. 8).

b) Danach kann die Entscheidung des Berufungsgerichts keinen Bestand haben. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass der Beklagte seine Behauptung, die Parteien hätten nachträglich die Miete auf 2000 DM monatlich reduziert, nicht nachgewiesen habe. Der Beklagte hat die Beweiswürdigung mit der Berufung angegriffen und für seine Behauptung einer nachträglichen Reduzierung der Miete einen weiteren Zeugen

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

angeboten. Mit seiner Auffassung, es könne nicht unterstellt werden, dass die Parteien das mündlich Vereinbarte gewollt haben, weil keine Partei den Verlust der langfristigen Bindung in Kauf nehmen wolle, unterstellt das Berufungsgericht seinerseits einen Parteiwillen, ohne die vom Beklagten angebotenen Beweise zu erheben und zu würdigen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es nicht darauf an, was die Parteien gewollt hätten, falls sie die rechtlichen Folgen einer mündlichen Absprache gekannt hätten, sondern was sie tatsächlich gewollt haben. Wollten die Parteien ernsthaft eine Reduzierung der Miete, dann ist diese Vereinbarung auch dann wirksam, wenn mit der Vereinbarung die langfristige Bindung verloren geht. Das Berufungsgericht wird deshalb gegebenenfalls auch den angebotenen Zeugen vernehmen und eine Beweiswürdigung vornehmen müssen, ob die behauptete Absprache erfolgt ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 550, 705 BGB
Vertrag der BGB-Gesellschaft als Vermieterin;
Unterzeichnung des Mietvertrags**

Lässt sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei Abschluss eines langfristigen Mietvertrages von einem Gesellschafter oder Dritten vertreten, muss der Vertreter mit Vertretungszusatz unterzeichnen, um der Form des § 550 Abs. 1 BGB zu genügen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.12.2005 – I-24 U 46/05)

Aus den Gründen: Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Das Landgericht [Duisburg] hat die auf die auf Mietzahlung gerichtete Klage in Höhe des für den Monat Juli 2004 mit der Berufung weiter verfolgten Teilbetrags (1104,80 EUR nebst Zinsen) sowie den Feststellungsantrag zu Recht abgewiesen. Die vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine günstigere Entscheidung. Zur Begründung und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf das angefochtene Urteil und die Erwägungen des Senats in seinem Hinweisbeschluss vom 3. November 2005 Bezug genommen.

I. Der Senat hat dort u. a. ausgeführt:

„...Die beabsichtigte Befristung des Mietvertrags bis zum 31. Dezember 2009 ist mangels Einhaltung der Schriftform nicht wirksam geworden (§ 550 Satz 2 BGB). Der deshalb nur unbefristet abgeschlossene Mietvertrag ist durch die ordentliche Kündigung der Beklagten mit Ablauf des 30. Juni 2004 beendet worden.

...

a) Ist Vertragspartei eines befristeten Mietvertrags mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), ist der schriftlich abzuschließende Mietvertrag grundsätzlich von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen; denn die GbR wird gemäß §§ 709 Abs. 1, 714 BGB grundsätzlich von allen Gesellschaftern gemeinsam vertreten. Wird die Gesellschaft kraft einer abweichenden Vereinbarung von einzelnen Gesellschaftern und/oder dritten Personen vertreten, muss die Unterschrift der Unterzeichner zur Einhaltung der gemäß § 550 Satz 1 BGB gebotenen Schriftform einen Vertretungszusatz enthalten. Fehlt der Vertretungszusatz, kann der Urkunde in der gebotenen Schriftlichkeit nicht entnommen werden, ob die Unterschrift einzelner Gesellschafter noch fehlt (mit der Folge, dass der Vertrag noch nicht zustande gekommen wäre) oder ob die Gesellschafter, deren Unterschrift fehlt, von den Unterzeichnern vertreten worden sind (mit der Folge, dass der Vertrag zustande gekommen wäre, vgl. BGH NJW 2003, 1043 [= GuT 2003, 136] und 3053 [= GuT 2003, 209]; 2004, 1103 [= GuT 2004, 61]; 2005, 2225 [= GuT 2005, 143]; vgl. auch BAG NJW 2005, 2572 zur Frage der Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch eine GbR).

b) Der Hinweis der Berufung darauf, dass der Vertrag mit der Gesellschaft und nicht mit den einzelnen Gesellschaftern zustande kommt, verhilft ihr nicht zum Erfolg, weil wegen der gesetzlichen Regelung der Gesamtvertretung die vereinbarte Einzelvertretung oder die Vertretung durch Dritte in der Vertragsurkunde schriftlich zum Ausdruck kommen muss.

c) Der gebotene Vertretungszusatz wird nicht erfüllt durch den vorgedruckten Text unterhalb der Unterschriftenzeile „Für den Vermieter“ bzw. „Für den Mieter“. Dadurch wird nicht hinreichend deutlich, dass der Unterzeichner die nicht unterzeichnenden Gesellschafter vertritt, denn auch wenn alle Gesellschafter unterzeichnen geschieht das „für den Vermieter“, nämlich für die Gesellschaft, die nicht identisch ist mit den Gesellschaftern.

d) Es verstößt nicht gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB), dass sich die beklagte Rechtsanwalts-gesellschaft auf den Mangel der Schriftform beruft. Die Einhaltung der Schriftform dient der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs, weshalb sich auf deren Mangel grundsätzlich jedermann berufen kann, Rechtskundige und Rechtsunkundige. Besondere Umstände, die ein Berufen auf den Mangel der Schriftform im Streitfall als Verstoß gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr erscheinen lassen, werden von der Klägerin nicht aufgezeigt.“

II. An dieser Beurteilung hält der Senat fest.

1. Die jetzt noch vorgebrachte Ansicht der Klägerin, die aufgezeigten Rechtsgrundsätze seien auf den Streitfall deshalb nicht anwendbar, weil die hier umstrittene Vertragsurkunde von keinem Gesellschafter, sondern nur von rechtsgeschäftlichen Vertretern der GbR (wenn auch ohne Vertretungszusatz) unterzeichnet worden sei, ist von Rechtsirrtum beeinflusst. Die Klägerin verkennt in diesem Zusammenhang den Umfang des Schriftformgebots, das eingehalten werden muss, um das Rechtsschutzziel des § 550 Satz 1 BGB (§ 566 Satz 1 BGB a. F.) nicht zu verfehlen.

Das Schriftformgebot dient in erster Linie dazu, den Grundstückserwerber, der gemäß § 566 Abs. 1 BGB (§ 571 Abs. 1 BGB a. F.) kraft Gesetzes auf Vermieterseite in den Mietvertrag eintritt, über den Umfang seiner Rechte und Pflichten gegenüber dem Mieter zuverlässig zu informieren. Dazu gehört, dass der Vertrag von allen Vertragsparteien unterzeichnet worden ist. Unterzeichnet nicht die Vertragspartei, sondern ein Vertreter, so muss dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz, sei es im Vertragskopf, sei es bei der Unterschrift, hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht werden (vgl. BGHZ 125, 175, 178 f; BGH NJW 2002, 3389, 3390 f [= GuT 2003, 19 KL = WuM 2002, 601]; 2003, 3053, 3054 [= GuT 2003, 209]; 2004, 1103 f [= GuT 2004, 61]). Dieses Gebot richtet sich an jeden Vertreter, gleichgültig, ob ein Gesellschafter als Vertreter der anderen Gesellschafter oder ein (oder wie hier mehrere) Nichtgesellschafter als Vertreter aller Gesellschafter unterzeichnet.

2. Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6. April 2005 (NJW 2005, 2225, 2226 f [= GuT 2005, 143]). Der Bundesgerichtshof hat auch dort die hier aufgezeigten Rechtsgrundsätze erneut referiert und sodann darauf hingewiesen, dass es im dort zu entscheidenden Fall deshalb eines besonderen Vertretungszusatzes nicht bedurfte, weil ausweislich des Vertragsubrumms Vertragspartner eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden sollte, die gesetzlich von ihrem Geschäftsführer vertreten wird (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Durch diese Konstellation, die im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht gegeben ist, war bereits hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass der Unterzeichner selbst nicht Vertragspartner werden wollte.

3. Die Voraussetzungen von § 522 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 ZPO liegen ebenfalls vor.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§ 566 BGB a. F.

**Vermietung vor Gebäudeerrichtung; Schriftform;
Bestimmbarkeit von Vertragsparteien;
BGB-Gesellschaft (Erwerbsgemeinschaft) im Entstehen
als Vermieterin; Beschreibung des Mietobjekts;
gewillkürte Schriftform; Vorenthaltung**

Zur Wahrung der Schriftform i. S. d. § 566 BGB a. F., wenn der Vertrag für eine BGB-Gesellschaft geschlossen wird, deren Zusammensetzung bei Vertragsschluss noch nicht namentlich feststeht.

(BGH, Urteil vom 2. 11. 2005 – XII ZR 233/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen ordentlichen Kündigung eines gewerblichen Mietvertrages.

2 Mit schriftlichem Vertrag vom 23. November 1996 vermietete der Eigentümer des Grundstücks D.-Straße in M., Steffen W., Geschäftsräume, die auf diesem Grundstück errichtet werden sollten, an die Beklagte für die Dauer von 15 Jahren.

3 § 1 Nr. 1 des Mietvertrages lautet:

„Herr Steffen W., handelt für eine Erwerbsgemeinschaft, die die Erstellung und Vermietung eines Wohn- und Geschäftshauses in M. betreibt. Die Erwerbsgemeinschaft ist in ihrer jeweiligen Zusammensetzung Vertragspartner dieser Vereinbarung – Vermieter –.“

4 Bei Abschluss des Mietvertrages standen die Mitglieder der Gemeinschaft, die das Grundstück erwerben, bebauen und vermieten sollte, noch nicht fest.

5 In § 1 Nr. 2 des Mietvertrags heißt es:

„Der Mieter mietet vom Vermieter eine Gebäudenutzfläche gemäß DIN 277 von ca. 1561 m² in dem noch zu errichtenden Gebäude in M. B.-Straße/D.-Straße. Vermietet wird der gesamte über den Eingang D.-Straße erreichbare Gebäudebereich, der sich wie folgt aufgliedert

1251 m² Büro
122 m² Archivkeller
60 m² Terrasse (1/3 von 180 m²)
128 m² Verkehrsfläche (1/2 von Fläche Treppenhaus,
Flure, Mieterkeller, Technik)

1561 m² gesamt

Mietpreis durchgehend DM 17,50 je m² kalt.

Die bauliche Ausgestaltung dieser Flächen erfolgt gemäß der durch den Architekten des Vermieters erstellten Baubeschreibung. Die Baubeschreibung ist als Anlage Bestandteil dieses Vertrages.“

6 Auf Seite 1 des Mietvertrages ist unter der Rubrik „Mietgegenstand“ festgehalten, dass sich die Mieträume im vierten Obergeschoss des zu errichtenden Gebäudes – Bauteil I – befinden und eine Fläche von ca. 1443 m² gemäß Grundrissplan Anlage 1 aufweisen sollen. Weder Plan noch Baubeschreibung waren dem Mietvertrag beigelegt. Neben den Geschäftsräumen wurden im vierten Obergeschoss auch Wohnräume errichtet. Die Lage der vermieteten Geschäftsräume ist im Mietvertrag nicht beschrieben.

7 Mit Schreiben vom 27. September 2001 kündigte die Beklagte den Mietvertrag zum 31. März 2002.

8 Die Kläger, die zum Kreis der Personen gehören, die das Grundstück erworben und bebaut haben, machen den Mietzins für den Monat April 2002 geltend. Das Landgericht Halle hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 16 811,53 € nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht Naumburg hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Dagegen wenden sich die Kläger mit ihrer vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

9 **Aus den Gründen:** Die Revision der Kläger bleibt ohne Erfolg.

10 1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, es bestehe kein Mietzinsanspruch für den Monat April. Der Mietvertrag sei nicht wirksam auf die Dauer von 15 Jahren abgeschlossen, so dass die fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 27. September 2001 das Mietverhältnis zum 31. März 2002 beendet habe. Der Mietvertrag erfülle nicht das Schriftformerfordernis des § 566 BGB a. F. (§ 550 BGB). Der Mietgegenstand sei zwar in § 1 Nr. 1 des Mietvertrages hinreichend bezeichnet. Selbst wenn dem Mietvertrag ein Lageplan nicht beigelegt gewesen sei, sei zum einen zu berücksichtigen, dass die gemietete Fläche von 1.561 m² in der genannten Klausel in die Flächenteile für Büro, Archivkeller, Terrasse und Verkehrsfläche unterteilt worden sei, zum anderen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Gebäude noch nicht errichtet und deshalb eine völlig exakte Bezeichnung des Mietgegenstandes von vornherein nicht möglich gewesen sei. Im übrigen sei es treuwidrig, wenn sich die Beklagte nach mehrjähriger Durchführung des Vertrages darauf berufe, dass der Mietgegenstand nicht hinreichend konkret bezeichnet sei. Insoweit müsse beachtet werden, dass es der Beklagten – und einem potentiellen Erwerber – in Anbetracht der tatsächlichen Nutzung ohne weiteres möglich sei, eine Bestimmung der Mietfläche vorzunehmen.

11 Es fehle aber an einer hinreichend bestimmten Bezeichnung der Vermieter im Mietvertrag. Zwar ergebe die Auslegung des Mietvertrages, dass Vermieter die Eigentümer des Grundstücks sein sollten, deren Zusammensetzung dem Grundbuch entnommen werden könne. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sei die konkrete Zusammensetzung der Vermieter jedoch nicht bestimmbar gewesen. Die Erwerbsgemeinschaft sei noch nicht gegründet gewesen. Die Eintragung der Erwerber im Grundbuch sei erst am 17. April 1998 erfolgt. Die wesentlichen Vertragsinhalte müssten aber im Mietvertrag bestimmbar geregelt sein. Zwar könnten bei der Beurteilung der Bestimmbarkeit auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden. Auch könne nunmehr anhand des Grundbuchs festgestellt werden, wer Eigentümer und somit Mitglied der Erwerbsgemeinschaft sei. Die Schriftform sei aber nur gewahrt, wenn die Bestimmbarkeit bereits zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses gegeben sei.

12 Es bestehe auch kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung. [...]

13 2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält im Ergebnis einer Nachprüfung stand.

14 a) Die in § 566 BGB a. F. vorgesehene Schriftform ist nicht eingehalten.

15 aa) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass es zur Einhaltung der Schriftform des § 566 BGB a. F. zwar grundsätzlich erforderlich ist, dass sich die wesentlichen Vertragsbedingungen – insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses – aus der Vertragsurkunde ergeben. Da aber auch formbedürftige Vertragsklauseln grundsätzlich der Auslegung zugänglich sind, wenn sie sich als unklar und lückenhaft erweisen, brauchen indes auch wesentliche Tatbestandsmerkmale des Rechtsgeschäftes nicht bestimmt angegeben zu werden, sofern nur die Einigung über sie beurkundet ist und der Inhalt bestimmbar bleibt. Die Bestimmbarkeit muss allerdings im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegeben sein. Insoweit darf auch auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden, die aber, wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt, ebenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorliegen müssen (BGH, Senatsurteil vom 7. Juli 1999 – XII ZR 15/97 – NJW 1999, 3257, 3259 [= WuM 1999, 698]).

16 bb) Soweit das Berufungsgericht aber meint, die Schriftform sei deshalb nicht gewahrt, weil der Vermieter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht hinreichend bestimmbar gewesen sei, kann ihm nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht stellt zu hohe Anforderungen an den Begriff der Bestimmbarkeit. Wären die künftigen Eigentümer bei Vertragsabschluss bereits bekannt gewesen, so wäre bereits das Merkmal

der „Bestimmtheit“ erfüllt. „Bestimmbarkeit“ verlangt demgegenüber aber ein deutlich geringeres Maß an Genauigkeit. Dafür genügt eine abstrakte Beschreibung, die es ermöglicht, die Vertragsparteien zu ermitteln.

17 Die Frage der Bestimmbarkeit von Vertragsparteien stellt sich in vergleichbarer Weise bei der Abtretung künftiger Forderungen. Dabei verlangt die Rechtsprechung nicht, dass die Person des Schuldners bei Vertragsschluss feststeht. Sie lässt es vielmehr genügen, dass die juristische Entstehungsgrundlage und/oder der für die Entstehung maßgebliche Lebenssachverhalt so genau benannt werden, dass sich eine bestimmte Forderung bei ihrer Entstehung dann zuverlässig als der Abtretung unterfallend definieren lässt (MünchKomm/Roth BGB 4. Aufl. § 398 Rdn. 81). Auch bei Verträgen zugunsten Dritter wird es regelmäßig für ausreichend gehalten, wenn die Person des („begünstigten“) Gläubigers bestimmbar ist; der Dritte kann „zur Zeit des Vertragsschlusses noch ungewiss sein, aber durch den Eintritt eines gewissen Zustandes bestimmt werden“ (MünchKomm/Kramer a. a. O. § 241 Rdn. 5 m.w.N.). Selbst Verträge, die ein Vertreter für einen ihm nicht einmal bekannten Vertretenen abschließt (für den, der sich „in der Zukunft als Straßenaufpflichtiger ergebe“), hat die Rechtsprechung nicht an der mangelnden Bestimmbarkeit des Vertretenen scheitern lassen (MünchKomm a. a. O. m.w.N.).

18 Für die Frage der Bestimmbarkeit der Mietvertragsparteien gelten keine anderen Grundsätze. Der Sachverhalt, an den die Vertragsparteien die Person des Vermieters/Mieters knüpfen, muß so genau bestimmt werden, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel an der Person derselben verbleibt.

19 Eine solche abstrakte Beschreibung, die es ermöglicht, hier den Vermieter zu ermitteln, liegt vor. Nach der vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler vorgenommenen Auslegung sollten Vermieter diejenigen Personen sein, die das Grundstück vom Eigentümer erwerben würden, um es zu bebauen. Mit dieser Beschreibung ist die Person des Vermieters so präzisiert, dass sie – nach Veräußerung des Grundstücks – zweifelsfrei festgestellt werden kann.

20 cc) Gleichwohl ist die Form des § 566 BGB a. F. nicht gewahrt, weil entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Mietgegenstand nicht hinreichend bezeichnet ist. Aus dem Mietvertrag ergibt sich, dass sich die Mieträume im vierten Obergeschoß befinden. Es ist aber unstrittig, dass nicht das gesamte vierte Obergeschoß an die Beklagte vermietet wurde. Dort waren auch Wohneinheiten vorgesehen, die vom Mietvertrag nicht umfasst waren. Eine nähere Beschreibung der an die Beklagten vermieteten Fläche enthält der Mietvertrag nicht. Einem Erwerber, dessen Schutz die Schriftform in erster Linie bezweckt (BGHZ 136, 357, 370 [= WuM 1997, 667]) wäre es nicht möglich gewesen, anhand des Mietvertrages – vor dem Einzug der Beklagten – festzustellen, welche Räume an die Beklagte vermietet worden sind.

21 Dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Gebäude noch nicht errichtet war, rechtfertigt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine andere Beurteilung. Im Gegenteil muss bei einer Vermietung „vom Reißbrett“ die Beschreibung des Mietobjektes besonders genau sein, weil die tatsächliche Ausgestaltung der Räume in diesem Falle bei der Auslegung des Mietvertrages nicht herangezogen werden kann. Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Beklagten war dem Mietvertrag ein Lageplan, aus dem die vermieteten Räume hätten ersehen werden können, nicht beigelegt. Ein Lageplan ist auch im Rechtsstreit nicht vorgelegt worden.

22 b) Die Berufung der Beklagten auf den Mangel der Form ist nicht treuwidrig.

23 Die Berufung auf den Formmangel verstößt in der Regel nicht gegen § 242 BGB, da durch die Form ein nicht am Vertrag beteiligter Dritter geschützt werden soll (Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 8. Aufl. § 550 Rdn. 58 m.w.N.). Sie kann im Einzelfall treuwidrig sein, sofern die Nichtanerkennung des Vertrages nicht nur zu einem harten, sondern zu einem schlech-

terdings untragbaren Ergebnis führt. Das kommt vor allem dann in Betracht, wenn die Berufung auf den Formverstoß die Existenz des anderen Vertragsteils gefährdet, oder wenn die Berufung auf den Formverstoß eine schwere Treuepflichtverletzung gegenüber dem anderen Teil darstellt (Emmerich/Miete 8. Aufl. § 550 Rdn. 29). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

24 Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, es sei umstritten, ob § 550 BGB, der § 566 BGB a. F. abgelöst habe, weiterhin die Schriftform verlange; deshalb müsse die Frage der Treuwidrigkeit im Hinblick auf die seit 1. September 2001 geltende Fassung des § 550 BGB neu entschieden werden. Zwar wird die Meinung vertreten, § 550 BGB sehe für langfristige Mietverträge nicht mehr die gesetzliche Schriftform des § 126 BGB vor, sondern lasse die gewillkürte Schriftform genügen, die den Formerleichterungen nach § 127 BGB unterliege (Eckert NZM 2001, 409 f.; Ormanschick/Riecke MDR 2002, 247 f.; Herrlein/Kandelhard/Both Mietrecht 2. Aufl. § 550 Rdn. 10; a.A. Emmerich a. a. O. § 550 Rdn. 2; Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 8. Aufl. § 550 Rdn. 7, 8; Palandt/Weidenkaff BGB 64. Aufl. § 550 Rdn. 1; Haas Das neue Mietrecht – Mietrechtsreformgesetz S. 134, 135). Ob diese Auffassung zutrifft, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Formverstoß bei Abschluss des Mietvertrages hat dazu geführt, dass der Vertrag ordentlich gekündigt werden kann. Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich, warum ein Recht zur ordentlichen Kündigung dann verloren gehen soll, wenn der Gesetzgeber – nach Entstehung dieses Rechts – geringere Anforderungen an die Form stellt. Im übrigen wäre hier auch die gewillkürte Schriftform nicht eingehalten. Denn auch bei dieser muss sich aus dem Vertrag weiterhin sein wesentlicher Inhalt als schriftlich fixiert ergeben, wozu die genaue Bezeichnung des Mietobjekts, der Vertragsparteien, der Vertragsdauer sowie des Mietzinses gehören (Herrlein/Kandelhard a. a. O. Rdn. 11).

25 c) Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung für den Monat April 2002 abgelehnt hat. [...] Die nicht erfolgte Rückgabe der Mietsache führte nämlich nicht ohne weiteres zu einem Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 557 BGB a. F. (§ 546 a BGB). Denn das Gesetz gewährt Nutzungsentschädigung nur, wenn der Mieter dem Vermieter die Mietsache vorenthält. Vorenthaltung bedeutet Zurückbehaltung gegen den Willen des Vermieters (OLG Hamm NJW-RR 1997, 264). Sie liegt nicht vor, wenn der Vermieter der Auffassung des Mieters, der Mietvertrag sei beendet, widerspricht, indem er zu erkennen gibt, dass nach seiner Ansicht nicht wirksam gekündigt worden ist. Solange er den Mietvertrag nicht als beendet ansieht, will er keine Räumung verlangen (Schmidt-Futterer/Gather a. a. O. § 546 a Rdn. 19; Emmerich/Rolfs a. a. O. § 546 a Rdn. 15 m.w.N.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 566 BGB a. F.
Vermietung „vom Reißbrett“; Schriftform des
Mietvertrags; Bestimmbarkeit einer Regelung;
Übergabezeitpunkt als Mietbeginn**

Die Regelung in einem Mietvertrag, dass das Mietverhältnis mit der Übergabe der Mietsache beginnt, ist hinreichend bestimmbar und genügt deshalb dem Schriftformerfordernis des § 566 BGB a. F.

(BGH, Urteil vom 2.11.2005 – XII ZR 212/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Rechtsvorgängerin der Klägerin vermietete mit schriftlichem Vertrag vom 12. Januar 1995 an die S. AG ein Ladenlokal im Nahversorgungszentrum H. auf 15 Jahre.

§ 2 des Mietvertrages lautet:

„1. Das Mietverhältnis beginnt mit der Übergabe der Mieträume. Es endet nach Ablauf von 15 Jahren am darauffolgenden 30. 6.

2. ...

3. Die Übergabe der Mietfläche ist voraussichtlich im April 1996, die Eröffnung des Zentrums ist für Mai 1996 vorgesehen. Beide Terminangaben sind für den Vermieter unverbindlich.“

2 Am 17. September 1996 wurde das Objekt an die Beklagte übergeben, die das Vermögen der S. AG durch Verschmelzungsvertrag vom 13. Juni 1996 übernommen hatte. Später erwarb die Klägerin das Objekt von der Vermieterin. Mit Schreiben vom 24. Januar 2003 kündigte die Beklagte den Mietvertrag zum 30. September 2003 mit der Begründung, dass der Mietvertrag die Schriftform nicht wahre.

3 Das Landgericht Halle hat die Klage auf Feststellung, dass die Kündigung der Beklagten das Mietverhältnis der Parteien nicht beendet habe, abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Oberlandesgericht Naumburg zugelassenen Revision.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten.

5 1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, der zulässige Feststellungsantrag sei unbegründet. Der Mietvertrag vom 12. Januar 1995 sei nicht wirksam auf die Dauer von 15 Jahren abgeschlossen worden. Deshalb habe die fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 24. Januar 2003 das Mietverhältnis zum 30. September 2003 beendet. Der Mietvertrag erfülle nicht die Schriftform des § 566 BGB a. F. (§ 550 BGB). Danach müssten die wesentlichen Vertragsinhalte wie Vertragspartner, Mietgegenstand, Mietzins und Mietdauer im Mietvertrag bestimmbar geregelt sein, wobei bei der Beurteilung der Bestimmbarkeit auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden könnten. Unter Zugrundelegung dieser Kriterien sei der Mietbeginn nicht hinreichend bestimmbar vereinbart worden. Die Parteien hätten sich in § 2 Abs. 1 darauf geeinigt, dass das Mietverhältnis „mit der Übergabe der Mieträume“ beginnen solle. Zwar lasse sich nunmehr anhand des Übergabeprotokolls feststellen, dass die Übergabe am 17. September 1996 erfolgt sei. Das sei aber nicht ausreichend, weil die Schriftform nur gewahrt sei, wenn die Bestimmbarkeit bereits zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses gegeben sei. Der mit der Schriftform in erster Linie verfolgte Zweck, es einem späteren Erwerber zu ermöglichen, sich vollständig über die auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten des Mietvertrages zu unterrichten, könne sonst nicht erfüllt werden. Dem Umstand, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 12. Januar 1995 das Mietobjekt noch nicht errichtet gewesen sei und deshalb der Übergabezeitpunkt nicht habe benannt werden können, hätten die Parteien mit der Bestimmung eines „spätesten“ Übergabezeitpunkts („spätestens am ...“) Rechnung tragen können.

6 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

7 a) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass es zur Wahrung der Schriftform des § 566 BGB a. F. zwar grundsätzlich erforderlich ist, dass sich die wesentlichen Vertragsbedingungen – insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses – aus der Vertragsurkunde ergeben. Da aber auch formbedürftige Vertragsklauseln grundsätzlich der Auslegung zugänglich sind, wenn sie sich als unklar und lückenhaft erweisen, brauchen indes auch wesentliche Tatbestandsmerkmale des Rechtsgeschäfts nicht bestimmt angegeben zu werden, sofern nur die Einigung über sie beurkundet ist und ihr Inhalt bestimmbar bleibt. Die Bestimmbarkeit muss allerdings im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegeben sein. Insoweit darf auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden, die aber, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, ebenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorliegen müssen (BGH, Senatsurteil vom 7. Juli 1999 – XII ZR 15/97 – NJW 1999, 3257, 3259 [= WuM 1999, 698]).

8 b) Soweit das Berufungsgericht aber meint, die Form des § 566 BGB a. F. sei vorliegend nicht gewahrt, weil der Mietbeginn nicht hinreichend bestimmbar vereinbart sei, kann dem nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht stellt zu hohe Anforderungen an den Begriff der Bestimmbarkeit. Wäre das Datum des Mietbeginns bei Vertragsabschluss bereits bekannt gewesen, so wäre bereits das Merkmal der „Bestimmtheit“ erfüllt. „Bestimmbarkeit“ verlangt demgegenüber ein deutlich geringeres Maß an Genauigkeit. Dafür genügt eine abstrakte Beschreibung, die es ermöglicht, den Mietbeginn zu ermitteln.

9 Die Frage der Bestimmbarkeit stellt sich in vergleichbarer Weise bei der Abtretung künftiger Forderungen. Dabei verlangt die Rechtsprechung nicht, dass die Person des Schuldners bei Vertragsschluss feststeht. Sie lässt es vielmehr genügen, dass die juristische Entstehungsgrundlage und/oder der für die Entstehung maßgebliche Lebenssachverhalt so genau benannt werden, dass sich eine bestimmte Forderung bei ihrem Entstehen dann zuverlässig als der Abtretung unterfallend definieren lässt (vgl. MünchKomm/Roth BGB 4. Aufl. § 398 Rdn. 81 m.w.N.). Auch bei Verträgen zugunsten Dritter wird es regelmäßig für ausreichend gehalten, wenn die Person des (begünstigten) Gläubigers bestimmbar ist; der Dritte kann „zur Zeit des Vertragsschlusses noch ungewiss sein, aber durch den Eintritt eines gewissen Zustandes bestimmt werden“ (MünchKomm/Kramer a. a. O. § 241 Rdn. 5 m.w.N.). Selbst Verträge, die ein Vertreter für den ihm nicht einmal bekannten Vertretenen (für den, der sich „in der Zukunft als Straßenbaupflichtiger erbebe“) abschließt, hat die Rechtsprechung nicht an der mangelnden Bestimmbarkeit des Vertretenen scheitern lassen (MünchKomm/Kramer a. a. O. m.w.N.).

10 Für die Frage der Bestimmbarkeit des Mietvertragsbeginns gelten keine anderen Grundsätze. Ein Sachverhalt, an den die Vertragsparteien den Vertragsbeginn knüpfen, muss so genau bestimmt werden, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibt. Das trifft hier zu. Die Parteien hatten sich darauf geeinigt, dass das Mietverhältnis „mit der Übergabe der Mieträume“ beginnen sollte. Auf Grund dieser Beschreibung steht der Beginn des Mietverhältnisses – nach erfolgter Übergabe – eindeutig fest.

11 c) Den Beginn des Mietverhältnisses an die Übergabe des Mietobjektes zu knüpfen, entspricht auch einem praktischen Bedürfnis.

12 Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung würde dazu führen, dass die aus wirtschaftlichen Gründen nicht verzichtbare Vermietung noch nicht fertig gestellter Räume (so genannte Vermietung „vom Reißbrett weg“) über Gebühr erschwert würde. Die Meinung, die Mietvertragsparteien könnten den mit der Bestimmung des Vertragsbeginns auftretenden Schwierigkeiten dadurch begegnen, dass sie einen „spätesten“ Übergabezeitpunkt („spätestens am ...“) vereinbaren, hilft nicht weiter. Auch in diesem Falle müsste ein Rechtsnachfolger, der das Mietobjekt nach Übergabe an den Mieter erwirbt, das

Prewest
Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter www.prewest.de
Pfad: Medien und Kultur → [hier](#)

Telefax: 02 28 / 47 09 54,
e-mail: antiquariat@prewest.de

tatsächliche Übergabedatum ermitteln, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Übergabe immer erst zum vereinbarten „spätesten“ Übergabezeitpunkt erfolgt ist.

13 3. Da die Schriftform des § 566 BGB a. F. eingehalten ist, konnte die Beklagte den auf 15 Jahre fest abgeschlossenen Vertrag nicht ordentlich kündigen. Das Mietverhältnis besteht somit weiter. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und der Feststellungsklage stattzugeben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. Wiek in GuT 2006, 3 (in diesem Heft).

§§ 126, 148, 150, 566 a. F., 550 BGB
Gewerbemietvertrag; Vermietung vor Gebäudedefertigung; Schriftform; Angebot und Annahmefristen; unbestimmter Beginn der Mietzeit

Angebot und Annahme innerhalb vereinbarter Fristen müssen aus dem Mietvertrag schriftlich hervorgehen, damit der gesetzlichen Schriftform genügt wird.

Ist der Beginn der Mietzeit mit der Übergabe des noch zu errichtenden Objekts vereinbart, genügt ein vom Mietvertrag isoliert erstelltes Abnahmeprotokoll nicht der auf Urkundeneinheit beruhenden gesetzlichen Schriftform.

(LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 26.8.2005 – 2 HK O 4406/05 – n. rkr.)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Dauer eines gewerblichen Mietverhältnisses.

Die (Rechtsvorgängerin der) Klägerin als Mieterin schloß Anfang 1992 mit der Beklagten als Vermieterin einen Mietvertrag über noch zu erstellende Gewerberäume im Anwesen. Gem. § 4 der Vertragsurkunde, die von den Parteien unterzeichnet wurde, sollte die Mietzeit „mit Übernahme des schlüsselfertigen Mietobjektes“ beginnen und 15 Jahre dauern; als voraussichtlicher Übergabetermin ist der 30.8.1993, spätestens der 1.2.1994 angegeben. Vereinbart ist außerdem eine Verlängerungsklausel sowie die Einräumung einer Option für den Mieter, beides jeweils für einen Zeitraum von fünf Jahren.

Daneben ist in § 14 der Vertragsurkunde vereinbart:

„3. Der Vertrag wird wirksam nach Unterzeichnung durch beide Vertragsparteien.

4. Die Vertragspartei, die den Vertrag zuerst unterzeichnet, hält sich an das Vertragsangebot einen Monat ab Zugang bei der Gegenseite gebunden.“

Wenige Zeilen unter dieser Vereinbarung befinden sich die Unterschriften der Vertragsparteien, bei denen als Datum auf Seiten der Vermieterin der 16.3.1992 und auf Seiten der Mieterin der 22.4.1992 angegeben ist.

Hierzu existiert ein Schreiben der Beklagten vom 13.4.1992, in dem der Klägerin eine „Fristverlängerung zur Gegenzeichnung des Mietvertrages“ bis zum 22.4.1992 mit der Maßgabe gewährt wird, daß an diesem Tag der gegengezeichnete Mietvertrag der Beklagten „zur Verfügung zu stellen“ ist. Schließlich existiert ein „(Teil-)Abnahme-Protokoll“ über eine Objektbegehung am 9.11.1993, in dem mehrfach der Mietvertrag „vom 16.3.1992“ genannt ist. Darin ist u. a. festgehalten, daß am 9.11.1993 die Übergabe des Objektes stattfand und ab diesem Tag die Mieterin die Miete zu zahlen und Nebenkosten zu tragen hat.

Die Parteien sind unterschiedlicher Auffassung, ob die Urkunde vom 16.3./22.4.1992 den gesetzlichen Vorschriften für die Form eines Mietvertrages auf bestimmte Zeit genügt, und sie konnten hierüber keine Einigung erzielen.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, daß der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit läuft und damit ordentlich gekündigt werden kann, weil sie meint, die Urkunde genüge den gesetzlichen Vorschriften nicht. Es sei zum einen der Tag der

Übergabe der Mieträume urkundlich nicht feststellbar, zum anderen ergebe sich aus der Urkunde kein bindender Vertragsabschluß, weil die Gegenzeichnung verspätet erfolgt sei.

Aus den Gründen: Die zulässige Klage (§ 256 Abs.1 ZPO) ist begründet, weil die vorhandenen Urkunden den formellen Anforderungen nicht genügen, die das Gesetz an einen Mietvertrag auf bestimmte Dauer von mehr als einem Jahr stellt.

II. Der Mietvertrag der Parteien genügt den gesetzlichen Formvorschriften nicht, weil sich aus mehreren Gründen schon der Beginn des Mietverhältnisses nicht aus einer Vertragsurkunde i. S. d. Gesetzes feststellen läßt.

1. a) Zum einen ergibt sich aus der Urkunde schon nicht, ob und wann der Vertrag überhaupt zustande gekommen ist, da die hierzu aus der Urkunde ersichtlichen Daten kein eindeutiges Ergebnis zeigen.

aa) Verträge kommen durch Angebot und Annahme zustande, wobei die Annahme eines Angebotes nur innerhalb einer Frist erfolgen kann, wenn, wie hier, eine solche Frist bestimmt wurde, § 148 BGB.

bb) Ausweislich der Urkunde gab die Beklagte ihr Angebot am 16.3.1992 ab und war hieran einen Monat ab Zugang an die Klägerin gebunden. Die Annahme des Angebotes durch die Klägerin erfolgte am 22.4.1992, somit einen Monat und sechs Tage nach Abgabe des Angebotes (lediglich die Tage 17.–20.4.1992 wären als Feiertage oder als Samstag als Fristende nicht zu berücksichtigen, § 193 BGB; der 21. und 22.4.1992 waren normale Wochentage).

cc) Aus der Urkunde läßt sich schon nicht der Zugang des Angebotes der Beklagten bei der Klägerin ermitteln, auch existieren hierüber keine anderweitigen Urkunden.

b) Ebenso läßt sich der Zugang der Annahmeerklärung der Klägerin bei der Beklagten nicht ermitteln.

c) Im übrigen existiert nur ein Schreiben, wonach die Annahmefrist für die Beklagte durch die Klägerin verlängert wurde. Ein einseitiges Schreiben genügt aber nicht der gesetzlichen Schriftform, da bei Verträgen hierfür die Unterzeichnung beider Parteien notwendig ist, § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB.

d) Somit erfolgte „nach Urkundenlage“ die Annahme des Vertragsangebotes durch die Klägerin verspätet und stellt gem. § 150 Abs.1 BGB einen neuen Antrag dar. Ohne weiteres kann davon ausgegangen werden, daß die Beklagte dieses Angebot der Klägerin angenommen hat, jedoch erfolgte dies unstreitig nicht schriftlich. Somit ist nicht feststellbar, daß ein schriftliches Angebot vom anderen Vertragspartner auch schriftlich angenommen wurde, weshalb kein von beiden Parteien unterzeichneter Vertrag vorliegt, weil die Unterschrift der Beklagten vom 16.3.1992 (= schriftliches Angebot) durch Zeitablauf ihre Wirkung verloren hatte und das schriftliche Angebot der Klägerin vom 24.4.1992 nicht schriftlich angenommen wurde (§ 126 Abs. 2 Satz 1 BGB)

e) Diese Umstände sind aus der Urkunde selbst ersichtlich. Auch wenn grundsätzlich die Frage des Zustandekommens eines Vertrages von der Frage der Formwirksamkeit zu trennen ist, liegt hier die Besonderheit vor, daß der Sachverhalt der verspäteten Annahme des Angebotes wegen der räumlichen Nähe der Unterschriften zur Vereinbarung in § 14 Nr. 4 nahezu auf den ersten Blick ins Auge fällt. Jedem Leser der Urkunde drängt sich sofort die Frage nach den Umständen der Fristüberschreitung auf und keiner der Beteiligten hat die Möglichkeit, durch Urkunden den tatsächlichen Sachverhalt aufzuklären und den wirksamen Abschluß eines Vertrages nachzuweisen. Somit ergeben sich aus der Vertragsurkunde selbst „Ungereimtheiten“, die durch andere Urkunden nicht ausgeräumt werden können, unabhängig von der Frage, ob diese ausreichend wäre.

2. Zum anderen ergibt sich aus der Mietvertragsurkunde nicht der Beginn der Mietzeit, obwohl dies einen ganz wesentlichen

Vertragsbestandteil darstellt. Mietvertragsurkunde und Abnahmeprotokoll können rechtlich nicht als Einheit betrachtet werden.

a) Es bestehen schon Zweifel, ob dem Abnahmeprotokoll vom 9. 11. 1993 die Qualität einer Vertragsurkunde i. S. d. §§ 126, 566 BGB zukommt. Es läge nicht fern, es im Wortsinne tatsächlich nur als ein Protokoll für Beweiszwecke anzusehen.

b) Entscheidend ist, daß in der Vertragsurkunde vom 16. 3./22. 4. 1992 nicht auf das noch zu erstellende Protokoll Bezug genommen ist.

Zwar kann ein formwirksamer Mietvertrag durchaus auch aus zwei Urkunden bestehen (siehe nur BGH Urteil vom 11. 11. 1987 – VIII ZR 326/96 [= WuM 1988, 50]). Dies gilt jedoch nicht unbeschränkt, sondern nur in Fällen, in denen

aa) ein bereits früher formgültig abgeschlossener Vertrag durch einen (formgültigen) Nachtrag geändert wird, so daß rechtlich ein formgültiger Vertrag bestehen bleibt (BGH, Urteil vom 29. 1. 1992 – XII ZR 175/90);

bb) ein der gesetzlichen Schriftform genügender Nachtrag mit der ursprünglichen Urkunde inhaltlich eine Einheit bildet, weil die Parteien deutlich machen, daß sie in dem Willen handeln, die in der ursprünglichen Urkunde enthaltenen Regelungen aufrecht zu erhalten, und ihre Erklärungen als Ergänzung begreifen (BGH Urteil vom 11. 11. 1987);

oder

cc) wenn in beiden Urkunden aufeinander Bezug genommen wird, weshalb diese mit Ausnahme der körperlichen Verbindung offensichtlich eine Einheit bilden.

Keiner dieser Fälle ist hier gegeben. Die ursprüngliche Urkunde vom 16. 3./22. 4. 1992 ist formunwirksam, weil sie schon die wesentliche Vereinbarung über den Beginn des Mietverhältnisses nicht enthält, obwohl dies von ganz erheblicher Bedeutung ist (auch für die Berechnung der Zeitpunkte für eine Kündigung bzw. Optionsausübung). Die Urkunde verweist auch nicht auf eine noch zu erstellende Ergänzungsurkunde (Übergabeprotokoll). Sie hat deshalb die Vermutung der Vollständigkeit für sich, d. h. die Vermutung, eine „Ergänzungsurkunde“ existiere gerade nicht.

Das Abnahmeprotokoll verweist zwar auf die Mietvertragsurkunde, läßt aber schon seiner äußeren Gestaltung nach nicht den Willen der Beteiligten erkennen, eine umfassende rechtsgeschäftliche Regelung zu treffen. Es läßt sich dem Protokoll gerade nicht der Wille der Beteiligten entnehmen, mit dieser Urkunde einen formwirksamen Mietvertrag abzuschließen. Daher können beide Urkunden, Mietvertrag und Abnahmeprotokoll, nicht als Einheit betrachtet werden, die mit Ausnahme der fehlenden körperlichen Verbindung eine vom Willen der Parteien getragene tatsächliche und rechtliche Einheit darstellen.

3. Die genannten Formmängel sind auch erheblich. Die Schriftformerfordernisse des § 566 bzw. § 550 BGB sind in erster Linie auf § 571 a. F. BGB bzw. § 566 n. F. BGB zugeschnitten. Sie sollen es einem späteren Grundstückserwerber erleichtern, sich zuverlässig darüber zu unterrichten, in welche langfristigen Rechte und Pflichten er nach diesen Vorschriften eintritt (ständige Rechtsprechung des BGH, a. a. O.). Wie bereits mehrmals erwähnt, hat der Beginn des Mietverhältnisses ganz erhebliche Bedeutung. Dabei geht es nicht nur darum, ob das Mietverhältnis „ein paar Tage früher oder später“ endet, sondern auch darum, ob und wann eine Kündigung oder Optionsausübung rechtzeitig zu erfolgen hat. Wie gezeigt, ergibt sich aus der Urkunde vom 16. 3./22. 4. 1992 weder das wirksame Zustandekommen eines Vertrages (sondern gerade das Gegenteil) noch der Beginn des Mietverhältnisses. Auf das „Abnahmeprotokoll“ ist in der Mietvertragsurkunde nicht Bezug genommen und dem Protokoll selbst läßt sich nicht entnehmen, daß die Unterzeichner mit ihrer Unterschrift einen formwirksamen Vertrag erst abschließen wollten.

4. Somit liegt kein Mietvertrag vor, der den gesetzlichen Formerfordernissen entspricht. Die Klägerin handelt auch nicht

treuwidrig, wenn sie sich hierauf beruft. Dies könnte allenfalls dann bejaht werden, wenn sie selbst nahezu arglistig die Einhaltung der Form verhindert und die Beklagte hiervon abgehalten hätte. Dies ist nicht erkennbar und wird auch von der Beklagten nicht behauptet.

Nach alledem ist das Mietverhältnis der Parteien mangels der sonst einzuhaltenden Form auf unbestimmte Zeit geschlossen. Dies ist auf Antrag der Klägerin festzustellen und die Klage erweist sich daher als begründet.

Mitgeteilt von RA Specht, RAe Fries, Nürnberg

§§ 550, 566 a. F., 242 BGB
Gewerberaumiete; Vermietung vom Reißbrett;
Schriftform;
unbestimmter Endtermin der Vertragslaufzeit

Haben sich die Parteien in einem langfristigen Mietvertrag verpflichtet, „auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um sowohl für diesen Vertrag als auch für alle eventuellen Nachträge und Ergänzungen dem gesetzlichen Schriftformerfordernis Genüge zu tun“, verstößt eine auf die mangelnde Einhaltung der Schriftform gestützte Kündigung (ausnahmsweise) gegen Treu und Glauben, wenn die kündigende Partei nicht zuvor versucht hat, den Anspruch auf formgerechten Abschluss des Vertrages durchzusetzen.

Die Schriftform des Mietvertrags ist bei Vermietung „vom Reißbrett“ nicht gewahrt, wenn der Endtermin der Vertragslaufzeit 15 Jahre nach der Übergabe vereinbart wird, der Übergabetermin jedoch dem Vertrag nicht zu entnehmen ist.

