

Gewerbemiete Und Teileigentum

6/02

2. Jahrgang

Heft 7 · November 2002

S. 161–192

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

J. Pfeilschifter: Die Abwälzung von Instandhaltung und Instandsetzung auf Gewerberaummieter von Teileigentum

M. J. Schmid: Zur Abwälzung von Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten auf den Gewerberaummieter

Th. Wilhelm: Immobilienvermarktung via Internet als Geschäftserfolg!

Gewerbemiete

Einkaufszentrum (OLG Naumburg)

Lebensmittelmarkt (OLG Düsseldorf)

Gaststättenpacht (OLG Karlsruhe)

Abwälzung des WEG-Wohngeldes (LG Karlsruhe)

Mangel; Mietrechtsreform; vorbehaltlose Zahlung (OLG Celle – mit Anm. Wiek)

Vorenthaltung (OLG Bamberg)

WEG-Verwalter als Makler (OLG Köln)

Werbung; Gewinnspiel; Gewinnzusage (OLG Hamburg; OLG Frankfurt/M.)

Teileigentum

Prostitution; Musterprozess (OLG Frankfurt/M.)

Majorisierung (OLG Celle)

Abluftanlage der Gaststätte (OLG Celle)

Magazin

Inhalt

Beiträge

J. Pfeilschifter,
Die Abwälzung von Instandhaltung und Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums auf Gewerberaummiete von Teileigentum – zugleich eine Anmerkung zu LG Karlsruhe GuT 2002, 177 – 163

M. J. Schmid,
Zur Abwälzung von Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten auf den Gewerberaummiete 165

Th. Wilhelm,
Immobilienvermarktung via Internet als Geschäftserfolg! – Ergebnisse der Studie „Immo Media Research 3“ 168

Gewerbemiete

Einkaufszentrum; Auswahl der Erstmieter; Erstvermietungsgarantievertrag (OLG Naumburg) 170

Gewerberaummiete; Lebensmittelmarkt; Kundenparkplatz; Zufahrt für Anlieferungen; Aufzugsnutzung (OLG Düsseldorf) 173

Gaststättenpacht; Wucher; verwerfliche Gesinnung (OLG Karlsruhe) 175

Verbraucherschutz des Existenzgründers; Gaststättenpacht; Widerruf der Getränkebezugspflicht (OLG Düsseldorf) 175

Positionen der WEG Wohngeldabrechnung in der Betriebskostenumlage für vermietetes Teileigentum (LG Karlsruhe) 177

Gewerberaummiete; Teileigentum; Betriebskostenvereinbarung (OLG Düsseldorf) 178

Gewerberaummiete; Mangel; Minderfläche (OLG Karlsruhe) 179

Gewerberaummiete; Mietrechtsreform; Mangel; vorbehaltlose Mietzahlung (OLG Celle – mit Anm. Wiek) 180

Vorenthaltung während der Schönheitsreparaturen (OLG Bamberg) 182

Makler; WEG-Verwalter; Zustimmungserfordernis bei Wohnungsverkauf; selbständiges Provisionsversprechen (OLG Köln) 182

Werbliches Gewinnspiel; Koppelung mit Warenbestellung; Bestimmung zum Kauf (OLG Hamburg) 184

Werbung; Gewinnzusage; zuständiges ausländisches Gericht für die Klage auf Einlösung (OLG Frankfurt/Main) 184

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerberaummiete etc. 186

Teileigentum

Prostitution; Unterlassungsanspruch; Musterprozess; Kostenentscheidung (OLG Frankfurt/Main) 187

Stimmrecht nach dem Wertprinzip; Majorisierung (OLG Celle) 188

Kostenersatz für Arbeiten an der Abluftanlage der Gaststätte (OLG Celle) 189

Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc. 190

Magazin

Politik und Recht 191

Zahlen und Statistik 192

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 0228 / 47 63 78, Telefax 0228 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de> e-mail: info@prewest.de
Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreise nach Vereinbarung.

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

Herstellung der Online-Produkte: Textverarbeitung Beate Kluth, Am Quirinushof 20, 41542 Dormagen. Internet: www.kluth-text.de

Erscheinungsweise: zweimonatlich. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 € zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 39 € jährlich, einschl. MwSt. zzgl. 9,-€ Versandpauschale, zahlbar zu Beginn des Abonnementszeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementstündigungen müssen mit einer Frist von 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres erfolgen. Bankverbindung: Sparkasse Bonn (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 eine Datenbank sowie das Recht weiterer Vervielfältigung 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 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 aus technischen Gründen nur berücksichtigt werden, wenn sie dem Verlag bis zum 15. des Vormonats mitgeteilt werden. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Rechtsanwalt Jürgen Pfeilschifter, Berlin

Die Abwälzung von Instandhaltung und Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums auf Gewerberaummieter von Teileigentum

– zugleich eine Anmerkung zu LG Karlsruhe GuT 2002, 177 –

Es entspricht herrschender Auffassung in Literatur¹ und Rechtsprechung, dass bei der Gewerberaummiete die Instandhaltung der Mietsache entgegen dem gesetzlichen Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB formularvertraglich auf den Mieter abgewälzt werden kann. In einer speziellen Fallvariante hatten das AG und das LG Karlsruhe² darüber zu entscheiden, ob auch die Kosten für die Instandhaltung und Sanierung des Gemeinschaftseigentums auf den Mieter von Teileigentum in dem Umfang abgewälzt werden konnten, in dem der vermietende Teileigentümer seinerseits von der Eigentümergemeinschaft im Rahmen der Wohngeldabrechnung belastet wurde. Der klagende Vermieter wollte diese Kosten im Rahmen seiner Betriebskostenabrechnung geltend machen. Streitig war die Weitergabe konkreter angefallener Kosten für die Reparatur und Sanierung des Gemeinschaftseigentums und zusätzlich auch die Instandhaltungsrücklage für zukünftige Investitionen und Reparaturen.

Bei der Beurteilung der im Einzelfall zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarung ist zwischen individuellen Abreden und Formulklauseln i. S. d. § 305 BGB zu trennen. Es erscheint sachgerecht, Individualregelungen bei der Gewerberaummiete im Gegensatz zur Wohnraummieter in weitem Umfang zuzulassen. Bei der im Karlsruher Fall zugrundeliegenden Vertragsfassung war zusätzlich zur formularmäßigen Betriebskostenabwälzung unter Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung (II. BV) handschriftlich vermerkt: „und alle anfallenden Betriebskosten/Wohngeld gemäß Abrechnung des WEG-Verwalters“.

Zu entscheiden war, ob in dieser konkreten Vertragsfassung allein durch die Verwendung des Begriffs „Wohngeld“ im Zusammenhang mit dem an gleicher Stelle erneut erwähnten Begriff „Betriebskosten“ eine vertragliche Regelung zustande gekommen ist, die den klagenden Vermieter zur Umlage sämtlicher Positionen aus der WEG Abrechnung, also auch der im Streit stehenden Instandhaltungsrücklage als Teil des Wohngeldes und verschiedener im Abrechnungszeitraum tatsächlich angefallener Kosten für Sanierungen und Reparaturen berechtigte. Unstreitig war die Umlage der Betriebskosten im übrigen.

Bei der Beurteilung solcher Vereinbarungen sind zwei Aspekte zu trennen. Zum einen muss durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB der klare Inhalt der Vereinbarung festgestellt werden. Zweifel gehen hier zulasten desjenigen, der aus der Vereinbarung Rechte herleiten will. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt oder um eine Individualvereinbarung. Der AGB-rechtliche Maßstab, dass Unklarheiten nach § 305 c Abs. 2 BGB (früher § 5 AGBG) zulasten des Verwenders gehen, spiegelt sich im Bereich der Auslegung individueller Verträge in dem Grundsatz wider, dass derjenige, der einen vertraglichen An-

spruch geltend machen will, dessen Existenz, also die Vereinbarung darlegen und beweisen muss.

Es lässt sich der einfache Grundsatz aufstellen, dass die Einbeziehung untypischer, von der Legaldefinition der Betriebskosten abweichender Kostenarten in eine Betriebskostenumlage nur aufgrund einer klaren und eindeutigen vertraglichen Vereinbarung möglich ist. Schon hieran scheiterte im vorliegenden Fall der Anspruch des Klägers nach Auffassung des LG, es konnte also offen lassen, ob es sich bei der auszulegenden Vertragsbestimmung um eine Allgemeine Geschäftsbedingung oder um eine Individualklausel handelt und ob sie als AGB der Inhaltskontrolle standhalten würde.

Liegt eine eindeutige AGB Regelung vor, so ist diese in einem zweiten Schritt dann auch bei gewerblichem Handeln kontrollfähig im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB i. V. m. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB (früher § 9 i. V. m. § 24 Abs. 2 AGBG).

Über den Fall hinaus soll hier der Frage nachgegangen werden, wie und in welchem Umfang vertraglich die Abwälzung der Kosten von Instandhaltung und Sanierung des Gemeinschaftseigentums auf Gewerberaummieter von Teileigentum durch AGB möglich ist.

Eindeutig ist, dass Kosten für Instandsetzung und Reparaturen, also der Aufwand zur Erhaltung und Wiederherstellung der Gebrauchstauglichkeit genauso wie die Verwaltungskosten nicht unter den Begriff der Betriebskosten bei der Immobilienmiete fallen. Mit der Mietrechtsreform wurde für den Bereich der Wohnraummieter eine Legaldefinition im § 556 BGB geschaffen, die auf den insoweit abschließenden Katalog der Anlage 3 zum § 27 der II. BV und als Nachfolgeregelung bereits auf die noch nicht erlassene Verordnung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 des Wohnraumförderungsgesetzes verweist. Es wird allgemein erwartet, dass in dieser Verordnung keine wesentlichen Änderungen geregelt werden.

Im hier interessierenden Bereich der Gewerberaummieter ist diese Begriffsdefinition genauso anzuwenden. Lediglich das in der Wohnraummieter geltende gesetzliche Verbot der Einbeziehung anderer Kosten in die Umlage gilt hier nicht.

Als Betriebskosten werden für die Immobilienmiete nach der Legaldefinition der Anlage 3 zu § 27 der II. BV diejenigen Kostenarten bezeichnet, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes (incl. Anlagen und Einrichtungen) laufend entstehen, die also bei der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Mietsache regelmäßig oder in periodischen Abständen wiederholt anfallen. Nicht einschlägig ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des KG Berlin³, in der

1) Bub/Treier Handbuch d. Geschäfts- und Wohnraummieter 3. Aufl. Rdnr. 1080 m. w. N.

2) In diesem Heft S. 177.

3) KG WM 1996, 171.

der Betriebskostenbegriff für das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander durch die Verwendung des Begriffes in einer Teilungserklärung festgelegt wurde. Legt die Teilungserklärung die „Betriebskosten“ der Anlage im Verhältnis der Wohn-/Nutzflächen um, so sind nach Meinung des KG im Zweifel damit sämtliche Lasten i. S. d. § 16 Abs. 2 WEG und damit auch die Instandsetzungskosten und Instandsetzungsrücklage erfasst. Eine solche interne Festlegung eines Verteilerschlüssels hat keine darüber hinausgehende Außenwirkung auf andere Rechtsverhältnisse, etwa auf Mietverhältnisse zwischen einzelnen Eigentümern und ihren Mietern, sondern sie konkretisiert lediglich den gesetzlichen Inhalt der Verpflichtung zur anteiligen Kostentragung innerhalb der Eigentümergemeinschaft nach § 16 Abs. 2 WEG.

Wollte man einen solchen erweiterten Betriebskostenbegriff auch im Rahmen eines Gewerberaummietverhältnisses zugrundelegen, so wäre dazu in jedem Fall eine klare mietvertragliche Vereinbarung erforderlich.

Fraglich ist, ob eine reine Bezugnahme im Mietvertrag auf das vom Vermieter zu zahlende Wohngeld dazu ausreichend ist. Dagegen spricht, dass die Tragweite einer solchen Regelung für einen durchschnittlichen Mieter nicht deutlich wird. Dies gilt erst recht, wenn im Text die Worte „Wohngeld“ und „Betriebskosten“ an der Stelle, wo die Regelung der Betriebskostenumlage erfolgt, praktisch synonym gesetzt werden.

Der Grundsatz der Verständlichkeit ist für die Prüfung von ABG durch die Neufassung des § 307 BGB noch klarer herausgestellt worden. Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erstreckt sich ausdrücklich auch auf die Verständlichkeit für einen nicht juristisch vorgebildeten Durchschnittskunden⁴.

Der Karlsruher Fall belegt, dass die textliche Verbindung des Begriffs der Betriebskosten mit dem Begriff des Wohngeldes im Vertragstext den Schluss nahe legt, dass nur die im Wohngeld enthaltenen und durch die Abrechnung des Verwalters festgelegten Betriebskosten im Sinne der Legaldefinition vom Mieter zu tragen sind; andernfalls hätte die im Ergebnis einschränkende Bezugnahme auf den Begriff Betriebskosten in der Vereinbarung fehlen müssen. Das LG stützt seine Entscheidung u. a. darauf, dass der Kläger sich in der mündlichen Verhandlung dahingehend eingelassen hat, er wolle zwar die Instandhaltungsrücklage, nicht aber Sonderumlagen mit der Vereinbarung erfassen, was aus dem Vertragstext selbst ebenfalls nicht ausdrücklich erkennbar ist. Das LG begründet damit das Vorliegen einer Unklarheit. Hierzu muss darauf hingewiesen werden, dass es umstritten ist, ob Sonderumlagen zum Wohngeld des § 16 Abs. 2 WEG zählen⁵. Das LG hat also im Ergebnis zurecht hieraus eine Unklarheit der vertraglichen Regelung gefolgert.