(OLG Köln, Urteil vom 23. 9. 2005 – 1 U 43/04)

Zum Sachverhalt: I. Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht Mietzinsansprüche gegen die Beklagte hinsichtlich zweier Objekte in F. (K.-Straße sowie U.-Straße) geltend. Die zugrundeliegenden Mietverträge datieren vom 25. 11. 1996/ 2. 1. 1997 (K.-Straße) und vom 11. 7./ 28. 7. 1995 (U.-Straße) und wurden später jeweils durch verschiedene Nachträge ergänzt. Zum Zeitpunkt der Mietvertragsabschlüsse waren die entsprechenden Mieträumlichkeiten, die zum Betrieb eines Super- bzw. Discountmarkts dienen sollten, noch nicht errichtet. In beiden Grundmietverträgen war vorgesehen, dass das Mietverhältnis mit Vertragsschluss beginnen und „15 Jahre nach Übergabe (§ 8)“ enden sollte. Der jeweilige § 8 der Mietverträge enthält Regelungen zum Übergabeprotokoll. Bezüglich des Mietobjektes K.-Straße existiert ein – dem Mietvertrag nicht beigelegtes – Übergabeprotokoll vom 8. 5. 1998. Bezüglich des Objektes U.-Straße weist das entsprechende – dem Mietvertrag ebenfalls nicht beigelegte – Protokoll einen Übergabetermin vom 13. 11. 1996 aus. In dem Vertrag für das Objekt K.-Straße heißt es überdies in § 18 Abs. 5:

„Die Parteien verpflichten sich hiermit, auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um sowohl für diesen Vertrag als auch für alle eventuellen Nachträge und Ergänzungen dem gesetzlichen Schriftformerfordernis Genüge zu tun.“

Im Sommer 2002 führte die Beklagte mit den Vermieterinnen der beiden Objekte, jeweils vertreten durch die M. Immobilien Beteiligungs- und Vertriebsgesellschaft mbH, Verhandlungen über eine vorzeitige Beendigung der Mietverträge. Die vorbereiteten schriftlichen Aufhebungsvereinbarungen wurden indes von den Vermieterinnen nicht unterzeichnet.

Mit Schreiben vom 16. 8. 2002 kündigte die Beklagte die Mietverhältnisse betreffend die beiden streitgegenständlichen Objekte jeweils zum 31. 3. 2003 und leistete ab September 2002 keine Zahlungen mehr auf Miete und Nebenkosten.

Die Beklagte, die von der Klägerin auf Zahlung des Kaltmietzinses für die Monate September 2002 bis einschließlich April 2003 in Anspruch genommen wird, hat Widerklage erhoben auf Feststellung, dass die Mietverhältnisse durch die Aufhebungsvereinbarungen wirksam zum 30. 6. 2002 aufgehoben worden seien, hilfsweise, dass die Mietverhältnisse durch die Kündigungen wirksam zum 31. 3. 2003 beendet worden seien.

Das Landgericht Aachen hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Mietverhältnisse betreffend die Mietobjekte in der K.-Straße und in der U.-Straße weder durch Aufhebungsverträge noch durch die von der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen beendet worden seien. Aufhebungsverträge seien bereits wegen der fehlenden Zustimmung der Vermieterinnen nicht zustande gekommen. Die erklärten ordentlichen Kündigungen hätten die Mietverhältnisse nicht beenden können, weil die Mietvertragsparteien wirksam eine auf 15 Jahre befristete Mietzeit vereinbart hätten. Daher sei eine ordentliche Kündigung während dieses Zeitraumes ausgeschlossen. Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB (§ 566 BGB a. F.) liege nicht vor. Insbesondere sei die Laufzeit der Verträge aus den einschlägigen Vertragsbestimmungen in § 3 und § 8 hinreichend bestimmbar. Der bei unbefangener Auslegung der verschiedenen Regelungen insgesamt zum Ausdruck kommende Wille der Vertragsparteien zeige, dass die Parteien den Termin für die Übergabe und damit den vertraglichen Fristbeginn mit dem Termin für die Bezugsfertigkeit hätten gleichsetzen wollen. Da letzterer im Vertrag festgehalten sei, sei die Schriftform gewahrt. Auch seien die Mietobjekte durch die der Vertragsurkunde beigefügte Baubeschreibung sowie den Lageplan hinreichend genau beschrieben, sodass es nicht darauf ankomme, ob der in § 20 des Vertrages betreffend das Objekt K.-Straße erwähnte EG-Grundrissplan der Vertragsurkunde möglicherweise nicht beigefügt gewesen sei.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihre Anträge in vollstem Umfang weiter. Zum einen habe das Landgericht die Wirksamkeit der Aufhebungsvereinbarungen verkannt. Zum anderen habe es zu Unrecht die Einhaltung des Schriftformerfordernisses angenommen. Die Mietverträge erfüllten dieses Erfordernis gleich in mehrfacher Hinsicht nicht. Hinsichtlich der Laufzeit der Verträge habe das Landgericht eine fehlerhafte Auslegung vorgenommen. Es sei den Vertragsurkunden gerade nicht zu entnehmen, zu welchen Zeitpunkten die Mietverhältnisse enden sollten. Überdies sei auch hinsichtlich des Mietgegenstandes und hinsichtlich der Mietparteien die Schriftform nicht gewahrt.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Der Senat folgt dem Landgericht zunächst dahingehend, dass keine mündlichen Aufhebungsvereinbarungen betreffend die Mietverhältnisse K.-Straße und U.-Straße in F. zustande gekommen sind.

Dafür, dass das Landgericht sich mit dem Vortrag der Beklagten, eine mündliche Aufhebungsvereinbarung sei mit der M. Immobilien Beteiligungs- und Vertriebsgesellschaft mbH als Vertreterin der damaligen Vermieterin C. Immobilien Management GmbH & Co KG – Berlin Hyp Fonds 3 – geschlossen worden, nicht auseinandergesetzt habe, bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr wurde der entsprechende Vortrag auch nach Auffassung des Senats zutreffend gewürdigt. [...]

Dem Landgericht ist im Ergebnis ferner darin zu folgen, dass die Mietverhältnisse auch nicht durch die Kündigungen der Beklagten vom 16. 8. 2002 zum 31. 3. 2003 beendet worden sind, sodass auch die mit der Klage geltend gemachten Mietzinsansprüche für den Monat April 2003 bestehen und überdies der Widerklage der Erfolg versagt bleiben musste.

Zuzugeben ist der Beklagten allerdings – auch wenn es hierauf im konkreten Streitfall letztlich nicht ankommt –, dass das Schriftformerfordernis des § 550 BGB (§ 566 BGB a. F.) nicht eingehalten wurde.

Die Beklagte weist insoweit zu Recht darauf hin, dass nach den einschlägigen höchst- und obergerichtlichen Entscheidungen (vgl. etwa BGH NJW 1999, 3257 [= WuM 1999, 698], OLG Rostock ZMR 2001, 29) dem Schriftformerfordernis nur dann Genüge getan ist, wenn die Bestimmbarkeit der Dauer des Mietverhältnisses aus der Vertragsurkunde entnommen werden kann und damit bereits bei Abschluss des Mietvertrages gegeben sein müsse. Andernfalls kann der mit der Schriftform in erster Linie verfolgte Zweck, der nach ständiger Rechtsprechung des BGH (vgl. etwa BGH NZM 2003, 281 [= GuT 2003, 131]) darin besteht, es dem Grundstückserwerber zu ermöglichen, sich über den Umfang der auf ihn übergehenden Bindungen zu unterrichten, nicht erreicht werden.

Weder der Mietvertrag für das Objekt K.-Straße noch derjenige für das Objekt U.-Straße treffen hinreichend bestimmbare Aussagen über den Endtermin der Mietvertragslaufzeit. Nach § 3 Abs. 8 der Verträge endet das jeweilige Mietverhältnis 15 Jahre nach Übergabe. Da sich aber der Zeitpunkt der Übergabe den Verträgen nicht entnehmen lässt und den Verträgen auch keine Übergabeprotokolle beigefügt waren, ist das Bestimmtheitsfordernis nicht erfüllt.

Der Senat vermag sich insoweit auch nicht der vom Landgericht vorgenommenen Auslegung der Verträge dahingehend anzuschließen, dass sich zum einen der Übergabezeitpunkt mit dem Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit gleichsetzen ließe und zum anderen der Zeitpunkt der spätesten Bezugsfertigkeit zugrunde zu legen sei.

Gegen eine solche Auslegung spricht bereits der Wortlaut der Verträge. Insbesondere in § 3 unterscheiden die Parteien stets zwischen Bezugsfertigkeit als der vertragsgemäßen Herstellung des Mietgegenstandes und der sich darin anschließenden (tatsächlichen) Übergabe des Mietobjektes. In § 3 Abs. 2 S. 2 wird sogar Vorsorge für den Fall getroffen, dass die Übergabe sechs Monate nach der Bezugsfertigkeit immer noch nicht erfolgt ist. Diese Differenzierung steht nach Auffassung des Senats der vom LG vorgenommenen Auslegung maßgeblich entgegen. Auch wenn sicherlich – wie es auch der Überlegung in § 8 zugrunde liegt – Bezugsfertigkeit, Erstellung des Übergabeprotokolls und Übergabe selbst vielfach zusammenfallen werden, zeigt die Regelung in § 3 Abs. 2 S. 2, dass diese Konstellation eben nur der gedachte Regelfall, das Zusammentreffen aber nicht zwangsläufig ist. Auch der Beginn der Mietzinszahlung wird – selbstverständlich – an die Übergabe (die hier sicherlich nicht mit der Bezugsfertigkeit gleichzusetzen ist) gekoppelt (vgl. § 2 Abs. 5). Dies stellt zum einen für den Mieter sicher, dass keine Miete für ein nicht genutztes Objekt gezahlt wird, und in Verbindung mit § 3 zum anderen für den Vermieter, dass auch tatsächlich über volle 15 Jahre Miete gezahlt wird, sodass sich die auf diese Vertragslaufzeit gerechneten Investitionen amortisieren. Eine generelle Verknüpfung von Übergabe und Bezugsfertigkeit kann daher nicht angenommen werden.

Für die Ansicht des LG spricht letztlich auch nicht der Verweis auf § 8 in § 3 Abs. 8 („Das Mietverhältnis endet 15 Jahre nach Übergabe (§ 8).“). Denn in § 8 wird das gesamte Procedere der Übergabe dargestellt. Insbesondere ist in § 8 Abs. 5 geregelt, dass der Mieter bei Mängeln berechtigt ist, den Mietgegenstand nicht abzunehmen. In einem derartigen Fall würde es folglich nicht zu einer Übergabe kommen, sodass auch der in § 3 Abs. 8 enthaltene Verweis keine Stütze der Argumentation des LG ist. Die Laufzeit der Mietverhältnisse lässt sich daher den Verträgen nicht hinreichend bestimmbar entnehmen.

Gleichwohl führt dieser Umstand nicht dazu, dass die Mietverhältnisse durch die Kündigungen zum 31. 3. 2003 beendet wurden.

Bezüglich des Mietvertrages für das Objekt K. Straße kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf die fehlende Einhaltung der Form berufen, weil sie ansonsten treuwidrig handeln würde (§ 242 BGB).

Einer solchen Betrachtungsweise steht es nicht entgegen, dass die Berufung auf den Schriftformmangel in der Regel nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Selbst die jahrelange anstandslose Durchführung eines Mietverhältnisses berechtigt nicht ohne weiteres zur Annahme der Treuwidrigkeit einer auf den Formmangel gestützten Kündigung (vgl. BGH NZM 2004, 97 [= GuT 2004, 61]). Dies findet seine Berechtigung darin, dass im Interesse der Rechtsicherheit gesetzliche Formvorschriften nicht aus reinen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden dürfen (vgl. etwa Bub/Treier-Heile, 3. Aufl., II, Rn. 787 m.w.N.). Allerdings sind im Einzelfall Ausnahmen möglich, wenn besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, dass die Berufung auf den Schriftformmangel zu schlechterdings untragbaren Ergebnissen führen würde (vgl. Fritz, 4. Aufl., Rn 53a; Wolf/Eckert/Ball, 9. Aufl., S. 36, Rn. 129 jew. m.w.N.). Derartige besondere Umstände können etwa dann angenommen werden, wenn sich die Parteien vertraglich zur Nachholung der Form verpflichtet haben (vgl. OLG Celle NZM 2005, 219; OLG Düsseldorf NZM 2005, 147 [= GuT 2804, 186 KL]). Eine solche Sonderkonstellation kennzeichnet auch das Mietverhältnis betreffend das Gewerbeobjekt in der K.-Straße. Hier hatten sich die Mietvertragsparteien in § 18 Abs. 5 verpflichtet, „auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um sowohl für diesen Vertrag als auch für alle eventuellen Nachträge und Ergänzungen dem gesetzlichen Schriftformerfordernis genüge zu tun.“ Die Mietvertragsparteien haben mit dieser Vertragsklausel Vorsorge für den Fall getroffen, dass die Schriftform nicht eingehalten sein würde und einen wechselseitigen Anspruch auf Mitwirkung zur Behebung des etwaigen Mangels normiert. Beide Parteien legten erkennbar Wert auf die Einhaltung der Schriftform, da nur auf diese Weise die beabsichtigte 15-jährige Laufzeit des Vertrages gesichert werden konnte. Bei derartigen Sachverhaltsgestaltungen ist es auch nach Auffassung des Senats treuwidrig, wenn sich eine Vertragspartei auf den Schriftformmangel beruft und das Vertragsverhältnis mit dieser Begründung kündigt, ohne zuvor von dem Vertragspartner die Mitwirkung zur Heilung des Formmangels einzufordern. Daran ändert es auch nichts, dass sich die Klägerin stets auf den Standpunkt gestellt hat, der Vertrag sei formwirksam zustande gekommen, die Schriftform sei eingehalten. Auch unter diesen Umständen wäre es nicht von vornherein sinnlos gewesen, von der Klägerin die Mitwirkung zur Herstellung der Schriftform zu verlangen. Schließlich war die Klägerin in hohem Maße an der Einhaltung der bei Vertragsschluss ins Auge gefassten Laufzeit von 15 Jahren interessiert. Es erscheint daher nicht fernliegend, dass die Klägerin sich auf ein Ansinnen der Beklagten, die Schriftform nachzuholen, eingelassen hätte. Jedenfalls war dies nicht von vornherein ausgeschlossen, sodass eine sofortige fristlose Kündigung ohne den vorherigen Versuch, den vertraglichen Anspruch auf formgerechten Abschluss des Vertrages durchzusetzen, mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist.

Der auf den Formmangel gestützten Kündigungserklärung betreffend das Objekt K.-Straße kommt mithin keine Wirkung zu.

Hinsichtlich des Objektes U.-Straße fehlt eine dem § 18 Abs. 5 des Parallelvertrages entsprechende Klausel. Anhaltspunkte, die ohne das Bestehen des vertraglichen Anspruchs auf Nachholung der Beurkundung, den Formmangel einwand ausnahmsweise als treuwidrig erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich. Gleichwohl bleibt auch die Kündigung dieses Mietvertrages zum 31. 3. 2003 ohne Wirkung. [wird ausgeführt]

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Dumke, Köln

Hinw. d. Red.: Vgl. zur Schriftform BGH GuT 2006, 11 (in diesem Heft) sowie den Beitrag Wiek, GuT 2006, 3 (in diesem Heft).

§§ 550, 566 a. F. BGB

Befristete Gewerberaummiete vom Reißbrett; Bezeichnung des Mietobjekts; Heilung des Schriftformmangels durch Nachtragsvereinbarung

Entspricht der ursprünglich befristete Mietvertrag nicht der Formvorschrift des § 550 BGB (= § 566 BGB a. F.), so wird dieser Mangel nachträglich berichtigt, wenn sich die Mietvertragspartner – nachdem der Vertrag mehrere Jahre durchgeführt wurde – auf eine Nachtragsvereinbarung verständigen, die ihrerseits alle Essentialia eines Mietvertrages enthält und dem Schriftformerfordernis im Übrigen genügt. Dies gilt selbst dann, wenn im ursprünglichen Mietvertrag das Mietobjekt deshalb nicht hinreichend bezeichnet wurde, weil das Objekt im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages noch nicht errichtet war. Nimmt die Nachtragsvereinbarung hinsichtlich der Bezeichnung des Mietobjekts auf den ursprünglichen Vertrag Bezug, genügt dies dem Formerfordernis jedenfalls dann, wenn das Mietobjekt zwischenzeitlich errichtet wurde und die genaue Lage der Räumlichkeit durch Inaugenscheinnahme – auch durch einen möglichen Erwerber – festgestellt werden kann.

(OLG Naumburg, Urteil vom 7. 6. 2005 – 9 U 20/05)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin begehrt Mietzins für die Monate Januar bis März 2004 in – rechnerisch – unstreitiger Höhe von 14 750,37 Euro (3 × 4916,79 Euro). Die Parteien unterzeichneten zunächst am 14. 8./23. 8. 1993 eine Mietvertragsurkunde über Räume in einem noch zu errichtenden Gebäude. Mit den Daten 6. 9./10. 9. 1993 wurde eine weitere Mietvertragsurkunde unterzeichnet. In § 1 des Mietvertrages heißt es u. a.:

„Der Vermieter wird Eigentümer des im Grundbuch von H. Band Blatt 5165 eingetragenen Grundstücks, Gemarkung H., Flur 15, Flurstücke 564/21.

Der Vermieter vermietet zum Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts mit Schuhen und Randsortimenten auf diesem Grundstück einen Gebäudeteil mit 450 qm Gebäudenutzfläche gemäß der beigelegten Grundrißzeichnung.“

Unstreitig sollte das Gebäude noch von einem anderen Unternehmen („D“) genutzt werden. Ob die in § 1 des Mietvertrages genannte Grundrißzeichnung der Vertragsurkunde beigelegt war, ist zwischen den Parteien streitig. In § 3 Abs. 1 sowie in § 4 Abs. 1 und 2 des Mietvertrages heißt es:

„Die Übergabe des bezugsfertigen Objekts ist für den 01. September 1994 geplant.

Das Mietverhältnis beginnt mit dem auf die Übergabe folgenden Monatsersten.

Die Mietzeit beträgt – gerechnet von vorgenanntem Zeitpunkt – 15 Jahre.“

Unstreitig beigelegt war dem Mietvertrag eine Anlage zum Mietvertrag H., Q. Landstraße 7. Am 24. 10. 1994 wurden die Räumlichkeiten an die Beklagte übergeben. Über die Übergabe wurde ein Protokoll gefertigt. Die Beklagte hat das Objekt ab Übergabe zu dem vertraglich vereinbarten Zweck genutzt. In der Folgezeit haben die Parteien mehrfach über die Anpassung des Mietzinses verhandelt. Mit Schreiben vom 1. 6. 2001 unterbreiteten die Prozessbevollmächtigten der Klägerin das Angebot, den Mietzins um 10 % zu reduzieren und die Laufzeit des Vertrages bis zum 30. 11. 2011 zu verlängern. Dieses Angebot hat die Beklagte mit Schreiben vom 25. 6. 2001 angenommen. Über die vereinbarten Änderungen wurde ein Nachtrag Nr. 1 zum Mietvertrag vom 6. September/10. September 1993 gefertigt, der mit den Daten 2. 7./10. 7. 2001 von Vertretern der Parteien unterzeichnet wurde. Der Nachtrag bezeichnet die Parteien des Mietvertrages, i.ü. heißt es u. a.:

„§ 4 – Absatz 2 erhält folgende Fassung:

Die Mietlaufzeit beträgt – gerechnet vom vorgenannten Zeitpunkt – 17 Jahre und endet am 30. November 2011.

§ 6 – erhält folgende Fassung:

Der Mietzins beträgt monatlich ab Januar 1999 7290,— DM (...) für die Gebäudefläche gemäß § 1 inkl. Parkplatz und Zufahrtbenutzung. ...

Alle übrigen Bestimmungen des Mietvertrages bleiben unberührt und gelten unverändert fort.“

Mit Schreiben vom 30. 6. 2003 – der Klägerin am 2. 7. 2003 zugegangen – hat die Beklagte das Mietverhältnis zum 31. 12. 2003 gekündigt. Die Klägerin ist der Kündigung unter Hinweis auf die vereinbarte Laufzeit des Vertrages mit Schreiben vom 3. 7. 2003 entgegengetreten. Ob die Beklagte das Mietobjekt vollständig zum 31. 12. 2003 geräumt hat, ist zwischen den Parteien streitig.

Das Landgericht Magdeburg hat die Zahlungsklage mit der Begründung abgewiesen, dass die Kündigung vom 30. 6. 2003 das Mietverhältnis beendet habe. Der Mietvertrag verstoße gegen die Formvorschrift des § 550 BGB (§ 566 BGB a. F.) und habe daher ordentlich gemäß § 580a Abs. 2 BGB zum 31. 12. 2003 gekündigt werden können.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung.

Aus den Gründen: II. Das Rechtsmittel hat Erfolg. Der Klägerin steht der vertraglich vereinbarte Mietzins für die Monate Januar bis März 2004 zu. Die Kündigung der Beklagten vom 30. 6. 2003 konnte das Mietverhältnis im Hinblick auf die vereinbarte Festlaufzeit nicht wirksam zum 31. 12. 2003 beenden. Der Mietvertrag ist entgegen der Ansicht des Landgerichts formwirksam:

Es kann im Ergebnis dahinstehen, ob der Mietvertrag vom 6./10. 9. 1993 aus den vom Landgericht genannten Gründen oder deshalb formunwirksam ist, weil der Vertragsurkunde (insbesondere § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1) der Beginn des Mietverhältnisses nicht zu entnehmen ist (dazu: Senat, Urteil vom 1. 2. 2005 – 9 U 108/04 –; OLG Rostock NZM 2001, 426; OLG Dresden ZMR 2005, 41). Das Landgericht verkennt die Bedeutung des Nachtrages Nr. 1 vom 2./10. 7. 2001. Der Nachtrag Nr. 1 enthält selbst alle Essentialia eines Mietvertrages. Dazu rechnen vorrangig die Bezeichnung der Vertragsparteien, des Mietgegenstandes, des Mietpreises und der Mietdauer (h. M. z. B.: Palandt/Weidenkaff BGB, 64. Aufl., § 550, Rn. 10; Emmerich/Sonnenschein Miete, 8. Aufl., § 550, Rn. 10, jeweils m. w. N.). Im Rubrum der Nachtragsvereinbarung werden die Mietvertragsparteien genau – und damit für einen Erwerber zweifelsfrei erkennbar – bezeichnet. Die Vertragslaufzeit wird bis zum 30. 11. 2011 festgelegt. Dass auch die Nachtragsvereinbarung den Beginn des Vertrages nicht konkretisiert, ist vorliegend – anders als in dem vom Senat entschiedenen Fall (a. a. O.) – unerheblich, weil der Mietvertrag im Juli 2001 bereits seit mehreren Jahren (seit Oktober 1994) durchgeführt wurde und für einen Erwerber des Objekts nunmehr nur noch die restliche Vertragslaufzeit von Interesse sein kann, nicht aber die bis zum Erwerb bereits abgelaufene Zeit. Die Nachtragsvereinbarung enthält weiter die genaue Bezifferung des Mietzinses (einschließlich der Umsatzsteuer). Im Übrigen nimmt die Nachtragsvereinbarung ausdrücklich Bezug auf den ursprünglichen Mietvertrag.

Die Nachtragsvereinbarung selbst enthält mithin keine genaue Bezeichnung des Mietgegenstandes. Zunächst ist in einer Nachtragsvereinbarung die Bezugnahme auf den ursprünglichen Vertrag möglich, wenn es – wie vorliegend – eindeutig ist, dass die Parteien die Fortgeltung der dort niedergelegten Vereinbarungen wollen (vgl. BGH NJW-RR 2000, 744, 745). Das Mietobjekt selbst muss im Vertrag nicht mit letzter Genauigkeit bezeichnet werden, wenn verbleibende Zweifel an der exakten Lage durch Auslegung (BGH NJW 1999, 3257, 3259 [= WuM 1999, 698]) auch unter Berücksichtigung von außerhalb der Urkunde liegenden Umständen (BGH NJW 2002, 3389, 3391 [= GuT 2003, 19 KL = WuM 2002, 601]) beseitigt werden können. In § 1 Abs. 1 des Mietvertrages wird das Grundstück, auf dem das Mietobjekt errichtet werden sollte, genau be-

zeichnet. In § 1 Abs. 2 des Mietvertrages wird die Fläche des vermieteten Gebäudeteils mit 450 qm angegeben. Wäre die Beklagte die einzige Mieterin gewesen, könnten vernünftige Zweifel an der genauen Lage des Mietobjekts nicht bestehen. Im vorliegenden Fall ändert sich im Ergebnis aber nicht dadurch etwas, dass ein zweiter Mieter das Objekt nutzt. Die Bestimmbarkeit des Mietobjekts (bzw. die Vertragslaufzeit; Senat a. a. O.) muss zwar im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegeben sein. Dies trifft für September 1993 nicht zu, da das Objekt zu diesem Zeitpunkt erst noch erbaut werden musste. Etwas anderes gilt aber für den Zeitpunkt des Abschlusses der Nachtragsvereinbarung. Im Juli 2001 existierte das Gebäude. Die Beklagte nutzte bestimmte Räume in dem Objekt. Die Lage des Mietgegenstandes auf dem im Mietvertrag genau bezeichneten Grundstück konnte mithin im Zeitpunkt des Abschlusses der Nachtragsvereinbarung jederzeit durch schlichte Inaugenscheinnahme – auch durch einen Erwerber – festgestellt werden. Dieser Gesichtspunkt muss jedenfalls bei einem bereits seit Jahren durchgeführten Mietvertrag als Umstand bei der Auslegung des Vertrages berücksichtigt werden. Die Nachtragsvereinbarung ist damit als eigenständiger Mietvertrag formwirksam. Die Beklagte ist somit bis zum 30. 11. 2011 an den Vertrag gebunden. Sie konnte den Mietvertrag nicht ordentlich mit der Kündigung vom 30. 6. 2003 zum 31. 12. 2003 beenden und schuldet daher den vertraglich vereinbarten Mietzins für die Monate Januar bis März 2004. Die Klage ist in vollem Umfang begründet.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen von § 543 ZPO nicht vorliegen. Die Grundsätze zur Beantwortung der Frage der Formwirksamkeit bzw. der Formunwirksamkeit von langfristigen Mietverträgen hat der Bundesgerichtshof in einer Vielzahl von Entscheidungen geklärt (z. B. NJW-RR 1992, 654; NJW 1999, 2591; NJW 1999, 3257; NJW-RR 2000, 744; NJW 2002, 3389; NJW 2003, 1248 [= GuT 2003, 131]; NJW 2004, 1103 [= GuT 2004, 61]). Es handelt sich vorliegend nur noch um die Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Einzelfall. Dies erfüllt weder die Revisionszulassungsgründe aus § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO noch aus § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Mitgeteilt vom Veröffentlichungsverein OLG Naumburg

**§§ 314, 543, 550, 566, 566 a. F., 571 a. F., 580a BGB
Gewerberaumiete; Schriftform;
Grundstücksveräußerung; Bäckerei im EKZ;
Konkurrenzschutz gegenüber Supermarkt-Angebots-
erweiterung; fristlose Kündigung**

1) Wird der Vermieter nach dem Mietvertragsabschluss im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, so tritt der Grundstückserwerber in die sich aus dem Mietvertrag ergebenden Rechte und Pflichten kraft Gesetzes ein, sofern die Veräußerung nach Überlassung des Grundstücks an den Mieter erfolgt.

2) Der Vermieter der Flächen im Einkaufszentrum muss den Bäcker vor der Konkurrenzsituation schützen, die sich durch die Sortimentserweiterung des ebenfalls im EKZ befindlichen „Penny“-Supermarkts auf frische Backwaren ergibt. Die fristlose Kündigung des Mieters über die Fläche der Bäckerei bei Verletzung des Konkurrenzschutzes bedarf einer aktuellen, erforderlichenfalls wiederholten Abmahnung des Vermieters.

3) Ist der Mietvertrag mangels Schriftform auf unbestimmte Zeit vereinbart, kann die gebotene Hinnahme der Konkurrenzsituation bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist einer fristlosen Kündigung entgegenstehen.

Der Mietvertrag wahrt die i. S. d. § 550 BGB erforderliche Schriftform nicht, wenn das Gebäude zum Zeitpunkt der Vermietung noch nicht fertiggestellt ist und das Mietobjekt im Vertrag nicht hinreichend genau bezeichnet ist.

(OLG Rostock, Urteil vom 15. 8. 2005 – 3 U 196/04)

Zum Sachverhalt: Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung rückständiger Gewerberaummiete in Anspruch. Erstinstanzlich beehrte er im Weiteren, die Beklagte zum Betrieb ihrer Bäckerei zu verpflichten.

Am 28. 5. 1997 schlossen Herr F. als Vermieter und die Beklagte als Mieterin einen Vertrag über eine ca. 40 m² große Fläche eines in J. gelegenen Einkaufszentrums zum Betrieb einer Bäckerei. Weitere Flächen dieses Einkaufszentrums sind an einen Penny-Markt und an eine Metzgerei vermietet.

Herr F., seit dem 2. 6. 1998 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, veräußerte das streitgegenständliche Grundstück an den Kläger; dessen Eintragung als Eigentümer im Grundbuch erfolgte am 29. 7. 1998.

Mit Schreiben vom 26. 3. 2002 beanstandete die Bäcker- und Konditoren-Vereinigung Nord namens und im Auftrag der Beklagten die Einrichtung einer Backstation im angrenzenden Penny-Markt und kündigte eine Mietminderung um 25%, sowie bei Nichtabhilfe die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses und Schadensersatzansprüche an. Die Parteien streiten, ob durch die Einrichtung der Backstation im Penny-Markt der der Beklagten in § 12 des Mietvertrages gewährte Konkurrenzschutz verletzt ist.

Die Beklagte minderte zunächst wie angekündigt ab April 2002 die monatliche Miete, zahlte dann aber im Juli 2002 die ausstehenden Beträge nach und leistete in der Folgezeit bis September 2002 Miete in voller Höhe. Mit Schreiben vom 15. 8. 2002 kündigte sie das Mietverhältnis außerordentlich zum 30. 9. 2002; den Betrieb der Bäckerei stellte sie ab dem 1. 10. 2002 ein.

Der Kläger forderte erstinstanzlich zunächst rückständige Miete für die Monate Oktober 2002 bis Juli 2003 einschließlich der vertraglich vereinbarten Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von insgesamt (10 Monate à 1286,43 €) 12 864,30 € und beantragte zudem, die Beklagte zum Betrieb der Bäckerei in den gemieteten Räumen zu verurteilen. Mit Schriftsatz vom 11. 11. 2003 forderte der Kläger klageerweiternd rückständige Miete für die Monate August und September 2003 in Höhe von je 1286,43 € sowie für Oktober und November 2003 in Höhe von je 606,67 €. Der geforderte Betrag von 606,67 € entspricht der Differenz aus der vertraglich vereinbarten und der durch die Weitervermietung der Räume an Dritte vereinnahmten Miete von monatlich 679,76 €.

Mit Urteil vom 3. 9. 2004 erkannte das Landgericht Neubrandenburg auf Zahlung in Höhe von 16 648,94 € nebst Zinsen. Den Klagantrag zur Betriebspflicht wies es ab.

Gegen diese Entscheidung legte die Beklagte Berufung ein, die sie wie folgt begründet: Die Darlegungen des Landgerichts zur Konkurrenzsituation zwischen ihr und dem Penny-Markt seien fehlerhaft. Der Penny-Supermarkt decke ihr Angebot an Frischbackwaren fast vollständig ab. Der Markt verkaufe frisches Brot und frische Brötchen zu einem geringeren Preis, als sie diese Waren anbieten könne, was zu einer nicht zu akzeptierenden Konkurrenzsituation führe. Bei Abschluss des Mietvertrages habe der Penny-Markt Brot und Feinbackwaren lediglich abgepackt verkauft. Da der Kläger vertragswidrig eine Beseitigung des konkurrierenden Angebotes des Penny-Marktes abgelehnt habe, sei sie – die Beklagte – zur fristlosen Kündigung nach § 542 BGB berechtigt gewesen.

Der Kläger behauptet, bei Abschluss des Mietvertrages hätten die Mietparteien vereinbart, dass Herr F. den Mietvertrag bei Veräußerung auf den neuen Objekteigentümer übertrage. Entsprechend sei im § 10 des Mietvertrages die Verpflichtung aufgenommen, die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag zu übertragen. Herr F. habe bei Abschluss des Kaufvertrages mit dem Kläger den Mietvertrag auf diesen übertragen. Auf die unter § 1 Abs. 2 erwähnte Anlage zum Mietvertrag (Lageplan/Grundriss) sei einvernehmlich verzichtet worden, weil das Geschäft aufgrund der Größe eindeutig bestimmbar sei. Zur Frage des Konkurrenzschutzes verteidigt der Kläger das erstinstanzliche Urteil.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise begründet. Sie schuldet dem Kläger gem. § 535 Abs. 2 BGB rückständige Miete für die Monate Oktober 2002 bis März 2003 in Höhe von 7 117,20 €. In Höhe der für diesen Zeitraum verlangten Nebenkostenvorauszahlungen von insgesamt 601,38 € ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt.

1. Der Kläger ist als Vertragspartner der Beklagten aktiv legitimiert. Er ist als Käufer des Grundstücks A. Straße 1 in J. mit seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch am 29. 7. 1998 gem. §§ 581 Abs. 2, 571 BGB a. F. an Stelle des Herrn F. in die Rechte und Pflichten des Mietvertrages vom 28. 5. 1997 eingetreten.

Dass Herr F. zum Zeitpunkt des Vermietung nicht als Eigentümer dieses Grundstücks im Grundbuch eingetragen war, steht nach Ansicht des Senats dem gesetzlichen Vertragsübergang nicht entgegen. Durch die Eintragung des Herrn F. am 2. 6. 1998 als Eigentümer im Grundbuch änderten sich die Parteien des Mietvertrages zunächst nicht. Vor seiner Eintragung war er lediglich Vermieter des streitgegenständlichen Grundstücks; nach seiner Eintragung blieb er Vermieter und wurde zugleich – bis zur Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch – Eigentümer dieses Grundstücks. Mit der Eintragung des Klägers im Grundbuch am 29. 7. 1998 trat dieser anstelle des Herrn F. in die sich aus dem am 28. 5. 1997 geschlossenen Mietvertrag ergebenden Rechte und Pflichten ein. Voraussetzung des gesetzlichen Vertragsübergangs nach § 571 BGB a. F. ist, dass Vermieter und Veräußerer identisch sind. Das ist hier der Fall, denn Herr F. war zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung des Käufers in das Grundbuch am 29. 7. 1998 sowohl Eigentümer des an den Kläger veräußerten Grundstücks als auch Vermieter.

Nach anderer Ansicht setzt der gesetzliche Vertragsübergang nach § 571 Abs. 1 BGB a. F. bzw. § 566 BGB n. F. die Identität von Vermieter, Grundstückseigentümer und Veräußerer bei Abschluss des Mietvertrages voraus (vgl. Emmerich/Sonnenschein, Miete-Handkommentar, 8. Aufl., § 566 Rn. 13). Für eine Anwendung dieser Regelung soll auch dann kein Raum sein, wenn – wie hier – der Veräußerer des Grundstücks im Verlauf des Mietverhältnisses Eigentümer des Grundstücks geworden ist (OLG Köln ZMR 2001, 967). Diese Ansicht, der sich der Senat nicht anschließt, findet im Gesetz keine Stütze. Weder § 571 BGB a. F. noch § 566 BGB verlangen für den gesetzlichen Vermieterwechsel, dass der Veräußerer eines Grundstücks bereits bei Abschluss des Mietvertrages Eigentümer dieses Grundstücks war. Voraussetzung ist lediglich, dass die Veräußerung nach Überlassung des Grundstücks an den Mieter erfolgt. Das ist hier der Fall. Auch der Schutzzweck des § 571 BGB a. F. bzw. § 566 BGB, dem Mieter oder Pächter seine Rechte aus dem Mietvertrag zu erhalten, erfordert es nicht, für die Anwendung dieser Regelung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages abzustellen.

2. Die Beklagte war am 30. 8. 2002 nicht zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses zum 30. 09. 2002 berechtigt.

2.1. Dabei kann zu ihren Gunsten unterstellt werden, dass mit der Einrichtung der Backstation im Penny-Markt eine von der Beklagten nicht hinzunehmende Konkurrenzsituation geschaffen wurde. Eine solche Konkurrenzsituation ist ein Grund i. S. v. § 543 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 314 Abs. 1 S. 2 BGB, der die Beklagte als Mieterin zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages berechtigt, und zwar vorrangig – sofern dem Kläger als Vermieter eine Verletzung seiner Verpflichtung aus § 12 S. 2 des Mietvertrages, „soweit rechtlich möglich und zulässig dafür zu sorgen, dass andere Mieter oder Benutzer des Hauses während der Dauer des Mietvertrages nicht durch Änderung oder Erweiterung ihres bestehenden Geschäftsbetriebes dem Mieter Konkurrenz machen“ vorzuwerfen ist – nach § 543 Abs. 1 BGB oder – sofern eine schuldhaftige Vertragsverletzung durch den Kläger nicht vorliegt – nach § 314 Abs. 1 BGB.

2. 2. Vorliegend scheidet das außerordentliche Kündigungsrecht der Beklagten an der fehlenden Abmahnung bzw. Abhilfeforderung.

a) Besteht wie hier der wichtige Grund für die Kündigung in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag, ist gem. § 543 Abs. 3 bzw. § 314 Abs. 3 BGB die Kündigung erst nach erfolgreichem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Eine solche Fristsetzung zur Abhilfe ist zwar mit Schreiben vom 26. 3. 2002 erfolgt. Allerdings war in diesem Schreiben zugleich eine Mietminderung angekündigt, die die Beklagte zunächst vornahm, von der sie später unstreitig wieder abrückte. Ohne dass sich die von ihr beanstandete Konkurrenzsituation geändert hatte, zahlte sie die einbehaltenen Minderungsbeträge im Juli 2002 nach und in der Folgezeit die Miete in voller Höhe. Der Kläger konnte folglich davon ausgehen, dass die Beklagte sich mit der Wettbewerbssituation abgefunden hatte und nicht nur von der angekündigten Minderung der Miete, sondern auch an ihrer im Schreiben vom 26. 3. 2002 erfolgten Kündigungsandrohung für den Fall der Nichtabhilfe bis zum 19. 4. 2002 abgerückt war. Die Beklagte durfte daher wegen der zuvor beanstandeten Konkurrenzsituation nicht außerordentlich kündigen, ohne den Kläger erneut abzumahnern oder von ihm Abhilfe zu fordern.

b) Eine nochmalige Abmahnung oder Abhilfeforderung war auch nicht entbehrlich. Dies ist dann der Fall, wenn sie keinen Erfolg versprechen (§ 543 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BGB) oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 543 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BGB). Keine der Voraussetzungen liegt hier vor. Zwar hatte der Kläger mit Schreiben vom 24. 4. 2002 das Entstehen einer Konkurrenzsituation für die Beklagte durch die Einrichtung der Backstation im Penny-Markt unter Berufen auf vorliegende Informationen und Erfahrungen anderer Märkte verneint, was für ein Fehlen der Erfolgsaussicht einer nochmaligen Abmahnung oder Abhilfeforderung spricht. Dennoch ist nicht auszuschließen, dass die Beklagte ihn durch eine detaillierte Darstellung ihrer Umsatzentwicklung über mehrere Monate vom Bestehen einer Konkurrenzsituation hätte überzeugen können und dass sich der Kläger – wie von der Beklagten gemäß ihrem Schreiben vom 7. 6. 2002 noch im Juni 2002 angestrebt – mit einer Änderung des Mietvertrages einverstanden erklärt hätte. Aus besonderen Gründen ist eine außerordentliche Kündigung hier bereits deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Mietvertrag – wie nachfolgend ausgeführt – wegen Verfehlung der Schriftform als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt, folglich ordentlich kündbar ist und der Beklagte die Hinnahme der Konkurrenzsituation während der Kündigungsfrist zuzumuten ist.

3. Die Kündigung der Beklagten vom 30. 8. 2002 beendete als ordentliche Kündigung den Mietvertrag zum 31. 3. 2003.

3.1. Der Mietvertrag vom 28. 5. 1997 gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen, denn er wahrt die gem. § 566 BGB a. F. bzw. § 550 BGB erforderliche Schriftform nicht.

Das an die Beklagte vermietete Objekt ist im Vertrag nicht hinreichend genau bezeichnet. Die Lage der Mieträume auf einem Grundstück oder in einem Gebäude ist in einer Weise zu umschreiben, die erkennen lässt, welche Räume im Einzelnen oder welche Teilfläche Vertragsobjekt ist. Demgemäß genügt die Angabe, dass auf dem Grundstück oder in dem Gebäude Räume mit einer bestimmten Größe vermietet werden, nicht, wenn die genaue Lage innerhalb des Gebäudes oder des Grundstückes offen bleibt (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Rdn. 97). Vorliegend handelt es sich um ein Gebäude mit 3 Mietungen. Mangels anderer Angaben ist davon auszugehen, dass sich diese Mietungen im Erdgeschoss befinden. Folglich ist das Mietobjekt mit der Angabe „Erdgeschoss, ca. 40 qm“, nicht hinreichend konkret umschrieben. Der Umstand, dass die an den Penny-Markt vermietete Fläche weitaus größer sein dürfte als 40 qm, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung, denn es

wurden auch Flächen an eine Metzgerei vermietet, bei der jedenfalls nicht auszuschließen ist, dass der Umfang der vermieteten Fläche dem der Bäckerei nahezu entspricht. Der Kläger trug hierzu lediglich vor, dass die Metzgerfläche „eine andere Größe“ habe, ohne die konkrete Größe anzugeben. Der unter § 1 Ziff. 2 des Mietvertrages erwähnte Lageplan, auf dem die vermietete Fläche gekennzeichnet sein soll, und der als Bestandteil des Mietvertrages ausgewiesen ist, ist dem Mietvertrag nicht beigelegt. Zwar schadet eine ungenaue Bezeichnung des Mietobjekts jedenfalls dann nicht zwingend, wenn der Mieter es bei Vertragsschluss schon nutzt, weil sich der Umfang der tatsächlichen Nutzung dann als außerhalb der Urkunde liegenden Auslegungshilfe anbietet (BGH Urteil vom 7. 7. 1999, NJW 1999, 3257). Hier aber war das Gebäude zum Zeitpunkt der Vermietung noch nicht fertig gestellt.

3. 2. Die Kündigung der Beklagten vom 30. 08. 2002 beendete das Mietverhältnis zum 31. 3. 2003 (§ 580 a Abs. 2 BGB). Die fristlose Kündigung ist als ordentliche Kündigung auszulegen, sofern aus der Kündigungserklärung selbst oder aus den Umständen zweifelsfrei zu folgern ist, dass der Kündigende die Vertragsbeziehung zum nächstmöglichen Termin auflösen will (BGH Urteil vom 12. 01. 1988, NJW 1981, 976; Urteil vom 15. 1. 2003, ZIP 2003, 667 = NZM 2003, 235 [= GuT 2003, 136]; Urteil vom 16. 7. 2003, NZM 2003, 801 [= GuT 2003, 209]). Das ist hier der Fall, denn die Beklagte hat zu dem von ihr angekündigten Termin der Beendigung des Vertrages ihren Geschäftsbetrieb eingestellt.

4. Der Kläger kann für den Zeitraum Oktober 2002 bis März 2003 rückständige Miete in Höhe von 7117,20 € (6 × 1186,20 €) fordern.

Nach übereinstimmender Erledigungserklärung der Parteien ist der Rechtsstreit in Höhe weiterer 601,38 € (6 × 100,23 €) in der Hauptsache erledigt. Wegen zwischenzeitlich eingetretener Abrechnungsreife kann der Kläger für den oben genannten Zeitraum Nebenkostenvorauszahlungen nicht mehr verlangen. [...]

5. Die weitergehende Klage ist abzuweisen, weil die Beklagte nach Beendigung des Mietvertrages weder Miete noch Nutzungsausfall schuldet.

III. Anlass die Revision zuzulassen, besteht nicht.

§§ 313, 536 BGB

Geschäftsraummiete im geplanten Handels- und Dienstleistungszentrum; EKZ; „Mall“; Vollvermietungsstatus; Mieterstruktur; Wegfall der Geschäftsgrundlage; nicht erwartungsgemäße Kundenakzeptanz; zugesicherte Eigenschaft; Mängel der Mietsache; Risiko; Leerstände

a) Zur Frage, ob eine Vollvermietung und eine bestimmte Mieterstruktur als zugesichert anzusehen ist, wenn die Parteien einen bestimmten Vermietungsstatus in die Präambel des Mietvertrages aufgenommen haben (im Anschluss an Senatsurteil vom 26. Mai 2004 – XII ZR 149/02 – NZM 2004, 618 [= GuT 2004, 164]).

b) Zur Anwendbarkeit der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Anmietung einer Teilfläche in einem erst zu erstellenden Zentrum für Handel und Dienstleistungen, wenn dieses nach der Eröffnung nicht in der erwarteten Weise von den Kunden angenommen wird (im Anschluss an Senatsurteile vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593] und vom 19. Juli 2000 – XII ZR 176/98 – NZM 2000, 1005).

(BGH, Urteil vom 21. 9. 2005 – XII ZR 66/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger fordert als Zwangsverwalter des H.-Centers in S. von der Beklagten rückständige Miete für zwei Objekte für die Zeit von Oktober 1999 bzw. Januar 2001 bis Juli 2001.

2 Mit Vertrag vom 8./9. Oktober 1998 vermietete die damalige Vermieterin der Beklagten Flächen im H.-Center in S. zum Betrieb einer staatlich konzessionierten Spielbank. In der Präambel des Vertrages heißt es:

2 „Die Vermieterin erstellt ein regionales Objekt für Handel und Dienstleistung, das ‚H.-Center‘ in ... S., auf dem Grundstück T.-Damm, Ecke B.-Straße, derzeit leeres Grundstück.

Das Objekt wird eine Gesamtfläche von ca. 28 000 m² haben, wovon im Erdgeschoß und im ersten Obergeschoß jeweils 5600 m² von Einzelhandel und Entertainment gemischt genutzt werden. Im Erdgeschoß werden folgende Firmen vertreten sein:

R. Verbrauchermarkt, S. Drogeriemarkt, G. Spielotheken AG, E. Autovermietung, R. Zierpflanzen, A. Apotheken, Bistro E., S.-Back, R. Schuh- Schlüsseldienst und Bank G.

Weiterhin wird ein Hotel mit 115 Zimmern auf einer Fläche von ca. 5700 m² auf insgesamt vier Etagen betrieben. Im ersten Obergeschoss wird ein Entertainment-Center entstehen mit einer B. Bowlingbahn, einem Cafe der Firma S.-Back, einer Erlebnisgastronomie der S. Brauerei und einem Spezialitätenrestaurant.

Zum Objekt gehört auch ein eigenes Parkhaus mit 345 Parkplätzen, welches durch die Firma I. B. betrieben wird.“

3 Das Mietverhältnis, das am 1. September 1999 beginnen sollte, wurde fest auf zehn Jahre abgeschlossen. Die vereinbarte monatliche Miete betrug 25 500 DM, einschließlich 3000 DM Nebenkostenvorauszahlungen.

4 Der Vertrag enthält unter anderem folgende weitere Regelungen:

„§ 9 Gewährleistung

9.1 Schadensersatzansprüche der Mieterin einschließlich solcher aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen und unerlaubter Handlung sind ausgeschlossen, es sei denn, sie beruhen:

a) auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Vermieterin oder ihrer Erfüllungsgehilfen;

b) auf der fahrlässigen Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht durch die Vermieterin oder ihrer Erfüllungsgehilfen.

...

9.3 Das Recht zur Minderung des Mietzinses gemäß § 537 Abs.1 BGB ist von einer vorherigen Feststellung durch einen von der IHK zu benennenden öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen abhängig, es sei denn, die Vermieterin stimmt der geltend gemachten Minderung zu.

...

§ 16 Sonstiges

16.1 Die beigelegte Hausordnung ist Bestandteil dieses Vertrages (Anlage 6). ...

16.5 Dem Vermieter ist während der Mietzeit nicht gestattet, in dem in der Präambel genannten Objekt (H. Center) Sexshops oder andere Mieter zuzulassen, die ein negatives Image aufweisen.“

Unter Ziffer 8. der als Anlage 5 zum Mietvertrag Vertragsbestandteil gewordenen Hausordnung ist folgendes geregelt:

„Management

Für alle das Mietverhältnis und den Objektbetrieb betreffenden Fragen ist das von dem Vermieter beauftragte Management zuständig.“

In der Anlage 1 zum Mietvertrag, Allgemeine Baubeschreibung, heißt es u. a.:

„Lüftung

– Be- und Entlüftung erfolgen unter Beachtung der einschlägigen DIN-Normen, Kühlung erfolgt, soweit erforderlich, über geeignete Systeme (Splitgeräte) ...“

In der ebenfalls als Anlage 1 zum Mietvertrag überschriebenen „Baubeschreibung zum Innenausbau von Spielbank“ heißt es unter Ziffer „18. Lüftung“:

„dezentraler Einbau von Kühlung-/Splitgeräte für die Luftbefeuchtung durch den Mieter, Lüftungsgitter Drallauslässe, farbliche Abstimmung mit Mieter oder deren Architekten.“

5 Mit Vertrag vom 4./30. April 2000 mietete die Beklagte von der Vermieterin weitere Flächen im H.-Center zum Betrieb eines Bistros. In der Vorbemerkung des Vertrages heißt es unter anderem:

„Das Raumprogramm sowie die angestrebte Mieterstruktur ist nicht Vertragsgrundlage dieses Mietvertrages und stellt keine zugesicherte Eigenschaft für die vermietete Fläche dar.“

6 Die monatliche Miete betrug einschließlich der Nebenkostenvorauszahlung von 800 DM und der Mehrwertsteuer insgesamt 6728 DM.

7 Da das H.-Center zum 1. September 1999 noch nicht fertig gestellt war, besprachen die Vertragsparteien eine Mietminderung für die Zeit bis einschließlich Dezember 1999. Der Kläger behauptet, man habe sich für Oktober 1999 auf eine geminderte Miete in Höhe von 15 080 DM und für November und Dezember 1999 auf je 23 780 DM geeinigt. Die Beklagte bestreitet eine solche Einigung.

8 Die Beklagte, die Minderung wegen Mängeln des Mietobjekts einwandte, holte im Einvernehmen mit der Vermieterin ein Gutachten des von der IHK öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen M. ein, das dieser unter dem 5. November 1999 erstattete.

9 Unter Berücksichtigung unstreitiger Zahlungen der Beklagten in Höhe von insgesamt 169 140 DM (= 86 479,91 €) fordert der Kläger für die Spielbank von der Beklagten Mietrückstände bis einschließlich Juli 2001.

10 Für das Bistro zahlte die Beklagte die Miete zunächst in vollem Umfang, ab Januar 2001 jedoch lediglich 2981,20 DM monatlich. Der Kläger verlangt für die Zeit bis Juli 2001 den vollen Unterschiedsbetrag in Höhe von 3746,80 DM monatlich, insgesamt also 26 227,60 DM (= 13 409,96 €). Das Landgericht Stralsund verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 96 055,18 € nebst gestaffelten Zinsen sowie zur Zahlung weiterer 3843,69 € (richtig: 3834,69 € = 7500 DM) Zug um Zug gegen Erteilung der Nebenkostenabrechnung für die Spielbank für die Jahre 1999 und 2000. Die Berufung der Beklagten blieb im wesentlichen erfolglos. Abgesehen von der Berichtigung des Zug um Zug zu zahlenden Betrags auf 3834,69 € (= 7500 DM) setzte das Oberlandesgericht Rostock die vorbehaltslose Verurteilung der Beklagten lediglich wegen eines Rechenfehlers bei den Rückständen auf 95 697,27 € herab. Gegen die Verurteilung zur Zahlung dieses Betrages richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Beklagten.

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

12 I. Das Oberlandesgericht führt im wesentlichen aus: Die für die Spielbank zu zahlende Miete sei über das von der Vermieterin zugestandene Maß hinaus nicht gemindert. Die Vermieterin habe für den Monat Oktober 1999 ca. 46% und für die Folgemonate ca. je 8% der Nettomiete an Minderung zugestanden. Eine höhere Minderung wegen der unstreitig durchgeführten Bauarbeiten sei nicht anzusetzen. Hierauf habe das Landgericht zutreffend hingewiesen. Dessen Ausführungen habe die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht angegriffen. Die weiter von der Beklagten vorgetragene Tatsachen zum Zustand des H.-Centers, die weitgehend unstreitig seien, rechtfertigten ebenfalls keine Minderung. Die qualitativen und quantitativen Abweichungen des Vermietungszustands von der in der Präambel des Mietvertrages aufgeführten Mieterstruktur stellten keinen Fehler im Sinne von § 537 Abs.1 BGB a. F. dar. Denn das Ausbleiben der Vollvermietung und der Anmietung von Geschäftsräumen durch sämtliche in der Präambel des Mietvertrages aufgeführten Firmen beeinträchtigten die Tauglichkeit

der gemieteten Räume zu dem vertraglich vereinbarten Betrieb einer Spielbank nicht unmittelbar. Deshalb sei auch die Vermietung von Gewerbeflächen an die T. AG, die keinen Publikumsverkehr habe, kein Fehler im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB a. F. Das Gleiche gelte für das Fehlen eines Center-Managements. Darüber hinaus habe die Vermieterin die Organisation und Tätigkeit eines Center-Managements nicht geschuldet. Keine Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit des gemieteten Objekts begründeten weiterhin folgende Tatsachen: fehlendes Wegeleitsystem, fortschreitendes Verkommen des Ein- und Ausganges B. straße, unansehnliche Fassade, fehlende Postverteilungs- und Gegensprechanlage, Zustand der Grünflächen, fehlende Dekoration zu bestimmten Feiertagen, keine Werbung, einheitliches Schließsystem, unbewachtes Parkhaus. Hinsichtlich der Postverteilungsanlage, der Gegensprechanlage, der Dekoration zu bestimmten Feiertagen, der Werbung und des Parkhauses liege bereits keine Abweichung vom vertraglich geschuldeten Zustand des Mietobjekts vor. Soweit die Beklagte das Vorhandensein eines einheitlichen Schließsystems wegen der damit verbundenen Missbrauchsgefahr als Mangel rüge, lege sie nicht dar, dass das tatsächlich vorhandene Schließsystem von dem vertraglich geschuldeten abweiche. Hinsichtlich der übrigen gerügten Umstände, die insbesondere den inneren und äußeren Zustand des H. -Centers betreffen, fehle es wiederum am Merkmal der Unmittelbarkeit. Auch der Zustand der Belüftungsanlage führe nicht zu einer Minderung. Für eine wirksame Minderung sei hinsichtlich eines streitigen Mangels erforderlich, dass die in § 9.3 des Vertrages geregelten Voraussetzungen vorlägen. Es müsse also ein die Gebrauchstauglichkeit mindernder Mangel gutachterlich bestätigt sein. Hieran fehle es in Bezug auf die Belüftungsanlage. Der Sachverständige M. habe mit Ausnahme von Zuglufterscheinungen an einem der Spieltische keine Mängel an der Lüftungsanlage festgestellt. Auch sei der Sachverständige entgegen der Behauptung der Beklagten auf das Problem des Ansaugens erwärmter Luft eingegangen. Hinsichtlich der Zugerscheinungen an einem der Spieltische scheidet ein Minderungsanspruch aus, weil es sich hierbei lediglich um einen unerheblichen Mangel handle. Das Landgericht habe hierzu zutreffend festgestellt, dass die Beklagte zu einer konkreten Beeinträchtigung des Spielbankbetriebs nichts vortrage. Insoweit habe die Beklagte das landgerichtliche Urteil auch nicht angegriffen. Die Voraussetzungen einer Minderung wegen von der Beklagten behaupteten Stromschwankungen lägen nicht vor. Der Mangel sei streitig. Eine Feststellung des Mangels durch einen Sachverständigen entsprechend § 9.3 des Mietvertrages liege nicht vor. Eine gerichtliche Beweisaufnahme sei nicht durchzuführen. Die Parteien hätten nämlich für das Recht zur Minderung konkret vereinbart, dass ein Sachverständiger den Mangel vorher feststelle. Die Beklagte habe es jedoch unterlassen, auch insoweit einen Sachverständigen zu beauftragen. Auch die mehrfache Einschaltung der Notbeleuchtung rechtfertige keine Minderung. Zwar sei insoweit die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht notwendig, weil die Tatsache selbst unstrittig und die Beauftragung eines Sachverständigen nur bei streitigen Mängeln sinnvoll sei. Das Einschalten der Notbeleuchtung habe den Gebrauch des Mietobjekts jedoch nur in unerheblichem Maße beeinträchtigt, zumal sich die Notbeleuchtung (grelles Licht) nur fünfmal, verteilt auf mehrere Monate, eingeschaltet habe. Weiter könne die Beklagte keine Minderung im Zusammenhang mit dem zeitweisen Betrieb einer Diskothek im Einkaufszentrum geltend machen. Die von der Beklagten beschriebenen Pöbeleien von Gästen der Diskothek gegenüber Gästen der Spielbank stellten keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Spielbank dar. Im Übrigen fehle auch ein ausreichender Vortrag dafür, dass von einem erheblichen Mangel ausgegangen werden könnte. Gleiches gelte auch für das in der Toilette der Spielbank aufgefundene Drogenbesteck, wobei sogar offen bleibe, ob dieses von einem Gast der Spielbank oder der Diskothek abgelegt worden sei. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe die Klägerin auch keinen Objektschutz geschuldet. Die aufgetretenen Feueralarme sowie das einmalige Einschalten der

Sprinkleranlage stelle keine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung dar, zumal die Störungen auf mehrere Monate verteilt gewesen seien.

13 Eine Minderung des Mietzinses für die Spielbank gemäß § 537 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB a. F. wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft komme nicht in Betracht. Die von den Parteien in der Präambel des Vertrages gemachten Angaben stellten keine zusicherungsfähigen Eigenschaften des hier streitigen Mietobjekts dar. Im übrigen habe die Beklagte eine Zusage nicht schlüssig behauptet. Hierzu werde auf die zutreffenden Gründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Hervorzuheben sei, dass, wie auch das Landgericht ausgeführt habe, einer Präambel keine Rechtserheblichkeit zukomme. Sie lege lediglich die Zielrichtung des Vertrages dar. Aus der Stellung und der Bezeichnung im Vertrag sei augenscheinlich, dass die Angaben keine rechtliche Bindung entfalten sollten. Umstände, die eine hiervon abweichende Wertung zuließen, seien nicht ersichtlich. Dies gelte auch für die der Beklagten übergebenen Exposés, die inhaltlich der Präambel entsprochen hätten; sie stellten lediglich eine Anpreisung dar und enthielten keine rechtsverbindlichen Erklärungen.

14 Auch für das Bistro sei die Miete nicht herabzusetzen. Das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass eine Minderung nicht aus dem Umstand hergeleitet werden könne, dass der Kläger als Vermieter gegenüber der Beklagten eventuell die Erklärung schulde, auf sein Vermieterpfandrecht zu verzichten. Auch greife die Beklagte das Urteil insoweit nicht an.

15 Schließlich könne eine Herabsetzung der Miete auch nicht auf die Grundsätze des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage gestützt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593]) sei für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und Umstände gehe, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollten. Eine solche vertragliche Risikoverteilung schließe für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trage grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko der Mietsache. Dazu gehöre bei der gewerblichen Miete vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Die Parteien könnten allerdings die Risikoverteilung vertraglich ändern. Ob dies der Fall sei, sei durch Auslegung zu ermitteln. Im Ergebnis rechtfertige der Vertragsinhalt jedoch nicht die Annahme, die Parteien hätten eine Verlagerung des unternehmerischen Geschäftsrisikos von dem Mieter auf den Vermieter vereinbart. Dies könne vorliegend jedoch dahinstehen. Denn es fehle bereits an einer solchen erheblichen Störung der möglichen Geschäftsgrundlage, die eine Würdigung als Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage rechtfertige. Vielmehr werde das H.-Center weiterhin von Einzelhandel und Unterhaltungsbetrieben gemischt genutzt. Dies zeige die gegenwärtig unstrittig vorhandene Belegung einzelner Geschäftsbereiche (erstes Obergeschoss: T. AG, Bowlingbahn, Räume der Beklagten; Erdgeschoss: S.-Drogeriemarkt, Hotel, R. Zierpflanzen, V. Computerladen, T. borse (Tabakwaren), Nagelstudio, Sonnenstudio, RE. , B. & B. sowie eine Spielhalle, die demnächst schließe). Dem stehe nicht entgegen, dass die Klägerin selbst konzeptwidrig Flächen an die T. AG vermietet habe. Hierdurch werde der Gesamtcharakter des Centers nicht aufgehoben oder nachhaltig gestört. Vielmehr sei dadurch lediglich ein Leerstand verhindert worden. Abzustellen sei in diesem Zusammenhang auch darauf, dass es entgegen dem Vortrag der Beklagten nur schwer vorstellbar sei, dass die Spielbank wesentliche Umsätze durch Laufkundschaft erziele. Der Besuch einer Spielbank erfolge in der Regel nicht spontan. Unter diesem Gesichtspunkt könne keine Abhängigkeit der Spielbank von den in der Präambel ge-

nannten Unternehmen, mit Ausnahme des – tatsächlich vorhandenen – Hotels, festgestellt werden. Entscheidend bleibe immer der generelle Standort und nicht dessen konkretes Umfeld.

16 Eine Haftung der Vermieterin aus Verschulden bei Vertragsschluss, z. B. weil sie eventuell unter Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht schuldhaft unzutreffende Informationen über die Vermietung des Gesamtobjekts erteilt habe, bedürfe keiner näheren Untersuchung, denn die Beklagte fordere keinen Schadensersatz.

17 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung und den Angriffen der Revision stand.

18 1. Die Revision macht zunächst geltend, dass die Nichteinhaltung der zugesagten Mieterstruktur durch die Vermieterin ebenso wie die Vermietung an die T. AG und das Leerstehen sonstiger Flächen einen Fehler der Mietsache im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB a. F. (§ 536 Abs. 1 BGB) darstellten. Denn diese Umstände seien geeignet, Passanten, somit auch potentielle Kunden der Beklagten, überhaupt vom Besuch des Zentrums abzuhalten. Das Ambiente des Einkaufszentrums werde so gestaltet, dass potentiellen Kunden ein Besuch oder der Aufenthalt in dem Center von vornherein verleidet werde. Von ausschlaggebender Bedeutung sei, dass der Charakter, welcher dem Center als Einkaufs- und Unterhaltungszentrum zukommen sollte, nicht gewahrt sei und unter Berücksichtigung der Leerflächen und der weitgehenden Vermietung an T. auch nicht gewahrt werden könne. Damit dringt die Revision nicht durch.

19 Wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, ist unter einem Mangel im Sinne von § 537 Abs. 1 BGB a. F. die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. So können bestimmte äußere Einflüsse oder Umstände – etwa die Behinderung des Zugangs zu einem gemieteten Geschäftslokal – einen Fehler des Mietobjekts begründen. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind (Senatsurteil vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1715 [= WuM a. a. O.] m. N.).

20 Unter diesen Voraussetzungen liegt ein Mangel der vermieteten Räume nicht vor. Auch wenn man unterstellt, dass das H.-Center seinen Charakter als Einkaufs- und Vergnügungszentrum teilweise verloren hätte, läge nur eine mittelbare Beeinträchtigung der von der Beklagten gemieteten Räume vor. Auf ein Verschulden der Vermieterin kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Die gemieteten Räume können unabhängig vom Zustand des H.-Centers als Spielbank betrieben werden.

21 2. Die Revision macht weiter zu Unrecht geltend, dass die Beklagte den Mietzins unter dem Gesichtspunkt des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 537 Abs. 2 BGB a. F.; jetzt § 536 Abs. 2 BGB) mindern könne.

22 a) Zu Recht rügt allerdings die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts, einer Präambel komme grundsätzlich keine Rechtserheblichkeit zu; sie lege lediglich die Zielrichtung des Vertrages dar und sei deshalb insbesondere für die Auslegung des Vertrages von Bedeutung.

23 Es spricht nämlich nichts dagegen, dass Parteien in der Präambel eines zivilrechtlichen Vertrages verbindliche Zusicherungen abgeben können. Hiervon ist auch der Senat in seinem Urteil vom 26. Mai 2004 (XII ZR 149/02 – NZM 2004, 618 [= GuT 2004, 146]) ausgegangen. Die vom Oberlandesgericht zur Unterstützung seiner Rechtsansicht herangezogene Definition (Creifelds, Rechtswörterbuch, 16. Aufl., Stichwort Präambel) bezieht sich auf völkerrechtliche Verträge. Hierfür mögen andere Grundsätze gelten.

24 Allerdings hat das Landgericht, auf dessen Ausführungen das Berufungsgericht ausdrücklich Bezug nimmt, die Präambel des Vertrages unabhängig hiervon dahingehend ausgelegt, dass sie keine Zusicherung im Sinne von § 537 Abs. 2 BGB a. F. enthalte. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

25 Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Dessen Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen worden ist und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis führt, auch wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint oder sogar näher liegt. Die tatrichterliche Auslegung kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht (vgl. Senatsurteil vom 26. Mai 2004 a. a. O.). Solche revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen; sie liegen auch nicht vor.

26 Die Revision macht in diesem Zusammenhang geltend, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft den Vortrag der Beklagten übergangen, dass die Präambel auf ihre ausdrückliche Forderung hin in den Mietvertrag aufgenommen worden sei, da ihr Geschäftsführer geäußert habe, er lege Wert auf ein attraktives Entertainment-Center, nur in einem solchen würde sich die Spielbank rentieren, es solle für die Besucher ein Erlebnis sein, das Center zu besuchen, hierfür sei eine Vermietung in gepflegter Atmosphäre Voraussetzung. Ein Rechtsfehler liegt jedoch nicht vor, weil, wie das Landgericht, auf das das Oberlandesgericht verweist, richtig ausführt, von einer Zusicherung nur dann ausgegangen werden kann, wenn der Zusichernde über allgemeine Anpreisungen und Beschreibungen der Mietsache hinaus bindend erklärt, die Gewähr für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften zu übernehmen und für alle Folgen ihres Fehlens eintreten zu wollen. Eine solche Erklärung aber hat die Vermieterin auch nach den Behauptungen der Beklagten nicht abgegeben. Das Landgericht konnte daher dem Umstand entscheidende Bedeutung beimessen, dass die detaillierte Gewährleistungsregelung im Vertrag dagegen spreche, dass die Vermieterin für das Vorhandensein der in der Präambel genannten Umstände rechtsverbindlich einstehen wollte. Deswegen konnte das Oberlandesgericht auch außer Acht lassen, dass in der Präambel des Vertrages über das Bistro ausdrücklich erklärt wurde, dass keine Zusicherungen erfolgen würden. Daraus ist nicht zu schließen, dass für die Spielbank etwas anderes gelten habe. Letztlich versucht die Revision, ihre Auslegung an die Stelle der des Berufungsgerichts zu setzen. Das ist ihr aber verwehrt (vgl. Senatsurteil vom 26. Mai 2004 a. a. O.).

27 b) Zu Recht ist das Berufungsgericht darüber hinaus davon ausgegangen, dass die in der Präambel des Vertrages gemachten Angaben keine zusicherungsfähigen Eigenschaften des streitigen Mietobjekts darstellen. Als Eigenschaften im Sinne von § 537 Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. (§ 536 Abs. 2 BGB) kommen neben der physischen Beschaffenheit die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des Mietgegenstands zu seiner Umwelt in Betracht, die für die Brauchbarkeit und den Wert des Mietobjekts von Bedeutung sind. Diese Beziehungen müssen jedoch ihren Grund in der Beschaffenheit des Mietobjekts selbst haben, von ihm ausgehen, ihm auch für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Mietsache liegen (Senatsurteil vom 16. Februar 2000 a. a. O., 1715).

28 Nach diesem Maßstab aber scheidet die Vollvermietung des H.-Centers, seine Mieterstruktur und somit sein Charakter eines Einkaufs- und Vergnügungszentrums als zusicherungsfähige Eigenschaft der zum Betrieb einer Spielbank angemieteten Räume aus. Abgesehen davon kann bei dem vom Oberlandesgericht festgestellten Vermietungsumfang entsprechend der in der Präambel angegebenen Mieterstruktur nicht davon gesprochen werden, dass es sich beim H.-Center nicht mehr

um ein Einkaufs- und Vergnügungszentrum handeln würde. Die Vermietung an die T. AG erfolgte nur, um einen Leerstand zu vermeiden, der der Attraktivität des H.-Centers ebenso geschadet hätte.

29 3. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Miete sei, wenn die Gewährleistungsvorschriften nicht eingreifen sollten, nach den Grundsätzen des Fehlens bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage herabzusetzen.

30 a) Wie der Senat bereits in Bezug auf Einkaufszentren ausgeführt hat, ist für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage (jetzt § 313 BGB) – hier etwa der beiderseitigen Vorstellung und sicheren Erwartung einer positiven Entwicklung des Einkaufszentrums aufgrund der darin vorgesehenen Mieterstruktur und der Vollvermietung – grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen. Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließt für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwicklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters, das dieser nicht nachträglich auf den Vermieter verlagern kann. Diese im Gewerberaummietrecht angelegte Risikoverteilung ändert sich nicht dadurch, dass das vermietete Geschäft in einem Einkaufszentrum liegt und nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter erwartet, die notwendige geschäftsbelebende Funktion des Einkaufszentrums werde verwirklicht werden können. Wie auch in anderen Geschäftslagen fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäftes in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst bei einem erst geplanten Einkaufszentrum neben der Chance, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen, auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtprojekts mit entsprechenden negativen Folgen für das Einzelgeschäft. Allein der Umstand, dass auch der Vermieter von einem wirtschaftlichen Erfolg des Projekts ausgeht, verlagert das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko für das einzelne gemietete Geschäft in dem Einkaufszentrum nicht von dem Mieter auf den Vermieter. Dieser trägt seinerseits ohnehin das gesamte Vermietungsrisiko und damit die Gefahr, bei einem Scheitern des Projekts seine Investitionen zu verlieren (vgl. insbesondere Senatsurteil vom 19. Juli 2000 – XII ZR 176/98 – NJW-RR 2000, 1535, 1536).

31 Die Parteien können allerdings die Risikoverteilung ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters – ganz oder zum Teil – übernimmt. Das hat das Berufungsgericht hier dahingestellt sein lassen, weil es davon ausgeht, dass jedenfalls keine Störung der Geschäftsgrundlage vorliege.

32 Die Revision ist hingegen der Ansicht, die Vermieterin habe das Geschäftsrisiko der Beklagten übernommen. Denn die Vertragsparteien hätten in der Prämabel zum Ausdruck gebracht, dass ihre Willensbildung auf der gemeinsamen Vorstellung beruhe, es seien bereits genügend Mieter für das Betreiben des Einkaufszentrums gewonnen worden, die eine geeignete Mieterstruktur und damit eine Attraktivität des Einkaufs- und Vergnügungszentrums sichern würden, somit auch den funktionierenden Betrieb der Spielbank. Den konkreten Angaben der Vermieterin in der Prämabel, die auf Veranlassung der Beklagten erfolgt seien, habe die Beklagte entnehmen können und müssen, dass die Vermieterin auch für die Realisierung des Konzepts ihr gegenüber einstehen wolle. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

33 Es versteht sich von selbst, dass der Erbauer eines Einkaufszentrums von der Realisierbarkeit seines Objekts und ei-

ner weitgehenden Vollvermietung ausgeht, da er nur in diesem Falle seine Investitionen nicht verliert. Teilt er diese Überzeugung seinen potentiellen Mietern mit und legt er gleichzeitig den als sicher geglaubten Vermietungszustand dar, so übernimmt er nicht allein deswegen das Geschäftsrisiko des Mieters. Vielmehr bedarf es hierzu einer ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien, die jedoch vorliegend von der Beklagten nicht behauptet wird.

34 b) Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass die Vermieterin das Geschäftsrisiko der Beklagten übernommen hat, ist eine Herabsetzung des Mietzinses nicht gerechtfertigt. Vielmehr führt das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise aus, dass von einem Wegfall oder Fehlen der Geschäftsgrundlage noch nicht gesprochen werden kann, weil das H.-Center in dem hier maßgeblichen Zeitraum im Wesentlichen nach wie vor vom Einzelhandel und von Unterhaltungsbetrieben gemischt genutzt werde. Dies zeigt die unstrittig vorhandene Belegung der Geschäftsflächen. Die konzeptwidrige Vermietung an die T. AG steht dem nicht entgegen, weil dadurch weder der Gesamtcharakter des Centers aufgehoben noch nachhaltig gestört ist. Die genannte Vermietung hat einen Leerstand verhindert, der dem Gesamteindruck mindestens ebenso abträglich gewesen wäre. Auch in diesem Falle wäre die „Mall“ eingeschränkt gewesen. Schließlich konnte das Oberlandesgericht auch ohne Rechtsfehler darauf abstellen, dass es nur schwer vorstellbar sei, dass die Spielbank wesentliche Umsätze durch Laufkundschaft erzielt und für ihren Betrieb vor allen anderen das Hotel, das noch besteht, wichtig ist. Der Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 144 ZPO bedurfte es hierzu nicht, zumal die Revision selbst vorträgt, dass sich das Angebot der von der Beklagten betriebenen Spielbank – anders als Spielotheken oder sonstige Vergnügungszentren – besonders an zahlungskräftige Kunden richte, die auf eine seriöse, diskrete, sichere und niveauevolle Einrichtung „zum Aufenthalt in gehobener Klasse“ Wert lege.

35 c) Damit scheidet auch aus, dass die Beklagte eine Anpassung des Mietzinses wegen einer Garantiezusage bzw. einer Garantieerklärung der Vermieterin auf Sicherstellung einer dauerhaften oder jedenfalls langfristigen Vollvermietung verlangen kann (vgl. hierzu Senatsurteil vom 16. Februar 2000 a. a. O., 1718 [= WuM a. a. O.]). Im Übrigen kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte in der Prämabel eine Vollvermietung zugesagt oder garantiert hätte.

36 4. Im Gegensatz zur Meinung der Revision kann die Beklagte auch nicht nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (jetzt § 311 Abs. 2 BGB) eine Herabsetzung des Mietzinses verlangen. Zwar scheidet dies entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht schon daran, dass die Beklagte in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich Schadensersatz verlangt hat. Vielmehr genügte es, dass sie eine Herabsetzung des Mietzinses forderte, was gegebenenfalls auch die Folge eines Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluss sein kann (vgl. Palandt/Heinrichs BGB 64. Aufl. § 311 Rdn. 59 m. N.). Voraussetzung eines solchen Anspruchs wäre jedoch, dass die Vermieterin die Beklagte über die Vollvermietung oder sonstige erhebliche Umstände vorsätzlich oder, im Hinblick auf § 9 Abs. 1 des Mietvertrages, grob fahrlässig falsch unterrichtet hätte. Hierzu fehlt es jedoch an entsprechendem Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen.

37 5. Schließlich hat das Berufungsgericht entgegen den Ausführungen der Revision das Vorliegen der weiter von der Beklagten gerügten Mängel rechtsfehlerfrei verneint:

38 a) Zu Recht hat das Oberlandesgericht das Fehlen eines Center-Managements nicht als Mangel der gemieteten Räume angesehen. Denn es fehlt an der erforderlichen unmittelbaren Beeinträchtigung ihrer Gebrauchstauglichkeit. Auf die Frage, ob die Vermieterin überhaupt ein Center-Management schuldet, was das Berufungsgericht verneint, kommt es deshalb nicht an.

39 b) Die Revision hat auch nicht aufzuzeigen vermocht, dass die Vermieterin eine Postverteileranlage, eine Gegensprechanlage, eine Dekoration zu bestimmten Feiertagen, eine gemeinsame Werbung sowie die Bewachung des Parkhauses vertraglich schulde. In dem Umstand, dass diese Anlagen bzw. Leistungen fehlen, ist daher schon deswegen kein Fehler nach § 537 Abs. 1 BGB a. F. zu sehen. Das gleiche gilt für das als Mangel bezeichnete einheitliche Schließsystem des Einkaufszentrums. Ebenso wenig hat die Revision aufzuzeigen vermocht, dass es sich bei dem fehlenden Wegeleitsystem, dem fortschreitenden Verkommen des Ein- und Ausganges B. Straße und der unansehnlichen Fassade um unmittelbare und nicht nur mittelbare Beeinträchtigungen der gemieteten Räume handelt.

40 c) Zu Recht hat das Oberlandesgericht auch die von der Beklagten beschriebenen Pöbeleien von Besuchern der Diskothek gegenüber Gästen der Spielbank nicht als unmittelbare Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der gemieteten Räume gewertet. Dies gilt entsprechend für das Auffinden von Drogenbesteck in der Toilette der Spielbank.

41 d) Das Berufungsgericht ist auch rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, dass der Zustand der Belüftungsanlage nicht zu einer Minderung führt.

42 Im Gegensatz zur Auffassung der Revision ist nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht § 9. 3 des Mietvertrages dahingehend ausgelegt hat, dass im Streitfall ein die Gebrauchstauglichkeit mindernder Mangel gutachterlich bestätigt sein muss. Die Regelung hat ersichtlich auch den Sinn, weiteren Streit zwischen den Vertragsparteien über vom Gutachter nicht geklärte Punkte zu vermeiden. Schon aus diesem Grund verbietet sich die von der Revision vertretene Auslegung der Klausel dahingehend, dass es ausreiche, ein Sachverständigen-gutachten vorzulegen, welches die Mängel im Großen und Ganzen wiedergebe, es den Parteien dann jedoch unbenommen bleibe, weitere Mängel vorzutragen, die mit den im Gutachten behandelten Komplexen zusammenhängen.

43 Das Berufungsgericht hat im Übrigen das Gutachten zu Recht dahingehend gewürdigt, dass der Sachverständige lediglich im Bereich der Roulettetische an einem Spieltisch eine unzulässig hohe Luftgeschwindigkeit festgestellt hat. Es hat das ihm zukommende Ermessen nicht überschritten, indem es diesen Mangel als unerheblich bewertet hat, zumal die Beklagte nicht dargelegt hat, inwieweit die Gebrauchstauglichkeit der Spielbank durch die Zugluft an dem vom Gutachter genannten Spieltisch eingeschränkt war. Ihre Behauptung, es sei zu krankheitsbedingten Ausfällen von Angestellten gekommen, bezieht sich nicht auf diesen konkreten Mangel, sondern auf die angeblich insgesamt fehlerhafte Belüftung im Ganzen.

44 Im Gegensatz zur Meinung der Revision war das Berufungsgericht auch nicht verpflichtet, gemäß § 144 ZPO ein Gutachten zu erholen, soweit die Beklagte die Richtigkeit des von ihr vorgelegten Gutachtens M. hinsichtlich der Ansaughöhe der Außenluft über dem Bitumendach bestritten hat. Vielmehr ist es nach § 9. 3 des Vertrages Sache der Beklagten, die von ihr behaupteten Mängel gutachterlich nachzuweisen. Sie hätte also vom Gutachter eine Berichtigung verlangen oder gegebenenfalls ein neues Gutachten vorlegen müssen.

45 Soweit die Beklagte weitere Mängel der Belüftungsanlage geltend macht (Pfeifgeräusche, nachts unangenehm kalt, Abhängigkeit vom Café U. und dem Bistro E.), fehlt es an der Feststellung eines Mangels durch einen Sachverständigen gemäß § 9. 3 des Mietvertrages. Der Sachverständige hat als einzigen Mangel, worauf das Oberlandesgericht abstellt, eben nur unzulässig hohe Luftgeschwindigkeit an einem der Spieltische festgestellt. Die Revision rügt daher zu Unrecht, dass das Oberlandesgericht insoweit vorgetragene Mängel übergangen habe.

46 e) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht weiterhin in der Einschaltung der Notbeleuchtung (5×, verteilt auf mehrere Monate) sowie in den Feueralarmen und dem einmaligen Anspringen der Sprinkleranlage keine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung der gemieteten Räume gesehen.

einträchtigung der gemieteten Räume gesehen. Diese Einschätzung hält sich im Rahmen des Ermessens des Berufungsgerichts.

47 f) Die Revision rügt weiter, dass das Berufungsgericht den wiederholten Ausfall der Rolltreppe und das Fehlen einer dem Missbrauch durch Kinder entgegenwirkenden Abdeckung des Sicherheitsschalters an der Rolltreppe nicht behandelt habe. Dies trifft zwar zu. Ein Mangel liegt jedoch insoweit nicht vor. Denn die Ausfälle der Rolltreppe im Einkaufszentrum sind keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der gemieteten Räume. Weiter rügt die Revision, dass das Fehlen von Feuerschutzmechaniken an den Fenstern sowie der Umstand nicht behandelt sei, dass die Fenster der Spielhalle nur mittels massiver mechanischer Eingriffe geöffnet werden könnten. Diesen Sachverhalt hat das Oberlandesgericht im Tatbestand als streitig angesehen, in den Entscheidungsgründen jedoch nicht explizit behandelt. Aus den Entscheidungsgründen im Ganzen ergibt sich jedoch, dass die Beklagte sich insoweit nicht auf Minderung berufen kann, weil sie entgegen § 9. 3 des Mietvertrages insoweit kein Sachverständigen-gutachten vorgelegt hat. Dies ist nicht zu beanstanden.

48 g) Das Berufungsgericht hat wegen der behaupteten Spannungsschwankungen zu Recht und mit zutreffender Begründung die Voraussetzungen einer Minderung verneint. Denn auch insoweit hat die Beklagte ein Sachverständigen-gutachten nicht vorgelegt. Dies war auch entgegen der Meinung der Revision nicht etwa deswegen überflüssig, weil im Hinblick auf die Einschaltung der Notbeleuchtungen ein nicht umfassend funktionierendes Elektrosystem unstrittig sei.

49 h) Nicht zu beanstanden ist schließlich die Auffassung des Berufungsgerichts, wegen der Bauarbeiten in den Monaten Oktober bis einschließlich Dezember 1999 sei lediglich die vom Kläger zugestandene Minderung angemessen. Auch dies hält sich im Rahmen der dem Tatrichter eingeräumten Beurteilung.

50 i) Zu Recht hat das Oberlandesgericht in der Vermietung an die T. AG keinen Fehler der Mieträume gesehen. Auch die dadurch verkürzte „Mall“ stellt keine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit zum Betrieb einer Spielbank dar. Im Übrigen fehlt ein substantiiertes Vortragen der Beklagten in den Vorinstanzen, wann und in welchem Umfang die von der Vermieterin vorgenommenen Bauarbeiten im Zusammenhang mit der Vermietung an die T. AG zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Spielbank geführt haben sollen.

51 k) Zwar rügt die Revision zu Recht, dass das Oberlandesgericht eine Gesamtbetrachtung der Mängel unterlassen habe. Eine solche führt jedoch nicht dazu, dass die vom Berufungsgericht jeweils als unerheblich eingestuften Mängel (mehrfache Einschaltung der Notbeleuchtung, mehrfacher grundloser Feueralarm, erhöhte Luftgeschwindigkeiten über einem Roulettetisch) in ihrer Gesamtheit als erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der gemieteten Flächen zum vertragsgemäßen Gebrauch zu werten wären. Soweit das Oberlandesgericht im Übrigen das Vorliegen von Mängeln verneint hat, kann auch eine Gesamtbetrachtung nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

52 6. Hinsichtlich des Bistros wird von der Revision zu Recht hingenommen, dass der Beklagten eine Minderung der Miete nicht deswegen zugestanden werden kann, weil der Kläger keinen schriftlichen Verzicht auf sein Vermieterpfandrecht abgibt. Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, das der Beklagten wegen der Nichtabgabe der Erklärung möglicherweise zustehen könnte, hat sie in den Vorinstanzen nicht geltend gemacht. Das Gegenteil folgt, entgegen der Meinung der Revision, nicht schon daraus, dass sie sich auf das Fehlen der Erklärung berufen hat. Denn die Beklagte wollte die volle Miete nicht erst nach Vorlage der Verzichtserklärung, sondern überhaupt nicht zahlen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 536, 537, 313 BGB
Gewerberaumiete; Bäckerei im Einkaufszentrum;
Risikoverteilung zu Umsatz und Gewinn;
Störung der Geschäftsgrundlage

Die ungünstige Umsatz- und Gewinnentwicklung seines Geschäfts in einem Einkaufszentrum gehört zum Verwendungsrisiko des Mieters.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. 5. 2005 – I-24 U 223/04)

Aus den Gründen: I. 2. Ohne Erfolg rügt der Beklagte eine angeblich seit 1997 eingetretene Gebrauchsbeeinträchtigung (Leerstände, unattraktiver Branchenmix, Fehlen eines Publikums magnets, mangelhafter Kundenstrom), auf die er die angeblich seither sinkenden Umsätze seiner Bäckerei und die dann eingetretene Unrentabilität seines Geschäfts zurückführt.

a) Die Miete ist weder kraft Gesetzes wegen eines Mangels der Mietsache gemindert (536 Abs. 1 S. 2 BGB), noch hat der Beklagte aus einem solchen Grund ein außerordentliches Kündigungsrecht. Die Mietsache ist mangelhaft, wenn sie mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert oder wenn der Mietsache eine besonders zugesicherte Eigenschaft fehlt.

Die vom Beklagten gerügten Gebrauchsbeschränkungen sind weder Fehler der Mietsache noch stellen sie zusicherungsfähige Eigenschaften dar. Der Beklagte bestreitet nicht, dass die ihm überlassene Mietfläche uneingeschränkt geeignet ist, eine Bäckerei zu betreiben. Unmittelbare Gebrauchsbeeinträchtigungen gibt es nicht. Was der Beklagte nicht hinnehmen will, sind die mittelbaren (negativen) Einflüsse, die nicht der vermieteten Sache anhaften, sondern von außen mittelbar auf die Mietsache einwirken. Es entspricht gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass solche mittelbaren Einwirkungen keine Fehler sind (BGH NJW 1981, 2405). Aus demselben Grund sind sie auch keine zugesicherten Eigenschaften. Um solche handelt es sich nur dann, wenn sie der Mietsache selbst anhaften; mittelbare Einflüsse reichen dafür nicht aus (BGH NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593]; Senat OLGR Düsseldorf 2005, 79).

An diesem Ergebnis vermag auch nichts der Umstand zu ändern, dass der Beklagte sein Geschäft in einem von der Klägerin geplanten und betriebenen Einkaufszentrum führt, und dass er durch zahlreiche Bestimmungen im Mietvertrag (§ 2 Nr. 3 MV) verpflichtet wird, sich deren Konzept zu unterwerfen (Ausbauzustand, Betriebspflicht, Öffnungszeiten, beschränkter Verwendungszweck, fehlender Konkurrenzschutz). Solche konzeptuellen Vorgaben stehen im Interesse aller Mieter und sind geradezu unabdingbare Voraussetzung dafür, um die Attraktivität des Einkaufszentrums zu sichern (Senat a. a. O.; OLG Rostock NZM 2004, 460; vgl. auch BGH NJW 2000, 1714 [= WuM a. a. O.]) Solche Beschränkungen des Mieters/Pächters sind auch außerhalb eines Einkaufszentrums nicht ungewöhnlich, so etwa im Gaststättengewerbe. Der Vermieter will damit im eigenen Interesse die Werthaltigkeit des Ladenlokals und seine künftige Vermietbarkeit erhalten. Damit übernimmt der Vermieter aber nicht die Gewährleistung dafür, dass das Konzept auch aufgeht. Die Annahme eines Einkaufszentrums durch das Publikum unterliegt dem Verwendungsrisiko des Mieters (BGH a. a. O.; Senat a. a. O.). Anders wäre das nur, wenn der Vermieter ausdrücklich die Gewährleistung für den nachhaltigen Erfolg des Konzepts übernommen hätte (BGH a. a. O.; Senat a. a. O.), was die Klägerin aber nicht getan hat.

b) Dem Beklagten ist es auch versagt, sich zur Lösung vom Vertragsverhältnis oder zur Herabsetzung der Miete auf das seit dem 1. Januar 2002 gesetzlich geregelte Institut von der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu berufen. Dieses schon lange vor Inkrafttreten des § 313 BGB von Rechtslehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut ist, wie es in § 313 Abs. 1 BGB nun auch ausdrücklich vorgeschrieben wird, weder dafür bestimmt noch dazu geeignet, ge-

setzliche oder vertragliche Risikosphären einseitig zu Lasten einer Partei zu verändern (vgl. BGHZ 74, 370, 373; BGH NJW 1981, 2405 und 2000, 1714 [= WuM a. a. O.]; NJW-RR 2000, 1535 zum früheren Rechtszustand). Selbst wenn der Beklagte seinem Vertragspartner deutlich zu erkennen gegeben haben sollte, dass für ihn (was ohnehin selbstverständlich ist) ein dauerhaft funktionierendes Einkaufszentrum Voraussetzung für die Anmietung des Ladenlokals ist, handelt es sich dabei dennoch nicht um eine Geschäftsgrundlage im rechtlichen Sinne. Gemäß § 537 BGB tragen der Vermieter das Vermietungs-, der Mieter das Verwendungsrisiko. Bei dieser Risikoverteilung muss es bleiben (BGH NJW 2000, 1714; NJW-RR 2000, 1535; Senat OLGR Düsseldorf 2005, 79 jew. zum früheren Recht).

c) Die Ansicht des Beklagten, die genannten Grundsätze seien nur anzuwenden auf von Anfang an scheiternde Einkaufszentren, nicht aber auf solche, die wie im Streitfall nach anfänglichem Erfolg scheitern, ist rechtlich unhaltbar. § 313 Abs. 1 BGB und das ihm zugrunde liegende rechtliche Konstrukt unterscheiden in der Rechtsfolge gerade nicht zwischen beiden Fällen, sondern behandeln sie einheitlich, indem der spätere Wegfall der Geschäftsgrundlage ihrem Fehlen ausdrücklich gleichgestellt wird (Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 313 Rn. 14 und 20).

d) Im Übrigen übersieht der Beklagte, dass sein Verwendungsrisiko einerseits durch § 540 Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit § 16 Abs. 1, 2 MV (außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist bei grundloser Verweigerung der Zustimmung zur Untervermietung), andererseits durch § 17 MV (vorzeitige Vertragsauflösung bei Vertragsübernahme durch Mietnachfolger) erheblich gemindert ist. Das beim Mieter verbleibende und im Streitfall verwirklichte Risiko, keinen geeigneten Untermieter oder Mietnachfolger zu finden, ist nicht unangemessen und rechtfertigt weder die Anpassung der Vertragsbedingungen noch eine außerordentliche Kündigung (Senat OLGR Düsseldorf 1992, 100; OLG Naumburg WuM 2002, 537 = OLGR Naumburg 2002, 529).