Keine Bedenken bestehen beispielsweise dagegen, wenn die Vertragsparteien ausdrücklich die Umlage von Verwaltungskosten vereinbaren, da diese bei der Bewirtschaftung regelmäßig anfallen. Das Wohngeld einer WE Gemeinschaft wird zwar üblicherweise auch regelmäßig in monatlichen Abschlägen gezahlt. Es enthält aber neben den üblichen Bewirtschaftungskosten mit der Instandhaltungsrücklage auch Kostenanteile, die der Finanzierung der laufenden vorbeugenden Instandhaltung, der künftigen Instandsetzung und Reparatur und nicht zuletzt auch der Verbesserung, Modernisierung und Veränderung der Liegenschaft dienen können. Hierbei handelt es sich eindeutig nicht mehr um Betriebskosten im mietrechtlichen Sinne, sondern um Investitionskosten.

Es ist daher schon unter Transparenz Gesichtspunkten unzulässig, bei einer Vertragsgestaltung im inhaltlichen Zusammenhang mit der Regelung von Betriebskosten auch Kostenarten mit einzubeziehen, die ihrer Struktur nach keine Betriebskosten sind. Die Wohngeldabrechnung des WEG Verwalters kann also auch bei der Gewerberaummieta ohne Einschränkung durch AGB als umlagefähig vereinbart werden.

Will der Vermieter die Instandhaltung und Instandsetzung oder deren Kosten auf den Mieter abwälzen, so muss er dies im Vertragstext verständlich und getrennt von der Betriebskostenvereinbarung tun.

Für zulässige mietvertragliche Vereinbarungen im Gewerberaummietrecht sind neben dem Transparenzgebot auch inhaltliche Grenzen zu diskutieren. Im Karlsruher Fall bestand aus Sicht des LG keine Veranlassung, über die weitergehende Frage zu entscheiden, ob und wenn ja in welchem Umfang möglicherweise eine klar und eindeutig gefasste vertragliche Vereinbarung zur Abwälzung von Instandsetzungs- und Sanierungskosten auf den Gewerberaummieter rechtlich zulässig wäre. Das AG vertrat die Auffassung, dass außerhalb des Bereichs der Sittenwidrigkeit keinerlei Grenzen für Vereinbarungen im Bereich der Gewerberaummieta bestünden. Dem kann nicht beigezogen werden. Im Ergebnis würde das bedeuten, dass die komplette Abwälzung von Kosten für die Sanierung oder für Reparaturen zulässig wäre ohne summenmäßige Begrenzung, ohne Differenzierung zwischen den gemieteten Räumen und dem Gemeinschaftseigentum und auch ohne Berücksichtigung der Umstände, ob es sich um Verschlechterungen während des laufenden Mietverhältnisses handelt, wer diese zu vertreten hat, ob sie durch vertragsgemäßen Gebrauch oder durch eine darüber hinausgehende Nutzung oder durch Zufall oder durch Einwirkungen von Dritter Seite erforderlich werden, oder ob damit sogar die Beseitigung anfänglicher Mängel erfolgt. Eine solche Ausdehnung der Vertragsfreiheit halte ich für verfehlt und zwar unabhängig davon, ob eine solche Abwälzung formularvertraglich oder durch individuelle Vereinbarung erfolgt.

Im Bereich der Mieta zählt anders als etwa bei der Rechtsform des Leasing der Grundsatz des Äquivalenzverhältnisses zwischen dem Wert der Gebrauchsüberlassung der Mietsache und dem dafür zu zahlenden Mietzins zum Kernbestand des Dauerschuldverhältnisses. Dieser Grundsatz kann zwar bei der Gewerberaummieta anders als bei der Wohnraummieta durch vertragliche Vereinbarung modifiziert und eingeschränkt werden, etwa indem das Recht des Mieters zur Mietminderung vertraglich abbedungen werden kann⁶. Der Grundsatz darf aber auch bei der Gewerberaummieta nicht vollkommen aufgehoben oder in sein Gegenteil verkehrt werden⁷, indem die Sachgefahr komplett auf den Mieter verlagert wird. Eine komplette Abwälzung sämtlicher Instandsetzungs- und Sanierungskosten auf den Mieter zusätzlich zu seiner Mietzinszahlung bedeutet aber praktisch eine Verlagerung des gesamten Risikos der Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs und sogar des Bestandes des Mietobjektes auf den Mieter. Dies ist der Fall, wenn der Mieter ohne Differenzierung mit sämtlichen Kosten der Wohngeldabrechnung einschließlich der Instandhaltungsrücklage belastet werden soll, deren Höhe und Umfang von den Beschlüssen der Eigentümergemeinschaft abhängen. Diese hätte es in der Hand, auf Kosten der Mieter eine Umgestaltung oder Modernisierung der Immobilie zu beschließen, was im Gegensatz zur Wohnraummieta hier mangels Anwendbarkeit der §§ 554 Abs. 2, 559 BGB nicht möglich ist. In dem vom OLG Frankfurt⁸ entschiedenen Fall wurde durch die dort zugrundeliegende mietvertragliche Vereinbarung ausdrücklich die in der WEG Abrechnung enthaltene Instandhaltungsrücklage von der Kostenabwälzung nach Wohngeldabrechnung ausgeschlossen.

Ob eine unbeschränkte Abwälzung von Instandsetzungs- und Sanierungskosten im Wege einer ausdrücklich so formulierten Vertragsklausel oder auf dem Umweg der Abwälzung

4) Näheres dazu bei Rosenow/Schaffelhuber ZIP 2001, 2211; zu Betriebskostenvereinbarungen Pfeilschifter WM 2002, 73.

5) Bub in Bub, Kreuzer pp Staudinger Sonderausgabe WEG Bd.1 § 16 Rz. 175; a.A. Soergel-Stürner § 16 Rz. 6; BayObLG DWE 1982, 128.

6) Einschränkend aber KG GE 2002, 257.

7) OLG Naumburg WM 2000, 143.

8) OLG Frankfurt WM 1985, 91.

sämtlicher Erhaltungs- und Sanierungskosten im Wege einer erweiterten Betriebskostenvereinbarung geschieht, ist im Ergebnis unerheblich. Eine solche Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB, der für alle Mietverhältnisse gilt, scheidet im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an der Inhaltskontrolle des § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 BGB⁹, der nach § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB auch bei Gewerberaummietverhältnissen anzuwenden ist. Die obergerichtliche Rechtsprechung¹⁰ zur Zulässigkeit des formularmäßigen Haftungsausschlusses für anfängliche Mängel steht dem nicht entgegen, da diese nur die Gewährleistungsrechte des Mieters betrifft und da dadurch nicht die Beseitigung der Mängel abgewälzt wird.

Für AGB in Gewerberaummietverhältnissen können zur Begrenzung der Abwälzung die vom BGH¹¹ entwickelten Kriterien zur Abwälzung der Instandsetzung im Wohnraummietrecht analog gelten. Dem Mieter dürfen keine unübersehbaren Haftungsrisiken durch die Abwälzung der Vornahmepflichtung überbürdet werden, sondern er darf nur mit Kosten belastet werden, die in einer angemessenen Relation zu dem Mietwert stehen. Es ist auch hier erwägenswert, die Inhaltskontrolle der AGB Klausel dadurch zu bestehen, dass eine Obergrenze der jährlichen Belastung im Vertrag definiert wird. Der sachliche Umfang der Pflichtenverlagerung darf sich nicht auf Gegenstände beziehen, die keinen vernünftigen Bezug mehr zum Vertragszweck, der gewerblichen Nutzung der gemieteten Räume, haben. Die Klausel darf also beispielsweise keine Kostentragung für Verbesserungen des Gemeinschaftseigentums umfassen, die für die vertragsgemäße Nutzung des Mieters unerheblich sind.

Die Rechtsprechung geht bei den bisher entschiedenen Einzelfällen zutreffenderweise davon aus, dass die Instandhaltung, also nicht nur die Kostentragung, sondern sogar die Vornahmepflichtung nur in eingeschränktem Umfang auf den gewerblichen Mieter abgewälzt werden kann¹². Sie wird beispielsweise auf Fälle begrenzt, in denen die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand übergeben worden ist und die Verpflichtung sich nur auf die Maßnahmen beschränkt, die durch den Mietgebrauch verursacht werden¹³. Durch Zufall oder Eingriffe Dritter erforderlich werdende Reparaturen können nicht auf den Mieter abgewälzt werden¹⁴. Vertragsgestaltungen, die über diese Grenze hinausgehen, können nicht ein-

schränkend ausgelegt werden¹⁵, denn das wäre ein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion¹⁶.

Ausnahmen vom Verbot der kompletten Abwälzung können nur dann gelten, wenn ganz besondere Umstände vorliegen, die eine so weitreichende Änderung der gesetzlichen Pflichten- und Lastenverteilung rechtfertigen; beispielsweise wenn ein Mietkauf oder eine reine Gefälligkeitsmiete vereinbart ist, oder wenn der Mieter wegen der Länge der Vertragslaufzeit unter Berücksichtigung der vereinbarten Miete in der Lage ist, die Instandsetzungskosten zu erwirtschaften¹⁷. Nicht ausreichend ist es hierfür allerdings, wenn die Vertragsparteien lediglich die Mietsache in instandsetzungsbedürftigem Zustand zum Gegenstand des Vertrages gemacht haben. In solchen Fällen ist die Mietsache zwar deshalb nicht mangelhaft, der Mieter kann aber zumindest nicht formularmäßig zur umfassenden Instandsetzung oder zur Kostentragung verpflichtet werden¹⁸. Eine solche Vereinbarung kann nur aufgrund individueller Absprachen zustande kommen, wo eine größere Vertragsfreiheit für Regelungen besteht, mit denen Vermieter und Mieter den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen können. Ob eine Individualklausel vorliegt, entscheidet sich nach den allgemeinen Kriterien des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, der Vermieter muss hierzu den Inhalt der Vereinbarung tatsächlich zur Disposition gestellt haben. Eine absolute Grenze bildet hierbei das Verbot sittenwidriger Vereinbarung, die dann vorliegen kann, wenn der Mieter als potentieller Vertragspartner unter starkem wirtschaftlichen Druck steht und das ausgenutzt wird, oder wenn eine Umkehrung des gesetzlichen Leitbildes des § 535 BGB unter keinem objektiven Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheint.

9) OLG Dresden NJW-RR 1997, 395; OLG Naumburg NZM 2000, 1183 = WM 2000, 241; OLG Köln WM 1994, 274; OLG Koblenz ZMR 1989, 464 = WM 1990, 16; Kinne GE 1999, 1540 (jeweils noch zu § 9 AGBG).

10) BGH NJW-RR 1993, 519; 1991, 74 = WM 1992, 316 m.w.N.

11) BGH WM 1992, 355; 1991, 381; 1989, 324.

12) OLG Köln WM 1994, 274.

13) OLG Köln a. a. O., BGH ZMR 1987, 257 = WM 1987, 315 L.

14) BGH ZMR 1987, 257 für unverschuldeten Brandschaden.

15) A. A. OLG Köln a. a. O.

16) So wohl auch Sternel Mietrecht 3. Aufl. II 376.

17) OLG Naumburg OLGR 2000, 419.

18) KG GE 2000, 1620.

RiBayObLG Dr. Michael J. Schmid, München

Zur Abwälzung von Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten auf den Gewerberaummieter

I. Problemstellung

Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB obliegt die Instandsetzung der Mietsache dem Vermieter. Gerade in Gewerberaummietverträgen finden sich aber recht häufig teilweise sehr weitgehende Vereinbarungen über die Abwälzung der Instandhaltung und Instandsetzung auf die Mieter. Während die Rechtsprechung bei Wohnraummietverhältnissen an die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen strenge Anforderungen stellt¹, können bei Gewerberaummietverhältnissen die Belastungen aus der Instandhaltung und Instandsetzung in weitem Umfang auf den Mieter abgewälzt werden². Dabei macht es – ebenfalls anders als beim Wohnraummietrecht³ – keinen grundsätzlichen Unterschied, ob der Mieter zur Vornahme der erforderlichen Maßnahmen auf eigene Kosten oder nur zur Kostentragung verpflichtet wird⁴.

Instandhaltungskosten können bei Gewerberaummietverhältnissen grundsätzlich auf den Mieter abgewälzt werden. Für den Umfang der Überbürdung auf den Mieter ist es je-

doch entscheidend, ob die Vereinbarung individuell ausgehandelt oder in einem Formularmietvertrag enthalten ist⁵.

II. Individualvereinbarungen

1. Grundsatz

Grundsätzlich kann ein Mieter durch Individualvereinbarung weitgehend zu Reparaturen und Instandsetzungsarbeiten verpflichtet werden, auch wenn dies im Ergebnis zu einer verschuldensunabhängigen Haftung führt; die Grenze bildet lediglich die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB⁶.

1) Vgl. z. B. BGH WM 1989, 324 sowie Harsch in: Schmid, Mietsache und Mietprozess, 3. Aufl., 2001, Rdn. 67 ff.; Riecke/Schütt, Schönheitsreparaturen, 2. Aufl., 2000, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

2) BGH NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136 = WM 2002, 484.

3) Vgl. hierzu BGH WM 1992, 355; BayObLG WM 1997, 362.

4) Vgl. BGH NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.

5) BGH NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.