II. Der Senat weist darauf hin, dass die Berufungsrücknahme vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO kostenrechtlich privilegiert ist.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 539 a. F., 242 BGB
Verwirkung des Mietzinsanspruchs bei Hinnahme
einer Mietminderung

§ 539 BGB a. F. kann nicht analog auf einen Mietzinsrückstand angewandt werden, der aus einer vom Vermieter über längere Zeit widerspruchslos hingenommenen Mietminderung herrührt. Ob der Vermieter mit solchen Nachforderungen ausgeschlossen ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Voraussetzungen der Verwirkung.

(BGH, Urteil vom 19.10.2005 – XII ZR 224/03)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht von der Beklagten rückständige Miete für die Zeit von Januar 1998 bis Dezember 2000 aus einem am 15. September 1992 zwischen der Beklagten, die damals als K.-I. Warenhandlungsgesellschaft mbH firmierte, und dem damaligen Eigentümer des Mietobjekts abgeschlossenen Mietvertrag über Gewerberäume. Dieser verkaufte das Mietobjekt an eine GbR, deren Gesellschafter der Ehemann der Klägerin und die Eigentümergemeinschaft „A. S.“, bestehend aus dem Ehemann der Klägerin und der T.-GmbH (ab 10. März 1995: T.-AG), waren. Zur Sicherung eines am 30. Januar 1995 aufgenommenen Kredits trat die GbR die Mietzinsansprüche gegen die Beklagte an die I.-Bank ab. Im Jahr 1998 zahlte die Beklagte an die I. Bank auf die vereinbarte Miete von 207 879,55 DM nur 90 675,70 DM.

2 Mit Vertrag vom 28. September 1998 trat die Eigentümergemeinschaft „A. S.“, vertreten durch den Ehemann der Klägerin, unter Hinweis darauf, dass die bereits erfolgte Abtretung

an die I. Bank bei einem Verkauf des Objekts an die Klägerin demnächst aufgehoben werde, und weiteren Hinweis auf bestehende Mietrückstände von ca. 90 000 DM sämtliche Mietzinsansprüche aus dem Mietvertrag an die Klägerin ab.

3 Nachdem mit Beschluss des Amtsgerichts vom 8. Dezember 1998 auf Betreiben der I. Bank die Zwangsverwaltung des Mietgrundstücks angeordnet worden war, zahlte die Beklagte ab 1. Januar 1999 bis zur Aufhebung der Zwangsverwaltung am 14. September 2000 an den Zwangsverwalter im Jahr 1999 eine um 15 % und danach bis September 2000 eine in unterschiedlicher Höhe gekürzte Miete.

4 Die I. Bank teilte der Generalbevollmächtigten der Beklagten mit Schreiben vom 9. Oktober 2000 mit, dass sie „per 14. 9. 2000 (Aufhebung der Zwangsverwaltung durch das Gericht)“ keine Rechte aus der Abtretung der Mietforderungen mehr herleite. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2000 bestätigte sie diese Erklärung gegenüber den Bevollmächtigten der Klägerin.

5 Die Klägerin, die mit notariellem Kaufvertrag vom 12. Mai 2000 das Mietgrundstück erworben hatte und am 7. März 2001 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen worden ist, forderte die Beklagte, vertreten durch ihren Ehemann, mit Schreiben vom 20. Dezember 2000 und 20. November 2001 zur Zahlung der mit der Klage geltend gemachten behaupteten rückständigen Miete auf.

6 Das Landgericht Magdeburg hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Mit der vom Oberlandesgericht Naumburg [WuM 2004, 91] zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

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

8 I. Das Berufungsgericht führt im Wesentlichen aus:

9 Die Klägerin habe durch die widerspruchslose Hinnahme der gekürzten Miete über einen längeren Zeitraum ihr Nachforderungsrecht auf die volle Miete gemäß § 539 BGB a. F. analog „verwirkt“. Die Partner eines Mietverhältnisses könnten in der Regel davon ausgehen, dass laufend zu erfüllende Ansprüche zeitnah geltend gemacht würden. Deshalb sei es – zumindest für die Zeit vor Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes am 1. September 2001 – herrschende Meinung gewesen, dass der Mieter in analoger Anwendung des § 539 BGB a. F. sein Recht zur Minderung verliere, wenn er den Mietzins vorbehaltlos und ungemindert über einen Zeitraum von sechs Monaten gezahlt habe. Die Gewährleistungsrechte seien dann für die Vergangenheit und die Zukunft ausgeschlossen gewesen, ohne dass es eines weiteren Vertrauensstatbestands auf Seiten des Vermieters bedürft hätte. Diese Grundsätze seien spiegelbildlich auch auf den hier vorliegenden Fall anzuwenden, in dem der Vermieter über einen längeren Zeitraum widerspruchslos die restliche Miete nicht verlange. Ob für den Verlust des Nachforderungsrechts ebenfalls eine Frist von sechs Monaten ausreichend sei, bedürfe für den vorliegenden Fall keiner abschließenden Entscheidung. Die Beklagte habe ab Januar 1998 den Mietzins nicht mehr in voller Höhe gezahlt. Die erste dokumentierte Reaktion der Vermieterseite sei das Schreiben des Zwangsverwalters vom 20. Januar 2000 gewesen. Unabhängig davon, ob es sich bei diesem Schreiben überhaupt um eine Aufforderung zur Zahlung des Mietrückstandes handele, sei eine Frist von zwei Jahren jedenfalls ausreichend. Ein Nachforderungsanspruch sei somit im Januar 2000 „verwirkt“ gewesen.

10 Dies gelte auch für die weiter bis Dezember 2000 geltend gemachten Nachforderungen. Denn ein einmal verwirktes Forderungsrecht könne jedenfalls so lange nicht geltend gemacht werden, wie sich an den Umständen nichts verändert habe. Ebenso wie das Minderungsrecht des Mieters auch für die nach Eintritt der Verwirkung entstehenden, künftigen Mietzinsan-

sprüche ausgeschlossen sei, könne auch ein Nachforderungsrecht des Vermieters nicht neu entstehen. Der Anspruch sei vielmehr insgesamt „verwirkt“.

11 Eine Neuentstehung komme in Anlehnung an die Senatsentscheidung vom 26. Februar 2003 (– XII ZR 66/01 – NJW-RR 2003, 727, 728) zudem erst ab dem Zeitpunkt in Betracht, in dem ein auf Seiten des Mieters bestehender Vertrauensstatbestand wieder entfallen sei. Dafür reiche ein einfaches Aufforderungsschreiben des Vermieters zur Zahlung nicht aus. Vielmehr sei zu fordern, dass der Vermieter den Mieter mit der Zahlung des vollen Mietzins in Verzug setze, dem Mieter die gerichtliche Geltendmachung androhe und im Falle der Nichtzahlung zeitnah die gerichtliche Geltendmachung auch betriebe. Dies sei hier jedenfalls bis Dezember 2000 nicht geschehen, so dass auch diese Ansprüche verwirkt seien.

12 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen ein Nachforderungsrecht des Vermieters auf Zahlung rückständiger Miete verwirkt werden bzw. nachträglich wieder aufleben kann, zugelassen.

16 **Aus den Gründen:** II. 3. Zu Recht wendet sich die Revision aber gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, § 539 BGB a. F. könne analog auf rückständige Mietzinsansprüche des Vermieters angewandt werden, die aus einer über längere Zeit widerspruchslos hingenommenen Kürzung der Miete herrühren (gegen Analogie: Wichert ZMR 2000, 65, 68; Kandelhard NZM 2005, 43 ff.; Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1367; Blank/Börstinghaus Miete 2. Aufl. § 536 Rdn. 77; für Analogie: OLG Hamburg WuM 1999, 281; Ventsch/Storm NZM 2003, 577, 579 f.; differenzierend: Timme NZM 2003, 508, 509).

17 Die Klägerin hat nicht bereits dadurch, dass sie über einen längeren Zeitraum einen Mietabzug der Beklagten widerspruchslos hingenommen hat, ihren Anspruch auf rückständige Miete gemäß § 539 BGB a. F. analog verwirkt.

18 Die ständige Rechtsprechung und überwiegende Kommentarliteratur haben zwar bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) am 1. September 2001 angenommen, dass der Mieter das Recht zur Mietminderung wegen eines nachträglich eingetretenen oder ihm bekannt gewordenen Mangels der Mietsache in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a. F. verliert, wenn er die Miete ungekürzt über einen längeren Zeitraum und ohne Vorbehalt weiter zahlt. Dabei wurde eine Frist von sechs Monaten im Regelfall als „längerer Zeitraum“ angesehen (vgl. hierzu: BGHZ 155, 380, 385 [= WuM 2003, 440] m.w.N.). Diese für die neue Gesetzeslage vom Bundesgerichtshof aufgebene Rechtsprechung (BGHZ a. a. O.; Senatsbeschluss vom 16. Februar 2005 – XII ZR 24/02 – DWW 2005, 153 [= GuT 2005, 56]) kann jedoch auch für die Zeit vor Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes nicht auf die Nachforderungsansprüche des Vermieters, der die Kürzung der Miete über längere Zeit widerspruchslos hingenommen hat, übertragen werden.

19 Insoweit fehlt es schon an der für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke (vgl. dazu BGHZ 155, 380, 389 [= WuM 2003, 440]; 149, 165, 174). Das Gesetz enthält mit der Verjährungsvorschrift des § 197 BGB eine Regelung für den Fall, dass der Vermieter seine Ansprüche auf Miete längere Zeit nicht geltend macht. Die Fälle, in denen ausnahmsweise bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist die Nachforderung von Miete infolge längeren Zeitablaufs und weiterer vertrauensbildender Umstände nach Treu und Glauben ausgeschlossen ist, werden von dem aus § 242 BGB entwickelten Rechtsinstitut der Verwirkung erfasst.

20 Eine analoge Anwendung des § 539 BGB a. F. kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil der auf Gewährleistungsansprüche des Mieters gerichtete Normzweck des § 539 BGB a. F. nicht mit dem Anspruch des Vermieters auf Zahlung von Miete vergleichbar ist (vgl. Wichert a. a. O.).

21 4. Die Klägerin kann die geltend gemachte rückständige Miete daher nur dann nicht verlangen, wenn neben dem Zeitpunkt auch die weiteren Voraussetzungen der Verwirkung vorliegen (vgl. Senatsurteil vom 26. Februar 2003 – XII ZR 66/01 – a. a. O.).

22 a) Der Rechtsgedanke der Verwirkung, der auch im Miet- und Pachtrecht gilt, ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens (BGH Urteil vom 29. Februar 1984 – VIII ZR 310/82 – NJW 1984, 1684 [= WuM 1984, 127]; Gramlich in Bub/Treier a. a. O. Kap. VI Rdn. 101; Blank/Börstinghaus a. a. O. § 548 Rdn. 64). Danach ist ein Recht verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Senatsurteile BGHZ 84, 280, 281; BGHZ 105, 290, 298; BGH Urteil vom 14. November 2002 – VII ZR 23/02 – NJW 2003, 824; MünchKomm/Roth 4. Aufl. § 242 BGB Rdn. 464 m. w. N.).

23 Die Annahme einer Verwirkung setzt somit neben dem Zeitablauf (sog. Zeitpunkt) das Vorliegen besonderer, ein Vertrauen des Verpflichteten begründender Umstände voraus (sog. Umstandsmoment). Zwischen diesen Umständen und dem erforderlichen Zeitablauf besteht eine Wechselwirkung insofern, als der Zeitablauf um so kürzer sein kann, je gravierender die sonstigen Umstände sind, und dass umgekehrt an diese Umstände desto geringere Anforderungen gestellt werden, je länger der abgelaufene Zeitraum ist (BGHZ 146, 217, 224 f.). Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalls (MünchKomm/Roth § 242 BGB Rdn. 469 m. w. N.; Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 8. Aufl. § 548 Rdn. 19).

24 b) Das Berufungsgericht hat – aus seiner Sicht folgerichtig – lediglich zum Zeitablauf Feststellungen getroffen, nicht aber zu den Umständen, die den Schluss rechtfertigen könnten, die Beklagte habe bereits darauf vertrauen können, dass die Klägerin die Forderung nicht mehr geltend mache, und sie sich hierauf auch eingerichtet habe.

25 Zum Zeitablauf hat das Berufungsgericht festgestellt, dass zwischen dem Beginn der gekürzten Mietzahlung, dem 1. Januar 1998, und der ersten – allerdings nicht die Mietrückstände betreffenden – Reaktion von Vermieterseite, einem Schreiben des Zwangsverwalters vom 20. Januar 2000, zwei Jahre liegen. Die Revisionserwiderung weist insoweit zu Recht darauf hin, daß die erste Aufforderung zur Zahlung der rückständigen Miete mit Schreiben der Klägerin vom 20. Dezember 2000 erfolgt ist.

26 Dieser Zeitraum, innerhalb dessen die GbR als Vermieterin, die I. Bank als Zessionarin und der Zwangsverwalter die Mietkürzung widerspruchslos hingenommen haben, reicht grundsätzlich aus, um das für die Annahme einer Verwirkung erforderliche Zeitmoment als erfüllt anzusehen.

27 Die Klägerin muss sich als Zessionarin diese Zeit der Untätigkeit gemäß § 404 BGB auch entgegenhalten lassen. Nach § 404 BGB kann die Beklagte der Klägerin die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen die GbR begründet waren. § 404 BGB dient dem Zweck, eine Verschlechterung der Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners infolge der Forderungsabtretung zu verhindern (BGH Urteil vom 23. März 2004 – XI ZR 14/03 – NJW-RR 2004, 1347, 1348 m. w. N.; MünchKomm/Roth 4. Aufl. § 404 BGB Rdn. 10). Daher umfasst die Vorschrift auch Einwendungen des Schuldners, die zum Zeitpunkt der Abtretung lediglich im Schuldverhältnis angelegt waren und erst später entstanden sind (vgl. BGH a. a. O.; BGHZ 25, 27, 29; 93, 71, 79).

28 Hier ist die Abtretung der Mietforderungen von der GbR an die Klägerin (28. September 1998) erst mit dem Verzicht der I. Bank auf ihre Rechte aus der zeitlich früheren Abtretung im Jahr 1995, somit am 9. Oktober 2000, wirksam geworden. Denn durch die frühere Abtretung hatte die GbR ihre Gläubigerstel-

lung und damit die Verfügungsbefugnis verloren. Erst durch die in dem Verzicht der I. Bank zu sehende stillschweigende Rückabtretung der Mietforderungen (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1985 – VII ZR 305/84 – NJW 1986, 977) ist die GbR wieder Berechtigter geworden, so dass die Abtretung an die Klägerin durch Konvaleszenz (§ 185 Abs. 2 Satz 1 BGB) frühestens am 9. Oktober 2000 wirksam geworden ist.

29 Zu diesem Zeitpunkt konnte sich die Beklagte gegenüber der GbR auf die widerspruchslose Hinnahme der Mietkürzungen durch die I. Bank berufen (§ 404 BGB). Die GbR musste sich auch gemäß § 242 BGB von der Beklagten die Untätigkeit des für die Dauer der Zwangsverwaltung in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag eingetretenen (Böttcher ZVG 4. Aufl. § 152 Rdn. 41) Zwangsverwalters entgegenhalten lassen. Denn ein Wechsel auf Seiten des Berechtigten oder Verpflichteten ist für das Zeitmoment bei der Verwirkung grundsätzlich ohne Bedeutung (MünchKomm/Roth § 242 BGB Rdn. 490; Staudinger/Schmidt BGB 13. Aufl. § 242 Rdn. 570); er kann allenfalls im Rahmen der zu beurteilenden Umstände des Einzelfalls für die Frage der Verwirkung zu berücksichtigen sein.

30 c) Über den bloßen Zeitablauf hinaus müssen jedoch für die Annahme der Verwirkung weitere Umstände vorliegen, die das Vertrauen der Beklagten begründen, die nicht gezahlten Mieten würden nicht mehr geltend gemacht.

31 Solche Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

32 Die Beklagte hat substantiiert unter Beweisantritt vorgebracht, sie habe die GbR, vertreten durch den Ehemann der Klägerin, die I. Bank und den Zwangsverwalter wiederholt zur Beseitigung von Mängeln aufgefordert und nach vorherigen Ankündigungen Notreparaturen vorgenommen, deren Kosten sie jeweils mit der Miete verrechnet habe. Diese Behauptungen sind im Hinblick darauf, dass weder die GbR noch die I. Bank noch der Zwangsverwalter auf die Schreiben reagiert haben, für die Beurteilung, ob die Beklagte darauf vertrauen durfte, die Mietkürzungen würden angesichts der gerügten und nicht behobenen Mängel akzeptiert, entscheidungserheblich. Da die Klägerin den Zugang der Schreiben bestritten hat, ist darüber Beweis zu erheben.

33 5. Der Senat ist deshalb nicht in der Lage abschließend zu entscheiden. Der Rechtsstreit muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit es, gegebenenfalls nach ergänzendem Parteivortrag und Beweiserhebungen, die erforderlichen Feststellungen zum Umstandsmoment treffen und einer Gesamtwürdigung unterziehen kann.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 543 BGB
Gewerberaumiete; Hotel; Offenbarungspflichten
des Vermieters bei Vertragsabschluss;
fristlose Kündigung des Mieters

Ungefragt braucht ein Vermieter bei Vertragsabschluss nicht über Mietverhältnisse mit früheren Mietern aufzuklären.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. 6. 2005 – I-24 U 85/05)

Aus den Gründen: I. Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg. Das Landgericht [Wuppertal] hat ihre Klage auf Zahlung von Mietzinsen und Kaution zu Unrecht mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte habe das Mietverhältnis wirksam fristgerecht gekündigt.

1. Der Senat folgt dem Landgericht nicht in der Wertung, dass der Beklagten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Laufzeit nicht zumutbar gewesen sei, weil hier eine erhebliche Treupflichtverletzung der Vermieterin vorgelegen habe. Das Landgericht hat diese Pflichtverletzung darin gesehen, dass

der Ehemann der Klägerin als deren Vertreter (nachfolgend Ehemann genannt) die Beklagte nicht ausdrücklich über die Vormietungen und deren Dauer aufgeklärt (a) und behauptet habe, das Hotel sei erst seit einer Woche geschlossen (b).

a) Eine Verpflichtung des Vermieters zur ungefragten Aufklärung über negative Umstände besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich nicht, d. h. nur in außergewöhnlichen Fallgestaltungen (vgl. BGH WPM 1981, 1224). In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Falle wurde ein ungefragter Hinweis über anderweitig vereinbarten Konkurrenzschutz verneint, also für einen Sachverhalt, der eher krasser lag als der hier zu beurteilende. Der Erwägung des BGH, es sei Sache des Mieters, Erkundigungen einzuziehen, kommt auch hier entscheidende Bedeutung zu.

aa) So hätte die Beklagte die Klägerin und ihren Ehemann selbst zu Vormietern befragen können. Sie hätte aber entsprechende Erkundigungen hierzu auch im Umfeld einholen können, z. B. bei benachbarten Gewerbetreibenden usw. Dies wäre auch nicht besonders außergewöhnlich oder besonders umständlich gewesen, weil solche Erkundigungen auch zu anderen Punkten (Ruf des Objekts, Art des Publikums etc.) vor der Übernahme eines Hotels als üblich und normal anzusehen sind.

bb) Dieser Wertung widerspricht auch nicht die vom Landgericht zitierte Kommentierung bei Palandt/Weidenkaff (BGB, 64. Aufl., Rdnr. 37 zu § 543); denn dort ist vor allem von Täuschungsversuchen und bewusst unrichtigen Angaben die Rede, und ein Unterlassen von Auskünften oder Aufklärung bei *berechtigtem Verlangen* (Hervorhebung durch den Senat) liegt hier nicht vor. Im Einklang mit der Bewertung des erkennenden Senats steht dagegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat vom 9. Oktober 2000 (ZMR 2001, 446 [= WuM 2001, 113]), in der die Verpflichtung eines Untervermieters, beim Vertragsschluss auf seine Nichteigentümerstellung hinsichtlich des Mietobjekts hinzuweisen, verneint wird.

cc) Hier kommt im Übrigen noch hinzu, dass zwei Vormieter im Mietvertrag bereits erwähnt waren, nämlich die Vermieterin G. namentlich und die Eheleute K. als Eigentümer des Inventars. Ferner haben die Zwischenmieterinnen H. und S. das Hotel gar nicht erst übernommen. Steht aber eine Übernahme nur auf dem Papier, so ist sie für den Ruf eines Hotels in aller Regel auch nicht von besonderer Bedeutung, zumal sie dann dem im Normalfalle aus anderen Städten anreisenden Hotelpublikum nicht bekannt wird.

b) Eine bewusst unrichtige (auch ungefragte) Auskunft kann dagegen ein Grund für eine berechtigte Kündigung darstellen. In Betracht kommt hier die Erklärung des Ehemannes vom 2. August 2003, das Hotel sei seit einer Woche geschlossen bzw. es sei erst seit einigen Tagen frei. Das Landgericht hat dem die tatsächliche Dauer des Freistandes des Hotels bis zur geplanten Eröffnung von drei Monaten gegenüber gestellt. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Eröffnung erst für den 15. September 2003 geplant war; denn der Zeitraum vom 9. August bis zum 15. September 2003 war vor allem zur Entsorgung des von der Vermieterin G. hinterlassenen Mülls vorgesehen. Folglich stand das Hotel nach dieser Berechnung bei Abgabe der Erklärung des Ehemannes der Klägerin am 2. August 2003 nur rund 1½ Monate leer. Von entscheidender Bedeutung ist dagegen, dass auch nach den Behauptungen der Beklagten unklar bleibt, ab wann das Hotel leergestanden haben soll. Sie hat hierzu vorge-

tragen, der Ordnungsamtsmitarbeiter R. habe am 13. August 2003 erklärt, das Hotel sei schon wochenlang geschlossen. Wird bei dieser wenig präzisen Angabe ein Zeitraum von zwei bis drei Wochen angenommen, so gelangt man zu einem Anfangszeitpunkt zwischen dem 22. und 29. Juli 2003. Dann war aber die Erklärung am 2. August 2003, das Hotel sei seit einer Woche geschlossen, gar nicht oder nur ganz geringfügig falsch. Folglich konnte die Beklagte hierauf ihre fristlose Kündigung ebenfalls nicht wirksam stützen.

2. Die weiteren Behauptungen der Beklagten, der Ehemann habe bei den Vertragsverhandlungen darauf hingewiesen, mit dem Hotel seien hohe Gewinne zu erzielen und der Erteilung der Konzession stünden keine Hinderungsgründe entgegen, hat bereits das Landgericht unter Hinweis auf die Risikosphäre der Beklagten als rechtlich unerheblich zurückgewiesen, ebenso die Behauptung der Beklagten, sie habe keine Gelegenheit zum Lesen des Mietvertrags gehabt. Hierauf ist die Beklagte in der zweiten Instanz auch nicht mehr zurückgekommen, so dass es jetzt auch keiner weiteren Erörterung bedarf.

3. a) Da nach den obigen Erwägungen die Beklagte die Mietvertrag nicht wirksam gekündigt hat, ist sie verpflichtet, die berechtigten Forderungen der Klägerin aus dem Mietvertrag zu erfüllen, nämlich 10 000 € Kautions zu zahlen, was nach § 31 des Vertrages spätestens am 25. September 2003 hätte geschehen müssen, und die Mietzinsen für die Monate September (zu 1/2) und Oktober 2003.

b) Zu berücksichtigen ist jedoch, dass in den Mietzinsen die Nebenkosten-Vorauszahlungen von 511,29 € für Oktober und 255,65 € (die Hälfte) für September enthalten waren. Diese kann die Klägerin jetzt nicht mehr als Vorauszahlung beanspruchen, weil der Abrechnungszeitraum länger als 1 Jahr zurückliegt (vgl. Senat GuT 2004, 86 = OLGR Düsseldorf 2004, 272 und ZMR 1998, 219 = OLGR Düsseldorf 1998, 94). Die genannten Beträge sind deshalb von den im Übrigen berechtigten Mietzinsforderungen abzuziehen.

c) Die Klägerin hat dem Rechnung getragen und insoweit die Erledigung der Hauptsache erklärt, dem die Beklagte nicht widersprochen hat. Da die Klage im Umfang der Erledigung bis dahin zulässig und begründet war, hat die Beklagte gemäß § 91a ZPO die Kosten zu tragen.

Mitgeteilt von VRIOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 544, 537 BGB a. F. BGB

Lagerhalle; Gesundheitsgefährdung bei Großbrand; Brandschutzeinrichtungen; fristlose Kündigung; Mietminderung

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

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

– veröffentlicht in GuT 2003, 215 –

Hinw. d. Red.: Mit Beschluss vom 19.10.2005 – XII ZR 211/03 – hat der BGH die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 22. September 2003 zurückgewiesen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). Von einer näheren Begründung hat der Senat gemäß § 544 Abs. 4 S. 2, 2. Halbs. ZPO abgesehen. (Mitgeteilt von RA Gellwitzki, Berlin)



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

§§ 546, 546a BGB

Gewerberaumtiete; Ladenlokal; Räumung von Brandresten nach Vertragsbeendigung; Vorenthaltung; Nichtgebrauchmachen vom Räumungstitel

Zur Rückgabe von Räumen gehört, dass der Mieter sein in die Mieträume eingebrachtes Inventar entfernt und zwar unabhängig davon, welchen Zustand dieses bei Beendigung des Mietverhältnisses aufweist.

Ist die vom Mieter eingebrachte Ladeneinrichtung durch einen unverschuldeten Brand zwar zerstört, aber noch in verkohltem Zustand vorhanden, trifft den Mieter grundsätzlich die Pflicht, die Brandreste zur Erfüllung seiner Räumungspflicht zu entfernen.

Ein Vermieter, der trotz eines Räumungstitels über einen längeren Zeitraum keine Vollstreckungsmaßnahmen unternimmt, obwohl der Mieter keinerlei Anstalten macht, seine verbrannten Einrichtungsgegenstände zu entfernen, verfügt nicht über den für die Annahme einer Vorenthaltung erforderlichen Besitzwillen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 1.12.2005 – I-10 U 74/05)

Zum Sachverhalt: I. Die Beklagte hatte von dem Kläger ein Ladenlokal im Haus K.-Str. in D. zum Betrieb eines Textil- und Haushaltswarengeschäfts gemietet. Sie wurde durch Versäumnisurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 16.1.2004 zur Räumung und Herausgabe des Mietobjekts an den Kläger verurteilt. Am 10.2.2004 wurde das Ladenlokal durch Brand zerstört. Ihre verbrannten und verkohlten Einrichtungsgegenstände ließ die Beklagte in den Mieträumen zurück. Inzwischen sind die Räume anderweit vermietet. Das Landgericht hat die auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung von 14 188,35 € für die Monate März bis Juli 2004 gerichtete Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es u. a. ausgeführt, eine Nutzungsausfallentschädigung stehe dem Kläger nicht zu, weil die Beklagte dem Kläger die Mietsache nicht vorenthalten habe. Eine Herausgabe und damit eine Vorenthaltung sei nicht möglich, wenn die Mietsache zerstört sei.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er sein erstinstanzliches Klagebegehren weiter verfolgt. Er meint, die Beklagte habe die Räumlichkeiten weiter genutzt und zwar in der Weise, dass diese zur Aufbewahrung ihres durch Feuer zerstörten Warenbestandes gedient hätten.

Aus den Gründen: II. [...] Nutzungsentschädigung für die Monate März bis Juli 2004 kann der Kläger von der Beklagten nicht gemäß § 546 a BGB verlangen. Der Anspruch scheidet entgegen der Auffassung des Landgerichts allerdings nicht daran, dass das von dem Kläger gemietete Ladenlokal durch – wie es der Kläger erstinstanzlich formuliert hat – eine Feuersbrunst zerstört worden ist. Zwar kommt ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung nicht in Betracht, wenn dem Mieter die Rückgabe der Mietsache unmöglich ist; denn der Begriff des Vorenthalten setzt voraus, dass der Mieter die Sache nicht zurückgibt, obwohl er dazu imstande wäre (BGH, Urt. v. 13.4.2005, VIII ZR 377/03 [= GuT 2005, 172]). Das Landgericht hat Letzteres jedoch zu Unrecht verneint. Die Beklagte war durch das ihr am 20.1.2004 zugestellte Versäumnisurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 16.1.2004 (8 O 445/03) verurteilt worden, das von ihr angemietete Ladenlokal zu räumen und an den Kläger herauszugeben. Dieser Anspruch auf Rückgabe der Mietsache ist auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes an den Vermieter gerichtet. Die Rückgabe von Räumen erfolgt grundsätzlich dergestalt, dass diese geräumt an den Vermieter zurückzugeben sind. Hierzu gehört, dass der Mieter sein in die Mieträume eingebrachtes Inventar entfernt (Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 546 BGB, RdNr. 20). Dies gilt unabhängig davon, welchen Zustand dieses bei Beendigung des Mietverhältnisses aufweist. Diese Verpflichtung der Beklagten ist nicht allein durch den Untergang der Mieträume infolge des von ihr unverschuldeten Brandes am 10.2.2004 entfallen. Unstreitig war die von

der Beklagten eingebrachte Ladeneinrichtung durch den Brand zwar zerstört, aber noch in verkohltem Zustand vorhanden. Solange die Beklagte diese Brandreste nicht entfernte, hatte sie ihre Räumungspflicht grundsätzlich nicht erfüllt (BGH, MDR 1996, 356 = NJW 1996, 321 = ZMR 1996, 124; KG, GE 1995, 249).

Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung scheidet jedoch daran, dass dem Kläger das Ladenlokal nach den konkreten Umständen des Streitfalls durch die Beklagte für den streitgegenständlichen Zeitraum nicht vorenthalten worden ist. Der Begriff der Vorenthaltung besagt nach der st. Rspr. des BGH, dass der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (BGH, Urt. v. 5.10.2005, VIII ZR 57/05 [= GuT 2006, 30]; BGH, ZMR 2004, 256 [= GuT 2004, 50] m.w. N.). Zwar reicht zur Erfüllung des Tatbestandes der Vorenthaltung der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters aus (BGH, NJW 1983, 112). Eine Vorenthaltung scheidet jedoch aus, wenn der Vermieter die Herausgabe der Mietsache – aus welchen Gründen auch immer – gar nicht ernsthaft wünscht. Hiervon ist nach dem unstreitigen Sachverhalt auszugehen. Obwohl der Kläger bereits vor dem Brand gegen die Beklagte ein rechtskräftiges Räumungsurteil erstritten hat, hat er die Vollstreckung hieraus nach dem Brand ersichtlich nicht betrieben. Das belegt, dass dem Kläger offenbar nicht daran gelegen war, die Mieträume zurückzuerhalten. Ein Vermieter, der trotz eines Räumungstitels über einen längeren Zeitraum keine Vollstreckungsmaßnahmen unternimmt, obwohl der Mieter keinerlei Anstalten macht, seine verbrannten Einrichtungsgegenstände zu entfernen, dokumentiert mit diesem Verhalten, dass er nicht über den im Rahmen des § 546 a BGB erforderlichen Besitzwillen verfügt, der Voraussetzung für die Annahme eines Vorenthalten im Sinne dieser gesetzlichen Regelung und damit für die Gewährung einer Nutzungsentschädigung ist (vgl. Senat, GE 2004, 884 = GuT 2004, 175 = OLGR 2004, 375 = ZMR 2004, 750).

Soweit der Kläger behauptet, er habe die Beklagte unermüdlich und immer wieder vergeblich zur Räumung aufgefordert, lässt dies im Hinblick auf die unterlassenen Vollstreckungsmaßnahmen zum einen keinen ernsthaften Besitzwillen erkennen, zum anderen hat er diesen Vortrag weder erst- noch zweitinstanzlich konkretisiert. Dem insoweit angebotenen Zeugenbeweis ist nicht nachzugehen, da dies auf eine prozessual unzulässige Ausforschung hinausliefe.

Unabhängig von vorstehenden Erwägungen ist nach dem Vorbringen des Klägers zudem davon auszugehen, dass der Beklagten die Entfernung der Brandreste zumindest für die Dauer der polizeilichen Branduntersuchung unmöglich war. Auch dies steht einer Vorenthaltung entgegen. Der Kläger hat sich insoweit, um den Einwand der Verletzung einer Schadensminderungspflicht auszuschließen, mit Schriftsatz vom 21.3.2005 darauf berufen, er habe von sich aus zur Beseitigung der Feuer-schäden nichts verrichten dürfen, da dies wegen des Ermittlungsstandes geboten gewesen sei. Das schließt zum einen einen Besitzwillen des Klägers aus, zum anderen wäre auch die Beklagte ihrerseits gehindert gewesen, die Brandreste bis zu einer Freigabe durch die Polizei oder Staatsanwaltschaft zu entfernen. Da der Kläger zu der Dauer der Brandursachenermittlung keine Angaben gemacht hat, kann auch aus diesem Grund nicht festgestellt werden, dass die Beklagte ihm die Mieträume für den streitgegenständlichen Zeitraum vorenthalten hat.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

§ 546a BGB**Nutzungsentschädigung bei Vorenthaltung der Mietsache****Zum Umfang der Nutzungsentschädigung bei Vorenthaltung der Mietsache nach Vertragsbeendigung.**

(BGH, Urteil vom 5.10.2005 – VIII ZR 57/05)

5 **Aus den Gründen:** II. 1. Ob im Falle der Rückgabe der Mietsache an einem zwischen den Mietvertragsparteien nicht vereinbarten Tag innerhalb eines Monats Nutzungsentschädigung nach § 546 a Abs.1 BGB bis zum Schluss der Mietzinsberechnungsperiode oder nur bis zum Übergabetag geschuldet wird, ist umstritten. Während eine Ansicht einen Anspruch aus § 546 a Abs.1 BGB nur für die Zeit bis zur Rückgabe des Mietobjekts bejaht und den Vermieter im Übrigen auf Schadensersatzansprüche (vgl. § 546 a Abs. 2 BGB) verweist (vgl. z. B. OLG Rostock, NJW-RR 2002, 1712; KG Berlin, Grundeigentum 2003, 253; OLG Köln, ZMR 1993, 77 [= WuM 1993, 46]; Schilling in MünchKommBGB, 4. Aufl., § 546 a Rdnr. 16; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Aufl., § 546 a Rdnr. 16), wird andererseits vertreten, dass bei Erfüllung der Rückgabepflichtung „zur Unzeit“ Nutzungsentschädigung nach § 546 a BGB bis zum Schluss der Mietzinsberechnungsperiode oder bis zum nächsten üblichen Miettermin zu bezahlen sei (vgl. z. B. OLG Düsseldorf, Grundeigentum 2002, 1428 [= GuT 2003, 179 KL]; KG Berlin, Grundeigentum 2001, 989; Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., § 546 a Rdnr. 11).

6 2. § 546 a Abs.1 BGB (früher § 557 Abs.1 BGB) ist von dem der Interessenlage entsprechenden Gedanken getragen, dass es unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheint, den Mieter, der die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses dem Vermieter vorenthält, besser zu stellen, als er bei Fortdauer des Mietvertrages gestanden hätte. Er soll für die Dauer der Vorenthaltung mindestens die vereinbarte Miete weiter entrichten, weil es nur an ihm liegt, dass er noch im Besitz der Mietsache ist, und weil er es selbst in der Hand hat, sich durch die Herausgabe der Mietsache seiner Verpflichtung zu entledigen. Die Bestimmung gewährt dem Vermieter eine Mindestentschädigung, die in ihrer Höhe weder davon abhängig ist, ob und inwieweit dem Vermieter aus der Vorenthaltung der Mietsache ein Schaden erwachsen ist, noch davon, ob der Mieter aus dem vorenthaltenen Mietgegenstand einen entsprechenden Nutzen hat ziehen können. Durch die Regelung des § 546 a Abs.1 BGB (§ 557 Abs.1 BGB a. F.) wird Druck auf den Mieter ausgeübt, die geschuldete Rückgabe der Mietsache zu vollziehen; es liegt allein an ihm, die Rechtsfolgen des § 546 a Abs.1 BGB (§ 557 Abs.1 BGB a. F.) zu vermeiden oder zu beenden (BGHZ 107, 123, 128, 129). Nur für die Dauer der Vorenthaltung der Mietsache kann der Vermieter als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen. Für die Zeit danach bleibt ihm bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die Geltendmachung eines Schadens infolge einer erst späteren Vermietung vorbehalten (vgl. § 546 a Abs. 2 BGB). Der Begriff der Vorenthaltung besagt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (Senat, Urteil vom 7. Januar 2004 – VIII ZR 103/03, NJW-RR 2004, 558 [= GuT 2004, 50] unter II 2 a).

GuT**Gewerbemiete und Teileigentum**

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

7 3. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin die Wohnung am 15. Mai 2003 zurückgegeben. Nur bis zu diesem Zeitpunkt hat die Klägerin die Wohnung der Beklagten vorenthalten im Sinne des § 546 a Abs.1 BGB. Die Klägerin ist deshalb nur bis zu diesem Zeitpunkt zur Fortzahlung der Miete verpflichtet. Einen weiteren Schaden für die Zeit danach (vgl. § 546 a Abs. 2 BGB) hat die Beklagte nicht dargelegt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 551, 826, 823 BGB; §§ 266, 14 StGB
Kfz-Miete; Anlage der Mietkaution;
Insolvenz des Vermieters**
Ohne besondere Vereinbarung braucht der Vermieter eines für fast sechs Monate vermieteten PKW die Kautions des Mieters nicht getrennt von seinem Vermögen anzulegen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.10.2005 – I-24 U 122/05)

Zum Sachverhalt: Der Kläger mit Wohnsitz in Österreich mietete am 3. Juli 2003 bei der T-GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, einen Pkw VW Polo für die Dauer von 26 Wochen zu einem monatlichen Mietzins von 259,- €. Vor Auslieferung des Pkw hatte der Kläger eine Kautions von 770,- € zu zahlen. Der Kläger ermächtigte die Vermieterin, die jeweils fälligen Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis im Abbuchungsverfahren zu erheben. Auf dem Mietvertragsformular waren alle Geschäftskonten der Vermieterin aufgeführt. Entsprechend bestätigte die Vermieterin die Vereinbarung mit Auftragsbestätigung Nr.171456 vom 8. Juli 2003.

Am 7. August 2003 zog die Vermieterin die Kautions in Lastschriftverfahren auf eines ihrer Geschäftskonten ein. Am 6. Februar 2004 wurde Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Vermieterin gestellt. Am 18. Februar 2004 verlangte die K-GmbH, an die die Vermieterin inzwischen ihre Ansprüche abgetreten hatte, von dem Kläger das Fahrzeug zurück. Diesem Verlangen kam der Kläger in der Folgezeit nach. Am 1. Mai 2004 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Vermieterin eröffnet. Der Insolvenzverwalter lehnte die Rückzahlung der Kautions mit der Begründung ab, es handele sich um eine Insolvenzforderung, deren Feststellung der Kläger zur Tabelle beantragen müsse, wobei allerdings mit einer Quote nicht gerechnet werden könne.

Der Kläger nimmt den Beklagten wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten und aus unerlaubter Handlung auf Schadensersatz wegen der verlorenen Kautions in Anspruch. Dazu hat er behauptet, die Vermieterin sei bereits bei Vertragsschluss überschuldet gewesen.

Durch das angefochtene Urteil hat das Amtsgericht Emmerich die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Vermieterin habe den Kläger nicht darauf hinweisen müssen, dass die Kautions nicht auf einem Sonderkonto eingezahlt werde, und sei auch nicht verpflichtet gewesen, ein entsprechendes Sonderkonto einzurichten.

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, der unter Bezugnahme auf sein bisheriges Vorbringen die Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten weiterverfolgt.

Aus den Gründen: II. Das zulässige Rechtsmittel hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Amtsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil der Beklagte jedenfalls im Ergebnis dem Kläger nicht zum Ersatz der verlorenen Kautions von 770,- € verpflichtet ist.

Der Beklagte als ehemaliger Geschäftsführer der Vermieterin haftet dem Kläger nicht aus vertraglichen Anspruchsgrundlagen, weil Vertragspartnerin des Mietverhältnisses die insolvente T-GmbH in Essen war. Anhaltspunkte für eine Haftung aus unerlaubter Handlung bestehen nicht.

1. Ansprüche aus § 826 BGB sind nicht gegeben, weil für eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung des Klägers durch den Geschäftsführer der Beklagten jegliche Grundlage fehlt. Davon könnte ausgegangen werden, wenn sich bei Vertragsabschluss die Insolvenz der Vermieterin aufgrund aufgetretener Zahlungsschwierigkeiten abgezeichnet hätte. Die dahingehende Behauptung des Klägers ist beweislos erfolgt und lässt sich aus der Auswertung der vom Amtsgericht beigezogenen Akten des Insolvenzverfahrens, der der Kläger nicht entgegengetreten ist, nicht belegen. Danach zeichnete sich nämlich die Insolvenz erst im Spätsommer des Jahres 2003, also lange nach dem hier in Rede stehenden Vertragsschluss vom 3. Juli 2003, ab. In die Krise geriet die Vermieterin aufgrund der von der FAG am 31. Oktober 2003 erhobenen Klage auf Zahlung von 742 849,13 €.

2. Der Beklagte haftet dem Kläger auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB auf Schadensersatz.

a) Der hier allein in Betracht kommende Treubruchtatbestand (vgl. dazu OLG Frankfurt ZMR 1990, 9 [= WuM 1989, 138] sub Nr. II) ist schon nicht erfüllt. Dem Beklagten als Geschäftsführer der Vermieterin ist nicht vorzuwerfen, ihm übertragene Vermögensinteressen des Klägers verletzt und diesen dadurch geschädigt zu haben (§§ 266 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Davon könnte allenfalls ausgegangen werden, wenn der für die Vermieterin handelnde Beklagte verpflichtet gewesen wäre, die vom Kläger geleistete Kautionszahlung für den Mietwagen getrennt vom sonstigen Vermögen der Vermieterin anzulegen. Eine solche Verpflichtung bestand jedoch nicht, wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat.

aa) Gemäß § 551 Abs. 3 BGB ist allerdings für Mietverhältnisse über Wohnräume bestimmt, dass die Anlage der geleisteten Mietkaution getrennt vom Vermögen des Vermieters vorzunehmen ist (vgl. dazu BayObLG NJW 1988, 1796 [= WuM 1988, 205]). Diese gesetzliche Bestimmung kann jedoch entgegen der Meinung des Klägers nicht ohne weiteres auf die Miete von beweglichen Sachen, hier eines Pkw, entsprechend angewendet werden.

Bei Geschäftsraummietverhältnissen, für die es ebenfalls an einer gesetzlichen Regelung fehlt, wird zwar überwiegend angenommen, dass die Kautionssumme im Interesse des Mieters insolvenzfest anzulegen ist; da die Kautionszahlung zur Absicherung des Vermieters gestellt werde, könne dieser kaum Einwände gegen das Interesse des Mieters an der Absicherung seines Rückzahlungsanspruchs vorbringen. Überwiegend wird deshalb vertreten, aufgrund der ergänzend auszulegenden Kautionsabrede sei der Vermieter zu einer getrennten Anlage des ihm treuhänderisch überlassenen Betrages verpflichtet (OLG Frankfurt ZMR 1991, 340 [= WuM 1991, 484]; KG NZM 1999, 376; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn. 703 m.w.N.).

bb) Demgegenüber wird ohne entgegenstehende Vereinbarung keine Verpflichtung des Vermieters angenommen, die Barkautionszahlung von seinem übrigen Vermögen getrennt zu halten. Mit Erhalt der Barkautionszahlung erwirbt der Vermieter von Geschäftsraum vielmehr, sofern er sich nicht vertraglich zur getrennten Anlage verpflichtet hatte, die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über die Barkautionszahlung und darf sie sogar für eigene Zwecke einsetzen (vgl. OLG Düsseldorf NJW 1978, 2511; Bub/Treier/v. Martius, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kapitel III.A Rn. 790). Der Bundesgerichtshof hat zu der Frage bisher nicht Stellung genommen. Nach BGHZ 127, 138 [= WuM 1994, 679] ist allerdings eine aufgrund eines Mietvertrages über Geschäftsräume geleistete Mietkaution bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung regelmäßig zu verzinsen. Hinzu kommt die zunehmende Tendenz, grundsätzlich eine Treuhänderfunktion des Vermieters auch von Geschäftsräumen anzunehmen (vgl. Bub/Treier a. a. O.).

b) Diese Streitfrage bedarf hier indessen keiner Entscheidung, weil jedenfalls die Kautionszahlung für ein gemietetes Kraftfahrzeug nicht mit der Kautionszahlung für gemietete Räume vergleichbar ist.

Zwar mögen die Sicherheitsinteressen des Vermieters an der Stellung und das Interesse des Mieters an der Rückzahlung der Kautionszahlung gleichermaßen vorhanden sein. Es ist aber mit dem Wesen der Treuhandschaft nicht zwingend verbunden, dass der Treuhänder ihm überlassenes Vermögen des Treugebers getrennt aufzubewahren hat. Regelmäßig gehen vielmehr treuhänderisch überlassene Gegenstände in das Vermögen des Treuhänders über, so dass der Treugeber lediglich – wirtschaftlich betrachtet – Eigentümer des Treuguts bleibt (vgl. Palandt/Bassenge BGB, 64. Aufl. § 903 Rn. 41 m.w.N.).

Aber auch die Dauer des Mietverhältnisses und der Umfang der hier überlassenen Kautionszahlung sprechen gegen eine ergänzende Vertragsauslegung, wie sie die Rechtsprechung für die Leistung von Sicherheiten in Geschäftsraummietverhältnissen für angebracht gehalten hat (vgl. KG a. a. O.).

Das hier in Rede stehende Mietverhältnis ist lediglich auf die Dauer von 26 Wochen eingegangen worden, wohingegen Geschäftsraummietverträge regelmäßig für die Dauer von bis zu zehn Jahren, verbunden mit Verlängerungsoptionen, abgeschlossen werden. Auch geht es häufig um zwei oder drei Monatsmieten, so dass weitaus höhere Beträge, als bei einem Kraftfahrzeugmietverhältnis vereinbart sind, als Sicherheit geleistet werden müssen. Barkautionszahlungen dieser Art werden behandelt wie so genannte „unregelmäßige Pfandrechte“, bei denen den Sicherungsnehmer keine besondere Aufbewahrungspflicht trifft, sondern bei denen er Sachen gleicher Art und Güte zurückzugewähren hat (vgl. OLG Frankfurt ZMR 1990, 9 [= WuM 1989, 138] m.w.N.).

Demgemäß trifft auch der Hinweis des Amtsgerichts, dem der Kläger nicht entgegengetreten ist, zu, dass die getrennte Anlage von Mietkautionen im Geschäft der Kraftfahrzeugvermietung keineswegs üblich sei. Beiläufig hat auch der Bundesgerichtshof anerkannt, dass es tatsächliche Verhältnisse geben mag, bei denen der Mieter, zumal mit Rücksicht auf seine persönlichen Beziehungen zum Vermieter oder wegen der geringen Höhe der als Sicherheit bereit gestellten Geldsumme nicht erwartet, dass das Geld bei einem Kreditinstitut angelegt wird (BGHZ 41, 224 = MDR 1996, 86/87 [= WuM 1996, 53]).

Dabei soll keineswegs das Sicherungsinteresse des Klägers verkannt werden. Es oblag ihm aber selbst, seinen Interessen dadurch Rechnung zu tragen, dass er mit der Gegenseite eine entsprechende Absprache traf, der sich die Vermieterin vernünftiger Weise nicht hätte entziehen können (vgl. Wolf/Eckert/Ball a. a. O.; OLG Frankfurt a. a. O.). Stattdessen hat der Kläger den Mietvertrag unterzeichnet, in dem im einzelnen niedergelegt war, wie die Kautionszahlung durch Abbuchung im Lastschriftverfahren abgewickelt werden sollte.

2. Sieht man einmal von der mangelnden Verpflichtung der Vermieterin ab, den Kautionsbetrag für das gemietete Fahrzeug gesondert anzulegen, so fehlt es ferner an vorsätzlichem Handeln des Beklagten. Angesichts der von der Raummiete abweichenden Übung in der Kraftfahrzeugvermietungsbranche, Kautionszahlungen nicht getrennt vom Vermögen des Kraftfahrzeugvermieters anzulegen, hatte der Beklagte gar nicht das Bewusstsein, eine Pflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen des Klägers zu verletzen. Denn der Beklagte beschränkte sich darauf, das vom Kläger bereitgestellte Kautionsguthaben im Lastschriftverfahren einzuziehen und – etwas anderes ist nicht ersichtlich – auf den Geschäftskonten der Vermieterin zu belassen und allenfalls im normalen Geschäftsablauf darüber zu verfügen. Hatte er aber die Vorstellung, auch über Kautionszahlungen der Kraftfahrzeugmieter frei verfügen zu können, so fehlt es für den Untreuetatbestand gänzlich an der subjektiven Seite.

III. Auch die Voraussetzungen von § 522 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 ZPO liegen vor, weil es jedenfalls am Verschulden des Beklagten fehlt.

Der Senat weist darauf hin, dass die Berufungsrücknahme vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO kostenrechtlich privilegiert ist.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 13, 14, 507, 535, 281 BGB

**Kfz-Leasing; vorzeitige Vertragsbeendigung;
Schadensermittlung; Dauer des Schutzes für
Existenzgründer/Verbraucherleasing;
Unternehmereigenschaft**

1. Bei vorzeitigem Ende eines Leasingvertrages mit Kilometerabrechnung ist eine Restwertabrechnung trotz entsprechender Formularbedingungen des Leasinggebers nicht zulässig und der Schaden des Leasinggebers konkret in einem Vergleich der Fahrzeugwerte zum vorzeitigen und vereinbarten Vertragsende zu ermitteln.

2. Zur Frage, wann die Existenzgründung im Sinne von § 507 BGB beendet ist.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.11.2005 – I-24 U 44/05)

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10.2.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 535, 280 BGB

Kfz-Leasing; Teilamortisationsvertrag mit vereinbarter Restwertabrechnung bei fakultativem Andienungsrecht

1. Übt der Leasinggeber bei Vertragsende sein Andienungsrecht aus, kommt der Kaufvertrag mit dem Leasingnehmer mit Zugang dieser Erklärung zustande.

2. Mit Ausübung des Andienungsrechts endet das Wahlrecht des Leasinggebers, die Vollamortisation aus dem Leasinggeschäft noch auf anderem Wege zu erreichen.

3. Der Leasingnehmer gerät mit der Kaufpreiszahlung erst in Verzug, wenn ihm der Leasinggeber das Leasingobjekt in Annahmeverzug begründender Weise angeboten hat.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.11.2005 – I-24 U 30/05)

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10.2.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 812, 818 BGB

**Bereicherungsanspruch des Mieters nach ertragswerterhöhenden Umbau-Investitionen;
Bereicherungsschuldner nach Vermieterwechsel;
höherer Mietzins; höherer Veräußerungserlös**

a) Zur Berechnung des Bereicherungsanspruchs des Mieters, wenn der Vermieter infolge vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses früher als vorgesehen in den Genuss des durch Investitionen des Mieters erhöhten Ertragswerts gelangt (Fortführung der Senatsurteile vom 8. November 1995 – XII ZR 202/94 – WPM 1996, 1265 ff. und vom 25. Oktober 2000 – XII ZR 136/98 – NJW-RR 2001, 727 <red. Leit-satz>).

b) Eine Bereicherung des Vermieters liegt auch dann vor, wenn eine Weitervermietung zu einem höheren Mietzins wegen von ihm zu vertretender Mängel nicht möglich ist.

c) Bei einem Vermieterwechsel ist nicht derjenige Bereicherungsschuldner, der im Zeitpunkt der Vornahme der Investitionen Vermieter war, sondern der neue Vermieter, der die Mietsache vorzeitig zurückerhält. Dies gilt bei einer Grundstücksveräußerung auch dann, wenn der ursprüngliche Vermieter mit Rücksicht auf die wertsteigernden Investitionen des Mieters einen höheren Veräußerungserlös erzielt hat.

(BGH, Urteil vom 5.10.2005 – XII ZR 43/02)

1 Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über gegenseitige Ansprüche aus einem gewerblichen Mietvertrag über den Ge-

wölbekeller unter dem Hotel „S.“ in M., F.-Straße ..., den der Rechtsvorgänger der Beklagten mit schriftlichem Vertrag vom 24. Juni 1983 für die Zeit vom 1. Juli 1983 bis 1. Juli 2003 zum Betrieb einer Gaststätte (Weinkeller) zu einem monatlichen Mietzins von 10 000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer – mit Indexanpassungsklausel – an die Klägerin vermietet hatte.

2 Die Klägerin verlangt wegen von ihr durchgeführter Umbaumaßnahmen Ausgleich einer angeblichen Wertsteigerung des Objekts in Höhe von 1 054 852,40 DM sowie Wertersatz für zurückgelassene Gegenstände in Höhe von 251 818,53 DM, während die Beklagte widerklagend von der Klägerin einbehaltenen Mietzins sowie Schadensersatz verlangt.

3 Mit Zustimmung des Rechtsvorgängers der Beklagten, der den Gewölbekeller vor Vertragsbeginn als Lager und Verkaufsraum für seinen Handel mit antiken Möbeln genutzt hatte, nahm die Klägerin umfangreiche Umbauten für ihren Restaurantbetrieb vor und versah die Räume im Bereich der über 600 m² großen Hauptnutzfläche mit Einrichtungen und Dekorationsobjekten. Insoweit sah der Mietvertrag vor, dass „wegen der Bauinvestitionen“ bis Ende 1983 keine Miete, für 1984 nur 5000 DM netto und für das erste Halbjahr 1985 nur 6000 DM netto monatlich zu zahlen waren.

4 In Bezug auf „Veränderungen an und in der Mietsache“ bestimmt § 13 des Mietvertrages:

„Will der Mieter Einrichtungen, mit denen er die Mietsache versehen hat, bei Beendigung des Mietverhältnisses wegnehmen, hat er sie zunächst dem Vermieter anzubieten ... Wenn der Vermieter die Einrichtungen übernehmen will, hat er dem Mieter einen angemessenen Ausgleich zu leisten.“

5 1990 geriet die Klägerin in finanzielle Schwierigkeiten. Die Beklagte, die zwischenzeitlich Eigentümerin des Grundstücks und damit Vermieterin geworden war, erließ der Klägerin daraufhin gemäß schriftlicher Vereinbarung vom 28. Mai 1990 „zur Abwendung des Konkurses und im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleiches“ 65% der bis dahin rückständigen Mietforderung von knapp 50 000 DM.

6 Mit Schreiben vom 17. September 1992 forderte die Klägerin die Beklagte unter Bezugnahme auf vorausgegangene Gespräche auf, unverzüglich die zugesagte Sanierung des Hofes in Auftrag zu geben, dessen Zustand offensichtlich die Ursache der inzwischen aufgetretenen gravierenden Durchfeuchtung des Gewölbekellers sei. Zugleich kündigte sie an, die Miete wegen dieser Feuchtigkeitserscheinungen ab Oktober 1992 zu mindern. In der Folgezeit zahlte sie monatlich nur noch einen Teil des vereinbarten Mietzinses und ab November 1994 nichts mehr.

7 Zugleich entwickelte sich der Streit der Parteien unter anderem wie folgt:

8 Mit Schreiben vom 22. Februar 1993 verlangte der Gesellschafter S. der Beklagten Nachzahlung der als Minderung einbehaltenen Beträge. Er teilte der Klägerin mit, dass der bereits Anfang 1992 erteilte Sanierungsauftrag wegen Überlastung des beauftragten Unternehmens erst zum Jahresende ausgeführt werden könne, und versicherte ihr, dass der Beklagten sehr daran gelegen sei, „die Ursache der in Ihren Räumen aufgetretenen Feuchtigkeit schnellstmöglich zu beseitigen.“

9 Im Oktober 1993 bot die Klägerin der Beklagten an, gemeinsam ein Sachverständigengutachten über den Zustand des Gewölbekellers erstellen zu lassen. Nachdem die Beklagte darauf nicht reagierte, leitete die Klägerin im Februar 1994 ein selbständiges Beweissicherungsverfahren ein, in dessen Verlauf der Sachverständige L. erhebliche Feuchtigkeits- und Nässe-einbrüche sowie als deren Ursache eine fehlende vertikale und horizontale Abdichtung gegenüber dem hohen und stark salzbelasteten Grundwasserstand feststellte. Er bezifferte den Aufwand für eine Sanierung auf rund 285 000 DM; ein vollständiger Feuchteabschluss könne indes nur durch eine Neubaumaßnahme erreicht werden.

10 Nach Eingang des Gutachtens forderte die Klägerin die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 12. Oktober 1994 erfolg-

los zur Sanierung auf und kündigte das Mietverhältnis über den Gewölbekeller sodann mit Anwaltsschreiben vom 27. Februar 1995 fristlos zum 1. Juni 1995.

11 Nach einer Betriebsbesichtigung am 11. April 1995 forderte das Ordnungsamt der Stadt M. die Klägerin unter dem 8. Mai 1995 auf, zur Vermeidung eines Bußgeldverfahrens unverzüglich Maßnahmen gegen das Herabfallen gelöster Teile des Farbanstrichs der Küche und von Fugenmörtel aus der Gewölbedecke zu ergreifen.

12 Ab Juni 1995 verwehrte die Beklagte der Klägerin den Zutritt zu den Mieträumen und verweigerte die Herausgabe der Klägerin gehörender Einrichtungsgegenstände unter Hinweis auf ihr Vermieterpfand- und Zurückbehaltungsrecht wegen rückständiger Mietzinsforderungen.

13 Mit Anwaltsschreiben vom 19. Februar 1996 erklärte die Beklagte, die Kücheneinrichtung und Theke würden freigegeben und seien bis 4. März 1996 auszubauen und zu entfernen, andernfalls sie freihändig ohne Haftung für Schäden beim Ausbau verwertet würden. Eine Bitte der Klägerin um Verlängerung der Frist lehnte sie wegen termingebundener Arbeiten zur Neuöffnung des Lokals ab.

14 Nach Durchführung von Sanierungs- und Umbauarbeiten wurde das Kellerlokal im September/Oktober 1996 neu eröffnet. Die Parteien streiten darüber, welche Teile der von der Klägerin zurückgelassenen Einrichtung und Dekoration dabei bis zur endgültigen Schließung des Lokals im Mai 2000 weiterverwendet wurden, welche ausgelagert worden waren und welche jetzt nicht mehr vorhanden sind.

15 Nach Einholung mehrerer Gutachten hat das Landgericht Mainz der Klage auf Ausgleich der Wertsteigerung in Höhe des in erster Instanz beantragten Betrages von 904 852,40 DM stattgegeben. Ferner hat es dem Hilfsantrag, als Ersatz für das mit dem Hauptantrag herausverlangte Inventar 437 845 DM zu zahlen, in Höhe von 150 000 DM sowie der Widerklage auf rückständigen Mietzins in Höhe von 104 730,50 DM stattgegeben und Klage und Widerklage im übrigen abgewiesen.

16 Die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgte und ihre Widerklageforderung um weitere 146 588,03 DM erhöhte, hatte weitgehend Erfolg. Hingegen führte die Anschlussberufung der Klägerin, mit der diese ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiterverfolgte und ihre Klage um weitere 367 519,60 DM erhöhte, lediglich zur Erhöhung des ihr auf den Hilfsantrag zugesprochenen Betrages um 8820 DM. Das Oberlandesgericht Koblenz hat das Urteil des Landgerichts abgeändert, der Klägerin 81 203,38 € (158 820 DM) nebst Zinsen und der Beklagten auf ihre Widerklage 53 547,85 € (104 730,50 DM) nebst Zinsen zugesprochen und im übrigen die Klage und die Widerklage unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel der Parteien abgewiesen.

17 Dagegen richtet sich, soweit zu ihrem Nachteil entschieden wurde, die Revision der Klägerin, die der Senat nur wegen eines Teilbetrages des Klageantrages zu 1 (Ausgleich für Wertsteigerung) in Höhe von 238 585,77 € (466 633,20 DM) nebst 4% Zinsen seit dem 20. Januar 1996 sowie hinsichtlich weiterer Zinsansprüche angenommen hat. Der Klageantrag zu 2 (Herausgabe von bzw. Wertersatz für Einrichtungsgegenstände) ist daher auch im Umfang seiner Abweisung nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens. Gleiches gilt, soweit die Klägerin mit ihrer Revision auch ihre Verurteilung – auf die Widerklage der Beklagten – zu 104 730,50 DM angegriffen hat. Auch insoweit ist durch Nichtannahme der Revision Rechtskraft eingetreten.

Aus den Gründen: I. (Ausgleich für Wertsteigerung)

18 Das Berufungsgericht lässt dahinstehen, ob ein Anspruch der Klägerin auf Ausgleich einer durch ihre Umbaumaßnahmen bewirkten Wertsteigerung des Mietobjekts aus dem Gesichtspunkt des Ersatzes notwendiger Verwendungen (§ 547 BGB a. F.), der Entschädigung für ein abgewendetes Wegnahmerecht des

Mieters (§ 547 a BGB a. F.) oder der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) gestützt werden könne. Jedenfalls verneint es einen entsprechenden Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte mit zweifacher Begründung schon dem Grunde nach:

19 1. Zum einen könnten sich derartige Ansprüche nur gegen den Rechtsvorgänger der Beklagten, nicht aber gegen diese selbst richten. Denn sämtliche Investitionen seien zu einer Zeit vorgenommen worden, als der ursprüngliche Vermieter noch Eigentümer des Grundstücks gewesen sei. Ansprüche aus §§ 547, 547 a BGB a. F. entstünden aber bei Vornahme der Verwendungen und richteten sich gegen den jeweiligen Vermieter; für vor dem Eigentumswechsel entstandene Verpflichtungen hafte der nach § 571 BGB a. F. auf Vermieterseite in das Mietverhältnis eintretende Grundstückserwerber ebenso wenig, wie andererseits vor dem Eigentumswechsel fällig gewordene Ansprüche gegen den Mieter auf ihn übergingen. Gleiches gelte für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, denn durch wertsteigernde Investitionen sei allein der bereicherte, der bei Eintritt der Wertsteigerung Eigentümer des Grundstücks sei. Dies müsse hier um so mehr gelten, als die Beklagte das Objekt – unstreitig – „mit der Wertsteigerung“ gekauft und bezahlt habe.

20 2. Zum anderen sei der Gewölbekeller nach dem eigenen Vortrag der Klägerin wegen der Feuchtigkeitserscheinungen für den Betrieb einer gehobenen Gaststätte ohnehin unbrauchbar, so dass Investitionen im Hinblick auf eine solche Verwendung schon deshalb nicht zu einer Wertsteigerung führen könnten.

21 3. Beides hält der rechtlichen Prüfung und den Angriffen der Revision nicht stand und erweist sich auch nicht aus anderen Gründen – etwa: Verjährung – als richtig:

22 a) Richtig ist zwar, dass sich Ansprüche des Mieters wegen Verwendungen auf die Mietsache, soweit sie auf § 547 Abs. 1 BGB a. F. gestützt werden und nicht nur als Bereicherungsansprüche gegeben sind, grundsätzlich im Zeitpunkt der Vornahme der Verwendungen entstehen (BGHZ 5, 197, 199) und sich nicht gegen den (neuen) Vermieter richten, der erst nach deren Vornahme in das Mietverhältnis eintritt. Dies kann jedoch letztlich dahinstehen, da die Klägerin – wie auch das Berufungsgericht annimmt und was von der Revision nicht angegriffen wird – jedenfalls die Voraussetzungen des § 547 Abs. 1 BGB a. F. (notwendige Verwendungen) nicht hinreichend dargelegt hat. Gleiches gilt für einen Anspruch aus § 547 Abs. 2 BGB a. F. (sonstige Verwendungen) in Verbindung mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Revision führt zwar bei ihrer Rüge verletzter Vorschriften des materiellen Rechts auch die §§ 667 ff. BGB an, führt demgegenüber aber im einzelnen aus, für eine Geschäftsführung ohne Auftrag ergäben sich keine Anhaltspunkte. Dem ist schon deshalb zuzustimmen, weil die Klägerin die Investitionen im Interesse ihres eigenen Betriebs vornahm und ein Fremdgeschäftswille daher fern liegt.

23 b) Hingegen entsteht der Anspruch auf angemessene Entschädigung bei Abwendung des Wegnahmerechts des Mieters (§ 547 a BGB) entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erst, wenn der Vermieter erklärt, dass er die Wegnahme abwenden will (BGH, Urteil vom 14. Oktober 1987 – VIII ZR 246/86 – NJW 1988, 705 f. [= WuM 1988, 16]). Auch dies kann jedoch dahinstehen, weil die Ansprüche der Klägerin, soweit sie *Einrichtungen* überhaupt wegnehmen konnte und wollte, diese aber gemäß § 13 des Mietvertrages von der Beklagten übernommen wurden, Gegenstand ihres Antrages zu 2 waren und bereits mit den der Klägerin auf ihren Hilfsantrag nunmehr rechtskräftig zugesprochenen 158 200 DM abgegolten sind. Mit dem hier zunächst zu beurteilenden Zahlungsantrag zu 1 verlangte die Klägerin hingegen einen Ausgleich für ihre Investitionen in Gestalt des *Umbaus* des Gewölbekellers; insoweit schied eine Wegnahme schon wegen der erheblichen Kosten der dann vom Mieter geschuldeten Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes ersichtlich aus.

24 c) In Betracht kommt vielmehr allein ein Anspruch der Klägerin aus § 812 BGB (Bereicherung auf sonstige Weise) i.V. mit § 818 Abs. 2 BGB, nämlich unter dem Gesichtspunkt, dass die Beklagte als Vermieterin vorzeitig, und zwar infolge der fristlosen Kündigung der Beklagten schon zum 1. Juni 1995 und nicht erst mit Ablauf der vertraglich vorgesehenen Mietzeit zum 1. Juli 2003, in den Genuss der wertsteigernden Investitionen der Klägerin gekommen ist (vgl. Senatsurteile vom 8. November 1995 – XII ZR 202/94 – WPM 1996, 1265 ff. und vom 25. Oktober 2000 – XII ZR 136/98 – NJW-RR 2001, 727 <red. Leitsatz>).

25 Daraus folgt – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – zugleich, dass die Beklagte Bereicherungsschuldnerin ist, auch wenn die wertsteigernden Aufwendungen, die der Bereicherung zugrunde liegen, bereits zu einer Zeit vorgenommen wurden, als der ursprüngliche Vermieter noch Eigentümer des Grundstücks war. Denn der Umfang der Bereicherung richtet sich nicht nach der Höhe der Aufwendungen des Mieters und besteht auch nicht im Zeitwert der Investitionen oder der Verkehrswertsteigerung des Mietobjekts bei Rückgabe – und erst recht nicht zu einem früheren Zeitpunkt –, sondern allein in der Erhöhung des Ertragswertes, soweit der Vermieter diesen früher als vertraglich vorgesehen durch anderweitige Vermietung zu einem höheren Mietzins realisieren kann (vgl. Senatsurteil vom 8. November 1995 a. a. O. S. 1266; Gerber/Eckert, Gewerbliches Mietrecht, 5. Aufl. Rdn. 243 m. N.; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl. Rdn. 1168). Um eine derartige Möglichkeit ist der Voreigentümer, der die Nutzung zum vertraglich vereinbarten Mietzins der Klägerin bis zum Eigentumsübergang gewähren musste und gewährt hat, nicht bereichert worden. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte ihm möglicherweise wegen der Investitionen der Klägerin einen höheren Kaufpreis gezahlt hat; dies wäre das Entgelt dafür, dass nach dem Ende der Vertragslaufzeit eine etwa noch vorhandene Ertragswertsteigerung ihr zugute kommt und nicht dem Verkäufer. Denn ohne den Eigentumswechsel hätte sie diesem ab 1. Juli 2003 nicht ohne rechtlichen Grund – und folglich entschädigungslos – zugestanden; die Klägerin hätte ihre Investitionen bis dahin wie vorgesehen amortisieren können.

26 d) Zu Recht greift die Revision auch die Ansicht des Berufungsgerichts an, durch den Umbau zu einer Gaststätte könne eine (Ertrags-)Wertsteigerung des Objekts nicht eingetreten sein, weil die Klägerin selbst vortrage, dass es wegen der Feuchtheitserscheinungen zum Betrieb einer Gaststätte unbrauchbar sei. Da die Beklagte als Vermieterin diesen Mangel zu vertreten hat, handelt sie zumindest treuwidrig, wenn sie sich darauf beruft, schon wegen dieses Mangels keine höhere Miete erzielen zu können. Eine solche könnte sie jedenfalls erzielen, wenn sie ihrer auch einem Nachmieter gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nachkäme.

27 Deshalb liegt insoweit – entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung – auch kein Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB vor. Die Bereicherung der Beklagten, die darin besteht, in der Folge eine höhere Miete erzielen zu können, ist – sofern die Beklagte ihren damit verbundenen Vermieterpflichten nachkommt – nach wie vor vorhanden.

28 e) Dieser Anspruch ist – entgegen der Auffassung der Beklagten, die sich im zweiten Rechtszug hilfsweise auf Verjährung berufen hatte – nicht verjährt. Denn Bereicherungsansprüche, die dem Mieter im Hinblick auf seine wertsteigernden Investitionen als Ausgleich dafür zustehen, dass der Vermieter das Nutzungsrecht durch vorzeitige Vertragsbeendigung früher als ursprünglich vereinbart zurückerhält, unterliegen nicht der kurzen Verjährung des § 558 BGB a. F. (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 1968 – VIII ZR 2/66 – NJW 1968, 888 f.; Wolf/Eckert/Ball a. a. O. Rdn. 1180).

29 4. Zur Höhe ist die Bereicherungsklage aber nur teilweise schlüssig, nämlich in Höhe der 238 585,77 € = 466 633,20 DM, hinsichtlich derer der Senat die Revision angenommen hat.

30 Die Klägerin hat sich in erster Linie auf die vom Sachverständigen E. ermittelte Steigerung des Verkehrswertes um 1,18 Mio. DM berufen. Dies reicht zur Darlegung eines entsprechenden Bereicherungsanspruches nicht aus, da die Bereicherung nur in der Steigerung des Ertragswertes besteht. Der Klägerin oblag es daher, stattdessen darzulegen, wie viel mehr Miete die Beklagte ab 1. Juni 1995 dank der Investitionen der Klägerin erzielt hat (vgl. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein Miete 8. Aufl. § 539 Rdn. 8 m. N.) oder zumindest hätte erzielen können.

31 Dieser Darlegungslast ist die Klägerin indessen nachgekommen. Sie hat sich ersichtlich auf das Gutachten des Sachverständigen E. berufen und sich dessen Ausführungen zu eigen gemacht, indem sie ihrer Forderung die von ihm mit 1,18 Mio. DM ermittelte Wertsteigerung zugrunde gelegt und diesen Betrag eingeklagt hat. Dabei hat sie sich – hilfsweise – auch ausdrücklich darauf berufen, dass die Beklagte insoweit ungerechtfertigt bereichert sei, als sie 97 Monate früher als vorgesehen in den Genuss der wertsteigernden Investitionen gekommen sei und in dieser Zeit die vom Sachverständigen errechnete höhere Miete hätte erzielen können (S. 9 des Schriftsatzes vom 13. Dezember 2001).

32 Richtig ist zwar, dass der Sachverständige in seinem Gutachten zu dem Ergebnis gelangt ist, um diesen Betrag sei der Verkehrswert des Objekts gesteigert worden. Allerdings hat er den Verkehrswert mit Hilfe des Ertragswertverfahrens ermittelt und ist so zu dem Zwischenergebnis gelangt, dass der Ertragswert um 1,18 Mio. DM gesteigert worden sei und sich dies in gleicher Höhe auf den Verkehrswert auswirke. Dabei ist er davon ausgegangen, dass der mit dem Mietobjekt zu erzielende Reinertrag zum Stichtag 1. Juni 1995 ohne den Umbau – bei einer Nutzung als Möbellager – jährlich 45 181 DM betrage, während nunmehr dank des Umbaus – bei einer Nutzung als Weinkeller – jährlich 73 140 DM mehr, nämlich 118 321 DM zu erzielen seien. Dies entspricht einer Steigerung um 6095 DM monatlich.

33 Die auf die Zeit vom 1. Juni 1995 bis 1. Juli 2003 entfallende Bereicherung der Beklagten würde sich demnach mit (97 Monate × 6095 DM =) 591 215 DM errechnen, wenn keine Abzinsung vorzunehmen wäre. Letzteres ist jedoch erforderlich, so wie auch der Sachverständige den Ertragswert durch Abzinsung errechnet hat, und zwar gemäß § 16 Abs. 3 der Wertermittlungsverordnung (WertV) vom 6. Dezember 1998 (BGBl. I 2209) auf der Grundlage einer 40-jährigen Restnutzungsdauer und eines Zinssatzes von 5,5% p. a. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich indes, dass die Höhe der Bereicherung der Beklagten nicht den gesamten Zeitraum der möglichen Restnutzung umfasst, sondern auf die 97 Monate vom 1. Juni 1995 bis 1. Juli 2003 beschränkt ist (vgl. Senatsurteil vom 8. November 1995 a. a. O. S. 1267). Gemäß § 16 Abs. 3 WertV ergibt sich dann für den Jahresbetrag von 73 140 DM bei einer Nutzungsdauer von 8 Jahren ein Vervielfältiger von 6,33, bei 9 Jahren von 6,95. Für die Nutzungsdauer von 97 Monaten = 8 Jahren und einem Monat hat der Senat diese Werte interpoliert: Vervielfältiger = 6,33 + (6,95 – 6,33) : 12 = 6,33 + 0,05 = 6,38, so dass insgesamt eine Bereicherung um 73 140 DM × 6,38 = 466 633,20 DM schlüssig dargelegt ist.

34 5. Ob diese zu erstatten ist, kann der Senat nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht zum Umfang der von der Klägerin behaupteten Umbauinvestitionen und der dadurch herbeigeführten Ertragswertsteigerung – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen getroffen hat. Dies wird es nachzuholen haben. Dabei wird das Berufungsgericht auch zu berücksichtigen haben, dass der Rechtsvorgänger der Beklagten der Klägerin bereits zu Beginn des Mietverhältnisses „wegen der Bauinvestitionen“ insgesamt (6 × 10 000 + 12 × 5000 + 6 × 4000 DM =) 144 000 DM Mietzins nachgelassen hat; insoweit wird es zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe dieser Nachlass einen jetzt noch zu zahlenden Bereicherungsausgleich mindert.

II. (weitergehender Zinsanspruch)

³⁵ Zu Recht macht die Revision geltend, die Klägerin habe mit ihrer Anschlussberufung nicht nur 4% Zinsen seit dem 20. Januar 1996 verlangt, sondern zusätzlich gestaffelte Zinsen zwischen 1% und 6,5% aus unterschiedlichen Beträgen für unterschiedliche Zeiträume. Dies ergibt sich aus der Sitzungsniederschrift vom 23. November 2001. Dem kann die Revisionserweiterung nicht entgegenhalten, ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils habe die Klägerin überhaupt keine Zinsen verlangt. Insoweit ist ihr Antrag im Tatbestand ersichtlich verkürzt wiedergegeben worden, zumal das Berufungsgericht andernfalls nicht 4% Zinsen auch auf die auf Anschlussberufung weiter zugesprochenen 8220 DM hätte zusprechen dürfen.

³⁶ Da das Berufungsurteil hinsichtlich dieses Zinsanspruchs nicht mit Gründen versehen ist, war es auch insoweit aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 31, 2 II. BV

**Dachflächenvermietung zum Mobilfunkantennenbetrieb;
Mietzinseinnahmen als Erträge in der
Wirtschaftlichkeitsberechnung**

Einnahmen des Vermieters aus der Vermietung von Dachflächen zum Betrieb einer Mobilfunkantenne stellen keine Erträge im Sinne des § 31 Abs.1 Satz 1 II. BV dar. Sie sind in einer Wirtschaftlichkeitsberechnung im preisgebundenen Wohnraum nicht zu berücksichtigen.

(BGH, Urteil vom 2.11.2005 – VIII ZR 310/04)

§ 41 GKG

**Geschäftsraummiete; Wertberechnungen
Räumungsantrag bei Staffelmiete, Minderungseinwand,
Nichtigkeit der Mietpreisvereinbarung wegen Wuchers**

a) Zur Wertberechnung nach § 41 GKG bei gestaffeltem Mietentgelt in der streitigen Zeit.

b) Der auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Mietpreisvereinbarung gerichtete Antrag fällt in den Anwendungsbereich des § 41 Abs.1 GKG, wenn sich aus der Begründung ergibt, dass die behauptete Unwirksamkeit der Entgeltvereinbarung voraussichtlich die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge haben würde (hier: wucherische Überhöhung einer Geschäftsraummiete).

(BGH, Beschluss vom 21.9.2005 – XII ZR 256/03)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über wechselseitige Ansprüche aus einem mit Wirkung zum 1. Oktober 1999 für (weitere) fünf Jahre fest abgeschlossenen Mietvertrag über Geschäftsräume. Die Beklagte zu 1 als Mieterin hatte seit April 2002 die Mietzahlungen eingestellt.

Die Klägerin als Vermieterin hat gegen die Beklagte zu 1 die Zahlung rückständigen Mietzinses in Höhe von 6191,42 € sowie die Räumung der Geschäftsräume nach Ausspruch der fristlosen Kündigung beantragt; weiterhin hat sie die Beklagte zu 2 als Bürgin für den Zahlungsanspruch in Anspruch genommen. Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten und haben ihrerseits Widerklage erhoben. Dabei haben die Beklagten die Feststellung beantragt, dass die von den Parteien Anfang 1999 geschlossene (Staffel-)Mietzinsvereinbarung – insbesondere wegen Wuchers – unwirksam sei, dass die Beklagte zu 1 seit April 2002 berechtigt sei, die Miete vollständig zu mindern bzw. zurückzubehalten und dass für die Beklagte zu 2 keine Bürgschaftsverpflichtung für Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1 gegenüber der Klägerin bestehe. Daneben haben sie die Zahlung eines Kostenvorschusses für die Beseitigung von angeblichen Mängeln der Mietsache sowie einen Unterlassungsanspruch geltend gemacht und die weitere Feststellung begehrt,

dass der Mietzinsanspruch der Klägerin für die Monate April 2002 bis August 2002 durch Aufrechnung erloschen sei. Das Landgericht Berlin hat der Klage stattgegeben und die Widerklage in vollem Umfang abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Hiergegen hat sich die – mittlerweile zurückgenommene – Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten gerichtet.

Aus den Gründen: II. Der Gebührenstreitwert für das Verfahren über die – vor dem Inkrafttreten des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Juli 2004 anhängig gewordene – Nichtzulassungsbeschwerde bemisst sich gemäß § 14 Abs.1 Satz 1 und Abs. 3 GKG a. F. (jetzt § 47 Abs.1 Satz 1 und Abs. 3 GKG) nach den Anträgen des Beschwerdeführers. Die Beklagten wenden sich nach den Ausführungen in der Beschwerdebegründung nur noch gegen die Verurteilung zur Räumung und Zahlung sowie gegen die Abweisung ihrer Widerklage bezüglich der Anträge auf Feststellung der Unwirksamkeit der Mietzinsvereinbarung, des Bestehens der geltend gemachten Minderungs- bzw. Zurückbehaltungsrechte und des Fehlens einer Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten zu 2. Der für die Gerichtsgebühren maßgebliche Streitwert für das insoweit beschränkte Rechtsmittel der Beklagten beträgt 253 658,29 €.

1. Keinen Zweifeln unterliegen dabei der Wert des auf Zahlung rückständigen Mietzinses gerichteten Leistungsantrages (6191,42 €) und des zurückgewiesenen Feststellungsantrages betreffend die Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten zu 2 (69 380,73 €).

2. Der Wert des Räumungsantrages ist auf 40 494,36 € festzusetzen.

a) Der ursprüngliche Wert des Räumungsantrages ist für die Gebühren im Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde maßgebend geblieben, weil sich dieser Wert im Laufe des Rechtsstreits nicht verringert hat. Zwar hat die Klägerin in der Berufungsinstanz den Rechtsstreit wegen des Räumungsantrages zunächst für erledigt erklärt, nachdem ihr am 11. Juni 2003 die Mieträume zurückgegeben worden waren. Dieser schriftlichen Erledigungserklärung ist die Beklagte zu 1 jedoch ausdrücklich mit der Behauptung entgegengetreten, dass die Herausgabe der Mieträume an die Klägerin nicht freiwillig, sondern nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil des Landgerichts erfolgte. Eine unter dem Druck der Zwangsvollstreckung bewirkte Leistung stellt indes nach allgemeiner Ansicht keine Erfüllungshandlung dar, welche die Annahme eines erledigenden Ereignisses rechtfertigt (BGHZ 94, 268, 274). Diesem Umstand hat die Klägerin erkennbar Rechnung getragen, indem sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 6. Oktober 2003 an der – bis zur Zustimmung des Gegners frei widerruflichen (vgl. BGH Urteil vom 7. Juni 2001 – I ZR 157/98 – NJW 2002, 442) – Erledigungserklärung nicht festgehalten, sondern vielmehr die Zurückweisung der Berufung gegen das den Räumungsausspruch enthaltende erstinstanzliche Urteil beantragt hat. Insoweit folgerichtig hat das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts in vollem Umfang und nicht etwa mit der Maßgabe einer Feststellung der Erledigung des Räumungsantrages zurückgewiesen.

b) Nach § 16 Abs. 2 GKG a. F. (jetzt § 41 Abs. 2 GKG) ist bei Räumungsklagen grundsätzlich das für die Dauer eines Jahres zu entrichtende Entgelt maßgeblich, es sei denn, der Betrag des auf die streitige Zeit entfallenden Entgeltes ist geringer. Die streitige Zeit – d. h. die Spanne zwischen denjenigen Zeitpunkten, in denen nach dem jeweiligen Vorbringen der einen und der anderen Partei der Räumungsanspruch des Vermieters zu erfüllen ist – beginnt nach vorausgegangener Kündigung des Vermieters mit der Rechtshängigkeit des Räumungsantrags (OLG Bamberg JurBüro 1991, 1126 mit Anm. Mümmeler; vgl. auch Senatsbeschluss vom 2. Juni 1999 – XII ZR 99/99 – NJW-RR 1999, 1385; BGH Urteil vom 17. März 2005 – III ZR 342/04 – NJW-RR 2005, 867, 868 [= WuM 2005, 351], jeweils zum Zu-

ständigkeits- und Rechtsmittelstreitwert nach § 8 ZPO). Sie dauert bei Verträgen, die – wie hier – auf bestimmte Zeit geschlossen wurden, bis zum vertraglichen Ablauf der Mietzeit. Da der den Räumungsantrag enthaltende Schriftsatz am 6. August 2002 zugestellt wurde, erstreckt sich die streitige Zeit unter den hier obwaltenden Umständen über die 26 Monate zwischen August 2002 und dem Ende der Vertragslaufzeit im September 2004.

aa) Die Höhe der für die Wertberechnung maßgeblichen Miete richtet sich nach einem objektiven Maßstab; beim Vorliegen eines schriftlichen Mietvertrages sind regelmäßig dessen Regelungen für die Bemessung der Miethöhe heranzuziehen (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Februar 1997 – XII ZR 233/96 – NJW-RR 1997, 648). Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte zu 1 bei Rechtshängigkeit des Räumungsantrages im August 2002 vertragsgemäß eine Miete in Höhe von monatlich 3221,14 € zu entrichten; die Miete erhöhte sich aufgrund der vereinbarten Mietstaffel seit Oktober 2002 auf monatlich 3374,53 €.

bb) Umstritten ist allerdings, wie es sich auf die Wertberechnung nach § 41 GKG auswirkt, wenn sich die streitige Zeit über ein Jahr hinaus erstreckt und das Mietentgelt in verschiedenen Zeitabschnitten verschieden hoch ist.

Teilweise wird ein Durchschnittsbetrag aus den in der streitigen Zeit vertragsgemäß zu entrichtenden Mieten angesetzt (Hartmann, Kostengesetz, 35. Auflage, § 41 GKG Rdn. 23). Demgegenüber entspricht es wohl überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass es für die Berechnung des Gebührenwertes nach § 41 GKG bei wechselnden Entgelten auf die höchsten Beträge ankommt, die in der streitigen Zeit innerhalb eines Jahres zu zahlen sein würden (vgl. KG JW 1925, 809 Nr. 13; Meyer, GKG, 6. Aufl., § 41 Rdn. 18; Oestreich/Winter/Hellstab, Kommentar zum GKG, Bd. II 7.0 Stichwort, Begriff des Mietzinses, S. 193; Hillach/Rohs, Handbuch des Streitwerts in Zivilsachen, 9. Aufl., § 30 C III d, S. 165 f.; vgl. auch Zöller/Herget, ZPO, 25. Aufl., § 8 Rdn. 6; Musielak/Heinrich, ZPO, 4. Aufl., § 8 Rdn. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., § 8 Rdn. 5 jeweils zum Zuständigkeitsstreitwert nach § 8 ZPO; vgl. weiterhin RGZ 160, 83, 86; BGH Urteil vom 23. Oktober 1952 – III ZR 231/51 – NJW 1953, 104, 105; OLG Bamberg JurBüro 1971, 536, 537 mit zust. Anm. Mümmler).

Der Senat folgt der letztgenannten Auffassung. Gegen die Bildung eines Durchschnittssatzes spricht – neben Praktikabilitätsabwägungen – insbesondere der Gedanke, dass eine Verlängerung der streitigen Zeit grundsätzlich nicht zu einer Absenkung des Streitwertes führen kann. Dies ist bei einer Durchschnittsberechnung nicht gewährleistet, wenn sich das Entgelt im weiteren Verlauf der streitigen Zeit gegenüber den Entgelten des ersten Jahres verringert hat (vgl. hierzu bereits die Berechnungsbeispiele in RGZ a. a. O. S. 86 f. und Rohs, RPflegler 1952, 529, 534).

Der für die Wertberechnung maßgebliche Jahresbetrag ist daher aus dem höchsten Entgelt der vereinbarten Mietstaffel zu errechnen, da dieser Betrag in der streitigen Zeit mindestens für die Dauer eines Jahres zu zahlen gewesen wäre; er beträgt 40 494,36 € (= 12 × 3374,53 €).

3. Der im Wege der Widerklage geltend gemachte Antrag, die Berechtigung der Beklagten zu 1 festzustellen, die Miete seit April 2002 um 100% zu mindern bzw. in diesem Umfang ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete auszuüben, ist mit 97 097,42 € zu bewerten.

Der Senat hat bereits ausgesprochen, dass der Gebührenstreitwert für einen negativen Feststellungsantrag, mit dem der Mieter gegenüber dem Vermieter seine Verpflichtung zur Entrichtung künftigen Mietzinses – gleich aus welchem Rechtsgrund – leugnet, nach § 48 Abs. 1 GKG, § 9 ZPO zu beurteilen ist (Senatsbeschluss vom 20. April 2005 – XII ZR 248/04 – NJW-RR 2005, 938 [= GuT 2005, 179]). Demnach ist bei Mietverhältnissen mit bestimmter Dauer grundsätzlich der Gesamtbetrag der künftigen Mietzinsen maßgeblich, sofern nicht der dreieinhalbfache Wert des einjährigen Mietzinses geringer ist. Damit

kommt es hier auf den Gesamtbetrag der im Zeitraum seit April 2002 ausstehenden Mieten an, weil das Mietverhältnis bis zu seiner Beendigung im September 2004 nur noch eine Laufzeit von 30 Monaten hatte. Der auf diesen Zeitraum entfallende Gesamtbetrag beträgt unter Berücksichtigung der vereinbarten Mietstaffel 100 315,56 € (= 6 × 3221,14 € für den Zeitraum vom April 2002 bis September 2002 und 24 × 3374,53 € für den Zeitraum vom Oktober 2002 bis September 2004). Im Hinblick auf § 19 Abs. 1 GKG a. F. (jetzt § 45 Abs. 1 GKG) bleibt jedoch bei der Wertberechnung die geleugnete Zahlungspflicht für den Monat April 2002 in Höhe von 3221,14 € außer Betracht, weil der Streitgegenstand insoweit mit dem Zahlungsantrag der Klägerin identisch ist.

4. Der Wert des Antrages, mit dem die Beklagte zu 1 die Unwirksamkeit der zwischen den Parteien getroffenen (Staffel-) Mietzinsvereinbarung festzustellen begehrt, ist auf 40 494,36 € festzusetzen. Maßgeblich für die Festsetzung des Gebührenstreitwertes ist § 16 Abs. 1 GKG a. F. (jetzt § 41 Abs. 1 GKG).

a) Allerdings fallen bloße Streitigkeiten über den Vertragsinhalt – und damit auch über die Höhe der geschuldeten Miete – grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des § 41 Abs. 1 GKG, wenn dieser Streit den rechtlichen Bestand des Mietvertrages nicht berührt (vgl. OLG Koblenz ZMR 1978, 64; Hartmann a. a. O. § 41 GKG Rdn. 18).