6) BGH NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.

2. Grenze zur Sittenwidrigkeit

Wie stets bei der Anwendung des § 138 BGB bereitet es Schwierigkeiten festzustellen, wann die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten ist. Maßgeblich sind bei einer Individualvereinbarung immer die Umstände des Einzelfalles. Einige Leitlinien können jedoch entwickelt werden.

a) Zu Recht weist der BGH⁷ darauf hin, dass die Leitbildfunktion des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB⁸ bei Individualvereinbarungen nicht zur Unwirksamkeit der Instandsetzungsvereinbarung führen kann, weil dieser aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB abgeleitete Grundsatz nur bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gilt.

b) Da an sich der Vermieter zur Instandhaltung verpflichtet ist⁹, ist die Übernahme dieser Verpflichtung durch den Mieter im Zusammenhang mit der Miethöhe zu sehen¹⁰, wobei es in diesem Zusammenhang gleichgültig ist, ob man die entsprechende Vereinbarung als eine Einschränkung der Vermieterpflichten oder als eine weitere Gegenleistung des Mieters neben der Miete wertet.

Wenn unter Berücksichtigung der Reparaturverpflichtungen und sonstiger Nebenleistungen des Mieters die ortsübliche Miete um mehr als 100% überschritten wird, liegt objektiv eine Sittenwidrigkeit vor¹¹. Zu beachten ist dabei aber, dass der BGH¹² bei Gewerberaummietverhältnissen an den Nachweis der subjektiven Seite der Sittenwidrigkeit strenge Anforderungen stellt. Er weist auf starke regionale und zeitliche Schwankungen bei den Geschäftsraummiets hin und verlangt eine tatrichterliche Würdigung, ob das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für den Vermieter auch erkennbar war. Hieran kann die Berufung des Mieters auf die Sittenwidrigkeit des Vertrages oft scheitern.

c) Maßgeblich für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind die kalkulierten Instandsetzungskosten, nicht die dann tatsächlich entstehenden Kosten. Mit der Übernahme der Reparaturverpflichtung übernimmt der Mieter auch das Risiko des Anfalls von Instandsetzungskosten. Diese vertragliche Risikoverteilung ist auch bei einer Störung der Geschäftsgrundlage zu beachten (§ 313 BGB). Der Mieter kann deshalb auch bei nicht vorhergesehenen Ereignissen in der Regel keine Entlastung erwarten.

d) Soweit bisher auch für Individualverträge die Auffassung vertreten wurde, dass eine Übernahme der Instandsetzungspflicht sittenwidrig ist, wenn die vom Mieter übernommenen Pflichten und Risiken nicht überschaubar sind¹³, wird man hieran nach der neueren Rechtsprechung des BGH¹⁴ wohl nicht mehr uneingeschränkt festhalten können. Da der BGH¹⁵ von einer verschuldensunabhängigen Haftung ausgeht und eine Risikoübernahme durch den Mieter vorliegt¹⁶, muss der Mieter auch mit zufallsbedingten Schäden rechnen und hierfür aufkommen.

e) Dieser Gesichtspunkt wird allerdings relativiert, wenn der BGH¹⁷ auch darauf hinweist, dass verschiedene Risiken durch den Abschluss von Versicherungen kalkulierbarer werden. Hieraus ist abzuleiten, dass jedenfalls versicherbare Risiken für die Begründung einer Sittenwidrigkeit nur durch Berücksichtigung der vom Mieter aufzuwendenden Versicherungsprämien herangezogen werden können. Unversicherbare Risiken können bei der Beurteilung des Leistungsungleichgewichts¹⁸ verstärkt herangezogen werden und sind durch einen Risikoabschlag bei der Miete auszugleichen.

f) Auch in Individualverträgen werden Instandhaltungs- und Instandsetzungsvereinbarungen meist einschränkend zum Nachteil des Vermieters ausgelegt¹⁹. Das hat seinen Grund darin, dass eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck kommen muss. Außerdem gilt bei Individualvereinbarungen nicht das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Es ist deshalb die mit

dem Wortlaut und dem Willen der Parteien noch zu vereinbarende Auslegung zu wählen, bei der die Grenzen zur Sittenwidrigkeit nicht überschritten werden.

g) Fasst man diese Gesichtspunkte zusammen, wird es dem Mieter wohl nur selten gelingen, sich erfolgreich auf eine Sittenwidrigkeit zu berufen.

3. Auswirkungen einer sittenwidrigen Vereinbarung

Wird Sittenwidrigkeit bejaht, so stellt sich die Frage, ob der Mietvertrag insgesamt nichtig ist oder ob nur die Instandsetzungsvereinbarung in Wegfall kommt.

a) Grundsätzlich erstreckt sich die Nichtigkeit nach dem Wortlaut des § 138 BGB auf das gesamte Rechtsgeschäft²⁰.

b) Hiervon werden jedoch im Mietrecht Ausnahmen gemacht²¹. Die Miethöhe wird auf die zulässige Miete reduziert²². Diese Ausnahmen zielen aber vorwiegend auf Fälle ab, in denen bereits die Grundmiete, wenn auch unter Berücksichtigung der sonstigen Leistungen des Mieters überhöht ist. Außerdem werden diese Einschränkungen weitgehend nur im Wohnraummietrecht gemacht²³.

Für die Behandlung von Instandsetzungsklauseln bei Gewerberaummietverhältnissen eignen sich diese Grundsätze auch nicht. Wenn die Sittenwidrigkeit gerade durch die Instandsetzungsvereinbarung begründet wird, erscheint es wenig nahe liegend, diese Vereinbarung aufrecht zu erhalten und die an sich nicht zu beanstandende Grundmiete herabzusetzen. Durch die enge Verzahnung von Grundmiete, Instandsetzungsvereinbarung und sonstigen Nebenleistungen des Mieters²⁴ und der schweren Kalkulierbarkeit des Wertes der Instandsetzungsübernahme wird sich auch schwerlich ein nachvollziehbarer Wert für die Herabsetzung der Grundmiete finden lassen.

c) Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Gesamtnichtigkeit gilt, wenn die Aufrechterhaltung des Vertrages trotz eines nichtigen Teiles dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht²⁵. Es gelten dann die Grundsätze des § 139 BGB.

Trotz der Verknüpfung der Instandsetzungsklausel mit den sonstigen Leistungen des Mieters²⁶ handelt es sich bei der Instandsetzungsvereinbarung um einen selbständigen, eindeutig abgrenzbaren Vertragsteil. Gerade durch diesen Vertragsteil wird auch die Sittenwidrigkeit begründet. Es kann deshalb grundsätzlich eine isolierte Nichtigkeit angenommen werden.

Die Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen entspricht auch dem mutmaßlichen Parteiwillen. Das wird häufig in salvatorischen Klauseln ausdrücklich festgehalten. Vor allem bei bereits in Vollzug gesetzten Mietverhältnissen liegt eine Gesamtnichtigkeit nicht im Interesse der Parteien.

7) NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.

8) Unten III. 1.

9) Oben I.

10) BGH NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136; Gather, DWW 1987, 181; Harz/Schmid, ZMR 1999, 593, 598.

11) BGH NZM 1999, 664 = WM 1999, 527; KG NJW 2001, 1092.

12) ZMR 2001, 788 = GuT 2002, 9.

13) AG Köln WM 1981, 101; Harz in Schmid, Miete und Mietprozess, 3. Aufl., 2001, Kap. 2 Rdn. 69.

14) NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.

15) NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.

16) Oben II. 2. b).

17) NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.

18) Oben II. 2. a).

19) KG MDR 2000, 447 = NZM 2000, 1228; vgl. auch BGH NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.

20) Riecke/Schmidt in Schmid, Miete und Mietprozess, 3. Aufl., 2001, Kap. 3 Rdn. 394.

21) Vgl. Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., 2001, § 138 Rdn. 76 m.w.N.

22) LG Köln NJW 1965, 157; LG Berlin GE 1996, 79.

23) Michalski, ZMR 1991, 1, 6.

24) Oben I. 2. b). Vgl. Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., 2001, § 139 Rdn. 3 m.w.N.

25) Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., 2001, § 138 Rdn. 19 m.w.N.

26) Oben I. 2. b).

d) Durch die Nichtigkeit der Instandsetzungsklausel entsteht eine planwidrige Regelungslücke, so dass die Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung heranzuziehen sind²⁷. Die Anwendung der dispositiven Gesetzesregelung des § 535 BGB²⁸ entspricht nicht dem mutmaßlichen Parteiwillen, da diese Regelung gerade abbedungen werden sollte. Sie würde auch je nach Sachlage zu einer sachlich nicht gerechtfertigten und von den Parteien so nicht gewollten Besserstellung des Mieters gegenüber einer noch zulässigen Abwälzungsvereinbarung führen. Ein gänzlicher Wegfall der Belastung des Mieters mit Instandhaltungskosten kommt deshalb in der Regel nicht in Betracht²⁹.

Einer an Treu und Glauben orientierten Feststellung des Parteiwillens wird es in der Regel entsprechen, dass die Instandsetzungsvereinbarung insoweit aufrecht erhalten bleibt, als dies mit § 138 BGB vereinbar ist. Das setzt naturgemäß eine Einzelfallprüfung voraus, so dass sich generelle Regeln nicht aufstellen lassen. Als Anhaltspunkt kann herangezogen werden, dass solche Regelungen, die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen werden können³⁰, auch in Individualverträgen einem hypothetischen Minimalkonsens entsprechen.

III. Formularmietverträge

1. Grundsätzliches

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen³¹ sind Vereinbarungen über die Instandhaltung und Instandsetzung an § 307 BGB zu messen. Einschlägig ist zunächst § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, da von dem Grundgedanken des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB abgewichen wird. Je nach Art der Vereinbarung, kann aber auch § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB relevant werden. Bei Klauseln, die dem Mieter selbst die Instandsetzung auferlegen, wird nämlich nicht nur eine Verpflichtung des Mieters begründet, sondern spiegelbildlich auch die Instandsetzungspflicht des Vermieters aufgehoben³². Dadurch kann der Vertragszweck, nämlich die Nutzung einer vertragsgemäßen Mietsache gefährdet werden.

Das führt allerdings nur im Zweifel zu einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Erforderlich ist deshalb eine Gesamtwürdigung aller Umstände³³. Dabei ist die Rechtsprechung bei der Annahme der Unwirksamkeit einer Instandhaltungsklausel eher zurückhaltend³⁴ und versucht eine Korrektur über die Auslegung³⁵.

2. Auslegung

a) Bei der Auslegung einer Instandsetzungsklausel ist zunächst zu beachten, ob die Parteien der Klausel einen bestimmten Sinngehalt gegeben haben. Es gilt dann der Vorrang der Individualabrede nach § 305b BGB bzw. die allgemeine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB. Legen die Parteien der Klausel eine von ihrem Sinn abweichende Bedeutung bei, ist diese maßgebend³⁶. Solche Umstände liegen aber nur selten vor und lassen sich vor allem nach Jahren auch nur schwer beweisen.

b) Nach nunmehr herrschender und zutreffender Meinung³⁷ ist bei der Prüfung der Wirksamkeit der Klausel von der kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen. Anders als bei einer Individualvereinbarung³⁸ kann deshalb nicht von vornherein eine einschränkende Auslegung vorgenommen werden³⁹. Eine geltungserhaltende Reduktion kann wegen § 306 BGB nicht vorgenommen werden. Zu weit gefasste Klauseln werden deshalb bereits an dieser Hürde scheitern.

c) Ist die Klausel auch in der mieterfeindlichsten Auslegung wirksam, gehen Zweifel bei der Auslegung im konkreten Fall zu Lasten des Verwenders (§ 305c BGB)⁴⁰.

3. Kriterien für die Wirksamkeitsprüfung

a) Mit § 307 BGB ist es nicht zu vereinbaren, dass das Erhaltungsrisiko vollständig auf den Mieter überbürdet wird⁴¹.

b) Instandsetzungsklauseln dürfen auch nicht soweit gehen, dass das Risiko für den Mieter völlig unübersehbar wird. Das gilt insbesondere für die immer noch anzutreffenden Klauseln, dass der Mieter die Reparaturen an „Dach und Fach“ vorzunehmen hat, wenn nicht auch eine Betragsbegrenzung vorgesehen ist⁴².

c) Einen wesentlichen Gesichtspunkt stellt die Versicherbarkeit des Risikos durch den Mieter dar. Die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung sind bereits in der Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV als umlegbare Kosten genannt. Bei Gewerberaummietverhältnissen besteht in noch weiterem Umfang die Möglichkeit, Versicherungsprämien umzulegen⁴³. Wenn aber im Falle einer Versicherung durch den Vermieter die Kosten auf den Mieter umgelegt werden können, stellt es keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn dem Mieter angesonnen wird, sich gegen von ihm übernommene Risiken selbst zu versichern oder das Risiko in Kauf zu nehmen.

d) Zu differenzieren ist auch, ob es sich um Schäden innerhalb der Mieträume oder um das Gebäude selbst oder Außenanlagen handelt. Instandsetzungskosten innerhalb der Mieträume können grundsätzlich auf den Mieter umgelegt werden⁴⁴.

e) Nach h. M.⁴⁵ darf die Instandsetzungsklausel keine Schäden umfassen, die infolge höherer Gewalt entstehen oder von Dritten verursacht werden, die nicht der Sphäre des Mieters zuzurechnen sind. Nach der hier vertretenen Auffassung gilt dies jedoch nur insoweit, als solche Schäden nicht versicherbar sind⁴⁶.

f) Wirksam sind Instandsetzungsklauseln, wenn sie für den Mieter eine angemessene Risikobegrenzung enthalten. Für die Gewerberaummiete werden dabei in der Literatur⁴⁷ 10% der Miete pro Jahr genannt.

g) Die Höhe der Grundmiete spielt anders als bei Individualvereinbarungen⁴⁸ keine entscheidende Rolle⁴⁹. Wird jedoch gerade wegen der Instandhaltungsverpflichtung eine

27) Vgl. Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., 2001, § 139 Rdn. 3 m.w.N.

28) Oben I.

29) Vgl. Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., 2001, § 139 Rdn. 5 m.w.N.

30) Unten III.

31) Es wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Vermieter gestellt sind.

32) Vgl. OLG Köln NJW-RR 1994, 524 = WM 1994, 274; OLG Dresden NJW-RR 1997, 395, 396; OLG Naumburg WM 2000, 241 = ZMR 2000, 383.

33) Vgl. statt aller Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., 2001, § 307 Rdn. 8 m.w.N.

34) Vgl. die Einzelfälle unten IV.

35) Siehe hierzu unten III. 2.

36) BGHZ 113, 259.

37) Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., 2001, § 305c Rdn. 20 m.w.N.

38) Oben II. 2. e).

39) A. A. OLG Koblenz ZMR 1990, 464; OLG Naumburg ZMR 2000, 383 = WM 2000, 241.

40) Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, Rdn. III. A 1084.

41) OLG Köln NJW-RR 1994, 524 = WM 1994, 274; Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, Rdn. III. A 1080.

42) OLG Dresden NJW-RR 1997, 395, 396; Harz in Schmid, Miete und Mietprozess, 3. Aufl., 2001, Kap. 3 Rdn. 70.

43) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 7. Aufl., 2002, Rdn. 5415.

44) Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, Rdn. III. A 1080; Harz in Schmid, Miete und Mietprozess, 3. Aufl., 2001, Kap. 2 Rdn. 70.

45) Harz in Schmid, Miete und Mietprozess, 3. Aufl., 2001, Kap. 2 Rdn. 70.

46) Oben III. 3. c).

47) Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, Rdn. III. A 1080; Harz in Schmid, Miete und Mietprozess, 3. Aufl., 2001, Kap. 2 Rdn. 69 und 70; Harz/Schmid, ZMR 1999, 593, 598; Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl., 1999, § 548 Rdn. 25 nimmt 9% als Obergrenze an.

48) Oben II. 2. b).

49) Vgl. BGHZ 77, 131.

niedrigere Miete ausgehandelt, verliert die Instandsetzungsklausel ihren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung und wird zur Individualvereinbarung⁵⁰.

h) Bei der Vermietung von Teileigentum stellt sich die Frage, inwieweit über eine Bezugnahme auf die Kostenumlegung innerhalb der Teileigentümergeinschaft auch Instandsetzungskosten umgelegt werden können⁵¹. Unabhängig von der Frage, inwieweit solche Vereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt wirksam sind, können Instandsetzungskosten auch dann nicht unbeschränkt auf die Mieter abgewälzt werden, wenn sie dem Teileigentümer von der Gemeinschaft in Rechnung gestellt werden. Wirtschaftlich macht es nämlich für den Mieter keinen Unterschied, ob der Vermieter selbst (alleine) für die Kosten aufkommt und sie dann auf den Mieter umlegt oder ob Auftrag und Bezahlung über die Teileigentümergeinschaft laufen.

4. Folgen einer Unwirksamkeit

An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, also die Instandhaltungspflicht des Vermieters (§ 306 Abs. 2 BGB). Im Übrigen bleibt der Vertrag nach § 306 Abs. 1 BGB wirksam. Eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages nach § 306 Abs. 3 BGB wird bei der Unwirksamkeit von Instandsetzungsklauseln kaum angenommen werden, da an die Unzumutbarkeit für den Verwender strenge Anforderungen gestellt werden⁵².

IV. Einzelfälle

In einem Individualvertrag kann der Mieter weitgehend zu Reparaturen und Instandsetzungsarbeiten verpflichtet werden, vor allem dann, wenn die Übernahme der Instandhaltungspflicht in die Mietkalkulation eingeht⁵³.

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist eine Klausel unwirksam, die den Mieter unbegrenzt zu Instandsetzungsmaßnahmen verpflichtet und den Vermieter von der Instandsetzung freizeichnet⁵⁴.

Eine Formularklausel, die den Mieter verpflichtet, alle Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten an „Dach und Fach“ vorzunehmen, benachteiligt diesen unangemessen⁵⁵.

Eine Instandhaltungsklausel ist im Zweifel dahin auszulegen, dass sie Schäden, die bereits bei Beginn des Mietverhältnisses vorhanden waren, nicht umfasst⁵⁶.

Schäden am Bauwerk, die von Dritten verursacht werden, sind von der Instandhaltungsverpflichtung nicht umfasst⁵⁷. Das gilt jedoch nach der hier vertretenen Auffassung⁵⁸ nicht, soweit solche Schäden versicherbar sind, z. B. durch eine Vandalismusversicherung.

Ohne ausdrückliche Klarstellung umfasst die Instandsetzungspflicht des Mieters nicht die Verpflichtung des Mieters zur Ersatzbeschaffung für nicht mehr reparable Anlagen, Einrichtungen oder Bestandteile der Mietsache⁵⁹.

Ist nur eine Instandhaltung, nicht eine Instandsetzung vereinbart, schuldet der Mieter nur vorbeugende Maßnahmen, nicht aber die Behebung von Schäden⁶⁰.

Eine Instandhaltungspflicht für eine Heizungsanlage umfasst nicht die Pflicht, wirtschaftlich unvernünftige Reparaturen durchzuführen, wenn die Anlage nicht mehr reparaturwürdig ist⁶¹.

Ist vereinbart, dass der Mieter den Garten unterhalten muss, sind nur einfache Pflegearbeiten geschuldet, nicht aber Arbeiten, die ein fachmännisches Wissen erfordern⁶², oder außergewöhnliche Arbeiten wie Pflanz- oder Sanierungsmaßnahmen⁶³.

- 50) Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, Rdn. III. A 1080.
- 51) Grundsätzlich offen gelassen von OLG Düsseldorf NZM 2002, 700 = GuT 2002, 178.
- 52) Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., 2001, 2001, § 306 Rdn. 10 m.w.N.
- 53) BGH NJW 2002, 2383, 2384 = GuT 2002, 136.
- 54) OLG Dresden NJW-RR 1997, 395, 396.
- 55) OLG Naumburg WM 2000, 241 = ZMR 2000, 383; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl., 1999, §§ 535, 536 BGB Rdn. 69.
- 56) OLG Köln NJW-RR 1994, 524 = WM 1994, 274; OLG Naumburg WM 2000, 241 = ZMR 2000, 383; Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., 1999, Rdn. III. A 1080.
- 57) OLG Koblenz ZMR 1990, 464; Harz/Schmid, ZMR 1999, 593, 598.
- 58) Oben III. 3. c).
- 59) OLG Naumburg WM 2000, 241 = ZMR 2000, 383.
- 60) OLG Köln NJW-RR 1994, 524 = WM 1994, 274; zweifelhaft im Hinblick auf die Definition der Instandhaltung in § 28 II. BV.
- 61) KG MDR 2000, 447 = NZM 2000, 1228.
- 62) LG Wuppertal WM 2000, 353.
- 63) LG Marburg WM 2000, 691.

Dipl.-Kfm. Thomas Wilhelm, Immo Media Consult, Leipzig

Immobilienvermarktung via Internet als Geschäftserfolg!

– Ergebnisse der Studie „Immo Media Research 3“ –

Allen schlechten Nachrichten über die Internet-Ökonomie zum Trotz: Der Immobilienmarkt im Internet wächst, und Immobilienmarktplätze im Web werden neben traditionellen Vertriebswegen für Anbieter und Kunden immer wichtiger. Der Trend auf dem Online-Immobilienmarkt ist eindeutig: Von 2001 bis 2002 haben sich innerhalb von 12 Monaten die Visits auf den Seiten der – gemessen an den Zugriffszahlen – zehn größten deutschen Immobilienplattformen um 33,5% erhöht. Im gleichen Zeitraum stieg die Anzahl der abgerufenen Exposés um 93,4%. Dies ist ein eindeutiger Indikator dafür, dass sich die Trefferquote bei der Immobiliensuche im Internet signifikant erhöht hat. Die überproportional gestiegene Trefferquote verbessert die Effizienz der Vermarktung zum Vorteil aller Anbieter: Immobilienbörsen haben sich zu einem unverzichtbaren Marketinginstrument entwickelt. Dies belegen auch die stets wachsenden Zugriffs- und Angebotszahlen des monatlichen Immobilienbörsen-Panels, das vom Leipziger Beratungsunternehmen Immo Media Consult seit fast zwei Jahren kontinuierlich erhoben wird.

Webseite	Januar 2002		Dezember 2001		Veränderung		Angebot
	Visits	Exposés	Visits	Exposés	Visits	Exposés	
www.immowelt.de	11.408	11.238	982	1.802	1.420	704	40.000
www.immowelt.de	9	90.000	0	0	0	0	90.000
www.immowelt.de	381	1.876	189	11	192	0	2.000
www.immowelt.de	17.220	25.482	2.798	1.899	14.422	26.583	40.000
www.immowelt.de	4.371	5.492	2.492	864	1.879	0	11.000
www.immowelt.de	40.081	50.804	1.888	9.849	36.193	0	101.000
www.immowelt.de	482	2.284	16	80	466	0	2.000
www.immowelt.de	4.575	50.233	4.023	10.882	472	1.989	104.000
www.immowelt.de	3.388	40.078	3.388	5.850	0	4.462	58.000
www.immowelt.de	5.407	700	190	0	5.217	0	2.000
www.immowelt.de	31	2.212	182	1.906	151	0	2.000
www.immowelt.de	248	1.478	88	80	160	0	1.000
www.immowelt.de	1.181	1.808	217	161	964	0	1.500
www.immowelt.de	18.488	47.204	6	0	18.482	0	80.000
www.immowelt.de	4.158	19.930	1.008	4.862	3.150	2.700	84.000
www.immowelt.de	1.508	1.841	71	68	1.437	0	3.000
www.immowelt.de	1.118	808	143	113	975	0	1.000
www.immowelt.de	28.578	55.475	0	0	28.578	0	47.000
www.immowelt.de	14.388	101	18	0	14.370	0	10.000

In dem nunmehr dritten Band ihrer Studienreihe „Immo Media Research“ beschäftigt sich Immo Media Consult mit einer zentralen Frage, die sich kommerzielle Internet-Nutzer nicht nur in der Immobilienbranche stellen: Ist mit dem Online-Vertrieb von Immobilien überhaupt Geld zu verdienen?

Netzzahlen gesamt August 2002				
URL	Exposés	Exposés je Visi	Visits	PI's
www.immoforum24.de	6.974.574	4,04	1.720.000	25.500.000
www.immopool.de	2.771.173	n.a.	n.a.	17.000.463
www.immowelt.de	1.232.000	2,63	491.000	6.374.090
www.planethome.com	872.261	2,32	398.764	4.022.451
www.immobiliensuche.de	542.876	1,79	314.201	2.731.043
www.belleVue.de	486.519	5,71	85.176	1.418.335
www.wohnfinder.de	483.000	3,19	138.000	1.050.000
www.rheinland24.de*	347.236	3,58	96.972	717.598
www.immobien.de**	231.158	0,56	415.267	3.821.687
www.hamburgerimmocenter.de	130.524	2,07	62.147	454.389
www.deutsche-immobilienboerse.de	128.627	1,17	109.520	1.316.694
www.immotive-7.de	122.730	3,25	34.548	370.020
www.sib-online.de	81.420	2,19	37.127	1.100.260
www.rsb.de	62.417	2,40	25.972	1.194.575
www.imponet.de	41.000	2,22	18.500	168.000
www.kfm.de	n.A.	n.a.	490.000	4.400.000
www.imweb.de/immot*	n.A.	n.a.	195.102	193.250
www.wohnung.de	n.A.	n.a.	99.220	992.350
www.buntesimm.de	n.A.	n.a.	85.087	4.870.926

Reihenfolge nach Exposéstrahlen (unsortiert)
 (*) PI's und Visits sind auf das Komplettangebot bezogen; Immobilien sind nur ein Teilbereich
 (**) Die Angaben beziehen sich auf das Monat Juni 2002.
 n.A.: keine Angaben; n.a.: nicht anrechenbar
 © 2002 IMMO MEDIA CONSULT, www.immo-media-consult.de in Kooperation mit der Immobilien Zeitung, www.immobien-zeitung.de
 Die Daten beziehen auf Selbstauswertungen der Börsen, die nicht überprüfbar sind.