Die Beklagte zu 1 macht indessen zur Begründung ihres Antrages insbesondere geltend, dass für die gemieteten Geschäftsräume bereits zu Beginn des Mietverhältnisses nur eine Miete in Höhe von 2000 DM angemessen gewesen sei und die Beklagte sich bei Vertragsschluss in einer Zwangslage befunden habe. Aus diesem Grunde seien die Voraussetzungen des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) oder eines wucherähnlichen Rechtsgeschäftes (§ 138 Abs. 1 BGB) gegeben. Diese Begründung ist grundsätzlich geeignet, den rechtlichen Bestand des Mietvertrages insgesamt in Zweifel zu ziehen. Denn in den Fällen des Wuchers oder der sittenwidrigen wucherähnlichen Mietpreisüberhöhung nach § 138 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB findet in der Geschäftsraummiete eine Aufrechterhaltung des Vertrages mit einer zulässigen Miete in der Regel nicht statt (OLG München OLG 2002, 429, 430; KG Grundeigentum 2002, 328; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rdn. 150; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 8. Aufl., nach § 535 BGB, Rdn. 118; Michalski ZMR 1996, 1, 6). Insoweit liegt die Sachlage grundlegend anders als bei einem nach § 134 BGB zu beurteilenden Verstoß gegen gesetzliche Preisvorschriften, bei dem grundsätzlich von einer bloßen Teilnichtigkeit des rechtlich unzulässigen Teils der Mietpreisvereinbarung auszugehen ist (BGHZ 89, 316, 319 f. [= WuM 1984, 68] zu § 5 WiStG; vgl. auch Senatsurteil vom 15. November 2000 – XII ZR 181/98 – NZM 2001, 236 zum Preisrecht der DDR). Dieser Rechtsgedanke lässt sich auf eine wucherische Mietpreisüberhöhung in der Geschäftsraummiete nicht übertragen, denn im Ausgangspunkt gilt für alle gemäß § 138 BGB unwirksamen Entgeltvereinbarungen der allgemeine Grundsatz, dass sich diese nicht in einen sittenwidrig überhöhten und einen hinnehmbaren Teil aufspalten lassen, sondern das Verdikt der Sittenwidrigkeit die gesamte Entgeltvereinbarung umfasst. Dies führt in der Regel zur Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäftes (vgl. BGHZ 44, 158, 162; BGHZ 68, 204, 206 f.). Anders als im Wohnraummietrecht sind auch keine besonderen sozialstaatlichen Belange zu berücksichtigen, die ausnahmsweise zum Schutze des Mieters eine Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses gebieten.

b) Einer Anwendung des § 16 Abs. 1 GKG a. F. steht es hier auch nicht entgegen, dass die Beklagte zu 1 das angefochtene Urteil wegen der Abweisung ihres die Unwirksamkeit der (Staffel-)Mietvereinbarung betreffenden Feststellungsantrages auch mit der Begründung angegriffen hat, das Berufungsgericht habe die Wirksamkeit der Mietzinsvereinbarung nicht nur nach dem Maßstab des § 138 BGB, sondern auch dahingehend prüfen müssen, ob dem vereinbarten Mietzins eine wirksame Ausübung des Leistungsbestimmungsrechtes durch die Klägerin zu-

grunde liegt. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt steht die Wirksamkeit des Mietvertrages nicht in Zweifel, da Streit insoweit nur über die Billigkeit der Leistungsbestimmung und das Erfordernis ihrer Ersetzung (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB) bestehen kann. Es genügt aber, wenn unter mehreren Klagebegründungen nur eine die Voraussetzungen für eine Gebührenprivilegierung nach § 41 GKG erfüllt (vgl. auch BGH Beschluss vom 16. Dezember 1952 – V ZR 54/50 – NJW 1953, 384; Meyer a. a. O. § 41 Rdn. 5).

c) Da die von der Beklagten zu 1 behauptete Unwirksamkeit der Mietzinsvereinbarung im Falle des § 138 BGB voraussichtlich zur Nichtigkeit des Gesamtvertrages führen würde, ist als streitige Zeit im Sinne des § 16 Abs. 1 GKG a. F. – d. h. der Zeitraum, für den hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des Mietverhältnisses Uneinigkeit besteht – die gesamte Vertragslaufzeit zwischen Oktober 1999 und September 2004 anzusehen, ohne dass es auf eine Differenzierung zwischen vergangenen und zukünftigen Zeiträumen ankäme. Es kommt auch eine wertmäßige Außerachtlassung des auf Feststellung der Unwirksamkeit der Entgeltvereinbarung gerichteten Antrages wegen wirtschaftlicher Identität mit dem Feststellungsantrag zur Minderung des Mietzinses nicht in Betracht, weil letztere nur für die Zeit ab April 2002 geltend gemacht wird und sich die jeweils streitige Zeit daher – über einen längeren Zeitraum als ein Jahr – nicht deckt.

Abzustellen ist wiederum auf das höchste Entgelt, welches innerhalb der streitigen Zeit für die Dauer eines Jahres vereinbart war, mithin die letzte Stufe der Mietstaffel in Höhe von monatlich 3374,53 €. Der daraus gebildete Jahresbetrag beträgt 40494,36 €; der ansonsten bei positiven Feststellungsklagen übliche Abschlag ist im Anwendungsbereich der § 8 ZPO, § 41 Abs. 1 GKG nicht geboten, weil diese Vorschriften schon nach ihrem Wortlaut typischerweise Feststellungsklagen jeder Art betreffen (BGH Beschluss vom 13. Mai 1958 – VIII ZR 16/58 – NJW 1958, 1291; Meyer a. a. O. § 41 Rdn. 16; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl. § 8 Rdn. 22; vgl. auch Senatsbeschluss vom 30. September 1998 – XII ZR 163/98 – NZM 1999, 21).

5. Der Gebührenstreitwert im Verhältnis zur Beklagten zu 1 beträgt demnach 253 658,29 € (6191,42 € + 69 380,73 € + 40 494,36 € + 97 097,42 € + 40 494,36 €); im Verhältnis zur Beklagten zu 2 sind nur die Werte des Zahlungsantrages und des auf Leugnung der Bürgschaftsverpflichtung gerichteten Feststellungsantrages maßgeblich.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§ 9 AGBG; Ziffer 24 ADSp 1998 – Kombiniertes Fracht-/Lagerungsvertrag; Teilverluste bei der Lagerung; Diebstahl durch Mitarbeiter; unwirksame Haftungsbeschränkung

Die in Ziff. 24 ADSp (Fassung 1998) enthaltene Haftungsbeschränkung bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Schadensverursachung durch einfache Erfüllungsgehilfen ist im Falle der Verletzung vertragswesentlicher Pflichten gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG a. F. unwirksam, weil sie unangemessen von der gesetzlichen Haftungsregelung in § 475 HGB, § 278 BGB abweicht.

(BGH, Urteil vom 15. 9. 2005 – I ZR 58/03)

§§ 254, 535 BGB – Gaststätten-(Unter-)Pacht; Vertragspartei; Betreiber-Gesellschaft; Haftung von Gesellschaftern

1. War die GmbH bei Abschluss des Mietvertrages noch nicht gegründet und wird in ihrem Namen ein Mietvertrag geschlossen, wird der wahre Rechtsträger aus dem betriebsbezogenen Geschäft berechtigt und verpflichtet.

2. Haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GbR analog § 128 HGB neben der Gesellschaft als Gesamtschuldner unbegrenzt, kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern. Dies gilt grundsätzlich auch hinsichtlich der Verbindlichkeiten gegenüber einem (Mit-)Gesellschafter aus einem Drittgeschäft mit der Gesellschaft.

3. Ist der Gläubiger des Mietzinsanspruchs zugleich Gesellschafter der die Gaststätte betreibenden BGB-Gesellschaft, muss er sich, wenn er seine Mitgesellschafter in Anspruch nimmt, seinen eigenen Verlustanteil auf die geltend gemachte Forderung anrechnen lassen. Der in Anspruch genommene Mitgesellschafter kann deshalb nach § 404 BGB auch dem Zessionar gegenüber einwenden, zur Begleichung der Forderung nur unter Berücksichtigung des Verlustanteiles des Gesellschafter-Gläubigers verpflichtet zu sein.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. 9. 2005 – I-10 U 50/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 535 BGB – Konkludenter Wechsel der Mietpartei

Zur Auswechslung des Mieters durch konkludentes Verhalten.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. 9. 2005 – I-10 U 11/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 536, 543 BGB – Mangel der Mietsache; fristlose Kündigung

Ein teilweises Vorenthalten der Mietsache, das den Mieter zur fristlosen Kündigung berechtigen kann, setzt voraus, dass der Mangel den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache in nicht unerheblicher Weise tatsächlich beeinträchtigt.

Ein zur fristlosen Kündigung berechtigender Mangel wegen gegen öffentliches Recht verstoßenden Zustands der Mietsache liegt erst vor, wenn die Behörde gegen die Nutzung tatsächlich einschreitet oder dies wenigstens androht; Beanstandungen des Schornsteinfegers reichen insoweit nicht aus.

(KG, Urteil vom 8. 9. 2005 – 12 U 193/04)

§§ 535, 536, 543 BGB – Gaststättenpacht/-miete; Kündigung gegenüber einem abwesenden Mitmieter; Kündigung aus wichtigem Grund wegen Vertragsverstoßes; Mängel in der Gebrauchstauglichkeit der Gaststätte

1. Haben Eheleute eine Gaststätte (Pizzeria) gemietet oder gepachtet, kann die Kündigung wirksam nur gegenüber allen Vertragspartnern gekündigt werden, es sei denn, einer von ihnen ist bereits vor Ausspruch der Kündigung aus dem Miet-/Pachtvertrag ausgeschieden. Dass der Ehemann seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau Hausverbot erteilt und dies der Geschäftsführung der Vermieterin/Verpächterin mitgeteilt haben soll, rechtfertigt ebenso wenig eine Entlassung der Ehefrau aus dem Miet-/Pachtvertrag, wie der Umstand, dass diese schon seit mehr als zwei Monaten nicht mehr in dem Ladenlokal gesehen worden sein soll.

2. Ist dem Vermieter die Anschrift eines der Mieter/Pächter nicht bekannt, muss er die Kündigung ggf. öffentlich zustellen lassen.

3. Setzt eine Kündigung aus wichtigem Grund nach den vertraglichen Vereinbarungen einen nachhaltigen Verstoß gegen die Interessen und Unternehmensziele des Vermieters/Verpächters voraus, ist hierfür ein sich über einen längeren Zeitraum hinziehender erheblicher Vertragsverstoß erforderlich.

4. Ein Mangel der Miet-/Pachtsache i. S. des § 536 BGB liegt vor, wenn der Vermieter/Verpächter

- dem Mieter/Pächter den Schlüssel des für die Warenanlieferung bestimmten Nebeneingangs entzieht,
- die Stromzufuhr unterbricht,
- die Auswechslung der an die Gastronomieräume angrenzenden Schwingtür zur Küche gegen eine fest verschlossene Tür vornimmt, so dass dem Mieter/Pächter eine Nutzung der Pizzeria im Gastronomie- und Thekenbereich nicht mehr möglich ist,
- seinem für die Bedienung der Gäste zuständigen Personal untersagt, die Speisen des Mieter/Pächters zu servieren,
- es duldet, dass sein Personal potentiellen Kunden mitteilt, die Pizzeria existiere nicht mehr.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. 9. 2005 – I-10 U 20/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 543, 546 BGB; § 286 ZPO – fristlose Kündigung wegen Gefährdung der Mieträume; Herausgabeanspruch gegen den Untermieter

1. Der gekündigte Unternehmer hat zu beweisen, dass er nicht zur Räumung und Herausgabe an den ihn in Anspruch nehmenden Hauptmieter verpflichtet ist, wenn er behauptet, dessen Berechtigung sei auf Grund einer Kündigung des Hauptmietverhältnisses entfallen.

2. Die Lagerung von 25 kg Munition und 2 l Petroleum in für den Betrieb eines Dentallabors angemieteten Räumen berechtigt den Vermieter jedenfalls ohne ergänzenden Vortrag zur Gefährdungslage nicht zu einer außerordentlichen Kündigung.

(OLG Stuttgart, Urteil vom 15. 9. 2005 – 13 U 63/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 573 BGB; Art. 12, 14 GG – Mietvertragskündigung; beabsichtigte überwiegende Nutzung der Wohnung zu beruflichen Zwecken

Die beabsichtigte, überwiegende Nutzung einer Mietwohnung für eigene berufliche Zwecke ist im Hinblick auf die Berufsfreiheit des Vermieters nicht geringer zu bewerten als ein Eigenbedarf des Vermieters zu Wohnzwecken.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 5. 10. 2005 – VIII ZR 127/05)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung u. a. in WuM 2005, 779 mit Anm. Wiek und vorangegangenen Berufungsurteil LG Stralsund.

§ 572 BGB a. F. – Mietkaution; Altvertrag; Rückgewähr durch den Grundstückserwerber

Verlangt der Mieter von dem Erwerber eines vor dem 1. September 2001 veräußerten Grundstücks die Rückgewähr einer an den früheren Vermieter geleisteten Kautions, so trägt er grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die geleistete Sicherheit dem Erwerber ausgehändigt worden ist.

(BGH, Urteil vom 28. 9. 2005 – VIII ZR 372/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung u. a. in WuM 2005, 718.

§ 535 BGB; §§ 1, 34 StVO – Kfz-Miete; grobfahrlässige Verursachung eines Auffahrunfalls

1. Bei einem typischen Auffahrunfall spricht der Anscheinsbeweis dafür, dass der Auffahrende entweder durch einen ungenügenden Sicherheitsabstand (§ 4 Abs. 1 Satz 1 StVO), durch unangepasste Geschwindigkeit (§ 3 Abs. 1 StVO) und/oder durch allgemeine Unaufmerksamkeit (§ 1 Abs. 2 StVO) den Unfall schuldhaft verursacht hat.

2. Der Hinweis auf ein Ausweichmanöver genügt zur Darlegung eines atypischen Geschehensablaufes schon deshalb nicht, weil es selbst – erst recht in Kombination mit einer Bremsung – gefahrerhöhend wirkt.

3. Die Frage, ob ein Verschulden besonders schwer wiegt und sich als grob fahrlässig darstellt, ist einem Anscheinsbeweis nicht zugänglich.

4. Fährt der Kfz-Mieter mit dem gemieteten PKW mit überhöhter Geschwindigkeit bei Dunkelheit und Nässe in eine Autobahnausfahrt ein, an deren Ende er mit einem Kreuzungsbeereich rechnen muss, und kommt es hierbei zu einem Auffahrunfall, stellt dies einen besonders schwerwiegenden, den Vorwurf grober Fahrlässigkeit rechtfertigenden Sorgfaltsverstoß dar.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. 9. 2005 – I-10 U 203/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 535, 276, 548, 203 BGB – Kfz-Miete; Total-Unfallschaden; Ansprüche des Vermieters; Verjährungsfrist; Hemmung der Verjährung

1. Der Mieter eines Kraftfahrzeugs verursacht grob fahrlässig einen Unfall, wenn er bei Tempo 100 auf einer Landstraße mit Straßenbäumen durch die Bedienung seines Autoradios so lange abgelenkt ist, dass er in einer folgenden Straßenkurve die Kontrolle über das Fahrzeug verliert.

2. Für Schadenersatzansprüche des Vermieters gilt die kurze Verjährung auch dann, wenn das Fahrzeug einen wirtschaftlichen Totalschaden erlitten hat.

3. Zur Hemmung der Verjährung genügt ein Meinungs-austausch, der allerdings mit deutlicher Ablehnung der Schadenersatzansprüche durch den Mieter endet.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. 9. 2005 – I-24 U 9/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 196, 197 BGB a. F. – Leasing; rechtsgrundlose MwSt-Zahlungen auf die Leasingraten; Verjährung des Rückforderungsanspruchs

Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Leasinggeber auf Rückzahlung von Mehrwertsteuerbeträgen, die der Leasingnehmer ohne Rechtsgrund periodisch auf die Leasingraten gezahlt hat, sind Ansprüche auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen, die nach § 197 BGB a. F. der vierjährigen Verjährung unterliegen. Sie verjähren auch dann nicht entsprechend § 196 BGB a. F. in zwei Jahren, wenn für Ansprüche des Leasinggebers die zweijährige Verjährung nach § 196 Abs. 1 Nr. 6 BGB a. F. gilt.

(BGH, Urteil vom 2. 11. 2005 – VIII ZR 39/04)

Hinw. d. Red.: Berufungsgericht OLG Düsseldorf in GuT 2004, 187 KL.

§§ 254, 535 BGB – Kfz-Leasing; bestmögliche Verwertung der beschädigten Leasingssache

1. Die Leasinggeberin trifft nach Beendigung des Leasingvertrages die Pflicht, sich mit zumutbarer Sorgfalt um die bestmögliche Verwertung der Leasingssache in angemessener Zeit zu bemühen.

2. Ein Anspruch auf Ersatz von Reparatur setzt die Darlegung voraus, dass die Reparatur erforderlich war, um das Kraftfahrzeug überhaupt veräußern zu können, oder dass die Instandsetzung – bei einer möglichen Verwertung auch in unrepariertem Zustand – zu einem vergleichbar höheren Verwertungserlös geführt hat.

3. Der Leasingnehmer (hier: der Bürge), der sich auf einen höheren fiktiven Verwertungserlös beruft, ist für die Vorausset-

zungen des § 254 Abs. 2 BGB darlegungs- und beweislaster. Die Leasinggeberin trifft jedoch nach allgemeinen Grundsätzen insofern eine erhöhte Darlegungslast, als sie als Geschädigte hinsichtlich der ihrer Sphäre zuzuordnenden Umstände darlegen muss, was sie zur Schadensminderung unternommen hat.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. 9. 2005 – I-10 U 19/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 633 BGB a. F.; § 13 Nr.1 VOB/B a. F. – Bauvertrag; mangelhafte Leistung; Feuer- und Terrassentüreneinbau

Die von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweichende Leistung des Unternehmers ist auch dann mangelhaft, wenn ihn kein Verschulden trifft, etwa weil die Ausführung den für diese Zeit anerkannten Regeln der Technik entspricht oder weil er nach allgemeinem Fachwissen auf Herstellerangaben und sonstige Informationen vertrauen konnte.

(BGH, Urteil vom 10. 11. 2005 – VII ZR 147/04)

§ 675 BGB – Anforderungen an die anwaltliche Beratung; Sachverhaltsaufklärung; Kenntnis entlegener Rechtsmaterie, MedVO; Einkaufswagen-Chip

a) Liefert der von dem Mandanten mitgeteilte Sachverhalt keine tatsächlichen Anhaltspunkte für rechtshindernde Einwendungen, welche die Rechtslage zugunsten des Mandanten beeinflussen könnten, ist der Rechtsanwalt, der erst in der Phase der Vertragsabwicklung beauftragt worden ist, insoweit zu einer weiteren Erforschung des Sachverhalts nicht verpflichtet.

b) Eine Pflichtverletzung des Anwalts, der eine einschlägige Rechtsnorm übersehen hat, kann grundsätzlich nicht deshalb verneint werden, weil es sich dabei um eine entlegene Rechtsmaterie handelt.

(BGH, Urteil vom 22. 9. 2005 – IX ZR 23/04)

§§ 242, 862, 906, 1004 BGB – Störungsabwehr; Lärm; Fuhrunternehmen auf Grundstück der gegenüberliegenden Straßenseite; Verwirkung; ortsübliche Nutzung

a) Sollen mit dem aus Besitz bzw. Eigentum abgeleiteten Unterlassungsanspruch wiederholte gleichartige Störungen abgewehrt werden, die zeitlich unterbrochen auftreten, löst jede neue Einwirkung einen neuen Anspruch aus; die im Rahmen des Einwands der Verwirkung für die Beurteilung des Zeitmoments maßgebliche Frist beginnt jeweils neu zu laufen.

b) Das Fehlen einer notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigung stellt für die Frage der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung nur ein Kriterium von mehreren dar. Entscheidend ist eine Würdigung aller Umstände, ausgerichtet am Empfinden eines „verständigen Durchschnittsmenschen“, insbesondere unter Berücksichtigung der nach § 906 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB maßgeblichen Grenz- oder Richtwerte.

(BGH, Urteil vom 21. 10. 2005 – V ZR 169/04)

§ 1004 BGB – Flüssiggastank; Befüllung durch Dritte; Unterlassungsanspruch des Eigentümers

Die ohne Einwilligung des Eigentümers vorgenommene Befüllung eines Flüssiggasbehälters ist auch dann eine Eigentumsbeeinträchtigung i. S. von § 1004 BGB, wenn der Behälter keine auf den Eigentümer hinweisende Beschriftung trägt.

(BGH, Urteil vom 10. 10. 2005 – II ZR 323/03)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2004, 97.

§ 1004 BGB; §§ 567, 91a ZPO – Flüssiggastank; Abfüllung durch Wettbewerber; Unterlassungsanspruch des Eigentümers

a) Eine auf Unterlassung einer Eigentumsbeeinträchtigung gerichtete Klage erledigt sich in der Hauptsache, wenn der Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt, die zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr geeignet ist.

b) Nichts anderes gilt, wenn die strafbewehrte Unterlassungserklärung erst in zweiter Instanz abgegeben wird und der Kläger an seinem Unterlassungsbegehren festhält, weil gegen einen Beschluss des Berufungsgerichts nach § 91 a ZPO derzeit kein Rechtsmittel gegeben ist und der Kläger auf Grund der vom Berufungsgericht beharrlich vertretenen, von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes abweichenden Rechtsauffassung davon ausgehen muss, dass ihm die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91 a ZPO auferlegt werden würden.

(BGH, Urteil vom 24. 10. 2005 – II ZR 56/04)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2004, 97 zur Eigentumsbeeinträchtigung durch „Fremdbefüllung“ des aufgestellten Flüssiggastanks.

§§ 57, 58 TKG a. F. – Ausgleichsanspruch gegen den Inhaber des Leistungsrechts als Betreiber einer Kommunikationslinie

a) Der Anspruch aus § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. richtet sich – auch – gegen das Energieversorgungsunternehmen, das Inhaber des Leistungsrechts ist, die Telekommunikationslinien hat installieren lassen und diese an Dritte zur Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation vermietet hat.

b) Der Anspruch aus § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. unterliegt der Verjährungsregelung des § 58 TKG a. F.

c) Der Beginn der Verjährung eines Anspruchs aus § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. setzt neben der Anspruchsentstehung voraus, daß der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Voraussetzungen hatte oder daß sie ihm infolge grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben sind.

(BGH, Urteil vom 17. 6. 2005 – V ZR 202/04)

§ 57 TKG a. F. – Ausgleichsanspruch gegen den Inhaber des Leistungsrechts als Betreiber einer Telekommunikationslinie; Verjährung; Entgelthöhe

Zur Bestimmung des Ausgleichs nach § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. ist auf die üblichen Entgelte für Versorgungsleitungen nicht schon dann zurückzugreifen, wenn sich ein Marktpreis für die Einräumung von Nutzungsrechten zu Telekommunikationszwecken noch gebildet hat, sondern erst, wenn die Verhältnisse des hier zu beurteilenden Marktes auch eine Schätzung nicht erlauben (Fortführung von Senat BGHZ 145, 16).

(BGH, Urteil vom 16. 9. 2005 – V ZR 242/04)

§§ 2c, 4 ARB 2000 – Pacht; Miete; Mietrechtsschutzversicherung; Allgemeine Vertragsbedingungen; Transparenzgebot; baumängelbehaftete Wohnung; Wartezeit

Wer als Mieter einer Wohnung mit einer Rechtsschutzversicherung einen Versicherungsvertrag abschließt, muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen (ARB 2002) kein Versicherungsschutz für Streitigkeiten zu gewährt ist, bei denen es um Baumängel der Mietsache geht. Die entsprechende Klausel (§ 4 Abs. 2 ARB 2002) ist intransparent und höhlt die Rechte des Versicherungsnehmers unangemessen aus.

(AG Kerpen, Beschluss vom 8. 11. 2005 – 22 C 166/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 4 AHB – Architektenhaftpflicht-Versicherung

Hat sich der Mangel des Architektenwerks im Bauwerk bereits verkörpert und fallen im Rahmen der Schadensbeseitigung durch den Auftraggeber des Architekten Kosten für Architektenplanung und Bauüberwachung an, so sind diese von der Architektenhaftpflichtversicherung umfasst und nicht gemäß § 4 Nr. 6 Abs. 3 AHB ausgeschlossen.

(KG, Urteil vom 21.10.2005 – 6 U 330/03)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10.2.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 50 ZPO; §§ 705, 535 BGB – Eintritt der BGH-Gesellschaft auf Vermieterseite in den Mietvertrag; „richtige Partei“; Rubrumsberichtigung

Nicht die Gesellschafter der durch Grundstückserwerb in das Mietverhältnis auf Vermieterseite eingetretenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern die BGB-Gesellschaft ist die „richtige Partei“ als Klägerin auf Nachzahlung von Heizkosten nach der Betriebskostenabrechnung. Dem ist ggfls. durch eine Rubrumsberichtigung zu entsprechen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 14.9.2005 – VIII ZR 117/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung u. a. in WuM 2005, 791.

§§ 50, 91 ZPO; § 6 BRAGO; § 705 BGB – BGB-Gesellschafter als Vermieter im Prozess; Erhöhungsgebühr

Haben die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in früherer Zeit als nach allgemeiner Kenntnis von der

höchststrichterlichen Zubilligung der Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR den Mieter im Klagewege auf Zahlung rückständiger Miete und auf Räumung in Anspruch genommen, ist die Gewährung der Erhöhungsgebühr gerechtfertigt gewesen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 21.9.2005 – VIII ZB 35/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung u. a. in WuM 2005, 792.

§§ 7, 8, 12, 118 BRAGO a. F.; §§ 2, 14, 23 Vv Nr. 2400 RVG – Rechtsanwaltsgebühren

1. Hat sich der Mandant vor Einschaltung des Rechtsanwalts mit dem Gegner schon teilweise geeinigt, so richtet sich der Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts nach dem Wert des noch nicht erledigten Gegenstandes (hier: Streit um Lizenzgebühren).

2. Bei der Bemessung der Rahmengebühr (§ 12 BRAGO a. F. = § 14 RVG) ist das Gericht nicht an das Gutachten der Rechtsanwaltskammer gebunden.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.7.2005 – I-24 U 220/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10.2.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; VRiKG Grieb, Berlin; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf; RiAG Rau, Kerpen; 6. Zivilsenat des KG.

Teileigentum

§§ 10, 15 WEG; § 242 BGB Teileigentum; Mitbenutzung der Müllgefäße der Eigentümergeinschaft

Nimmt der Teileigentümer jahrelang seinen der Teilungserklärung widersprechenden Ausschluss von der Mitbenutzung der Müllgefäße der Eigentümergeinschaft hin, ist er mit nachträglich geltend gemachten Schadenersatzansprüchen oder einem Aufwendungsersatzanspruch für die Beschaffung von Ersatzmüllgefäßen ausgeschlossen.

(OLG Köln, Beschluss vom 14.3.2005 – 16 Wx 28/05)

Aus den Gründen: Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts [Bonn] hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 FGG, 546 ZPO). Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Schadenersatzanspruch aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

Der Beschluss der Wohnungseigentümer vom 10.4.1992 enthält inzident ein Verbot, wonach der Antragstellerin untersagt wurde, ihre gewerblichen und sonstigen Abfälle in die Müllgefäße der Eigentümergeinschaft einzufüllen. Dieser Beschluss war zu beanstanden, weil die Antragstellerin als Eigentümerin der gewerblich genutzten Einheit Nr. 13 nach der Teilungserklärung bzw. dem Gemeinschafts- und Verwaltungsvertrag zur Nutzung der Mülltonnen berechtigt ist, was sich daraus ergibt,

dass zu den Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums auch die Kosten der Müllabfuhr gehören (§ 10 Ziffer 4 b (2)) und die Sondereigentümer alle Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums gemeinsam tragen (§ 10 Ziffer 3). Dem nunmehr aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung geltend gemachten Schadenersatzanspruch der Antragstellerin steht entgegen, dass sie sich gegen diesen sie benachteiligenden Beschluss nicht zur Wehr gesetzt und sich in der Folgezeit bis zum Jahre 2000 dem Verbot gebeugt und auf eigene Kosten bei der Stadt C, ein Müllgefäß beschafft hat. Dabei kann dahinstehen, ob der Beschluss vom 10.4.1992 eine Gebrauchsregelung darstellt und deshalb nur anfechtbar war oder ob er nichtig war, weil die in der Teilungserklärung vorgesehene Kostenverteilung geändert wurde und der Ausschluss der Antragstellerin von der gemeinschaftlichen Müllentsorgung nur durch Vereinbarung und nicht durch Mehrheitsbeschluss hätte getroffen werden können. Im Falle der bloßen Anfechtbarkeit hat die Antragstellerin den Beschluss bestandskräftig werden lassen und musste sich deshalb an das ausgesprochene Verbot halten. Im Falle der Nichtigkeit des Beschlusses steht dem Schadenersatzbegehren der Antragstellerin gem. § 242 BGB entgegen, dass sie sich über Jahre an das ausgesprochene Verbot gehalten hat und die Antragsgegner sich hierauf eingerichtet haben. Die Antragstellerin hat zu keiner Zeit die Unwirksamkeit des Beschlusses geltend gemacht, weder gerichtlich noch außergerichtlich. Sie hat die Benutzbarkeit der vorhandenen Müllcontainer weder bei der Eigentümergeinschaft angemeldet noch

versucht, diese gerichtlich durchzusetzen. Auch ist nicht ersichtlich, dass sie als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung von der Wohnungseigentümergeinschaft oder von der Verwalterin wegen unzureichender Kapazität der vorhandenen Müllgefäße die Beschaffung weiterer Müllcontainer verlangt hat. Die Antragsteller durften im Hinblick auf dieses Verhalten der Antragstellerin darauf vertrauen, dass sie den Ausschluss von der Müllentsorgung hinnahm. Entsprechend wurden auch die Jahresabrechnungen bis zum Jahre 2000 ohne Berücksichtigung der die Antragstellerin treffenden Müllentsorgungskosten erstellt und auch diese blieben von der Antragstellerin Jahr für Jahr unbeanstandet. Wenn die Antragstellerin dann erstmals im Dezember 2002 wegen der ihr in der Vergangenheit entstandenen Mehrkosten der Müllgebühren Schadensersatz von der Wohnungseigentümergeinschaft verlangt, ist dieses Verhalten im Hinblick auf ihr vorheriges Verhalten widersprüchlich und lässt ihre Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen.

Ansprüche der Antragstellerin aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder den § 670, 683, 677 BGB hat das Landgericht, auf dessen Ausführungen insoweit verwiesen wird, zu treffend verneint.

Geschäftswert: 15 273,82 EUR.

Mitgeteilt von VRiOLG Jennissen, Köln

§§ 10, 15 WEG; § 1004 BGB
Teileigentum; Abendlokal statt Gaststätte

Der Betrieb eines Abendlokals mit dem Angebot von Live-Musik, Tanzfläche und täglich wechselnden Aktionen-Cocktails stört bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise mehr als eine Gaststätte mit Speiseangebot, Hintergrundmusik und Tanzmöglichkeit.

(BayObLG, Beschluss vom 28. 2. 2005 – ZZ BR 237/04)

Zum Sachverhalt: Der Antragsteller und die Antragsgegnerinnen sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage, die von dem weiteren Beteiligten verwaltet wird.

In der Teilungserklärung vom 20. 8. 1981 ist die Teileigentumseinheit Nr. VII des Antragstellers ausgewiesen als „abgeschlossene Gaststätte im Kellergeschoß bestehend aus Gaststätte und Büffet, Küche, Weinkeller, Vorräte, Leergut, Flur, Kühlzelle, Magazin, Personal-Raum, WC und Flur, Herren-WC und Pissoir, Damen-WC.“

Die in derselben Urkunde festgelegte Gemeinschaftsordnung enthält unter dem Titel „2. Nutzungsbeschränkung“ folgende Regelung:

„Zur Ausübung eines Gewerbes oder eines Berufes in einer Wohnung ist der jeweilige Wohnungseigentümer nur mit Zustimmung des Verwalters befugt.

Die entsprechende Zustimmung gilt für die als Laden bezeichneten Raumeinheiten als erteilt, ebenso für die Gaststätte, jedoch nur als Speiserestaurant.“

Nach der Errichtung der Anlage im Jahr 1982 wurde durch den Antragsteller in seiner Einheit ein Lokal betrieben, in dem die Gäste vornehmlich Forellen, aber auch Fleischgerichte bestellen konnten. Ein Alleinunterhalter spielte Hintergrundmusik, zu der auch getanzt werden konnte. In der Folgezeit wurde die Gaststätte von verschiedenen Pächtern in ähnlicher Form betrieben, wobei die Bewirtung mit Speisen immer mehr eingeschränkt wurde. Seit Januar 2000 führt der Sohn des Antragstellers das Lokal. Nach einem Umbau hat er die Gaststätte umbenannt. In Anzeigen wirbt er für seine Lokalität als Abendlokal mit dem Hinweis auf Live-Musik, täglich wechselnde Aktionen-Cocktails und eine „der schönsten Tanzflächen“. Im Gastronomieführer ist das Lokal unter der Rubrik „Tanz und Unterhaltung“ verzeichnet. Nur noch auf Nachfrage werden kleine Imbisse gereicht.

In der Eigentümersammlung vom 27. 9. 2002 wurde unter Tagesordnungspunkt (TOP) 4 beantragt, dass im Teileigentum Nr. VII die Gaststätte als Speisegaststätte ohne Musikbetrieb betrieben werde. Der Antrag wurde mit der Stimmenmehrheit der Antragsgegnerinnen angenommen.

Der Antragsteller hat beantragt, den Eigentümerbeschluss vom 27. 9. 2002 unter TOP 4 für ungültig zu erklären. Die Antragsgegnerinnen haben den Widerantrag gestellt, dass es der Antragsteller zu unterlassen habe, in seiner Teileigentumseinheit ein Tanzlokal zu führen oder führen zu lassen. Das Amtsgericht Kempten (Allgäu) hat mit Beschluss vom 3. 7. 2003 den Anfechtungsantrag abgewiesen und eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung des Antragstellers ausgesprochen. Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht Kempten (Allgäu) nach Vernehmung von Zeugen mit Beschluss vom 30. 11. 2004 den Beschluss des Amtsgerichts teilweise aufgehoben, den Eigentümerbeschluss vom 27. 9. 2002 zu TOP 4 für ungültig erklärt und die Beschwerde im Übrigen zurückgewiesen. Gegen diese Zurückweisung wendet sich der Antragsteller mit seiner sofortigen weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen: II. Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Bei der Bezeichnung des Teileigentums des Antragstellers in der Teilungserklärung als „Gaststätte“ handle es sich um eine Zweckbestimmung, die nicht von vornherein das Spielen dezentler Hintergrundmusik verwehre. In dieser Form sei das Lokal auch geführt worden, bevor in den Jahren 2002/2003 eine grundlegende Zweckänderung vorgenommen worden sei, wie sich aus der Beweisaufnahme ergeben habe. Diese neue Zweckbestimmung sei mit der ursprünglichen nicht mehr zu vereinbaren und müsse von den Widerantragstellerinnen nicht geduldet werden.

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

a) Zutreffend haben die Vorinstanzen entschieden, dass die Widerantragstellerinnen gegen den Widerantragsgegner nach § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Anspruch auf Unterlassung einer zweckbestimmungswidrigen Nutzung seiner Teileigentumseinheit haben. Auch wenn der Widerantragsgegner seine Einheit an seinen Sohn verpachtet hat, so ist er doch Störer im Sinne von § 1004 BGB (BayObLG NJW-RR 1991, 658 [= WuM 1991, 208]). Als Teileigentümer ist er auch nach § 14 Nr. 2 WEG verpflichtet, dafür zu sorgen, dass sein Pächter die Gaststättenräume nicht zweckbestimmungswidrig nutzt.

b) Die Bezeichnung des Teileigentums als Gaststätte in der Teilungserklärung enthält eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungszusammenhang, mit der der Betrieb eines Tanzlokals in der derzeitigen Form nicht mehr vereinbar ist, da die übrigen Wohnungs- und Teileigentümer hierdurch mehr belästigt werden als durch den Betrieb einer Speisegaststätte mit Hintergrundmusik und Tanzmöglichkeit.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. BayObLG NZM 2004, 949/950 [= GuT 2004, 239] und zuletzt Beschluss vom 9. 2. 2005 Az.: ZZ BR 170/04) ist für die Zulässigkeit einer bestimmten Nutzungsart auf eine typisierende, d. h. verallgemeinernde Betrachtungsweise abzustellen und nicht auf die konkrete Ausübung der jeweiligen Geschäftstätigkeit. Schon die Bewerbung des neuen Lokals durch den jetzigen Pächter mit dem Angebot von Live-Musik und täglich wechselnden Aktionen-Cocktails spricht einen anderen Personenkreis an als ein Speiselokal mit Hintergrundmusik und Tanzmöglichkeit. Die nunmehr angesprochenen Besucher verbinden das abendliche Ausgehen mit mehrmaligem Lokalwechsel und meist nur kurzfristigen Aufenthalten in der jeweiligen Gaststätte. Allein die vermehrte Besucherfluktuation führt zu einer größeren Beeinträchtigung der übrigen Wohnungseigentümer als dies bei einem Speiselokal mit längerer Verweildauer üblich ist. Ferner ist

bei einem derartigen Abendlokal ein wesentlich höherer Geräuschpegel zu erwarten. Auf die Überschreitung festgelegter Grenzwerte kommt es hierbei nicht an.

c) Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der frühere Verwalter die Führung der Gaststätte als Abendlokal mit Alleinunterhalter und Tanzmöglichkeit genehmigen konnte und auch genehmigt hatte, da nach der Beendigung seiner Verwaltungstätigkeit im Jahre 2002/2003 nochmals eine wesentliche Änderung in der Ausgestaltung des Lokalbetriebes eingetreten ist. Dies hat das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung rechtsfehlerfrei und damit für den Senat bindend festgestellt. Insbesondere hat es alle wesentlichen Umstände in die ihm obliegende Abwägung einbezogen und damit auch nicht gegen seine Amtsermittlungspflicht (§ 12 FGG) verstoßen, indem es weiteren Beweisangeboten nicht nachgegangen ist.

d) Auch der Einwand der Verwirkung (§ 242 BGB) steht dem Anspruch der Widerantragstellerinnen auf Unterlassung nicht entgegen.

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Recht verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat, der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und er sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (vgl. Palandt/Heinrichs BGB 64. Aufl. § 242 Rn. 87 m.w.N.). Nachdem es unstreitig zwischen den Beteiligten bereits seit 1999 zu Differenzen über die Art des Lokalbetriebes gekommen ist und auch danach noch wesentliche Änderungen in der Führung der Gaststätte eingetreten sind, fehlt es in jedem Fall an den Voraussetzungen einer Verwirkung.

3. Es entspricht der Billigkeit, dem insoweit in allen Instanzen unterlegenen Antragsteller in der Rechtsbeschwerdeinstanz die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen aufzuerlegen.

Die Festsetzung des Geschäftswerts [10 000 EUR] beruht auf § 48 Abs. 3 Satz 1 WEG.

Mitgeteilt von RiBayObLG a. D. Demharter, München

<p style="text-align:center">§ 15 WEG Verpachtete Teileigentumsräume; Restaurant im „Laden“; Sondernutzungsrecht an vorbefindlichen Gehwegflächen</p>

Ein Sondernutzungsrecht mit dem Inhalt, auf den vor den Läden befindlichen Gehwegflächen Verkaufseinrichtungen aufzustellen, umfasst nicht das Recht, die Gäste eines Speiserestaurants an auf den Gehwegflächen aufgestellten Tischen zu bewirten.

(BayObLG, Beschluss vom 8. 3. 2005 – 2Z BR 239/04)

Zum Sachverhalt: Der Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage, die von der weiteren Beteiligten verwaltet wird. Dem Antragsteller gehören die Teileigentumseinheiten Nr. 63 und Nr. 64. Er hat die ihm gehörenden Räume verpachtet. Der Pächter betreibt darin ein Restaurant. Auf der Gehwegfläche vor dem Restaurant stellt er, wenn es die Jahreszeit erlaubt, Tische und Stühle auf und bewirte dort seine Gäste.

In der Gemeinschaftsordnung ist bestimmt, dass „die Ladeneinheiten ... uneingeschränkt gewerblich genutzt werden können“. Nach der Teilungserklärung hat der Antragsteller ein Sondernutzungsrecht an den „vor den Läden ... befindlichen Gehwegflächen zum Aufstellen von Verkaufseinrichtungen bzw. Hinweis- und Reklameschildern, soweit dadurch der Fußgängerverkehr nicht erheblich beeinträchtigt wird.“

Die Wohnungseigentümer beschlossen am 29. 7. 2003, dass dem Antragsteller untersagt wird, die Vorflächen zur Aufstellung von Tischen und Stühlen zu nutzen.

Aus den Gründen: II. 1. Das Landgericht [München I] hat ausgeführt:

Der angefochtene Eigentümerbeschluss entspreche ordnungsmäßiger Verwaltung.

Nach der Gemeinschaftsordnung sei es zulässig, in dem Teileigentum ein Restaurant zu betreiben. Auch sei dem Antragsteller wirksam ein Sondernutzungsrecht an den gesamten vor dem Restaurant befindlichen Gehwegflächen eingeräumt worden.

Der Begriff „Verkaufseinrichtungen“ umfasse nicht auch das Aufstellen von Tischen und Stühlen. Eine Verkaufseinrichtung bringe typischerweise nur ein kurzfristiges Verweilen mit sich. Werde jemand demgegenüber an einem Tisch mit Speisen und Getränken bewirte, bewirke dies ein längerfristiges Verweilen. Von der Intensität der Nutzung und Beeinträchtigung her gesehen seien somit eine Verkaufseinrichtung und das Aufstellen von Tischen und Stühlen nicht vergleichbar. Gerade im Hinblick auf den Fußgängerverkehr störe das Aufstellen von Tischen und Stühlen typischerweise erheblich mehr als eine bloße Verkaufseinrichtung wie z. B. einer Eistheke.

Der Unterlassungsanspruch sei auch nicht verwirkt.

Der Antragsteller könne sich auch nicht darauf berufen, dass ohne das Aufstellen von Tischen und Stühlen das Betreiben eines Restaurants nicht möglich sei. Es sei allgemein bekannt, dass eine Vielzahl von Restaurants ohne solche Außenplätze betrieben werde. Abgesehen davon bleibe es dem Antragsteller oder dessen Pächter unbenommen, mit den Wohnungseigentümern eine vertragliche Regelung über eine entgeltliche Nutzung der Vorfläche herbeizuführen. Die Antragsgegner hätten deutlich gemacht, dass sie zu einer solchen Regelung bereit wären.

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

a) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass das „Aufstellen von Verkaufseinrichtungen“ nicht auch das Aufstellen von Tischen und Stühlen zum Bewirten von Gästen eines Restaurants umfasst.

(1) Verkaufen bedeutet, eine Ware gegen Bezahlung an jemanden abgeben. Unter einer Einrichtung versteht man die Ausstattung, das Inventar oder die Möbel, die zu räumlichen Einheiten gehören. Eine Verkaufseinrichtung ist somit eine Ausstattung, die dem Verkauf von Waren dient.

Schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch liegt kein Verkaufsvorgang vor, wenn in einem Speiserestaurant am Tisch Waren oder Getränke zu sich genommen werden. Auch in rechtlicher Hinsicht verkauft der Wirt nicht Waren gemäß § 433 BGB; zwischen Wirt und Gast kommt vielmehr ein Vertrag nach § 651 BGB zustande.

Bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise verfügt ein Speiserestaurant somit in der Regel nicht über „Verkaufseinrichtungen“.

(2) Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass das Aufstellen von Tischen und Stühlen vor dem Restaurant mehr stört als eine auf den Gehwegflächen aufgestellte Verkaufseinrichtung wie z. B. eine Eistheke. Ob eine größere Beeinträchtigung vorliegt, obliegt in erster Linie der Beurteilung des Tatrichters; die Entscheidung des Landgerichts enthält keine Rechtsfehler.

(3) Das Landgericht kommt ferner zu dem Ergebnis, dass offensichtlich ein Restaurant auch dann betrieben werde könne, wenn keine Möglichkeit besteht, Tische und Stühle zum Bewirten der Gäste im Freien aufzustellen. Dieses Ergebnis ist nicht zu beanstanden.

b) Verwirkung liegt nicht vor. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen. [...]

Mitgeteilt von RiBayObLG a. D. Demharter, München

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)**Teileigentum etc.****§§ 633, 634 a. F., 459, 467, 242 BGB – Verkauf eines Altbaus; Gewährleistungsvarianten; Eigentumswohnungen aus früherem Gastwirtschaftsgebäude**

a) Der Veräußerer eines Altbaus oder einer Altbauwohnung haftet für Sachmängel der gesamten Bausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts, wenn er vertraglich Bauleistungen übernommen hat, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind.

b) Hat der Veräußerer eine Herstellungsverpflichtung übernommen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten nicht vergleichbar ist, sind wegen Mängeln des Objekts die Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts anwendbar, soweit die Herstellungsverpflichtung verletzt ist. Ist das nicht der Fall, ist Kaufrecht anwendbar.

c) In einem Individualvertrag über den Erwerb eines Altbaus oder einer Altbauwohnung können die Parteien wirksam den Ausschluss der verschuldensunabhängigen Sachmängelgewährleistung für Mängel der von der Modernisierung des erworbenen Objekts unberührt gebliebenen Altbausubstanz vereinbaren. Eine notarielle Belehrung über Umfang und Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses ist auch dann nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses, wenn dieser in einer formelhaften Klausel enthalten ist.

(BGH, Urteil vom 6.10.2005 – VII ZR 117/04)

§§ 10, 12 WEG; § 894 ZPO – Wohnungseigentum; Ersetzung der Veräußerungszustimmung

Im Falle der Verpflichtung des Zustimmungsberechtigten zur Abgabe der Zustimmungserklärung im gerichtlichen Verfahren nach § 43 WEG gilt die Erklärung mit Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung nach § 894 ZPO als abgegeben.

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8.11.2005 – 3 W 142/05)

§§ 14, 23 WEG – Bagerüst auf der Sondernutzungsfläche zur Gebäudesanierung; Beschädigung von Pflanzgut

1. Wird in Ausführung eines Eigentümerbeschlusses auf einer zur Sondernutzung zugewiesenen Vorgartenfläche mit Zu-

stimmung des Sondernutzungsberechtigten ein Bagerüst aufgebaut und zur Durchführung notwendiger Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum genutzt und werden hierdurch auf dieser Fläche stehende Pflanzen des Sondernutzungsberechtigten beschädigt oder zerstört, so kann er eine Entschädigung entsprechend § 14 Nr. 4 Halbsatz 2 WEG beanspruchen.

2. Ein nach Durchführung der Maßnahme gefasster Eigentümerbeschluss, der diesen Entschädigungsanspruch vollständig ausschließt, ist mangels Beschlusskompetenz nichtig.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.11.2005 – I-3 Wx 140/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 10.2.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 47 WEG; § 426 BGB; § 100 ZPO; § 28 FGG – Vorlage an den BGH; Kostenverteilung im Innenverhältnis der Wohnungseigentümer

Gerichtliche und außergerichtliche Kosten, die durch Gerichtsentscheidung rechtskräftig Wohnungseigentümern als Gesamtschuldern auferlegt sind, müssen in der Jahresabrechnung in den Einzelabrechnungen nach dem allgemeinen Verteilungsschlüssel umgelegt werden, nicht nach Kopfteilen. (Abweichung von OLG Düsseldorf WuM 2003, 44)

(KG Beschluss vom 7.11.2005 – 24 W 143/05)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10.2.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 55, 103, 108 InsO; §§ 1, 9 ErbbauVO – Erbbaurechtsverträge im Insolvenzverfahren

a) § 108 InsO findet auf Erbbaurechtsverträge keine Anwendung.

b) Ansprüche auf Erbbauzinsen begründen für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Masseverbindlichkeiten.

(BGH, Urteil vom 20.10.2005 – IX ZR 145/04)

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; 3. Zivilsenat des OLG Zweibrücken; RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf; VRiKG Dr. Briesemeister, Berlin.

Wettbewerb**Kurzfassungen / Leitsätze (KL)****Wettbewerb etc.****§§ 14, 312 b, 312 d, 355, 254 BGB – Unternehmer-eigenschaft eines Ebay-Powersellers; Schadensminderungspflicht durch Angebot an Zweitbieter**

1. Wer im Internet-Auktionshaus Ebay als „Powerseller“ auftritt, muss im Streit, ob ein Fernabsatzvertrag geschlossen wurde, beweisen, dass er kein Unternehmer i. S. v. § 14 BGB ist. Die Besonderheiten derartiger Geschäfte rechtfertigen eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers.

2. Lehnt der Ebay-Erstbieter die Erfüllung des Kaufvertrages ab, muss der Verkäufer zur Schadensminderung den weiteren Bietern alsbald ein Angebot unterbreiten und darlegen, dass seine diesbezüglichen Bemühungen insgesamt erfolglos waren. Das gilt erst recht bei Anhaltspunkten für shill-bidding (Hochtreiben des Kaufpreises durch Eigengebote über einen Zweitaccount)

(OLG Koblenz, Beschluss vom 17.10.2005 – 5 U 1145/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 10.2.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 3, 5, 6 UWG – Wettbewerb; Preisvergleich für Vermittlung von Telefongesprächen

1. Eine vergleichende Werbung kann irreführend und damit unlauter im Sinne von §§ 3, 5, 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG sein, wenn wesentliche Umstände der miteinander verglichenen Leistungen verschwiegen werden und hierdurch bei dem Verbraucher ein „schiefes Bild“ entsteht.

2. Zur Begehungsgefahr bei in Bezug auf die konkrete Verletzungshandlung im Kern gleicher Handlungen.

(OLG Hamburg, Urteil vom 25.8.2005 – 5 U 197/04 – n. rkr.)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10.2.2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 4 UWG; §§ 1, 30 GWB – Wettbewerb; Zeitschrift mit Sonnenbrille; Designerbrille; Rabatt; Anlocken; Jugendliche

a) Von einer unangemessenen unsachlichen Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern nach § 4 Nr. 1 UWG ist regelmäßig nicht allein deshalb auszugehen, weil dem Produkt eine im Verhältnis zum Verkaufspreis wertvolle Zugabe ohne zusätzliches Entgelt beigelegt wird.

b) Eine Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen i. S. von § 4 Nr. 2 UWG ist nicht gegeben, wenn eine Jugendzeitschrift zusammen mit einer Sonnenbrille abgegeben wird.

c) Für die Frage, ob bei einem kombinierten Produkt i. S. von § 30 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 GWB die Zeitschrift im Vordergrund steht, kommt es nicht darauf an, ob die Nebenware als Zusatz den Inhalt der Zeitschrift ergänzt oder ob es sich um eine branchenfremde Zugabe handelt.

(BGH, Urteil vom 22. 9. 2005 – I ZR 28/03)

Hinw. d. Red.: A. A. Vorinstanz OLG Hamburg GuT 2003, 195 KL.

§ 242 BGB – Wettbewerbsverstoß; Stimmenimitator; Auskunftsanspruch über erzielte Umsätze

1. Der Auskunftsanspruch bei Wettbewerbsverstößen erstreckt sich ausnahmsweise dann auch auf die erzielten Umsätze, wenn sich der Verletzer in einem regional beschränkten Umfeld vorsätzlich an eine konkrete Wettbewerbsmaßnahme eines Konkurrenten anlehnt und gezielt auf diese Bezug nimmt (Abgrenzung zu BGH NJOZ 2002, 1993, 1994 – Auskunftsanspruch über erzielte Umsätze).

2. Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn bei der Werbung eines lokalen Konkurrenten für ein einzelnes Produkt (hier:

bestimmtes Modell einer Waschmaschine) die Stimme des prominenten Werbeträgers (hier: Dieter Bohlen) imitiert wird und durch die damit erzielte Aufmerksamkeit Kaufinteressenten zu dem Verletzer umgeleitet werden sollen. In diesem Fall ist die Annahme gerechtfertigt, dass die Umsatzentwicklung für das konkrete Produkt bei dem Verletzer zugleich wichtige Anhaltspunkte dafür liefern kann, welcher Schaden dem Wettbewerb durch das beanstandete Verhalten entstanden ist.

(OLG Hamburg, Urteil vom 18. 8. 2005 – 5 U 135/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 269 ZPO – Unberechtigte Abmahnung; Wettbewerb; unzureichender Vorrat beworbener Waren

Die Regelung in § 269 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 ZPO, wonach sich die Kostentragungspflicht bei einer vor Zustellung zurückgenommenen Klage unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen bestimmt, benachteiligt die beklagte Partei nicht in einer gegen Art. 3 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 GG verstoßenden Weise.

Eine Kostenentscheidung zugunsten des Klägers scheidet nicht deshalb aus, weil er als abgemahnter Mitbewerber negative Feststellungsklage erhoben hat, ohne den Abmahnenen zuvor auf dessen fehlende Berechtigung hingewiesen zu haben; es besteht keine Obliegenheit des zu Unrecht Abgemahnten, eine Gegenabmahnung auszusprechen.

(BGH, Beschluss vom 6. 10. 2005 – I ZB 37/05)

KL-Mitteleiter: RiOLG Weller, Koblenz; 5. Zivilsenat des OLG Hamburg; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

Besteuerung

Umschau Januar 2006

RiFG i. R. Karl-Christian Callsen, Erststadt-Liblar

ADAC-Schutzbrief, Mautgebühren und Dienstwagenankauf als geldwerter Vorteil

Das BFH-Urteil vom 14. 9. 2005 (VIR 37/03, im Internet seit dem 9. 11. 2005; Vorinstanz FG Düsseldorf in DStRE 2004,625) zeigt einmal mehr die entgegen allen Aussagen von Politikern weiter fortschreitende Kompliziertheit des Steuerrechts auch bei Vorschriften, die an sich zur Vereinfachung geschaffen worden sind.

Die Arbeitgeberin des Klägers, der bei ihr als stellvertretender Geschäftsführer angestellt war, stellte ihm einen Dienstwagen zur Verfügung, den er auch privat nutzen durfte. Diese Privatnutzung unterwarf sie nach der sog. 1 v.H.-Regelung (§§ 8 Abs. 2 Satz 2, 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG) der Lohnsteuer als zusätzlichen Arbeitslohn. Erst anlässlich einer Lohnsteuer-Außenprüfung erlangte das FA davon Kenntnis, dass die Arbeitgeberin für den Kläger die Kosten für einen auf ihn ausgestellten ADAC-Euro-Schutzbrief (DM 69,- jährlich) und Mautgebühren (im Streitjahr 1997 = DM 926,-) für mit dem Dienstwagen privat zurückgelegte Strecken übernommen hatte, ohne diese Kosten als geldwerten Vorteil der Lohnsteuer zu unterwerfen, und außerdem beim Verkauf des Dienstwagens im Streitjahr lediglich den Händlereinkaufspreis von DM 27.800,- laut DAT-Gutachten der Lohnsteuer unterworfen hatte. Der Händlereinkaufspreis zzgl. USt machte nochmals DM 1.557,-

aus. Das FG wies nach erfolglosem Einspruch gegen den insoweit geänderten Einkommensteuerbescheid die Klage ab, der BFH bestätigte zwar ebenfalls die Lohnsteuerung der Kosten für Schutzbrief und Maut (keine Abgeltung mit der sog. 1 v.H.-Regelung), verwies jedoch wegen des Ansatzes eines geldwerten Vorteils für den Ankauf des Dienstwagens zurück. Es hätte prüfen müssen, ob nicht der evtl. geringere Preis auf dem privaten Gebrauchtwagenmarkt als der Händlereinkaufspreis anzusetzen sei.

Bei diesen Streitwerten und -fragen musste der gesamte Instanzenzug und nochmals die Vorinstanz bemüht werden. Man fragt sich wirklich, ob dies so sein muss und kann.

Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Verkauf von zu erstellenden ETW

Von erheblicher steuerlicher Auswirkung war in den Sachverhalt des BFH-Urteils vom 8. 9. 2005 (IV R 40/04 in DStR 2005,1892 mit Anm.; Vorinstanz Urteil FG Mecklenburg-Vorpommern vom 27. 11. 2003), wann der Zeitpunkt der Gewinnrealisierung (und damit Versteuerung) bei der Veräußerung von zu erstellenden ETW eingetreten war.

Der Kläger war, zusammen mit der Klägerin, ehemaliger Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), deren Unternehmensgegenstand der Ankauf eines mit einem alten Hotel bebauten Grundstücks, der Umbau dieses Hotels in ein Appartementhaus mit 34 Ferienwohnungen und deren Veräußerung war. Sie erwarb im Sommer 1993 dieses Hotelgrundstück und begann noch in diesem Jahr mit den Umbauarbeiten. Im April des Streitjahres 1995 fand die bauamtliche Ab-

nahme des sanierten und umgebauten Gebäudes durch das Bauamt statt (dessen Vermerk: Die bauliche Anlage kann genutzt werden). Zu diesem Zeitpunkt war ein Großteil der Ferienapartements verkauft, am 31.10.1995 war nur noch eine Wohnung nicht veräußert, da deren Nutzung und Lasten erst am 1.12.1995 auf die neuen Eigentümer übergangen. Die GbR war durch den Austritt des Klägers mit notarieller Urkunde vom 8.6.1995 aufgelöst worden. Deren Auflösung stand jedoch unter der auflösenden Bedingung, dass die Gläubigerbanken ihn aus der Schuldhafte entließen. Dies geschah zum 31.10.1995. Der Kläger sollte von der Klägerin einen Betrag von DM 850.000,- erhalten und von den Gesellschaftsschulden freigestellt werden.

Die GbR ging davon aus, dass der Gewinn aus der Veräußerung sämtlicher Ferienapartements erst nach der Auflösung der GbR (d. h. nach dem 31.10.1995) realisiert worden sei und aktivierte dementsprechend in ihrer Schlussbilanz zum 31.10.1995 „in Ausführung befindliche Bauaufträge“ sowie passivierte erhaltene Beträge als „erhaltene Anzahlungen“. Als laufenden Gewinn der GbR für das Streitjahr erklärte sie DM 80.681,- und für den Kläger einen Veräußerungsgewinn von DM 1.370.429,-. Nach einer Außenprüfung sah der Prüfer jedoch den Gewinn aus dem Verkauf der Wohnungen bereits im Zeitpunkt der Auflösung als realisiert an und erhöhte deshalb den laufenden Gewinn auf DM 3.229.852,-. Einspruch und Klage blieben erfolglos.

Der BFH urteilte, dass der Gewinn aus der Veräußerung von zu erstellenden ETW dann realisiert sei, wenn mehr als die Hälfte der Erwerber das im wesentlichen fertig gestellte Gemeinschaftseigentum ausdrücklich oder durch mindestens 3 Monate lange rügelose Ingebrauchnahme konkludent abgenommen hätten. Das Gemeinschaftseigentum mache ca. 80% der Baubsubstanz aus, und der BFH wollte für dessen Abnahme eine praktikable Lösung finden. Da er dies jedoch noch nicht nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz bestätigen konnte, wies er zur weiteren Aufklärung zurück. Diese wird nach den Vorgaben des BFH für die Vorinstanz noch recht mühevoll sein.

Erteilung von verbindlichen Auskünften seitens der Finanzverwaltung

In einer umfangreichen, 3^{1/2}-seitigen Verfügung vom 5.8.2005 (DStZ 2005, 759; vgl. auch den Beitrag von Mösbauer in „Die steuerliche Betriebsprüfung“ 2005, 277 ff) hat das Bayerische Landesamt für Steuern Zuständigkeit, Form, Inhalt und Bindungswirkung einer sog. verbindlichen Auskunft dargestellt. Hinzuweisen ist, dass keine verbindlichen Auskünfte erteilt werden in Angelegenheiten, bei denen die Erzielung eines Steuervorteils im Vordergrund steht, z. B. Prüfung von Steuersparmodellen, Feststellung der Grenzpunkte für Gestaltungsmissbrauch etc. Die Befugnis, auch in anderen Fällen die Erteilung einer verbindlichen Auskunft abzulehnen, bleibt unberührt.

Wenn die erteilten verbindlichen Auskünfte nunmehr auch noch ab dem 1.9.2005 zentral bei einem FA zu sammeln sind nach Steuernummern geordnet, wird sich jedes FA wie auch schon bisher in jeder Hinsicht scheuen, noch irgend etwas Verbindliches zu äußern. Wegen der Kompliziertheit des Steuerrechts und der nahezu Unmöglichkeit, gerade im Steuerrecht, aussagekräftige Voraussagen für zukünftige Investitionen zu machen, wird auch jeder Steuerberater insoweit überaus vorsichtig sein.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

§ 370 AO; § 53 StGB; § 264 StPO Steuerhinterziehung

Zu den Erfordernissen der Darstellung einer Steuerhinterziehung im Urteil bei Verurteilung des Täters.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 13.10.2005 – 5 StR 368/05)

Aus den Gründen: Das Landgericht [Wuppertal] hat den Angeklagten „wegen Steuerhinterziehung in elf Fällen, davon in zwei Fällen im Versuch“, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Revision des Angeklagten hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I. Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Angeklagte – der ab Ende der 1980er Jahre versucht hatte, in der Schweiz unternehmerisch tätig zu werden – seinen Lebensmittelpunkt spätestens ab 1996 wieder in Solingen. In den Jahren 1996 und 1999 bis 2002 erwirtschaftete der Angeklagte – vom Landgericht im Einzelnen festgestellte – Umsätze und Gewinne aus seinen unternehmerischen Aktivitäten, die er nicht den Finanzbehörden offenbarte; hierdurch hinterzog er mehr als eine Millionen DM Steuern. Die Rechnungsstellung erfolgte „in vielen Fällen“ über die noch existierenden schweizer (Domicil-)Gesellschaften des Angeklagten, „obwohl er persönlich Auftragnehmer war und die Leistungen weitgehend selbst erbrachte“.

Das Landgericht geht in seiner rechtlichen Würdigung von elf Fällen der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO aus, wobei es in zwei Fällen beim Versuch blieb. Der Angeklagte habe für die Jahre 1996, 2000, 2001 und 2002 unzutreffende Umsatzsteuerjahreserklärungen und für die Jahre 1996, 1999, 2000, 2001 und 2002 unzutreffende Einkommensteuererklärungen abgegeben sowie die Abgabe der für die Jahre 2000 und 2001 erforderlichen Gewerbesteuererklärungen unterlassen.

II. Die Verurteilung des Angeklagten kann keinen Bestand haben, weil das angefochtene Urteil lückenhaft ist und an durchgreifenden Darstellungsmängeln leidet, so dass eine revisionsgerichtliche Nachprüfung nicht möglich ist.

1. Für die Darstellung einer Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 AO ist es grundsätzlich erforderlich, dass das Urteil erkennen lässt, welches steuerlich erhebliche Verhalten des Angeklagten im Rahmen welcher Abgabenart und in welchem Besteuerungszeitraum zu einer Steuerverkürzung geführt hat und welche innere Einstellung der Angeklagte dazu hatte (BGH NStZ 2001, 200 m.w.N.). Dabei ist regelmäßig zunächst darzustellen, wann der Angeklagte welche Steuererklärungen abgegeben hat, und dann zu erörtern, welche Umsätze oder Einkünfte er etwa verschwiegen oder welche unberechtigten Vorsteuerabzüge oder Betriebsausgaben er etwa geltend gemacht hat (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 3). Der Tatrichter hat für jede Steuerart und jeden Besteuerungszeitraum unter Schuldgesichtspunkten so klare Feststellungen zu treffen, dass sowohl die dem Schuldspruch zugrunde liegenden Besteuerungsgrundlagen als auch die Berechnung der verkürzten Steuern der Höhe nach erkennbar werden. Eine ins Einzelne gehende Berechnungsdarstellung ist nur dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn ein sachkundiger Angeklagter ein Geständnis abgelegt hat (st. Rspr., vgl. nur BGH wistra 2005, 307 m.w.N.).

2. Den dargelegten Anforderungen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht.

a) Rechtlich bedenklich ist bereits die vom Landgericht wiederholt verwendete Formulierung, der Angeklagte habe bestimmte Umsatz- und Gewerbesteuerbeträge „nicht abgeführt“. Die Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO ist ein Er-

klärungsdelikt; die bloße Nichtzahlung einer Steuer erfüllt den Tatbestand nicht (vgl. zur Strafbarkeit der Nichtentrichtung der Umsatzsteuer § 26c UStG).

b) In den Urteilsgründen fehlt jegliche Feststellung dazu, wann und für welchen Steuerpflichtigen der Angeklagte welche Steuererklärungen abgegeben hat, in denen er nach Auffassung des Landgerichts bestimmte Umsätze und Einnahmen verschwiegen hat; auch wird nicht mitgeteilt, ob und gegebenenfalls welche Steuerfestsetzungen aufgrund der falschen Angaben des Angeklagten erfolgt sind. Diese Feststellungen waren schon deshalb unentbehrlich, weil jede Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung grundsätzlich als selbständige Tat im Sinne des § 53 StGB zu werten ist (vgl. BGH wistra 2005, 30; 56); zudem bilden die Steuererklärungen die Grundlage für die Bestimmung der prozessualen Tat im Sinne von § 264 StPO (vgl. aber zum Verhältnis vom Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuerjahreserklärung des nämlichen Jahres BGHSt 49, 359).

Vorliegend ist aus dem Urteil schon nicht erkennbar, welche konkreten Erklärungspflichten der Angeklagte nach Ansicht des Landgerichts verletzt hat. In Betracht kommt einerseits, dass der Angeklagte als Geschäftsführer für seine inländischen Gesellschaften (jeweils) falsche Angaben über steuerpflichtige Umsätze und Einnahmen gemacht hat, die diesen Gesellschaften zuzuordnen sind. Es liegt aber – insbesondere bezüglich der Vermittlung von Titeln – ebenso nicht fern, dass der Angeklagte verpflichtet war, Umsätze und Einnahmen als selbständiger Einzelunternehmer offen zu legen und seine Angaben insoweit falsch waren.

In Bezug auf die Einkommensteuer kommt hinzu, dass das Landgericht zwar ausführt, es habe sich auf die vom Angeklagten abgegebenen Einkommensteuererklärungen gestützt und lediglich die Berechnungen um die zusätzlichen Einnahmen ergänzt. Mangels Mitteilung, welche Angaben der Angeklagte in diesen Steuererklärungen gemacht hat und welche Steuerfestsetzungen daraufhin erfolgt sind, lässt sich jedoch nicht überprüfen, ob die Annahme des Landgerichts zutrifft, dass die – sich aus seiner Berechnung ergebende – Zahllast mit dem tatbestandlichen Steuerschaden identisch ist.

c) Darüber hinaus hat der Angeklagte nach den Urteilsgründen bestimmte von ihm erbrachte Leistungen seinen Auftraggebern in Rechnung gestellt. Ausführungen dazu, dass die Rechnungen auch beglichen wurden, fehlen jedoch. Solche Feststellungen wären aber jedenfalls in den Fällen notwendig gewesen, in denen das Landgericht die Rechnungssummen einkommensteuerlich als verdeckte Gewinnausschüttungen wertet (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 5, § 8 Abs. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG; Schmidt, EStG 24. Aufl. § 20 Rdn. 61). Der Umstand, dass der im Fall 3 der Urteilsgründe der Firma S in Rechnung gestellte Betrag in Höhe von 17 241 DM ersichtlich keinen Eingang in die Berechnung der hinterzogenen Einkommensteuer gefunden hat, beschwert den Angeklagten nicht.

3. Nach alledem kann das Urteil keinen Bestand haben. Allerdings hat das Landgericht die Feststellungen zur Steuerpflicht des Angeklagten in Deutschland im Tatzeitraum rechtsfehlerfrei getroffen; diese können daher aufrechterhalten bleiben.

Das Landgericht hat mit einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung belegt, dass der Angeklagte seinen Lebensmittelpunkt „spätestens ab 1996“ wieder in Deutschland hatte und hier auch unternehmerisch tätig wurde. Anders als die Revision meint, ist dem Urteil damit hinreichend zu entnehmen, dass der Angeklagte bereits von Beginn des Jahres 1996 wieder in Deutschland wohnhaft war. Somit unterlag er ab dem Steuerjahr 1996 (wieder) der unbeschränkten Einkommensteuerpflicht in Deutschland (§ 1 Abs. 1 Satz 1 EStG). Er war ab diesem Zeitpunkt auch verpflichtet, eine Gewerbesteuererklärung (§ 14a GewStG) abzugeben und hatte die auf den erwirtschafteten Gewerbeertrag (§ 7 GewStG) entfallende Gewerbesteuer zu entrichten, so weit er mit seinen deutschen Gewerbebetrieben (§ 2 GewStG) tätig geworden war.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 675 BGB

Steuerberatung; Vorwurf fehlerhafter Beratung; Beweislast

Der Vorwurf, durch fehlerhafte steuerliche Beratung einen Schaden erlitten zu haben, bedarf der Darlegung des alternativen Verhaltens und der entsprechenden Vermögenslage des Klägers bei pflichtgemäßem Verhalten des steuerlichen Beraters.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 29. 9. 2005 – IX ZR 104/01)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger war bis Ende 1985 als Einzelkaufmann Inhaber eines Kfz-Betriebes mit Verkauf und Kundendienst. Im Jahre 1985 wurde der Betrieb aufgespalten. Der Kläger gründete eine GmbH und übertrug dieser den gesamten Geschäftsbetrieb seines Unternehmens. Gesellschafter der GmbH waren der Kläger mit einem Anteil von 78 000 DM sowie seine beiden Söhne mit je 36 000 DM. Die Betriebsgrundstücke verpachtete der Kläger an die GmbH. Die daraus erzielten Einkünfte versteuerte er als solche aus dem Gewerbebetrieb.

2 Der Beklagte war von 1984 bis 1989 und – nach dem bestrittenen Vortrag des Klägers – erneut ab November/Dezember 1992 Steuerberater des Klägers. Dieser übertrug am 21. Dezember 1992 seine GmbH-Anteile zu gleichen Teilen auf seine Söhne. Im Jahre 1997 stellte das Finanzamt die Beendigung der Betriebsaufspaltung fest. Dies führte zu einer Abänderung der Einkommen-, Kirchen- und Gewerbesteuerbescheide für 1993 mit einer zusätzlichen Steuerlast von insgesamt 157 481,40 DM.

3 Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch, weil er ihn vor der Übertragung seiner Gesellschaftsanteile über deren steuerliche Auswirkungen fehlerhaft beraten habe. Das Landgericht Mainz hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht (OLG Koblenz) das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und den Beklagten im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt. Mit der Revision begehrt dieser die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

4 **Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel hat Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht ist nach Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass zwischen den Parteien bereits im November/Dezember 1992 ein mündlicher Beratungsvertrag geschlossen worden sei und der Beklagte den Kläger fehlerhaft beraten habe. Der Beklagte habe den Kläger nicht darauf hingewiesen, dass die Übertragung seiner GmbH-Anteile auf seine beiden Söhne eine steuerschädliche Beendigung der Betriebsaufspaltung darstelle. Hätte der Beklagte dies getan und Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung der steuerlichen Nachteile aufgezeigt, wären die von dem Kläger für das Jahr 1993 nachgezählten Steuern nicht angefallen.

6 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

7 1. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, wie sich der Kläger verhalten hätte, wenn er vom Beklagten pflichtgemäß belehrt worden wäre. Der Hinweis, die von dem Kläger für das Jahr 1993 nachgezählten Steuern wären nicht angefallen, wenn der Beklagte den Kläger auf die mit der Übertragung der GmbH-Anteile verbundenen Nachteile hingewiesen und Gestaltungsmöglichkeiten zu ihrer Vermeidung aufgezeigt hätte, reicht nicht aus.

8 2. Der Vortrag des Klägers hätte solche Feststellungen auch nicht erlaubt, weil er unschlüssig ist.

9 a) Um die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung eines steuerlichen Beraters für einen Schaden festzustellen, ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten, insbesondere wie der Mandant darauf reagiert hätte, und wie dessen Vermögenslage dann wäre (ständige

Rechtsprechung, vgl. BGH, Urt. v. 23. Oktober 2003 – IX ZR 249/02, WPM 2004, 475, 476 [= GuT 2004, 20 KL]). Dabei hat grundsätzlich der Geschädigte den Ursachenzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden als anspruchsbegründende Voraussetzung darzutun und nachzuweisen (BGHZ 123, 311, 313).

10 b) Nach dem Vortrag des Klägers hätte er bei zutreffender Unterrichtung über die Steuerbelastung entweder ganz von der Übertragung der Gesellschaftsanteile Abstand genommen oder aber einen anderen Weg gesucht und gefunden, den Kfz-Betrieb allmählich in die alleinige wirtschaftliche Verantwortung der Söhne zu überführen, beispielsweise durch Gründung einer neuen Gesellschaft, die dann nach und nach die geschäftlichen Aktivitäten der GmbH hätte übernehmen können. Dieser Vortrag genügt nicht, um den Ursachenzusammenhang zwischen der Fehlberatung des Beklagten und dem geltend gemachten Schaden darzustellen.

11 aa) Trägt der Mandant vor, dass als Reaktion auf eine zutreffende Beratung mehrere objektiv gleich vernünftige Verhaltensmöglichkeiten in Betracht gekommen wären, so muss er den Weg bezeichnen, für den er sich konkret entschieden hätte. Auch trifft ihn dann die volle Beweislast, weil der Anscheinsbeweis in einem solchen Fall nicht eingreift (BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 30. März 2000 – IX ZR 53/99, WPM 2000, 1351, 1352). Weiterer Vortrag hätte nur unterbleiben dürfen, wenn steuerrechtlich sämtliche Wege ein vollkommen gleiches Ergebnis erbracht hätten, so dass sich im jeweiligen Gesamtvermögensvergleich identische Schadensbilder ergeben hätten.

12 bb) Im vorliegenden Fall ist nicht feststellbar, dass auch nur eine der vorgetragenen Handlungsmöglichkeiten zu dem von dem Kläger gewünschten Erfolg geführt hätte.

13 (1) Hätte er – gemäß der ersten Variante – von der Übertragung der GmbH-Anteile auf die Söhne abgesehen und auch sonst alles beim Alten gelassen, wäre nicht auszuschließen, dass der steuerliche Nachteil ebenso, nur etwas später, eintreten würde. Da die im Spätjahr 1992 getroffene Regelung gewisse Züge einer vorweggenommenen Erbfolge aufweist, liegt es möglicherweise nahe, ist es in Ermangelung jeglichen Vortrags jedenfalls nicht auszuschließen, dass der Kläger ohne diese Vorwegnahme seine Erbfolge genau so gestaltet hätte. Dann entfielen die personelle Verflechtung künftig in der gleichen Weise, wie sie im Spätjahr 1992 entfallen ist. Durch diese Beendigung der personellen Verflechtung aufgrund Erbgangs würde die Betriebsaufspaltung ebenfalls beendet und die stillen Reserven würden aufgelöst (Kirchhof/Reiß, EStG 4. Aufl. § 15 Rn. 112). Gegebenenfalls würde der Schadenseintritt also nicht vermieden, sondern lediglich hinausgeschoben. Allerdings würde der Schaden dann nicht bei dem Kläger, sondern bei den Söhnen eintreten. Ob ein solcher Erfolg dem Kläger erwünscht gewesen wäre, ist jedoch nicht dargetan.

14 (2) Ob die Söhne des Klägers bei der von ihm vorgetragenen Alternative – allmähliche Verlagerung der geschäftlichen Aktivität auf eine neu zu gründende GmbH – überhaupt bereit und in der Lage waren, die für die Neugründung notwendigen Mittel, insbesondere das Mindeststammkapital, aufzubringen, ist nicht dargelegt. Der Antrag des Klägers, über die wirtschaftliche Möglichkeit dieses Vorhabens ein Sachverständigen-gutachten einzuholen, ersetzt keinen konkreten Sachvortrag.

15 Im Übrigen hätte dieser Weg, selbst wenn er wirtschaftlich gangbar gewesen wäre, rechtlich keinen Erfolg versprochen. Er hätte ebenfalls zum Wegfall der personellen Verflechtung geführt, weil der Kläger an dem neuen Betriebsunternehmen nicht mehr beteiligt gewesen wäre. Die Betriebsaufspaltung hätte also – mit den entsprechenden steuerlichen Nachteilen – auch nach dieser Variante ihr Ende gefunden.

16 III. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a. F.). Die Sache ist zur Endentscheidung reif, weil die Schlüssigkeit der Klage unter dem Gesichtspunkt der Ursächlichkeit einer etwaigen Pflichtverletzung für den geltend

gemachten Schaden schon in dem erstinstanzlichen Urteil bezweifelt worden ist und der Kläger ausreichend Gelegenheit hatte, etwaige Möglichkeiten zur schlüssigen Begründung seiner Klage zu nutzen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**BMF-Schreiben vom 10. Oktober 2005
(IV C 5 – S 2334 – 75/05), BStBl I 2005, 959**

**Steuerbefreiung von Mietvorteilen nach § 3 Nr. 59
2. Halbsatz EStG; BFH-Urteil vom 16. Februar 2005 –
VI R 58/03 – (BStBl II S. 750)**

Der BFH hat entschieden, eine Steuerbefreiung von Mietvorteilen aus dem Arbeitsverhältnis nach § 3 Nr. 59 EStG komme nur dann in Betracht, wenn die Vorteile auf der Förderung nach dem II. WoBauG beruhen und zudem der Förderzeitraum noch nicht abgelaufen ist. Des Weiteren hat er Zweifel geäußert, ob die Regelung in R 23a Sätze 2 bis 4 LStR eine zutreffende Auslegung des § 3 Nr. 59 EStG beinhalte.

Hierzu wird im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder die folgende Auffassung vertreten:

Das BFH-Urteil ist anzuwenden. Die sich daraus ergebende Frage, ob die Sätze 2 bis 4 in R 23a LStR eine zutreffende Auslegung des § 3 Nr. 59 EStG beinhalten, hat der BFH letztendlich offen gelassen bzw. nicht angesprochen. Es ist daher sachgerecht, diese für die Arbeitnehmer günstigeren Regelungen beizubehalten. Die Sätze 2 bis 4 in R 23a LStR sind deshalb weiterhin anzuwenden.

Dieses Schreiben steht ab sofort für eine Übergangszeit auf den Internetseiten des Bundesministeriums der Finanzen unter www.bundesfinanzministerium.de unter den Rubriken Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Lohnsteuer zur Ansicht und zum Abruf bereit.

Hinw. d. Red.: BFH – VI R 58/03 – in diesem Heft nachfolgend KL.

**BMF-Schreiben vom 18. Oktober 2005
(IV A 5 – S 7100 – 148/05), BStBl I 2005, 997**

Überlassung von Grundstücksflächen beim Bau von Überlandleitungen und im Zusammenhang damit bestellten Dienstbarkeiten und vereinbarten Ausgleichszahlungen; BFH-Urteil vom 11. November 2004 – V R 30/04 –

BMF-Schreiben vom 4. Mai 1987 IV A 2 – S 7100 – 45/87 – (BStBl I S. 397)

Der BFH hat mit Urteil vom 11. November 2004 – V A 30/04 – (BStBl II 2005 S. 802) zur Überlassung von Grundstücksflächen beim Bau von Überlandleitungen und im Zusammenhang damit bestellten Dienstbarkeiten und vereinbarten Ausgleichszahlungen entschieden (Leitsätze):

„1. Bei der Überlassung von Grundstücksteilen zur Errichtung von Strommasten für eine Überlandleitung, der Einräumung des Rechts zur Überspannung der Grundstücke und der Bewilligung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zur dinglichen Sicherung dieser Rechte handelt es sich um eine einheitliche sonstige Leistung, die nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG zwar steuerbar, aber gemäß § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a UStG umsatzsteuerfrei ist.

2. Die Ausgleichszahlung für beim Bau einer Überlandleitung entstehende Flurschäden durch deren Betreiber an den Grundstückseigentümer ist kein Schadensersatz, sondern Entgelt für die Duldung der Flurschäden durch den Eigentümer.

3. Die Duldung der Verursachung baubedingter Flurschäden ist eine bloße Nebenleistung zu der einheitlichen Leistung „Dul-

„dung der Errichtung und des Betriebs einer Überlandleitung“, die ebenso wie jene nach § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a UStG von der Umsatzsteuer befreit ist.“

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

1. Die Grundsätze des BFH-Urteils vom 11. November 2004 – V R 30/04 – sind vorbehaltlich der Tz. 3 in allen noch nicht bestandskräftigen Fällen anzuwenden. Folglich ist statt eines nach § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. c UStG steuerbefreiten Umsatzes für die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zur Sicherung von Leitungsrechten und verschiedener zusätzlicher umsatzsteuerpflichtiger Hauptleistungen, die auch der Durchschnittssatzbesteuerung nach § 24 UStG unterliegen können, nur noch eine nach § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a UStG steuerbefreite einheitliche Leistung „Duldung der Errichtung und des Betriebs (z. B.) einer Überlandleitung“ anzunehmen, die insgesamt den Vorsteuerabzug ausschließt.

Das gilt auch dann, wenn Zahlungen sowohl an den Grundstückseigentümer, z. B. für die Rechtseinräumung, als auch an den Pächter, z. B. für die Flur- und Aufwuchsschäden, erfolgen. Diese Unternehmer erbringen stets steuerbefreite Leistungen an den Zahlenden. Es kann aus Vereinfachungsgründen dahingestellt bleiben, ob bei einer dinglichen Sicherung die Leistung nach § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. c UStG steuerfrei ist.

2. Entschädigungen für die Überlassung von Teilen eines land- und forstwirtschaftlichen Grundstücks sind kein Entgelt für eine der Durchschnittssatzbesteuerung nach § 24 UStG unterliegende Leistung.

3. Dieses Schreiben tritt an die Stelle des BMF-Schreibens vom 4. Mai 1987 – IV A2 – S 7100 – 45/87 (BStBl I S. 397) zur umsatzsteuerrechtlichen Beurteilung der Einräumung von Leitungsrechten an Grundstücken zu Gunsten von Energieversorgungsunternehmen. Sofern sich Unternehmer auf entgegenstehende Regelungen des Schreibens vom 4. Mai 1987 berufen, wird dies für vor dem 1. Januar 2007 ausgeführte Umsätze nicht beanstandet.

4. Die vorstehenden Grundsätze gelten z. B. auch bei der Überlassung von Grundstücken zum Verlegen von Erdleitungen (z. B. Erdgas- oder Elektrizitätsleitungen) oder bei der Überlassung von Grundstücken für Autobahn- oder Eisenbahntrassen oder bei Zahlungen im Rahmen von Unternehmensflurbereinigungen.

Dieses Schreiben steht ab sofort für eine Übergangszeit auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Umsatzsteuer – BMF-Schreiben (www.bundesfinanzministerium.de) zum Download bereit.

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

§ 3 EStG – Einkommensteuer; Mietvorteile durch das Arbeitsverhältnis

Die Steuerbefreiung von Mietvorteilen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis gemäß § 3 Nr. 59 2. Halbsatz EStG ist auf Fälle beschränkt, in denen die Vorteile auf der Förderung nach dem II. WoBauG beruhen.*

(BFH, Urteil vom 16. 2. 2005 – VI R 58/03)

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches FG (EFG 2003, 1597)

* (Hinweis auf BMF-Schreiben vom 10.10. 2005 – IV C 5 – S 2334 – 75/05 – (BStBl I S. 959) [= GuT 2006, 47])

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 750 –

§§ 15, 16, 18 EStG – Differenzierung Gemeinschaftspraxis–Praxisgemeinschaft

Im Unterschied zu einer Gemeinschaftspraxis (Mitunternehmerschaft) hat eine Büro- und Praxisgemeinschaft lediglich den

Zweck, den Beruf in gemeinsamen Praxisräumen auszuüben und bestimmte Kosten von der Praxisgemeinschaft tragen zu lassen und umzulegen. Ein einheitliches Auftreten nach außen genügt nicht, um aus einer Bürogemeinschaft eine Mitunternehmerschaft werden zu lassen.

(BFH, Urteil vom 14. 4. 2005 – XI R 82/03)

Vorinstanz FG Münster (EFG 2003, 1618)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 752 –

§§ 1, 2 UStG 1993/1999; Art. 5 Richtlinie 77/388/EWG – Umsatzsteuer; Pachtzinsverzicht des Grundstückserwerbers; Unternehmerische Tätigkeit

1. Wenn der Erwerber einer verpachteten Gewerbe-Immobilie, der anstelle des Veräußerers in den Pachtvertrag eingetreten ist, anschließend wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Pächters auf Pachtzinszahlungen verzichtet und mit dem Pächter vereinbart, dass die Zahlungen wieder aufzunehmen sind, wenn sich die finanzielle Situation des Pächters deutlich verbessert, kann in der Regel nicht bereits eine unentgeltliche nichtunternehmerische Tätigkeit angenommen werden.

2. Auch eine derartige Übertragung einer verpachteten Gewerbe-Immobilie kann eine nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung i. S. des § 1 Abs. 1 a UStG sein.

(BFH, Urteil vom 7. 7. 2005 – V R 78/03)

Vorinstanz: FG München (EFG 2004, 456)

§§ 2, 9 GewStG; § 15 EStG – Gewerbesteuer; Betriebsverpachtung

Bei einer Betriebsverpachtung ist § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG grundsätzlich nicht anzuwenden.

(BFH, Urteil vom 14. 6. 2005 – VIII R 3/03)

Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz (EFG 2003, 408)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 778 –

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2006
Normalpreis 95,23 EUR brutto.

Abonnement Jahrgang 2005
Sonderpreis 59,92 EUR einschl. Versand und MwSt für WM-Bezieher im Direktabo vom Prewest Verlag.

Vorläufiges Register Jahrgang 2004
Register (ohne Schlagwortregister) für die Hefte Nrn. 14–19.
Fordern Sie den kostenfreien Datensatz per e-mail an.

GuT-Einbanddecke
Jahrgänge 2001–2003, Hefte Nrn. 1–13.
9,50 EUR zzgl. MwSt und zzgl. Porto.

Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte Nrn. 1–19
Preis je 4,00 EUR einschließlich Versand und MwSt.

Download Hefte Nrn. 1–19 und Register 2001–2003
kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54
www.prewest.de info@prewest.de

§§ 12, 13 AO; § 84 HGB; §§ 2, 3 InvZulG 1993 und 1996 – Tankstelle im Fördergebiet; Tankstellenverwalter als selbständiger Handelsvertreter; Investitionszulage

Überlässt ein Mineralölunternehmen mit Zweigstellen im Fördergebiet Tankstellen, die es im Fördergebiet errichtet hat, Tankstellenverwaltern als selbständigen Handelsvertretern zum Betrieb, sind die Tankstellen nicht – auch nicht teilweise – (Vertriebs-)Betriebsstätten des Mineralölunternehmens, sondern ausschließlich (Handels-)Betriebsstätten der Tankstellenverwalter.

Wirtschaftsgüter, die das Mineralölunternehmen nach dem 31. Dezember 1992 und vor dem 1. Januar 1997 für die überlassenen Tankstellen angeschafft oder hergestellt hat, sind nicht zulagenbegünstigt, weil sie in einer von der Gewährung der Investitionszulage ausgeschlossenen Betriebsstätte des Handels verblieben sind.

(BFH, Urteil vom 30. 6. 2005 – III R 47/03)

Vorinstanz: FG Düsseldorf – 16 K 1746/01

Hinw. d. Red.: Entsprechend zum InvZulG 1991/1993 BFH, Beschl. v. 30. 6. 2005 – III R 76/03 – Vorinstanz FG Hamburg EFG 2004, 582.

§ 122 AO; §§ 96, 56 FGO – Zugang des Steuerbescheids beim Steuerberater

Bestreitet ein Steuerberater, den Steuerbescheid eines Mandanten erhalten zu haben, ist die Zugangsvermutung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO 1977 auch dann widerlegt, wenn er kein Fristenkontrollbuch führt, sofern nicht weitere Indizien für den Zugang des Bescheides sprechen.

(BFH, Urteil vom 31. 5. 2005 – I R 103/04)

Vorinstanz: FG Düsseldorf (EFG 2005, 85)

– Veröffentlichung in BStBl. II 2005, 623 –

§ 370 AO; § 117 BGB – Steuerhinterziehung; Scheingeschäft

2 1. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des § 117 Abs. 1 BGB verkannt. Nach seinen bisherigen Feststellungen bestand für die Beklagte keine Verpflichtung zur Verzinsung des Darlehens. Dann war insoweit ein Scheingeschäft gegeben. Zwar kann eine bestimmte vertragliche Regelung nicht gleichzeitig als steuerrechtlich gewollt und als zivilrechtlich nicht gewollt angesehen werden. Das aber setzt voraus, dass die steuerlichen Vorteile auf legalem Wege erreicht werden sollen. Ist eine zivilrechtliche Regelung – wie hier vom Berufungsgericht angenommen – von den Parteien nicht ernstlich gewollt, werden aber gegenüber den Finanzbehörden dennoch entsprechende Angaben gemacht, liegt ein Scheingeschäft mit dem Ziel der Steuerhinterziehung vor (vgl. BGHZ 67, 334, 337 f.; Urteile vom 17. Dezember 2002 – XI ZR 290/01 – BGH-Report 2003, 453 unter III; vom 5. Juli 1993 – II ZR 114/92 – ZIP 1993, 1158 unter I a).

3 2. Dieser Rechtsfehler hat sich indes nicht ausgewirkt, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts das Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt. Das Berufungsgericht hat sich die Überzeugung verschafft, dass die Parteien ein zinsloses Darlehen vereinbart haben. Dieses Rechtsgeschäft ist wirksam. Es ist nicht bereits deshalb verwerflich, weil es verdeckt gewesen ist oder weil die vorgelagerte Scheinabrede eine Steuerhinterziehung ermöglichen sollte, solange die Erlangung der Steuervorteile – wie hier – weder der alleinige noch der Hauptzweck der vertraglichen Vereinbarung gewesen ist (vgl. BGHZ 14, 25, 30 f.; Senatsurteil vom 23. Februar 1983 – IVa ZR 187/81 – WPM 1983, 565 unter II I b, 2; Urteile vom 30. April 1986 – VIII ZR 90/85 – NJW-RR 1986, 1110 unter II 2; vom 30. Januar 1985 – VIII ZR 292/83 – WPM 1985, 647 unter 2 b dd).

(BGH, Beschluss vom 2. 11. 2005 – IV ZR 57/05)

Magazin

Politik und Recht

BGH – Pressemitteilung Nr. 175/2005 vom 15.12. 2005

Kein Anspruch des Grundstückseigentümers aus Gewissensgründen gegen den Jagdausübungsberechtigten auf Beseitigung eines Hochsitzes

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass es der Eigentümer eines zu einer Jagdgenossenschaft gehörenden Grundstücks, das weder land- noch forstwirtschaftlich genutzt wird, dem Jagdpächter nicht aus Gewissensgründen untersagen kann, auf dem Grundstück einen Hochsitz und eine Fütterungseinrichtung zu errichten (Urteil vom 15.12. 2005 – III ZR 10/05). In dem zugrunde liegenden Fall hatten die Kläger (Miteigentümer und Nießbrauchsberechtigte eines Grundstücks), die als Veganer aus ethischen Gründen die Jagd auf Tiere gänzlich ablehnen, Beseitigung des ohne ihre Zustimmung erbauten Hochsitzes verlangt; der beklagte Jagdpächter hatte im Wege der Widerklage Duldung seiner jagdlichen Einrichtungen gefordert. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Dem ist der Bundesgerichtshof im Anschluss an ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. April 2005 – 3 C 31/04 – gefolgt. Nach übereinstimmender Auffassung der beiden obersten Bundesgerichte verstößt die im Bundesjagdgesetz bestimmte Mitgliedschaft der Eigentümer von Grundstücken in einer Jagdge-

nossenschaft nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere weder gegen die Gewissensfreiheit (Art. 4 GG), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) oder die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes (Art. 14 GG) noch gegen Vorschriften der Europäischen Menschenrechtskonvention. Der Jagdgegner wird dadurch nicht gezwungen, gegen sein Gewissen die Jagdausübung aktiv zu fördern, sondern er muss sie lediglich passiv hinnehmen. Das zum französischen Jagdrecht ergangene, teilweise abweichende Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 29. April 1999 in der Sache Cassagnou u. a. gegen Frankreich (veröffentlicht in NJW 1999, 3695) ist auf das deutsche Recht nicht übertragbar. Infolgedessen können die Grundstückseigentümer und die zur Nutzung berechtigte Nießbraucherin hier eine nach den maßgebenden Bestimmungen des rheinland-pfälzischen Landesjagdgesetzes gestattete Errichtung eines Hochsitzes nicht verhindern.

Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (BT-Drs. 16/65 vom 10. 11. 05)

Dem Gutachten wurde der Titel gegeben „Die Chance nutzen – Reformen mutig voranbringen“. Man will damit zum Ausdruck bringen, dass die neue Legislaturperiode die Möglichkeit bietet, an den bereits eingeleiteten grundlegenden Reformen auf dem Arbeitsmarkt, in den Systemen der Sozialen Si-

cherung und im Steuersystem anzuknüpfen und sie entschlossen fortzuführen. Die Sachverständigen haben ein Maßnahmenpaket entwickelt, in dessen Zentrum ein beschäftigungs- und wachstumsfreundlicher Umbau des Regelwerks auf dem Arbeitsmarkt und des staatlichen Abgabensystems steht. (Ga)

Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben (BT-Drs. 16/54 vom 4. 11. 05)

Der Gesetzentwurf verfolgt das Ziel der Vereinfachung, Beschleunigung und Stabilisierung der bislang mehrere Jahre in Anspruch nehmenden Planungsprozesse für die Sektoren Mobilität (u. a. aus der Initiative „Luftverkehr für Deutschland“) und Versorgung mit leitungsggebundener Energie. Kernelemente sind: Die frühzeitige und effektive Beteiligung anerkannter und sonstiger Umwelt- und Naturschutzvereinigungen im Anhörungsverfahren zur Planfeststellung, Möglichkeiten zum Verzicht auf Erörterungstermine, Ermittlungserleichterungen gegenüber Grundstücksbetroffenen, Duldungspflicht der Grundeigentümer bzgl. Vorarbeiten zur Vorbereitung der Baudurchführung und die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im ersten und letzten Rechtszug. Die 1. Lesung hat am 16.12. 2005 stattgefunden. (Ga)

Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm (BT-Drs. 16/105 vom 29. 11. 05)

Mit dem Gesetz, das am 1. 1. 2006 in Kraft tritt (BGBl. I 2005, 3682), sollen zur Schaffung möglichst rascher Rechtsklarheit zunächst Maßnahmen umgesetzt werden, die Bürger und Unternehmen in ihrer Dispositionsfreiheit unmittelbar berühren. Vorgesehen sind u. a. Regelungen zum Wegfall der Steuerfreiheit für Abfindungen und Übergangsgelder, zur Abschaffung des Sonderausgabenabzugs für private Steuerberatungskosten sowie zur Abschaffung der degressiven Absetzung für Abnutzungen bei Mietwohngebäuden. (Ga)

Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Übereinkommen der 10 Beitrittsländer zu Europäischen Union vom 14. 4. 2005 (Viertes Beitrittsabkommen zum Schuldvertragsübereinkommen) (BT-Drs. 16/41 vom 3. 11. 05)

Das Schuldvertragsübereinkommen erlaubt den Parteien eines im europäischen Rechtsverkehr geschlossenen Schuldvertrages, das anzuwendende Recht selbst zu bestimmen. Fehlt eine derartige Rechtswahl, unterliegt ein Schuldvertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engste Verbindung aufweist. Das Beitrittsabkommen dient der Wiederherstellung einer einheitlichen Rechtslage. (Ga)

Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Übereinkommen Nr. 172 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 25. 6.1991 über die Arbeitsbedingungen in Hotels, Gaststätten und ähnlichen Betrieben (BR-Drs. 791/05 vom 4. 11. 05)

Das Übereinkommen Nr. 172 über die Arbeitsbedingungen in Hotels, Gaststätten und ähnlichen Betrieben hat zum Ziel, die Arbeitsbedingungen, insbesondere hinsichtlich der Arbeits- und Ruhezeiten und des Anspruchs auf ein Grundgehalt, für Arbeitnehmer in den genannten Kategorien zu verbessern. Die Anforderungen, die das Übereinkommen in den genannten Betrieben stellt, sind in der Bundesrepublik Deutschland durch die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes, des Nachweisgesetzes, des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, des Bundesurlaubsgesetzes und der Gewerbeordnung sowie durch die im Hotel- und Gaststättenbereich geltenden Tarifverträge, Betriebsordnungen und Arbeitsverträge erfüllt. (Ga)

Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BT-Drs. 16/31 vom 3. 11. 05)

Das Bundesdatenschutzgesetz legt für alle nicht öffentlichen Stellen fest, dass Verfahren zur automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten vor ihrer Inbetriebnahme grundsätzlich der zuständigen Aufsichtsbehörde zu melden sind. Das Gesetz soll dahingehend geändert werden, dass sowohl für das Entstehen der Meldepflicht als auch für die Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten die Mindestzahl von bisher höchstens vier auf nunmehr höchstens neunzehn Arbeitnehmer erhöht werden soll. Außerdem soll eine Regelung bestimmen, dass interne und externe Datenschutzbeauftragte die gleichen Aufgaben, Rechte und Pflichten haben und besondere Geheimhaltungspflichten der zu kontrollierenden verantwortlichen Stelle der Ausübung der Tätigkeit des externen Datenschutzbeauftragten nicht entgegenstehen. (Ga)

Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über den Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen und zur Änderung weiterer Gesetze (BT-Drs. 16/39 vom 3. 11. 05)

Das Gesetz, mit dem die Ausweitung des Ausgleichsverfahrens „U2“ auf alle Arbeitgeber verfolgt wird, sieht folgende Maßnahmen vor: Erstattung der Aufwendungen der Arbeitgeber für Mutterschaftsleistungen unabhängig von der Zahl ihrer Beschäftigten, Teilnahme aller Krankenkassen an den Umlageverfahren und Ausgleich der Kosten auch für die Entgeltfortzahlung bei Angestellten. Die 2./3. Lesung hat am 16.12. 2005 stattgefunden. Das Gesetz ist zum 1. Januar 2006 in Kraft getreten (BGBl. I 2005, 3686). (Ga)

**BMJ-Newsletter vom 25.11. 2005
www.gesetze-im-internet.de**

Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat heute im Rahmen des Festaktes zum 20-jährigen Jubiläum der juris GmbH den öffentlichen Zugang auf alle Gesetze und Rechtsverordnungen des Bundes im Internet freigeschaltet.

„Unter www.gesetze-im-internet.de stellt das Bundesjustizministerium in einem gemeinsamen Projekt mit der juris GmbH Bürgerinnen und Bürger das gesamte aktuelle Bundesrecht kostenlos bereit. Bislang war eine Auswahl von etwa 750 Gesetzen und Verordnungen abrufbar, ab sofort sind auf den Webseiten rund 5.000 Gesetze und Rechtsverordnungen des Bundes in der aktuell geltenden Fassung barrierefrei verfügbar“, sagte Zypries.

Das Angebot www.gesetze-im-internet.de ergänzt die E-Government-Initiative BundOnline 2005 der Bundesregierung im Bereich der Rechtsinformation. BundOnline 2005 ist ein wichtiger Bestandteil der Verwaltungsmodernisierung. Nach einer umfassenden Bestandsaufnahme hatte die rot-grüne Bundesregierung am 14. November 2001 einen konkreten Umsetzungsplan für das gesamte Dienstleistungsspektrum der Bundesverwaltung beschlossen. BundOnline 2005 ist eines der erfolgreichsten IT-Projekte der Bundesverwaltung und hat sein für En-

Neu:
Stellenanzeigen
Wortanzeigen
Werbeanzeigen
Unsere Anzeigenpreisliste 2/2005
im Internet: www.prewest.de
oder gemailt: info@prewest.de
oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

de 2005 avisiertes Ziel deutlich früher als geplant erreicht. Schon seit Ende August 2005 können über 376 Dienstleistungen der Bundesbehörden im Internet genutzt werden.

„Dank BundOnline 2005 können Bürger und Wirtschaft die Dienstleistungen der Bundesverwaltung einfacher, schneller und kostengünstiger in Anspruch nehmen und seit heute gibt es das komplette Bundesrecht online dazu“, sagte Zypries.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 30.11.2005

Bundeskanzlerin stellt sich vor die Kommunen Die unionsgeführte Bundesregierung engagiert sich für die berechtigten Interessen der Kommunen

Zur Regierungserklärung von Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Mit ihrer Regierungserklärung setzt Bundeskanzlerin Angela Merkel ein wichtiges Signal an die Städte, Gemeinden und Landkreise in Deutschland: Die unionsgeführte Bundesregierung engagiert sich für die berechtigten Interessen der Kommunen. Zur Wiederherstellung von Planungssicherheit für die kommunalen Haushalte stellt sie Konnexität, Ausgabenentlastung, Verschlinkung und Entbürokratisierung in das Zentrum ihres Handelns.

Die Bundesregierung weiß, dass Deutschland für die Bewältigung der großen gesamtgesellschaftlichen Aufgaben auf starke und handlungsfähige Kommunen angewiesen ist. Neben der Integration von Zuwanderern in unsere Gesellschaft, der städtebaulichen Anpassung an die demografische Entwicklung und dem Ausbau der Kinderbetreuung steht dabei auch der notwendige Ausbau und die Pflege der Infrastruktur des Standorts Deutschland im Vordergrund.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 17.11.2005

Integration als gesamtgesellschaftliche Herausforderung Bundespolitik muss die Kommunen bei dieser schwierigen und komplexen gesamtgesellschaftlichen Aufgabe unterstützen

Zu den integrationspolitischen Zielen der großen Koalition und zu dem Bundesprogramm Soziale Stadt erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Die Entwicklungen in Frankreich zeigen eindringlich, dass zur langfristigen Stabilisierung des sozialen Friedens, der inneren Sicherheit und der Schaffung eines lebens- und investitionsfreundlichen Klimas auch und besonders die Integration von Zuwanderern in unsere Gesellschaft gehört. Auch in Deutschland führen schwerwiegende soziale und ökonomische Missstände in Problemgebieten in immer mehr Kommunen zu stark unterschiedlichen Entwicklungen von Stadtteilen.

Integration ist eine Querschnittsaufgabe vieler Politikbereiche, die letztlich nur lokal bzw. regional und vor Ort bewältigt werden kann. Die Bundespolitik muss die Kommunen bei dieser schwierigen und komplexen gesamtgesellschaftlichen Aufgabe unterstützen.

Deshalb haben sich Union und SPD im Koalitionsvertrag auf die nachhaltige Überwindung von Parallelgesellschaften verständigt und die wirksame Integration von Ausländern und Aussiedlern in die deutsche Gesellschaft zu einem Schwerpunkt der Politik der neuen Bundesregierung erklärt. Die Integrationsmaßnahmen auf Bundesebene sollen beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gebündelt und dieses damit als Kompetenzzentrum für Integration gestärkt werden.

Mit dem Bundesprogramm „Stadtteile mit besonderem Entwicklungsbedarf - die soziale Stadt“ wurde ein nutzbarer Ansatz entwickelt, der die Voraussetzungen für ressortübergreifendes Handeln sowie für die Bündelung der Ressourcen ge-

schaffen hat. Vor allem sollen Maßnahmen zur Verbesserung der Wohn- und Arbeitsbedingungen sowie zur Schaffung und zum Erhalt stabiler Bewohnerstrukturen unterstützt werden.

Wir werden dieses Programm sinnvoll weiterentwickeln und effektiver gestalten. So ist beispielsweise zu klären, inwieweit vorhandene Stadtteilparlamente mit eigenen Budgets für Projekte und Maßnahmen zur besseren Identifikation der Bewohner mit ihrem Stadtteil, zum Aufbau stabiler nachbarschaftlicher Netze, zur Koordinierung lokaler Akteure und zur Unterstützung der Programmdurchführung forciert werden kann.

Städte- und Gemeindebund NRW Pressemitteilung 45/2005 vom 7.12.2005

Bürokratisches Monstrum am Ende Städte- und Gemeindebund NRW begrüßt Absicht der Landesregierung, das Tariftreuegesetz aufzuheben

Die Zusage von NRW-Wirtschaftsministerin Christa Thoben, das Tariftreuegesetz aufzuheben, stößt auf ungeteilte Zustimmung bei den Kommunen in NRW. „Hier wird - endlich - ein bürokratisches Monstrum zu Fall gebracht und der wirtschaftspolitischen Vernunft zum Durchbruch verholfen“, kommentierte der Hauptgeschäftsführer des Städte- und Gemeindebundes NRW, Dr. Bernd Jürgen Schneider, diese Entwicklung. Seit Jahr und Tag hat sich der kommunale Spitzenverband für die Abschaffung dieses Gesetzes stark gemacht, da trotz erheblichem Verwaltungsaufwand die erhoffte Wirkung ausgeblieben ist.

Mit dem Tariftreuegesetz soll sichergestellt werden, dass Firmen, wenn sie für Kommunen tätig werden, die am Einsatzort geltenden Tarifverträge einhalten. Damit soll Lohndumping durch Beschäftigung von Subunternehmen oder Arbeitern aus Niedriglohnländern verhindert werden. Für die Städte und Gemeinden bedeutete dies, dass sie von den Unternehmen eine Erklärung zur Einhaltung der Tarifverträge verlangen und diese auch kontrollieren müssten. „Damit war und ist die Verwaltung der Kommunen angesichts des europäischen Binnenmarktes eindeutig überfordert“, machte Schneider deutlich. Ein Gesetz, dessen Regelungen schlechterdings nicht zu kontrollieren seien, sei aber überflüssig.

Ohnehin hatte der Bundesgerichtshof bereits erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Tariftreuegesetzes geäußert. Auch die Europäische Kommission hatte festgestellt, dass dieses Gesetz im Grundsatz europäischem Recht widerspricht.

Nach wie vor - so Schneider - unterstützten die Städte und Gemeinden in NRW die Ziele des Tariftreuegesetzes, nämlich Garantie tarifgebundener Entlohnung für die Beschäftigten von Firmen, die öffentliche Aufträge abwickelten. Nur sei dieses Ziel besser über das bundesweit geltende Mindestlohngesetz zu erreichen, stellte Schneider klar.

Wirtschaftsförderliche Verwaltungs- und Baugenehmigungsverfahren

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) hat im Jahr 2003 Rambøll Management GmbH, Hamburg, beauftragt, das am Beispiel der Stadt Offenbach erprobte wirtschaftsförderliche Verwaltungs- und Baugenehmigungsverfahren, welches in der Vergangenheit durch das RKW mit Unterstützung des BMWA untersucht wurde, durch Veranstaltungen

„Netzwerk GuT“

Anfragen: info@prewest.de

in den Ländern bekannt zu machen und durch weitere gute Beispiele zu ergänzen. Das Projekt ist zwischenzeitlich abgeschlossen.

In den Jahren 2003/2004 wurden insgesamt zehn Regionalworkshops im gesamten Bundesgebiet durchgeführt. Das Ergebnis dieses Forschungsprojekts ist das nunmehr vorliegende Handbuch mit der Übersicht der „Good Practice-Kommunen“. Dieses Handbuch ist als praxisorientierter Leitfaden zu verstehen, der von Kommunen genutzt werden kann, die sich auf den Weg zu mehr Wirtschaftsförderlichkeit begeben möchten.

Der Leitfaden steht auf der Internet-Seite des BMWA (www.bmwa.bund.de) in den Rubriken „Service“/„Bestellservice“ (Erscheinungsdatum August 2005) als dreiteiliger Download zur Verfügung. Der Download ist kostenlos. Weitere Informationen bei Jochen Puth-Weissenfels, Tel. 01888/615-7504, per E-Mail: jochen.puth-weissenfels@bmwa.bund.de. Weitere Informationen auch unter www.ramboll-management.de.

Quelle: EildStNRW 18.11. 2005

Rede des Bundesministers für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Wolfgang Tiefensee, im Rahmen der Aussprache zur Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vor dem Deutschen Bundestag am 1. Dezember 2005 in Berlin

Hinw. d. Red.: Der Redetext kann bis zum 10. 2. 2006 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 23.11. 2005

Nein der EU-Verkehrspolitiker zu „Port Package II“ staerkt Seehäfen

Zur Ablehnung der geplanten Richtlinie ueber den Marktzugang fuer Hafendienste durch den Verkehrsausschuss des Europaeischen Parlaments erklart der verkehrspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Uwe Beckmeyer:

Das Nein der Bruesseler Verkehrspolitiker zu „Port Package II“ ist ein Votum fuer die europaeischen Seehaefen. Mit der Entscheidung des Verkehrsausschusses, den Richtlinienentwurf der Europaeischen Kommission zur Hafenliberalisierung abzulehnen, ist ein wichtiges Etappenziel erreicht.

Die geplante Richtlinie schadet den Interessen der deutschen und der europaeischen Hafenwirtschaft. Erklartes Ziel der Kommission ist es gewesen, durch das so genannte „Port Package II“ den diskriminierungsfreien Zugang zum Markt fuer Hafendienste zu gewaehrleisten. Doch in der vorliegenden Form bewirkt der Vorschlag das Gegenteil: Wettbewerbsverzerrungen, mangelnde Planbarkeit und erhoelte Kosten.

„Port Package II“ stellt nicht nur eine Investitionsbremse dar, weil sich die Investitionen der Hafenwirtschaft aufgrund ver-

kuerzter Konzessionslaufzeiten kuenftig schneller amortisieren muessten und zugleich der buerokratische Aufwand steigt. Durch die Notwendigkeit, bereits bestehende Genehmigungen fuer Hafendienste neu auszuschreiben, gibt es fuer die bisherigen Miet- und Pachtvertraege auch keinen Bestandsschutz mehr. Die Folge waere ein knallharter Verdraengungskampf durch kapitalkraeftige Monopolisten, die ihr Geld ausserhalb Europas verdienen. Die europaeischen Seehaefen haetten das Nachsehen. Zudem droht durch den Kommissionsentwurf eine dramatische Verschlechterung der Arbeitsbedingungen fuer die Beschaeftigten im Hafen.

Es ist unverstaendlich, dass die Kommission einen Vorschlag auf den Tisch gelegt hat, der in weiten Teilen dem im Europaeischen Parlament und Rat gescheiterten ersten Entwurf aus dem Jahre 2003 entspricht. Mehr noch: Das jetzige Papier stellt sogar eine Verschlechterung dar – mit deutlich verschaefteten Regelungen gegenueber den im Vermittlungsausschuss erzielten Ergebnissen.

Die endgueltige Entscheidung ueber die Richtlinie liegt nun beim Plenum des Europaeischen Parlaments, das Mitte Januar sein Votum ueber die Ursprungsfassung der Richtlinie abgeben wird. Die SPD wird sich mit aller Kraft dafuer einsetzen, dass die von der Kommission geplanten Regelungen nicht umgesetzt werden.

Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 7. November 2005 eingegangenen Antworten der Bundesregierung (BT-Drs. 16/62)

11. Abgeordneter Ernst Hinsken (CDU/CSU)

Wie viele **neue Betriebe** gibt es **seit** Bestehen der Niederlassungsfreiheit für selbständige Einzelunternehmer im Zusammenspiel mit der **Novellierung der Handwerksordnung** prozentual und nominal bei den Fliesenlegern, Gebäudereinigern sowie Parkettlegern, und wie viele der Inhaber stammen aus den neuen osteuropäischen EU-Staaten?

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr. Ditmar Staffelt vom 10. November 2005

Vom 1. Januar 2004 bis 30. Juni 2005 wurden nach Angaben des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH) im Saldo 42 121 Betriebe nach der Anlage B1 der HwO (zulassungsfreies Handwerk) gegründet. Eine Aufteilung nach der Rechtsform erfolgt nicht. Andere Daten stehen der Bundesregierung nicht zur Verfügung.

Nach den ZDH-Angaben sind in den sog. B1-Handwerken in den letzten eineinhalb Jahren im Saldo 6319 Betriebe von Personen aus den mittel- und osteuropäischen Beitrittsstaaten gegründet worden. Dies entspricht einem Anteil von 5,4% aller Betriebe der Anlage B1 (Stand 30. Juni 2005).

Die Einzelheiten, auch bezogen auf die erfragten Gewerke, können der [untenstehenden] Tabelle entnommen werden:

Handwerkszweig	Bestand am 01. 01. 2004 (in %)	Bestand am 01. 01. 2005 (in %)	Bestand am 30. 06. 2005 (in %)	Betriebe mit Inhabern aus den EU-Beitrittsländern*) (Eintragungen 01. 05. 2005–30. 06. 2005) Bestand am 30. 06. 2005 (Vergleich in % zum Gesamtbestand 30. 06. 2005)
Fliesen-, Platten- und Mosaikleger	12 401 (100)	25 545 (206)	32 377 (261)	4 022 (12,4)
Parkettleger	1 771 (100)	2 924 (165)	3 587 (203)	166 (4,6)
Gebäudereiniger	6 874 (100)	13 143 (191)	16 564 (241)	1 532 (9,2)
insgesamt Entwicklung des Betriebsbestandes im Handwerk (Anlage B1)	74 940 (100)	102 568 (137)	117 061 (156)	6 319 (5,4)

*) Beitrittsländer: Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn und Zypern.

Die Eintragungen der osteuropäischen Betriebe konzentrieren sich mit weitem Abstand auf die Gewerke der Fliesen-, Parkett- und Mosaikleger und Gebäudereiniger, gefolgt von Raumausstattern, Estrichlegern sowie Parkettlegern.

Auf der Homepage des ZDH (www.zdh.de) können die Daten für alle Gewerke, auch nach Bundesländern, abgerufen werden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 125/2005 vom 15.12.2005

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der alten Handwerksordnung zum Meisterzwang

Die Verfassungsbeschwerde eines gelernten Zimmerers mit langjähriger Berufserfahrung hatte Erfolg. Dieser hatte sich nach erfolgreichem Gesellenabschluss und zehnjähriger beruflicher Tätigkeit im Jahr 1999 in die Handwerksrolle mit dem Gewerbe „Einbau von genormten Baufertigteilen“ eintragen lassen. Die zusätzlich beantragte Eintragung für Zimmererarbeiten wurde wegen der fehlenden Meisterprüfung abgelehnt. Gleichwohl erbrachte der Beschwerdeführer durch seinen Betrieb von 1998 bis 2001 Zimmerer- und Dachdeckerarbeiten, wobei er Umsatzerlöse von 1 Mio. Euro erzielte. Hiergegen schritt die zuständige Behörde ein. Rechtsmittel des Beschwerdeführers blieben erfolglos. Auf seine Verfassungsbeschwerde hin hob die 3. Kammer des Ersten Senats die angegriffenen gerichtlichen Beschlüsse auf, da sie den Beschwerdeführer in seiner Berufsfreiheit verletzen (Beschluss vom 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Grundlage der angegriffenen Maßnahmen sind die Vorschriften der bis 2003 geltenden Handwerksordnung über den Meisterzwang. Danach ist der selbständige Betrieb eines Handwerks nur den in die Handwerksrolle Eingetragenen gestattet. Eingetragen in die Handwerksordnung wurde grundsätzlich nur, wer die Meisterprüfung bestanden hatte. Das Bundesverfassungsgericht hatte jedoch schon in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1961 verdeutlicht, dass von der Möglichkeit Ausnahmen zuzulassen, großzügig Gebrauch gemacht werden soll. Die Erteilung einer solchen Ausnahmegewilligung war in der Situation des Beschwerdeführers nicht ausreichend geprüft worden. Es bestehen zudem Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des früher geltenden Rechts. Wegen der veränderten rechtlichen und wirtschaftlichen Situation ist zweifelhaft, ob die Regelung der alten Handwerksordnung in dem hier maßgeblichen Zeitraum noch verhältnismäßig war. Die wachsende Konkurrenz aus dem EU-Ausland lässt daran zweifeln, ob der große Befähigungsnachweis zur Sicherung der Qualität der in Deutschland angebotenen Handwerkerleistungen noch geeignet sein konnte. Es stellt sich die Frage, ob der hohe zeitliche und finanzielle Aufwand, den die Meisterprüfung erfordert, zumutbar ist, wenn Handwerker aus dem EU-Ausland für ein selbständiges Tätigwerden in Deutschland lediglich eine mehrjährige Berufserfahrung mit herausgehobener beruflicher Verantwortung benötigen, nicht dagegen eine dem Meistertitel entsprechende Qualifikation. Auch soweit der Gesetzgeber das Ziel der Ausbildungssicherung verfolgt, bestehen Zweifel an der Erforderlichkeit des Meisterzwangs. Dass es nicht zwingend ist, die Ausbildung ausschließlich Handwerksmeistern anzuvertrauen, könnte aus der Neuregelung des Handwerksrechts folgen. Nach der seit 2004 geltenden Fassung der Handwerksordnung sind unter bestimmten Voraussetzungen auch berufserfahrene Gesellen zur Ausbildung geeignet.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 15.12.2005

Weitere Liberalisierung der Handwerksordnung geboten

Zu dem heute veröffentlichten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu der Verfassungsbeschwerde eines Zimme-

rs, der sich durch die alte Handwerksordnung in seiner Berufsfreiheit verletzt sah, erklärt der wirtschaftspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Rainer Wend:

Die Zweifel des Bundesverfassungsgerichts an der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der alten Handwerksordnung zum Meisterzwang zeigt zweierlei:

1. Das neue Handwerksrecht war ueberfaellig und notwendig. Ein Zurueck zum alten Meisterzwang kann es nicht geben.

2. Bei der im Koalitionsvertrag vereinbarten Evaluierung der 2004 in Kraft getretenen Novelle der Handwerksordnung werden die im Urteil dargelegten Gruende fuer die Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs sorgfaeltig beachtet werden muessen.

Wir werden nach diesem Beschluss aus Karlsruhe die Ueberpruefung des Gesetzes zuegig in Angriff nehmen und notwendige Aenderungen schnell umsetzen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16.12.2005

Reform der Handwerksordnung fortsetzen

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Meisterzwang erklärt der stellvertretende Sprecher der AG Wirtschaft und Technologie der SPD-Bundestagsfraktion, Christian Lange:

Kern der Begrueendung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 05. Dezember 2005 sind die „veraenderten rechtlichen und wirtschaftlichen Umstaende“, namentlich die „wachsende Konkurrenz aus dem EU-Ausland“, die Zweifel an der Geeignetheit und Zumutbarkeit und damit an der Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs hervorrufen.

Es geht jetzt darum, den Blick nach vorne zu richten.

Der Koalitionsvertrag sieht eine Evaluierung der Handwerksordnungs-Novelle 2004 vor. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes kann es jetzt nicht mehr um einen – von manchen beabsichtigten – „rollback“ in alte Zeiten der Zunftordnung gehen. Die von Rot-Gruen begonnenen Reformen muessen auch hier zum Abschluss gebracht werden.

Der Meisterbrief wird nicht abgeschafft oder ausgehoehlt sondern als Qualetaetsnachweis sogar noch gestaerkt – aber nur auf freiwilliger Basis. Der Zugang zum Markt muss fuer jedermann frei sein, ueber seine Akzeptanz entscheiden dann die Kunden – und nicht mehr die Konkurrenten. Die Qualetaet der Berufsausbildung wird nach den im Bereich der Industrie- und Handelskammern seit vielen Jahrzehnten bewaehrten Regeln einheitlich fuer die gesamte Wirtschaft gesichert und ueber die Gefahrenabwehr wachen – ebenfalls seit Jahrzehnten erfolgreich – die Berufsgenossenschaften.

Dies wird das Entstehen vieler gesunder mittelstaendischer Existenzen foerdern – wie die sehr positive Entwicklung der „handwerksaehnlichen Gewerbe“ seit 1965 nachdruecklich belegt. Fuer viele ist dies der einzige Weg aus der Langzeitarbeitslosigkeit Aelterer in eine geachtete, befriedigende und ertragreiche selbstaendige Existenz.

Wer weiß?

Die Frage an Fachleute.

Geben Sie die Antworten:

in Aufsätzen, Urteilsmitteilungen,
Anmerkungen.

Unsere Adressen? Stehen im Impressum.

KfW-Pressemeldung vom 16.12.2005 Gründungen aus der Arbeitslosigkeit: Nur geringe Impulse für Beschäftigung

Gründungen aus der Arbeitslosigkeit schaffen weitaus weniger Arbeitsplätze als andere Unternehmensgründungen. Zu diesem Ergebnis kommt eine gemeinsame Studie der KfW Bankengruppe und des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), die erstmals seit Einführung der „Ich-AG“ Gründungen aus der Arbeitslosigkeit auf repräsentativer empirischer Basis analysiert.

Etwa drei Viertel der von vormals Arbeitslosen gegründeten Unternehmen sind Ein-Mann-Betriebe, die durchschnittliche Mitarbeiterzahl liegt bei 2,0. Zum Vergleich: Bei allen anderen Neugründungen handelt es sich bei weniger als der Hälfte um Ein-Mann-Betriebe, die durchschnittliche Mitarbeiterzahl liegt bei 3,9. Arbeitslose gründen darüber hinaus relativ häufig in den wenig kapitalintensiven Branchen (z. B. Bau- und Ausba Handwerk, unternehmensnahe Dienstleistungen). Untersucht wurden die Gründungsjahrgänge 2003 und 2004.

Vormals arbeitslose Gründer unterscheiden sich der Untersuchung zufolge hinsichtlich Alter, Geschlecht und Bildung kaum von anderen Gründern. Sie verfügen jedoch über ein deutlich niedrigeres Haushaltseinkommen und die eigenen finanziellen Ressourcen bestimmen die Selbständigkeitsentscheidung stärker als bei anderen Gründern. Dies kann jedoch ihre geringere Neigung, zu investieren und Mitarbeiter einzustellen, nicht vollständig erklären. Einige Indikatoren sprechen dafür, dass die Gründungsentscheidung Arbeitsloser stärker dadurch motiviert ist, der Arbeitslosigkeit zu entkommen, als durch den Wunsch, eine eigene Geschäftsidee erfolgreich zu realisieren. Solche Gründer sind daher bestrebt, das finanzielle Risiko möglichst gering zu halten. Auch der Anreiz, durch den Weg in die mit Überbrückungsgeld oder Existenzgründungszuschuss geförderte Selbständigkeit den Anspruch auf Transferleistungen zu verlängern, spielt offenbar eine Rolle bei ihrer Gründungsentscheidung.

Die gesamtwirtschaftliche Wirkung von Gründungen aus der Arbeitslosigkeit hinsichtlich der Schaffung von Beschäftigung, der Förderung des Strukturwandels und der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft sollte den Ergebnissen der Studie zufolge daher zurückhaltend eingeschätzt wer-

den. Folgende Schlussfolgerungen lassen sich aus der Untersuchung ziehen:

Für eine effizientere Förderung ist es notwendig, arbeitslose Gründer, die ein tragfähiges Geschäftskonzept haben, von solchen unterscheiden zu können, die mit der Gründung in erster Linie eine Verlängerung ihres Anspruchs auf Transferleistungen bezwecken. Ein wichtiger, allerdings nicht ausreichender Schritt war hier die Verschärfung der Förderbedingungen für den Existenzgründungszuschuss, die nun wie beim Überbrückungsgeld die Vorlage eines Geschäftsplans verlangen.

Als weiterer Schritt wäre über die Vergabe der Förderung auf Basis eines (zumindest teilweise) rückzahlbaren Zuschusses nachzudenken. Die Verpflichtung zur Rückzahlung dürfte eine sorgfältigere Prüfung der Tragfähigkeit des Geschäftskonzepts seitens der Gründer bewirken. Zudem sollten sich auf diese Weise Mitnahmeeffekte erheblich reduzieren lassen.

Bundeskartellamt:

Bekanntmachung Nr. 59/2005 über einen Antrag auf Anerkennung der Wettbewerbsregeln des Rings Deutscher Makler, Landesverband Berlin und Brandenburg e.V.

Vom 8. Dezember 2005

Der Ring Deutscher Makler, Landesverband Berlin und Brandenburg e.V., Potsdamer Straße 143, 10783 Berlin, hat mit Schreiben vom 11. November 2005 nach § 24 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Anerkennung seiner Wettbewerbsregeln im Bundeskartellamt beantragt.

Hinsichtlich des Wortlauts der Wettbewerbsregeln wird auf die Bekanntmachung Nr. 59/63 des Bundeskartellamtes vom 13. September 1963 (BAnz. Nr. 178 vom 24. September 1963) Bezug genommen.

Wer von diesen Wettbewerbsregeln betroffen ist, kann hier zu Stellung nehmen und Einwendungen erheben. Die Äußerungen sind bis zum 31. Januar 2006 an das Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, zu richten.

Bonn, den 8. Dezember 2005 – B1 – 70310 – W 263/05

Bundeskartellamt 1. Beschlussabteilung

Quelle: BAnz v. 22.12.2005

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47 63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de> e-mail: info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 2/2005.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Am Quirinushof 20, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54, Telefax 021 33 / 22 04 29, ISDN 021 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de, Internet: www.kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 021 31 / 1 24 74-0, Telefax 021 31 / 1 24 74-20, e-mail: koch-druckerei@t-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 €, Doppelheft 15,00 €, jew. zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 95,23 € (einschl. 9,- € Versand und 6,23 € MwSt), zahlbar zu Beginn des Abonnementzeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 380 500 00), Konto 36 207 645. Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder.

Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung zu gewerblichen Zwecken.

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

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

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

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt werden, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressummeldung oder Nachsendeantrag bei der Post sind seit 1. 7. 2005 nicht ausreichend. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Bücher und Veröffentlichungen

Mietrecht und Mietprozessrecht-ABC, CD-ROM, Gesetz und Rechtslexikon, Stand 27.9.2005. Herausgegeben vom *KVV Kölner Vermieterverein e.V.*, bearbeitet von RA *Lothar Spatz*. 1. Auflage, Köln 2005. CD-ROM, 24,50 EUR.

Die CD-ROM mit einer elektronischen Hypertext-Darstellung bietet ein Rechtslexikon, das neben der mietrechtlichen Rechtslage auch Bereiche des allgemeinen Zivilrechts kommentiert. Daneben werden auch mietprozessrechtliche Fragen erläutert. Aufgrund einer Vielzahl von Hypertext-Sprungmarken wird die Stichwortsuche zu einem komfortablen Nachschlagewerk für Juristen und Verbraucher. Juristische Begrifflichkeiten und Problemfelder werden mittels optischer Hervorhebung der neuen Rechtsprechung inklusive umfassender Fundstellennachweise praxisgerecht und anschaulich präsentiert. Ergänzend beinhaltet die CD-ROM die wichtigsten mietrechtlichen Gesetze und Verordnungen auf dem aktuellen Stand. Dem Autor, der Leiter der Rechtsabteilung des KVV ist, ist eine praktische Alternative zu Nachschlagewerken in Schriftform gelungen. (Ga)

Vermieter-Lexikon Der Ratgeber für die tägliche Praxis inkl. CD-ROM. Von RA *Rudolf Stürzer* – Vorsitzender Haus und Grund München – und RA *Michael Koch*, 8. Auflage, München 2004. Broschur, 850 Seiten, DIN A 5, ISBN 3-448-06147-6, 24,90 EUR. Haufe Mediengruppe, München.

Das Rechtslexikon erklärt insgesamt 250 Stichwörter des Wohn- und Geschäftsraummietrechts. Entsprechend ihrer Bedeutung nehmen Ausführungen zur Mieterhöhung, Kündigung und zu den Betriebskosten breiten Raum ein. Berücksichtigt sind die ab dem 1.1.2004 geltenden Bestimmungen der Betriebskosten- und Wohnflächenverordnung, die auch auf der beiliegenden CD-ROM enthalten sind. Außerdem bietet die CD ein spezielles Nachbarrechts-Lexikon. (Ga)

Das Vermieter-Praxishandbuch inkl. CD-ROM. Von RA *en Rudolf Stürzer* – Vorsitzender des Haus und Grundbesitzervereins München, *Michael Koch*, *Birgit Noack* und *Martina Westner* – Beraterinnen beim Haus- und Grundbesitzerverein Mün-

chen mit Schwerpunkt Mietrecht –, 1. Auflage, München 2004. Broschur, 392 Seiten, ISBN 3-448-06005-4, 29,80 EUR. Haufe Mediengruppe, München.

Der Ratgeber informiert den Vermieter von Wohn- und Gewerberaum - als juristisch interessierten Laien - nicht nur über die Rechtslage und gibt einige nützliche Verhaltenstipps, sondern hilft ihm auch, in jeder Phase des Mietverhältnisses die richtigen Formulierungen zu finden. Hierzu bietet das Buch 35 Musterbriefe, 14 Formulare und 4 Vertragsmuster mit entsprechenden Kommentierungen, die auch auf der beiliegenden CD-ROM enthalten sind und in die Textverarbeitung übernommen werden können. Ferner enthält die CD das Nebenkosten-Abrechnungsprogramm Easy 4.0. (Ga)

Verkehrswertermittlung von bebauten und unbebauten Grundstücken Fallstudien. Von Dipl.-Ing. Dr. *Roland Fischer*, Dipl.-Ök. Prof. habil. *Hans-Jürgen Lorenz*, Dipl.-Ing. *Matthias Biederbeck* und Dipl.-Ing. *Bernd Astl*, Köln 2005. 528 Seiten, 16,5 × 24,4 cm, gebunden 74,00 EUR. Bundesanzeiger Verlagsges. mbH, Köln.

Das Buch richtet sich an Praktiker und angehende Immobiliensachverständige mit Vorkenntnissen in der Bewertungstheorie. Alle Fallstudien basieren auf tatsächlichen Gutachten aus der Bewertungspraxis der Autoren. Die Fälle sind didaktisch aufbereitet mit ausführlicher Darstellung der Berechnungsalgorithmen und Lösungswege in Gutachtenform. Dabei werden sowohl gängige Wertermittlungsmethoden als auch neue Methoden der Verkehrswertermittlung vorgestellt. Die Fallstudien sind übersichtlich gelungen und bieten ein breites Spektrum an Bewertungsfällen der Immobilienwirtschaft, der gewerblichen und privaten Haus- und Grundstücksbewertung, der Landwirtschaft und der Verkehrswertermittlung bei Infrastrukturmaßnahmen. (Ga)

Rechtstatsächliche Untersuchung zum Gewaltschutzgesetz Begleitforschung zum Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung. Im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz. Von Dr. *Marina Rupp*, Köln 2005. 336 Seiten, 16,5 × 24,4 cm, 34,00 EUR. Bundesanzeiger Verlagsges. mbH, Köln.

Menschen sicheren Wohnraum und eine Existenz zu verschaffen und damit das Leben menschenwürdig zu gestalten, ist Auftrag der DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. Für die betroffenen Familien wie für ihre Spender und Förderer ist sie ein zuverlässiger und kompetenter Partner. Die DESWOS realisiert seit 35 Jahren Projekte der Entwicklungszusammenarbeit in Ländern Afrikas, Asiens und Lateinamerikas, um Menschen gezielt zu helfen.



DESWOS

Es schafft Geborgenheit und Sicherheit. Es fördert Selbstbewusstsein und soziale Stärke. Bitte unterstützen Sie die Projektarbeit der DESWOS.

DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V., Gustav-Heinemann-Ufer 84–88, 50968 Köln, www.deswos.de
Stadtsparkasse Köln, Kontonummer 660 22 21, BLZ 370 501 98 (Spenden absetzbar)

Im Vordergrund steht der Bau einfacher und sicherer Häuser in Selbsthilfe. Die Menschen selbst planen die Bauprojekte mit fachlicher Unterstützung durch erfahrene Partnerorganisationen der DESWOS aus den jeweiligen Ländern. Die Betroffenen schließen sich in Gruppen zusammen und errichten gemeinsam die Häuser.

Mit der DESWOS gibt die deutsche Wohnungswirtschaft notleidenden Menschen ein menschenwürdiges Zuhause und eine realistische Perspektive für die Zukunft. Das bedeutet mehr als nur eine kurzfristige Hilfsaktion.



Sparen auch Sie bis zu 50.000,- € durch Eigenleistung!

YTONG Bausatzhaus
Rhein-Sieg-Oberberg GmbH
Dipl.-Ing. Johannes Hermann
Tel. 02205/88321

YTONG@YTONG-Rhein-Sieg.de
www.ytong-bausatzhaus.de/Rhein-Sieg



GuT

G 58438

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

Verordnung zur Festlegung einer Veränderungssperre zur Sicherung der Standorterkundung für eine Anlage zur Endlagerung radioaktiver Abfälle im Bereich des Salzstocks Gorleben (Gorleben-Veränderungssperren-Verordnung - GorlebenVSpV) vom 25. Juli 2005, Bundesanzeiger vom 16. August 2005, Beilage Nummer 153a.

Die Veränderungssperre betrifft den Untergrund. Sie ist für die nächsten zehn Jahre verordnet. Das Planungsgebiet ist auf 2 Übersichtskarten und 37 Liegenschaftskarten, die in Gorleben bei der zuständigen Stelle des Bundesamts für Strahlenschutz während der Dienststunden eingesehen werden können, verzeichnet. Bei der Bundesanzeiger Verlagsges. in Köln sind Verordnungstext und Karten in einer Mappe zum Preis von 89,00 EUR zu kaufen. (vS)

Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Anwendung des Einkommensteuerrechts (Einkommensteuer-Richtlinien 2005 – EStR 2005 –) vom 16.12.2005. Bundessteuerblatt Teil I, Sondernummer 1/2005, vom 23.12.2005. Einzelpreis 4,- EUR zzgl. Versand. Stollfuß Verlag, Bonn Berlin.

Programm des Instituts für Städtebau Berlin

Das Institut für Städtebau Berlin der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung hat sein neues Kursprogramm für Herbst und Winter 2005/2006 vorgestellt. Eine Übersicht der verschiedenen Fachtagungen ist im Internet unter www.staedtebau-berlin.de abrufbar.

Weitere Informationen beim Institut für Städtebau Berlin, Stresemannstr. 90, 10963 Berlin, Tel. 030/23 08 22-0, Fax 030/23 08 22-22, E-Mail: info@staedtebau-berlin.de

Programm des Instituts für Städtebau und Wohnungswesen München

Das Institut für Städtebau und Wohnungswesen München hat sein Herbstprogramm 2005 mit Vorschau auf das Frühjahr 2006 veröffentlicht.

Alle geplanten Fachtagungs- und Seminartermine sind im Detail im Internet unter www.isw.de abrufbar.

Weitere Informationen beim Institut für Städtebau und Wohnungswesen München der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung, Steinheilstr. 1, 80333 München, Tel. 089/54 27 06-0, Fax 089/54 27 06-23, E-Mail: office@isw.de

Büro- und Geschäftsräume. Mieten und vermieten. Von RA Kai-Jochen Neuhaus, München 2005. XVII, 180 Seiten, kartoniert, € 12,50, ISBN 3-406-52283-1. Beck-Rechtsberater, dtv 50643, Verlag C. H. Beck, München.

Fachgeschäft, Reisebüro, Praxis, Kanzlei oder Kiosk – Gewerbemietrecht gilt für viele Mietobjekte. Dabei tauchen oft Fragen auf: Was muss ein Unternehmer beim Abschluss eines Mietvertrages für Büroräume beachten? Welche Risiken trägt der Vermieter? In welchen Fällen kann die Miete gemindert,

wie kann sie erhöht werden? Diese und viele weitere Kernfragen beantwortet der vorliegende Rechtsberater anhand aktueller Rechtsprechung und zahlreicher Beispiele. Ausführlich werden die notwendigen Inhalte des Mietvertrages, die Rechte und Pflichten von Mieter und Vermieter und die Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung behandelt. Ebenso erörtert werden praxisrelevante Besonderheiten, etwa Betriebspflichten, Konkurrenzschutz oder behördliche Genehmigungen. Dabei erhalten Sie immer konkrete Hinweise zur Vertragsgestaltung und Tipps zum richtigen Verhalten. Gesetzliche Vorschriften, Checklisten, ein Mustervertrag sowie zahlreiche Musterschreiben erleichtern Ihnen den Alltag als Mieter oder Vermieter.

Das Werk endet sich an Mieter, Vermieter von Gewerbeobjekten, Existenzgründer, Immobilienverwaltungen, Makler, Facility-Management-Unternehmen und alle in der Immobilienbranche Tätigen.

GuT-Gesamtregister 2004–2005

Produktions- und Vertriebshinweis

GuT-Einbanddecke 2004–2005

Subskriptionshinweis

Das GuT-Gesamtregister 2004–2005 wird zur Zeit erstellt. Der Umfang ist noch nicht bekannt (ca. 50 Seiten). Das Register wird als Datensatz nur auf Anforderung und kostenfrei geliefert. Der Buchbinder kann den Ausdruck mit einbinden. Anforderung an: info@prewest.de
Im Einzelfall werden für unsere Abonnenten einfache PC-Ausdrucke gegen Kostenerstattung gefertigt.

Die GuT-Einbanddecke 2004–2005 wird voraussichtlich Anfang Februar produziert. Der Subskriptionspreis beträgt 11,00 EUR zzgl. 3,00 EUR Versandpauschale zzgl. 7% MwSt = 0,98 EUR, insgesamt somit 14,98 EUR. Die Subskriptionsfrist endet am 31. Januar 2006.
Anforderungen an: info@prewest.de
Der spätere Einzelverkaufspreis wird ca. 14,50 EUR zzgl. Versandpauschale zzgl. MwSt betragen.



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