Abb. 1

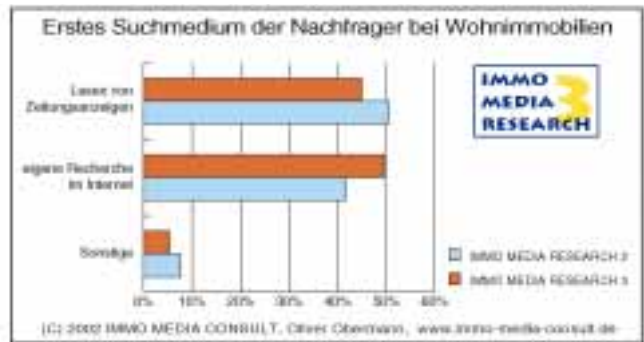
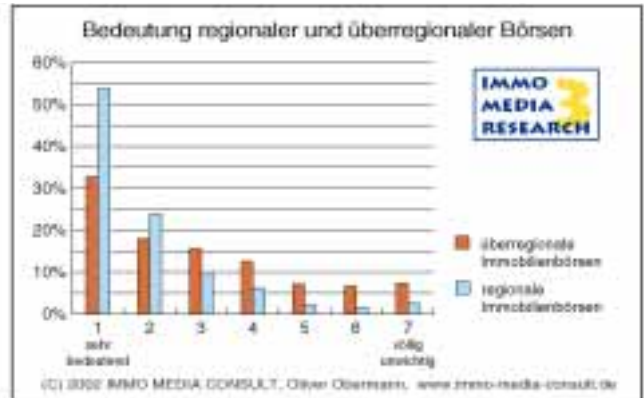


Abb. 2



Der Immo Media Research beantwortet die Frage klar: Online-Immobilienvermarktung kann sehr wohl profitabel organisiert werden – wenn die Anbieter gängige Fehler und Fallen konsequent vermeiden.

Nach wie vor bietet das Internet hervorragende Voraussetzungen für den Internet-Vertrieb. Immobilienanbieter treffen hier genau ihre Zielgruppe. So zeichnet die Nachfrager von Immobilien im Internet der mit 42% sehr hohe Anteil von 30 bis 39jährigen aus, die traditionell vor allem Kaufobjekte zur Eigennutzung suchen. Ebenfalls sehr hoch ist der Anteil in der Altersgruppe der 20 bis 29jährigen, in welcher die Mietnachfrage überwiegt. Auch bei der Frage nach den Einkommensverhältnissen bestätigt die Studie die hohe Attraktivität der Internetsuchenden. Die oberen Einkommensgruppen sind im Vergleich zu den vom Statistischen Bundesamt ausgewiesenen Einkommenszahlen deutlich überrepräsentiert. Etwa ein Drittel verfügt über ein monatliches Haushaltseinkommen zwischen 2000 € und 3000 €, 27% der Internetinteressenten sogar über mehr als 3000 €. Dagegen ist die Gruppe von Haushalten mit einem Nettoeinkommen unter 1500 € eindeutig unterbesetzt. Bei der Verteilung der Haushaltsgrößen und der Berufsstruktur der Internetsuchenden liefert die Studie ebenfalls klare Hinweise auf die hohe Qualität dieser Zielgruppe für die Immobilienwirtschaft. Auch bei der Frage nach der Abschlussbereitschaft der Internetinteressenten wird die Bedeutung des Online-Vertriebsweges sichtbar. 43% der Wohnimmobilienanbieter schätzen die Bereitschaft zum Vertragsabschluss bei Internet-Interessenten höher ein als bei sonstigen Interessenten. Nur 22% der Anbieter schätzen sie niedriger ein.

Abb. 3

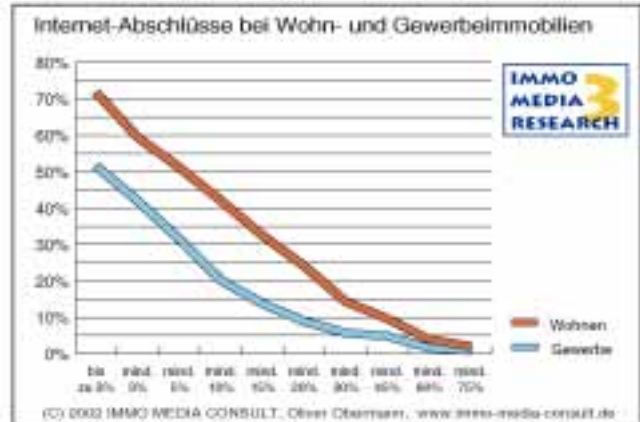
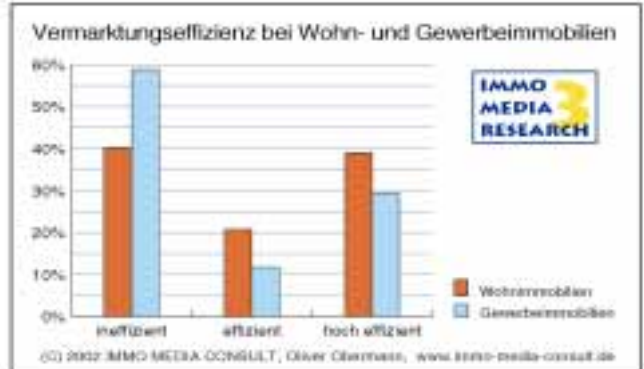


Abb. 4



Im Gewerbeimmobilienbereich dagegen können die Anbieter kaum Unterschiede zwischen On- und Offline-Interessenten ausmachen.

Auch auf Nachfragerseite hat das Internet als Suchmedium weiter an Attraktivität gewonnen. Erstmals gaben im Immo Media Research 3 die Interessenten dem Internet für die Erstrecherche den Vorzug gegenüber der Zeitung. Dieser Positionswechsel gegenüber der letzten Befragung vom Sommer 2000 wurde sehr deutlich vollzogen. Damals wollten noch 50,5% der Immobiliensuchenden die Zeitung als erstes Medium bei der Suche einsetzen. Das Internet war nur für 41,8% die erste Wahl. Nur ein Jahr später führt das Internet und wird jetzt von 49,6% der Suchenden als erstes Medium eingesetzt. Die Zeitung folgt mit 45,0% (vgl. Abb. 1). Trotz der zunehmenden Bedeutung des Internets bei der Immobiliensuche will jedoch auch heute kaum jemand grundsätzlich auf die Zeitung

als Suchmedium verzichten. So stimmten nur 15% der Befragten der Aussage „Die Zeitung setze ich zur Suche nicht mehr ein, das ist mir zu mühsam“ deutlich zu und jeder Zweite lehnte diese Aussage ab.

Doch wo genau trifft man im Internet als Anbieter von Immobilien tatsächlich auf neue Kunden? Welches sind die richtigen Marktplätze und welche Rolle vermag die eigene Ho-

mepage zu spielen? Antworten auf diese Fragen liefert der Immo Media Research 3 unter anderem durch ein aufschlussreiches Ranking der wichtigsten Immobilienbörsen Deutschlands. Fast unbemerkt konnten regionale Börsen an Bedeutung gewinnen, denn bei aller Globalität des Mediums ist Internetvermarktung von Immobilien ein stark regional geprägtes Geschäft. Nur wenige Immobilieninteressenten suchen bundesweit oder gar international. Entsprechend hoch stehen gerade die regionalen Marktplätze bei den Immobiliensuchenden im Kurs. In der Frage nach der Bedeutung verschiedener Online-Angebote für die Suche wird den regionalen Börsen das größte Gewicht beigemessen. Sie erreichten auf einer Skala von 1 (sehr bedeutend) bis 7 (völlig unwichtig) im Mittel einen Wert von 1,94, während überregionale Angebote nur mit durchschnittlich 2,93 eingestuft wurden (siehe Abb. 2).

So können in vielen Gebieten und Ballungsräumen regionale Börsen identifiziert werden, die in ihrer Leistungsfähigkeit den überregionalen Börsen in nichts nachstehen. Bezogen auf eine bestimmte Region haben diese Börsen oftmals einen größeren aktuellen Objektbestand als ihre überregionalen Konkurrenten. In Hamburg beispielsweise bietet das Hamburgerimmocenter wesentlich mehr aktuelle Objekte an als die Konkurrenten Immowelt, Immpool und PlanetHome. Ebenfalls eine starke regionale Rolle spielen in Bayern Landesimmo und Nib, in Baden-Württemberg Immolive-7 und in Dresden Impernet.

Wenn auch nicht alle Immobilienanbieter im Internet gleichermaßen erfolgreich arbeiten, so zeichnet die Studie doch ein allgemein optimistisches Bild der Vertriebsfolge. Erstmals wurde in der aktuellen Analyse der Internetanteil bei den Vertragsabschlüssen der Anbieter abgefragt. In der kumulierten Darstellung Abb. 3 kann auf den Linien abgelesen werden, welchen Mindestanteil ihrer Verträge die Anbieter mit Internetinteressenten abschließen. So schließen bei Wohnimmobilien 42% der Anbieter 10 bis 15% oder mehr ihrer Verträge mit Internetinteressenten. Einen Internetanteil von 15 bis 20% und mehr kann noch ein knappes Viertel der Anbieter (24%) vermelden. Bei der letzten Analyse im Jahre 2000 hatten überhaupt nur 45% der Anbieter angegeben, Abschlüsse erreicht zu haben.

Im Bereich der Gewerbeimmobilien verläuft die Kurve wesentlich flacher bzw. steigt erst relativ weit links an. Bei Gewerbeimmobilien erreichen nur 20% der Anbieter einen Internetanteil von mindestens 10% ihrer Vertragsabschlüsse. Knapp die Hälfte (48%) der Gewerbeimmobilienanbieter konnte online noch gar keine Vertragsabschlüsse erzielen. Hier wird deutlich, dass sich das Internet bei diesem Immobilien-

typ noch nicht als Massenmedium durchgesetzt hat. Die speziellen Strukturen auf Anbieter- und Nachfragerseite im Gewerbebereich lassen erwarten, dass das Internet beim Kontakt mit dem Endnutzer nicht die gleiche Bedeutung wie bei Wohnimmobilien erreichen wird. So wird auch die Eignung von Gewerbeimmobilien für die Internetvermarktung von den Anbietern deutlich geringer eingeschätzt, als dies beispielsweise bei Wohnobjekten zum Kauf oder zur Miete, bei Auslands- und Ferienimmobilien oder bei Fertigteilhäusern der Fall ist. Im Gewerbebereich halten die Anbieter Büroimmobilien für deutlich besser geeignet als alle anderen gewerblichen Objekte.

Die Analyse des Online-Marketings von fast 500 Firmen, die Immobilien online vermarkten, ergibt ein differenziertes Bild beim Verhältnis von Aufwand und Erfolg der Internetaktivitäten (vgl. Abb. 4).

Bei 60 Prozent der Wohnimmobilienanbieter entspricht der Anteil der Investition in einen Internet-Vertriebskanal dem Prozentsatz der erreichten Vertragsabschlüsse. In 39 Prozent der Fälle überstiegen die Erfolge des Internet-Immobilienvertriebs sogar deutlich den Anteil des eingesetzten Budgets. Bei weiteren 40 Prozent der Immobilien-Anbieter erwies sich die Vermarktung im Web allerdings als Geldvernichtung.

Bei Gewerbeimmobilien überwiegen noch deutlich Anbieter mit einer ineffizienten Online-Vermarktung.

Wie unsere Studie bestätigt, ist Geld verdienen mithilfe des Internets kein Naturgesetz, Geld verlieren allerdings auch nicht. Es kommt auch hier darauf an, so schnell wie möglich zur optimalen Internet-Vermarktung zu finden und teure Experimente zu vermeiden. Einer der Hauptgründe für ausbleibenden Erfolg bei der Immobilienvermarktung über das Internet besteht darin, dass noch zu wenige Unternehmen die Stärken des neuen Mediums wirklich nutzen. Die Visualisierung der angebotenen Objekte ist ein Schlüsselfaktor für den Vermarktungserfolg. Die Studie – so darf an dieser Stelle zusammenfassend zu schreiben sein – stellt detailliert dar, welche Methoden des Online-Marketings tatsächlich zu Vertragsabschlüssen führen, analysiert die Gründe, warum ein Teil der Online-Vermarktung mit Verlust und ein Teil mit Gewinn betrieben wird, und welche typischen Managementfehler vermieden werden können.

Neu ist im dritten Band von Immo Media Research auch die Untersuchung der Online-Gewerbeimmobilienvermarktung. Bisher gab es in Deutschland keine flächendeckende Untersuchung zu diesem wichtigen Marktsegment. Unter www.immo-media-research.de können weitere Informationen zum Immo Media Research 3 abgerufen werden.

Gewerbemiete

§ 535 BGB

Einkaufszentrum; Auswahl der Erstmieter; Erstvermietungsgarantievertrag

1. Im kaufmännischen Rechtsverkehr (hier im Rahmen eines Erstvermietungsgarantievertrages) bestehen strengere Sorgfaltsanforderungen an den Leistungspflichtigen als im allgemeinen Rechtsverkehr.

2. Es ist weder möglich noch geboten, für das Gebiet der neuen Bundesländer in der Zeit unmittelbar nach der Wiedervereinigung Deutschlands den Begriff der kaufmännischen Sorgfalt besonders zu definieren.

3. Zu den Sorgfaltsanforderungen bei der Auswahl von Erstmietern für ein Einkaufszentrum.

(OLG Naumburg, Urteil vom 15. 7. 2002 – 1 U 153/99)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um Ansprüche im Zusammenhang mit einem Einkaufszentrum. Dieses wurde 1993 durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) errichtet, deren Gesellschafter die Fa. St., der Beklagte und Herr P. W. waren.

Am 6. 4. 1993 schlossen die genannte GbR bzw. deren ursprüngliche Mitglieder einerseits mit den Klägern andererseits insgesamt 3 Verträge, die im wirtschaftlichen Zusammenhang zueinander standen und isoliert nicht geschlossen worden wären. In dem ersten Vertrag, einem Kaufvertrag, verpflichteten sich die Kläger – jeweils einzeln –, die Gesellschaftsanteile der GbR zu einem Preis von insgesamt 1 930 000 DM zu kaufen. Der Kaufvertrag wurde durch die Abtretungsvereinbarung vom 16./29. 4. 1993 vollzogen. In dem zweiten Vertrag vom 6. 4. 1993, der als „Generalübernehmervertrag“ (im Folgenden: GÜV) bezeichnet wurde, be-

auftragten die Kläger „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter dem Namen ‚Einkaufspromenade H.‘“ die Fa. St. mit der schlüsselfertigen, funktionsfähigen Erstellung dieses Bauwerks einschließlich Außenanlagen zu einem Pauschalpreis von 14 965 720 DM (§ 3 GÜV). Dabei war vorgesehen, dass die Übergabe spätestens bis zum 31. März 1994 zu erfolgen habe (§ 5 GÜV). Schließlich schlossen die Kläger – wiederum als GbR „Einkaufspromenade H.“ – mit dem Beklagten einen Vertrag über eine Erst-Vermietungsgarantie (im Folgenden: Erstvermietungsgarantievertrag = EVGV), in welchem sich der Beklagte verpflichtete, für die noch nicht vermieteten Räume Mieter zu suchen. Er garantierte Mietentnahmen von insgesamt 1 366 000 DM zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer pro Jahr (§ 1 EVGV) und verpflichtete sich, für die Dauer von 10 Jahren ab Fertigstellung des Gebäudes den Mietausfall in Höhe der Differenz zwischen dieser Summe und den tatsächlich vereinbarten Mieten in den Erstmietverträgen sowie eventuelle Regressforderungen der Mieter wegen Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins zu tragen (§ 2 EVGV). Die Erstmieter hatte der Beklagte „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszusuchen und nur solche Mietinteressenten (sic!) zu vermitteln, deren Leistungsfähigkeit gewährleistet erscheine“ (§ 4 EVGV).

Die Kläger machen Garantie und Schadensersatzansprüche aus dem Erstvermietungsgarantievertrag geltend, wobei die (echten) Garantieansprüche unmittelbar aus der Differenz der garantierten zu den entstandenen Mietforderungen und die Schadensersatzansprüche daraus hergeleitet werden, dass der Beklagte zwar Erstvermietungsverträge geschlossen, die Mieter aber nicht mit der gebotenen Sorgfalt ausgesucht habe, so dass die Verträge Not leidend geworden seien.

Die Kläger haben behauptet, der Beklagte habe die vereinbarten Sollmieten nur deshalb in der von ihm erreichten Größe bewirken können, weil er teilweise wirtschaftlich nicht leistungsfähige Mieter zum Vertragsabschluss bewegt habe und erhebliche Mietschulden für die Anfangszeit gewährt habe. Die vereinbarten Mieten seien zum Teil ortsunüblich gewesen.

Der Beklagte habe dabei die Sorgfaltspflichten gem. § 4 EVGV verletzt, da er teilweise keine, teilweise erst nach Abschluss der Mietverträge und damit verspätete Auskünfte der Fa. C. über die künftigen Mieter eingeholt habe. Derartige Auskünfte seien im Übrigen per se kein geeignetes Mittel zur Prognose der Leistungsfähigkeit der Mietinteressenten, insbesondere hinsichtlich der Personen, die nicht auf eine längere geschäftliche Tätigkeit zurückblicken könnten. Bei Anwerbung der Mieter habe sich der Beklagte einer Maklerfirma bedient, die in ihren Prospekten das wirtschaftliche Potential des Einkaufszentrums falsch dargestellt und daher bei den Mietern unberechtigte Erwartungen geweckt habe.

Der Beklagte hat behauptet, die Kläger selbst seien davon ausgegangen, dass die Erstvermietungsgarantie bei all den Mietern erfüllt sei, welche die Mieträume übernommen, die erste Miete gezahlt und die Mietkaution gestellt hätten. Im Übrigen habe er die ihm obliegende Verpflichtung aus § 4 EVGV erfüllt. Er ist der Auffassung, die Kläger überspannten die Anforderungen, die an ihn zu stellen seien. Er könne sich bei der Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Mieter nur derjenigen Mittel bedienen, welche ihm zur Verfügung stünden. Dies sei eine Kreditauskunft durch ein branchenführendes Unternehmen – C. –, dessen Auskünfte aussagekräftig seien.

Aus den Gründen: In der Sache hat die Berufung der Kläger insoweit Erfolg, als nicht nur für das erste Garantiejahr, sondern auch für die folgenden streitgegenständlichen Jahre Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung (pVV) des EVGV teilweise, nämlich in Bezug auf einzelne Mietverhältnisse, zuzuerkennen waren. Die Berufung des Be-

klagten hatte insoweit teilweise Erfolg, als er sich gegen die Ausurteilung von Schadensersatzansprüchen, die auf den übrigen Mietverhältnissen für das erste Garantiejahr beruhen, wandte.

Im Einzelnen:

1. Garantieforderungen

Das Landgericht hat zu Recht für das 1. Garantiejahr (1. 4. 1994 bis 30. 3. 1995) ausstehende Garantiezahlungen in Höhe von weiteren 32 394,44 DM (entspricht 16 563,01 €) und für die weiteren streitgegenständlichen Jahre 1. 4. 1995 bis 31. 12. 1997 in Höhe von 83 191,46 DM (entspricht 42 535,12 €), insgesamt also 59.098,13 € ausgemessen. [...]

2. Schadensersatzforderungen

Den Klägern stehen gegenüber dem Beklagten Schadensersatzansprüche in Höhe von insgesamt 960 318,63 DM (entsprechend 491 003,11 €), wobei 181 714, 67 DM (entsprechend 92 909,24 €) auf das erste Garantiejahr entfallen, aus pVV des EVGV zu.

2.1. Gem. § 4 EVGV verpflichtete sich der Beklagte, die Erstmieter mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszusuchen und nur solche Mietinteressenten zu vermitteln, deren Leistungsfähigkeit gewährleistet erscheint. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, dass der Beklagte sich hierzu nicht nur hinsichtlich der künftigen Mietverhältnisse verpflichtet hat, sondern dieser Maßstab auch auf die Vertragspartner anzuwenden ist, deren Mietvertrag vor dem 6. April 1993 zustande gekommen ist. Zwar mag man dem Beklagten zugestehen, dass der Wortlaut der Vereinbarung gewisse Anhaltspunkte für die von ihm vorgenommene Auslegung des Vertrages bieten könnte, beispielsweise durch die in die Zukunft gerichtete Formulierung „zu vermitteln“. Er erkennt jedoch, dass bei der Auslegung von Willenserklärungen „der wirkliche Wille der Vertragspartner zu erforschen ist, und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“ ist (§ 133 BGB). Dieser Wille ist in Anbetracht der hier vorliegenden Begleitumstände völlig eindeutig. Der Beklagte hat in dem von ihm geschlossenen EVGV eine Erstvermietung mit einem bestimmten Gesamtmietertrag in einer Situation garantiert, in der das Einkaufszentrum lediglich teilweise erstvermietet war. Wer dabei ausdrücklich die Verpflichtung eingeht, die künftigen Mieter mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszusuchen, sichert gleichzeitig konkludent – aber gleichwohl selbstverständlich – zu, dass er die bereits verpflichteten Mieter mit eben dieser Sorgfalt ausgesucht hat. Eine andere Auslegung käme nur dann in Betracht, wenn bereits vor Vertragsschluss Zweifel daran bestehen würden, dass bei den bisherigen Mietern der vereinbarte Sorgfaldmaßstab eingehalten wurde, mithin die ausdrückliche Festschreibung dieses Sorgfaldmaßstabes als Mahnung zu verstehen wäre, in Zukunft „ordentlich“ zu handeln. Hierfür sind indes keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich. Auch der Beklagte geht nicht etwa davon aus, dass bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Zweifel der Kläger daran bestanden hätten, dass er bisher mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gehandelt hat, sondern beruft sich – im Gegenteil – darauf, dass er diesen Sorgfaldmaßstab selbstverständlich eingehalten habe.

2.2. Der Beklagte hat die ihm obliegenden Sorgfaldspflichten schuldhaft nicht gehörig erfüllt.

2.2.1. Verkürzt wäre es allerdings, darauf abzustellen, dass die Auswahl von Mietinteressenten, deren Leistungsfähigkeit gewährleistet erscheint (!), vorliegend nicht gewahrt gewesen ist. Nach Sinn und Zweck der Vertragsklausel hat diese Alternative des § 4 EVGV keine eigenständige Bedeutung, sondern stellt nur eine Konkretisierung – quasi als Regelbeispiel – der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ dar. Selbstverständlich sollte der Beklagte nicht – wie überspitzt von den Parteien vorgetragen wird – die Solvenz der Mietvertrags-

parteien – gar noch für einen Zeitraum von 10 Jahren – garantieren. Die von ihm abgegebene Mietgarantie sollte jedoch bewirken, dass eine Erstvermietung des Einkaufszentrums mit langfristigen Mietverträgen gesichert ist. Danach eintretende Umstände, die zum vorzeitigen Ausscheiden eines Mieters führen, stehen der Erfüllung der Mietvertragsgarantie nicht entgegen. Der Sachverständige N. hat in seiner mündlichen Anhörung nachvollziehbar erläutert, dass die „Vollvermietung“ eines Einkaufszentrums von einer ganz erheblichen Bedeutung ist. Wegen der fatalen Auswirkungen eines Teilleerstandes auf die Attraktivität und damit den langfristigen Erfolg eines solchen Vorhabens kann die fehlende Vollvermietung gar Anlass sein, den Eröffnungszeitpunkt zu verschieben. Es versteht sich von selbst, dass bei dieser Sachlage die Auswahl solcher Mieter, deren Leistungsfähigkeit bereits zu Beginn des Mietverhältnisses „nicht gewährleistet erscheint“, weder dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB noch der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes entsprechen kann. Ist die Gefahr des „Scheiterns“ seines Geschäftsvorhabens einem Mieter von Anfang an quasi auf die Stirn geschrieben, so ist zu besorgen, dass durch vorzeitigen, vom Erfolg des Einkaufszentrums insgesamt unabhängigen Leerstand zugleich auch eine Gefahr für den Erfolg des Projektes insgesamt ausgeht.

2.2.2. Die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes“, die auch ohne die ausdrückliche Erwähnung im Vertrag schon nach § 347 HGB zu beachten gewesen wäre, wird als Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes angesehen, dass im kaufmännischen Rechtsverkehr andere, nämlich strengere Maßstäbe herrschen als allgemein (Schmidt in MK-HGB, § 347 Rn. 2). Auch wenn man – wie Karsten Schmidt (a. a. O. sowie in Handelsrecht, 5. Auflage, § 18 III 1) – davon ausgeht, dass aufgrund der auch in § 276 BGB vorgesehenen Haftung nach Rechtskreisen ein besonderer Sorgfaltsmaßstab für den kaufmännischen Rechtsverkehr entbehrlich ist, ist durch die vertragliche (bzw. die gesetzliche) Formulierung zumindest klargestellt, dass der maßgebliche Idealtyp durch die Art des Handelsgeschäftes spezialisiert wird (Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl., § 347 Rn.1 unter Hinweis auf RGZ 64, 267). Gewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Beklagte bei der Auswahl der Mieter all dies zu beachten hatte, was notwendig ist, um durch sachgerechte Auswahl des Mieters im Einzelfall, aber auch durch eine vernünftige Zusammenstellung des Mieterspektrums für das gesamte Einkaufszentrum dem Gesamtprojekt zum Erfolg zu verhelfen. Die hierfür maßgeblichen Kriterien hatte er zu kennen. Wem auferlegt ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu handeln, kann sich nicht darauf berufen, dass er geringere Fachkenntnisse hat als Berufskollegen (so sehr überzeugend: Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., § 347 Rn. 21). Wagt er sich in eine Branche, in der er die notwendigen Kenntnisse nicht hat, so hat er sie sich beispielsweise durch Inanspruchnahme geeigneter Berater zu verschaffen.

2.2.3. Entgegen der Auffassung der Parteien ist eine besondere Definition des Begriffs der kaufmännischen Sorgfalt in der Nachwendzeit dabei weder möglich noch geboten. Eine diesbezügliche Vereinbarung haben die Parteien, die aus den alten Bundesländern kommen und daher beispielsweise auch für die Bauausführung ausdrücklich „Weststandard“ vereinbarten, nicht getroffen. Vom rechtlichen Ansatz ist daher nicht ersichtlich, woraus von allgemeinen Kriterien abweichende „nachwendespezifische“ Sorgfaltsanforderungen resultieren sollen. Die in diesem Zusammenhang ins Feld geführten steuerrechtlich begründeten Erwägungen sind fehl am Platze. Ungeachtet dessen sind die tatsächlichen Besonderheiten sowohl der potentiellen Mieter wie der potentiellen Besucher in die Abwägung, ob die Sorgfaltsanforderungen erfüllt wurden, einzubeziehen.

2.2.4. Da dem Senat die Kriterien, nach denen die Auswahl der Mieter für ein beabsichtigtes Einkaufszentrum zu erfolgen hat, nur insoweit bekannt waren, als sich diese der eher laienhaften Sicht gelegentlicher Besucher derartiger Zentren erschließen, hat er sich sachverständiger Hilfe bedient. Bereits im Rahmen der umfangreichen Ermittlungen des Senats, die notwendig waren, um einen geeigneten Sachverständigen zu finden, wurde ersichtlich, dass der diesbezüglich erforderliche Sachverstand über das hinausgeht, was für eine „normale“ Vermittlung gewerblichen Wohnraumes, wie sie beispielsweise ein Makler leistet, gelten muss. Bildlich gesprochen muss der „Mosaikstein“, den das einzelne Mietverhältnis bildet, nicht nur als solcher in Ordnung sein, sondern sich auch harmonisch in das „Gesamtbild“ einfügen. Die Notwendigkeit, die Auswahl im Einzelfall von einer differenzierten Abwägung abhängig zu machen, wurde durch die Beweisaufnahme bestätigt. Aus dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen N. ergibt sich, dass bei der Auswahl der Mieter neben der Solvenz auch die fachliche Qualifikation eines Mietinteressenten eine Rolle spielt. Der „Branchenmix“, d. h. die Zusammenstellung der einzelnen Geschäfte ist wichtig, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass der „ideale“ Branchenmix nicht immer erreicht werden kann und daher auch „Alternativbelegungen“ möglich sind. Im Rahmen seiner Anhörung hat der Sachverständige N. seine Ausführungen näher konkretisiert und erläutert. Von besonderer Bedeutung für den Senat war dabei, dass die Entscheidung für oder gegen einen Mietinteressenten von der Gesamtabwägung einer Vielzahl von Einzelkomponenten abhängig ist, wobei durchaus auch ein persönliches Gespräch von Bedeutung sein kann. Der Sachverständige hat nachvollziehbar ausgeführt, dass er im Rahmen der Qualifikationsprüfung beispielsweise als unabdingbar ansieht, festzustellen, ob sich der Interessent Gedanken über das Kaufkraftpotential in der Umgebung des Zentrums bzw. die Wettbewerbssituation gemacht hat. Auch die Vereinbarkeit der Funktion des konkreten Einkaufszentrums (hier: als Nahversorger) mit dem beabsichtigten Sortiment spielt eine bedeutsame Rolle. Schließlich ist auch zu beachten, ob die Größe der angemieteten Fläche und die sich daraus ergebende Mietzinsbelastung in einem gesunden Verhältnis zu dem jeweiligen geschäftlichen Vorhaben steht.

2.2.5. Der Beklagte schuldete den Klägern eine derartige Abwägung. Dem kann er auch nicht entgegenhalten, die Kläger selbst hätten die Vereinbarung in einem ihm günstigeren Sinn ausgelegt. Die zur Begründung dieser Auffassung herangezogenen Schreiben des Klägers zu 1) vom 19. April 1994, 21. April 1994 und 4. Mai 1994 geben hierfür nichts her und werden von dem Beklagten in sinnentstellender Weise interpretiert. Wer – wie der Kläger zu 1) – ausführt, dass er einen Mieter, der seine erste Miete nicht beglichen habe, nicht als leistungsfähig im Sinne des EVGV ansehe, sieht in der Zahlung der ersten Miete eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Erfüllung der Pflichten des Mietgaranten. Entsprechendes gilt für die Stellung der Mietkaution.

2.2.6. Wie sich aus der landgerichtlichen Beweisaufnahme – und im Übrigen auch aus dem unstreitigen Sachverhalt – ergibt, hat der Beklagte die an ihn zu stellenden Anforderungen nicht erfüllt. Auf die Frage, ob eine „C.“ Auskunft (rechtzeitig) eingeholt wurde, kommt es dabei nicht an. Der Beklagte selbst hat seine „Pflichten“ durch minimalste Anforderungen definiert (s. o.: Übernahme der Mietfläche, Zahlung der ersten Miete und der Kaution soll ausreichen). Er hat nicht ansatzweise dargelegt, dass er sich – beispielsweise durch entsprechende Gespräche oder durch das Gegenüberstellen von Mietfläche und Branche des Mieters – in die Lage versetzt hat, die gebotene Abwägung der für und gegen die Eingehung eines Mietverhältnisses mit dem konkreten Mieter sprechenden Gesichtspunkte vorzunehmen.

2.3. Die Pflichtverletzung des Beklagten war allerdings nur zum Teil kausal für den bei den Klägern eingetretenen Schaden.

2.3.1. Es ist zwar verfehlt, die Kausalität nach Ablauf eines bestimmten Zeitabschnittes zu verneinen, wie das Landgericht dies getan hat. Sofern infolge der schuldhaften Auswahl eines ungeeigneten Mieters das Mietverhältnis Not leidend wird, sind die Kläger so zu stellen, wie sie bei pflichtgemäßem Handeln des Beklagten stehen würden. Bei pflichtgemäßem Handeln wäre aber der Not leidend gewordene Mietvertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden, so dass die Mietgarantie eingreifen würde bis entweder ein geeigneter (Erst!)mieter gefunden oder aber der Garantiezeitraum abgelaufen ist.

2.3.2. Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden liegt indes nicht vor, soweit der Beklagte trotz Nichtanwendung des gebotenen Sorgfaltsmaßstabes Mietverträge mit einzelnen Mietern abgeschlossen hat, deren Verpflichtung auch bei pflichtgemäßem Handeln in Betracht gekommen wäre. Dem steht nicht entgegen, dass auch derartige Mieter in der Folge gescheitert sind. Hierfür hat der Beklagte nicht einzustehen.

2.3.3. Gewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die schuldhaft fehlerhafte Auswahl der Mieter K., Gl., Gx., Wg. und P. ursächlich für den bei den Klägern eingetretenen Mietausfall war. Die Versäumnisse anlässlich der Auswahl der Mieter U., S., M. und Mg. sind demgegenüber nicht für die eingetretenen Mietausfälle ursächlich, da diese Mieter auch bei einer mit der gebotenen Sorgfalt vorgenommenen Auswahl vertretbar gewesen wären.

Der Senat schließt sich insoweit aufgrund eigener Abwägung und Meinungsbildung den Ausführungen des Sachverständigen N. an, der retrospektiv eine entsprechende Bewertung durchführte und zu dem gleichen Ergebnis kam. Die Ergebnisse sind auch insgesamt stimmig. So ist für den Senat nachvollziehbar, dass die Mieterin U., die immerhin bereits geschäftlich tätig war, günstiger zu prognostizieren ist, als beispielsweise der Mieter K., dessen Mietfläche zudem für das beabsichtigte Geschäft auffällig groß war. Es liegt auch kein Widerspruch darin, ein Bekleidungsgeschäft mit einer Gesamtgröße von 320 m² (Gx.) anders einzuschätzen, als eine eher kleine, persönlich betriebene Boutique (S.). Hinsichtlich der weiteren Mieter hat der Sachverständige plausibel gemacht, wie wichtig gerade die Kompatibilität von Geschäftsidee und Sortiment einerseits mit der Funktion des hier streitgegenständlichen Zentrums als Nahversorgungszentrum andererseits für eine günstige (M., Mg.) oder negative (Wg. und F. GbR; P.) Prognose ist.

2.5. Hieraus ergeben sich Schadensersatzansprüche der Kläger in Höhe von 960 318,63 DM, was 491 003,11 € entspricht. [...]

3. [...] Die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO n. F. war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichtes erfordert. Der Senat schließt sich dem Beklagten, welcher die Auffassung vertritt, in der „Definition des Begriffs kaufmännische Sorgfalt in der ‚Nachwendezeit‘“ sei eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung zu sehen, nicht an. Wie aus den Ausführungen des Senats hervorgeht, gibt es keine spezifische Definition der „kaufmännischen Sorgfalt in der ‚Nachwendezeit‘“. Unzweifelhaft gab es zwar im Beitrittsgebiet in der Zeit ab 1990 spezifische, von den alten Bundesländern abweichende Rahmenbedingungen, die jeder(!) sorgfältig handelnde Kaufmann kennen und bei seiner wirtschaftlichen Betätigung in diesen Gebieten auch berücksichtigen musste. Die Frage, welche Rahmenbedingungen dies waren und wie ein ordentlich handelnder Kaufmann diese in

seine Abwägung einbezogen hat, sind jedoch tatsächlicher Natur, weshalb sie der Senat auch unter Zuhilfenahme sachverständiger Beratung beantwortet hat.

Mitgeteilt vom Verein zur Veröffentlichung von Entscheidungen aus der Rechtsprechung des OLG Naumburg

§ 535 BGB
Gewerberaumiete; Lebensmittelmarkt;
Kundenparkplatz;
Zufahrt für Anlieferungen; Aufzugsnutzung

1. Der Vermieter eines Lebensmittelmarktes ist verpflichtet, dem Betreiber den Schlüssel des mitvermieteten (hier durch ein Rolltor verschließbaren) Kundenparkplatzes herauszugeben.

2. Zur Pflicht des Vermieters, die Anlieferung der für den vermieteten Lebensmittelmarkt bestimmten Waren über die auf seinem (anderen) Grundstück gelegene Zufahrt zu den festgelegten Marktöffnungszeiten zu ermöglichen.

3. Dem Betreiber eines Lebensmittelmarktes steht ohne gesonderte Vereinbarung gegen den Vermieter kein Anspruch auf Herausgabe eines Aufzugschlüssels zu.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. 9. 2002 – 10 U 82/01)

Aus den Gründen: I. Berufung der Beklagten

Das Landgericht [Düsseldorf] hat mit zutreffender Begründung angenommen, dass die Beklagte gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet ist, der Klägerin einen Schlüssel für das Rolltor zum Kundenparkplatz des von der Klägerin angemieteten Mietobjekts herauszugeben.

Die Beklagte ist aufgrund des Mietvertrages vom 11. 7. 1990 verpflichtet, der Klägerin den ungestörten vertragsgemäßen Gebrauch auf der mitvermieteten Parkfläche zu gewähren. Was der Vermieter im Einzelfall tun muss, um seiner Pflicht zu genügen, dem Mieter die Mietsache zum Gebrauch zu überlassen und während der Mietzeit zu belassen, richtet sich nach der Art und dem Umfang des Gebrauchs, der dem Mieter nach dem Vertrag gestattet ist. Nur wenn hiernach der Gebrauch der Mietsache notwendig deren Besitz voraussetzt, gehört zur Gebrauchsgewährung auch die Verschaffung des Besitzes (vgl. BGH WM 1989, 229; BGHZ 65, 137 (139 f.) = NJW 1976, 105 = LM § 571 BGB Nr. 23). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Gemäß § 1 Abs. 3 des schriftlichen Mietvertrages gehört der streitgegenständliche Parkplatz zu dem der Klägerin vermieteten Objekt und ist damit integraler Bestandteil des Mietvertrages. Dies schließt das Recht der Klägerin ein, den Parkplatz in den Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs jederzeit nutzen zu können. Die danach von ihr geschuldete Gebrauchsüberlassungspflicht konnte bzw. kann die Beklagte nur durch Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft i. S. des § 854 Abs. 1 BGB auf die Klägerin erfüllen. Hierfür reicht es nicht aus, dass die Beklagte bzw. eine von ihr bestellte Hausangestellte den Kundenparkplatz werktäglich einschließlich samstags „geräumig“ vor Öffnung des X.-Marktes öffnet und nach Ladenschluss wieder zuschließt. Mit dem mietvertraglich begründeten Alleinbesitzrecht der Klägerin ist ein Recht der Beklagten, über den alleinigen Schlüssel für das den Zugang zu dem Parkplatz sichernde Rolltor zu verfügen und damit letztlich nach ihrem „Gutdünken“ zu bestimmen, wann der Parkplatz frei zugänglich ist, nicht zu vereinbaren. Dass der Kundenparkplatz gemäß § 1 Abs. 4 des Mietvertrages ausschließlich für Parkzwecke verwendet werden darf, stellt keine Beschränkung des der Klägerin vertraglich zustehenden Alleinbesitzrechtes dar. Die Beklagte kann die Klägerin auch nicht auf ein rechts neben dem streitgegenständlichen Rolltor liegendes Fußgängerort verweisen. Zwar können die Klägerin bzw. der Marktbetreiber hierdurch

den Parkplatz jederzeit betreten. Zu dem vertragsgemäßen Gebrauch des Kundenparkplatzes rechnet bei verständiger Würdigung der vertraglichen Regelung gemäß §§ 133, 157 BGB aber auch die außerhalb der üblichen Geschäftszeiten liegende Nutzung durch den Marktbetreiber bzw. dessen Angestellte, etwa bei notwendigen Büro- oder Ein- und Umräumungsarbeiten in den vermieteten Geschäftsräumen in den Abendstunden und an Sonn- und Feiertagen.

Dass die Beklagte nach der Errichtung des Rollltores von Anbeginn die Schlüsselgewalt inne hatte, mag zwar gemäß § 539 BGB etwaige hierdurch begründete Gewährleistungsansprüche der Klägerin ausschließen, nicht aber ihren vertraglichen Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 BGB.

II. Anschlussberufung der Klägerin

1. Herausgabe des Schlüssels für das Anlieferungstor

Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass die Beklagte nicht gemäß § 535 Abs. 1 BGB verpflichtet ist, der Klägerin einen Schlüssel für das Rolltor herauszugeben. Der Klägerin steht gegen die Beklagte auch nicht der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf ganztägigen uneingeschränkten Zugang des Anlieferungsbereiches zu. Allerdings kann sie – als Minus gegenüber der begehrten ganztägigen Nutzung – verlangen, dass die Beklagte ihr die Anlieferung von montags bis samstags ab 6.00 Uhr bis zu den üblichen Ladenschlusszeiten des Marktes ermöglicht, so dass der Hilfsantrag der Klägerin im Wesentlichen begründet ist.

Der Senat lässt offen, ob sich bereits aus dem streitgegenständlichen Mietvertrag ein Mitbenutzungsrecht der über das insoweit nicht mitvermietete Grundstück der Beklagten führenden Anlieferungszufahrt ableiten lässt oder ob Grundlage des Mitbenutzungsrechts insoweit ein zumindest konkludenter – nach dem Vertragszweck unkündbarer – Leihvertrag ist. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung ist die Beklagte jedenfalls verpflichtet, der Klägerin – soweit es zum vertragsgemäßen Gebrauch des vermieteten Ladenlokals erforderlich ist – in zumutbarer Weise die Zufahrt zum Zwecke der Belieferung des auf dem Grundstück betriebenen X.-Marktes zu ermöglichen.

Dieser Verpflichtung ist die Beklagte bisher nicht in ausreichendem Maße nachgekommen. Zwar hat die Klägerin – anders als bei dem mitvermieteten Parkplatz – an der Anlieferungsfläche kein alleiniges Benutzungsrecht, weil die Zufahrt auch über die der Beklagten gehörende Grundstücksfläche läuft. Dementsprechend reicht es insoweit für die Erfüllung der vertraglichen Überlassungspflicht aus, dass die Beklagte der Klägerin den Mitbesitz an der Zufahrt einräumt und eine Anlieferung so ermöglicht, dass der X.-Markt zu den festgelegten Öffnungszeiten problemlos betrieben werden kann. Hierfür reicht es aus, dass die Beklagte der Klägerin die Belieferung und Versorgung des Marktes zu den im Tenor unter Ziffer 2 festgelegten Zeiten ermöglicht. [6.00 bis 20.00 Uhr Montag bis Freitag, 6.00 bis 16.00 Uhr Sonnabend, bis 18.00 Uhr verkaufsoffene Sonnabende]

Eine ganztägige Nutzungsmöglichkeit einschließlich sonn- und feiertags kann die Klägerin dagegen nicht verlangen. Insoweit hängt die Beurteilung, ob die Klägerin ihre Zustimmung zu den von den Beklagten gewünschten Zugangszeiten nach § 242 BGB erteilen muss, im Rahmen der gebotenen Einzelfallprüfung von einer Interessenabwägung ab. Dies geht im Streitfall zu Lasten der Klägerin aus.

Auf Seiten der Klägerin ist ihr erhebliches Interesse zu berücksichtigen, dass die für den Markt bestimmten Lieferungen so rechtzeitig erfolgen können, dass zumindest die sog. Frischewaren (Milchprodukte, Fleisch, Gemüse) noch vor Öffnung des Marktes eingeräumt werden können bzw. dass auch noch kurz vor Ladenschluss angelieferte Ware noch in die Lager- und Kühlräume verbracht werden kann. Demgegenüber ist zugunsten der Beklagten zu erwägen, dass sich un-

mittelbar neben dem X.-Markt ein weiteres im Eigentum der Beklagten stehendes Gebäude mit vermieteten Wohnungen befindet. Diesen Mietern gegenüber hat die Beklagte für den ungestörten Gebrauch einzustehen, also auch dafür, dass diese nicht durch Lärm und Benzinimmissionen, mit dem der Anlieferbetrieb zwangsläufig verbunden ist, beeinträchtigt werden. Schon aus diesem Grund ist sie nicht nach Treu und Glauben verpflichtet, einer Rundum-Anlieferung zuzustimmen. Den Interessen der Klägerin wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass die Beklagte das Rolltor ab 6 Uhr morgens offen hält und eine Anlieferung an den Wochentagen bis max. 20 Uhr bzw. samstags bis 16.00 oder 18.00 Uhr (verkaufsoffener Samstag) möglich ist. Die Klägerin trägt selbst keinen einzigen Fall vor, in dem eine Anlieferung in der Vergangenheit tatsächlich vor 6 Uhr morgens bzw. nach 20.00 Uhr erfolgt ist oder erfolgen sollte. Hierfür besteht im Regelfall auch keine Veranlassung, weil die Anlieferung bei entsprechender der Klägerin bzw. dem Marktbetreiber zumutbarer Planung innerhalb der vorgenannten Zeiten erfolgen kann.

2. Aufzug

(a) Ein Anspruch auf Aushändigung der Schlüssel für den Maschinenraum der Aufzüge im Kellergeschoss des Hauses steht der Klägerin gegen die Beklagte nicht zu. Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass der Maschinenraum nicht mitvermietet worden ist und die Zugangsmöglichkeit zu dem Maschinenraum für die die Beklagte hinsichtlich der beiden Aufzüge treffende Gebrauchsüberlassungspflicht nicht erforderlich ist. Rechtserhebliches hierzu ist der Anschlussberufung nicht zu entnehmen. Nach dem Mietvertrag ist die Erhaltung des Mietgegenstands in dem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand Sache der Beklagten. Hierzu gehört auch die Gewährleistung der Betriebsbereitschaft der Aufzugsanlage. Die Beklagte ist ihrer (vorbeugenden) Erhaltungspflicht insoweit in ausreichender Weise dadurch nachgekommen, dass sie die im angrenzenden Wohnhaus der Beklagten wohnende Zeugin Z. gemäß der Bescheinigung des TÜV Rheinland vom 22.1. 2001 zur Aufzugswärterin i. S. des § 20 Abs. 2 der AufzV hat bestellen lassen. An diese sowie an die Beklagte kann die Klägerin sich im Störfall halten. Für etwaige Betriebsstörungen durch Unbenutzbarkeit der Aufzüge stehen der Klägerin die Gewährleistungsrechte gemäß §§ 536, 536 a BGB zur Verfügung. Mehr kann die Klägerin nicht verlangen, selbst wenn sie Zug um Zug gegen Herausgabe der Schlüssel anbietet, ihre eigenen Mitarbeiter zu Aufzugswärtern ausbilden zu lassen.

Aus § 10 Abs. 6 des Mietvertrags kann die Klägerin zu ihren Gunsten nichts herleiten. Soweit es darin heißt, die Wartung der Aufzüge sei Sache des Mieters, haben die Parteien diese Regelung unbestritten seit Mietbeginn dahingehend gehandhabt, dass die Beklagte die Wartung ausführen lässt und die Klägerin sich – wie es in § 5 (Nebenkosten) vorgesehen ist – mit 58% an den entstehenden Kosten beteiligt. Im Übrigen könnte die Klägerin eine etwaige ihr obliegende Wartung auch ohne eigenen Schlüssel nach vorheriger Terminabsprache mit der Beklagten bzw. der von dieser bestellten Aufzugswärterin ausführen lassen.

(b) Die Klägerin kann jedoch von der Beklagten verlangen, dass diese – entsprechend dem zweiten Hilfsantrag – die Aufzugsanlage ganztägig, mithin auch an Sonn- und Feiertagen betreibt.

Zwar enthält der schriftliche Mietvertrag keine Festlegung der Betriebszeiten der Aufzugsanlage. Da die Aufzugsnutzung jedoch Teil des vertragsgemäßen Gebrauchs ist, muss die Beklagte die Nutzungsmöglichkeit nach den betrieblichen Gegebenheiten des in den vermieteten Räumen betriebenen X.-Marktes ausrichten. Die Klägerin weist insoweit zutreffend darauf hin, dass Umräum- und Einräumarbeiten erfahrungsgemäß nicht nur während der üblichen Geschäftszeiten, son-

dem auch an den Wochenenden und feiertags sowie abends und auch nachts erfolgen. Da die Klägerin im Rahmen dieser Arbeiten auf die Nutzungsmöglichkeit der Aufzugsanlage angewiesen ist, trifft die Beklagte eine ganztägige Betriebspflicht. Gegenteiliges ist dem Vorbringen der Beklagten nicht zu entnehmen.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§§ 138, 581 BGB
Gaststättenpacht; Wucher; verwerfliche Gesinnung

Zur Nichtigkeit eines Pachtvertrages über eine Gaststätte wegen Wuchers und zur erforderlichen Feststellung einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. 9. 2002 – 9 U 13/02)

Zum Sachverhalt: Der Kläger macht die Nichtigkeit eines Pachtvertrages über eine Gaststätte in Ü., in der ersten parallelen Seitenstraße zur Seepromenade geltend. Die Gaststätte bestand aus Gastraum, Toilettenanlage, Küche und einem Lagerraum (Fläche des reinen Gast- bzw. Schankraumes 54,15 m², die der übrigen Räume nochmals 41,25 m²). Die monatliche Pacht betrug 4500,00 DM netto zuzüglich Mehrwertsteuer. Der Kläger hatte zuvor im Nachbarhaus eine Gaststätte mit einer Betriebsgröße laut Konzession von 43 m² für netto 1050,00 DM gepachtet. Er hatte sich bei den Eltern der Beklagten, ihren Rechtsvorgängern, um die Anpachtung deren Gaststätte bemüht.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von Zeugen und Einholung eines schriftlichen Gutachtens zwar eine sittenwidrig überhöhte Pacht angenommen, aber keine verwerfliche Gesinnung der Beklagten im Sinne des § 138 BGB festgestellt. Die Berufung des Klägers hatte, soweit er die Nichtigkeit des Pachtvertrages geltend machte, keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, der Pachtvertrag sei wegen Wuchers gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig. Unter Bezugnahme auf die Feststellung des Landgerichts im angefochtenen Urteil kann dahinstehen, ob der Tatbestand des Wuchers erfüllt ist, weil eine sittenwidrig überhöhte Pacht vereinbart wurde. Wie das Landgericht kann auch der Senat keine verwerfliche Gesinnung der begünstigten Rechtsvorgänger der Beklagten feststellen. Da auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist, kommt es auf die spätere Kenntnis der in den Vertrag als Rechtsnachfolgerin eingetretenen Beklagten nicht an. Eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten ist nur dann zu bejahen, wenn er als der wirtschaftlich oder intellektuell Überlegene die schwächere Lage des anderen Teils bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt hat oder sich leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, dass sein Vertragspartner sich nur wegen seiner schwächeren Lage auf den ungünstigen Vertrag eingelassen hat. Nach ständiger Rechtsprechung spricht zwar ein besonders auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten. Für bestimmte Vertragstypen hat der BGH allein wegen eines krassen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten geschlossen, auch wenn im konkreten Fall keine weiteren für ein sittenwidriges Verhalten des Begünstigten entsprechende Umstände hinzukamen (BGH NJW 2002, 55, 57 [= GuT 2002, 9] m.w.N.). Bei Fällen mit Bewertungsschwierigkeiten, wie hier beim Abschluss eines gewerblichen Pachtvertrages, müsste aber nach dieser Rechtsprechung durch tatrichterliche Würdigung festgestellt werden, dass das krasse Missverhältnis für den Begünstigten erkennbar war. Dies hat seinen Grund darin, dass die Pachtpreise für gewerbliche Räu-

me nicht nur regional sehr unterschiedlich sind, sondern auch innerhalb ein und derselben Stadt stark schwanken (BGH a. a. O.).

Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass hier für die Rechtsvorgänger der Beklagten bei Abschluss des Pachtvertrages ein krasses Missverhältnis nicht erkennbar war. Für die Beurteilung dieser Frage kann es nicht entscheidend darauf ankommen, dass sich letztlich, wie hier, nach voller Aufklärung des Sachverhalts, Vernehmung von sachkundigen Zeugen und Erhebung von Sachverständigenbeweis ein krasses Missverhältnis ergibt. Hier hat sogar der gerichtliche Sachverständige nach Besichtigung des Pachtobjekts und Auswertung einer Umfrage in seinem schriftlichen Gutachten vom 2. 2. 2001 eine angemessene Pacht von 3255,00 DM netto zuzüglich Mehrwertsteuer ermittelt, die die vertraglich vereinbarte monatliche Pacht von 4500,00 DM nur um 38,25% überschritt. Ein besseres Urteilsvermögen kann den Eltern der Beklagten nicht unterstellt werden. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass für die Rechtsvorgänger der Kläger ohne weiteres erkennbar war, dass der marktübliche Pachtzins in Wirklichkeit wohl erheblich geringer war. Hinzu kommt, dass für die nur etwa halb so große Gaststätte „P.“ auf dem Nachbargrundstück mit einer Betriebsgröße laut Konzession von nur 43 m², wenn auch einige Jahre später, eine Pacht von netto 2100,00 DM vereinbart wurde. Diesen Feststellungen steht nicht entgegen, dass die Eltern der Beklagten eine Brauerei eingeschaltet hatten, um den Pachtvertrag auszuarbeiten. Da die Brauerei dem Kläger gegenüber nicht als Vertreter der Eltern der Beklagten auftrat, kommt es auf ein eventuelles Wissen der Brauerei von den Marktverhältnissen nicht an.

Im übrigen spricht dagegen, dass die Eltern der Beklagten eine Schwächesituation des Klägers (Zwangslage, Unerfahrenheit, mangelndes Urteilsvermögen, erhebliche Willensschwäche) ausgebeutet haben, dass der Kläger zuvor die Gastwirtschaft im Nebengebäude zu einem erheblich geringeren Pachtzins gepachtet hatte und sich dennoch ohne Vorliegen einer Zwangslage um einen Pachtvertrag mit dieser Pachthöhe bei den Eltern der Beklagten bemühte. Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Kläger als in Ü. tätiger Gastwirt damals geringere Kenntnis über die Marktüblichkeit der vereinbarten Pacht hatte als die Eltern der Beklagten. Offenbar ging er nach seinen Erfahrungen davon aus, dass die vereinbarte Pacht angemessen und für sein Vorhaben auskömmlich war. Sonst bliebe unverständlich, weshalb er sich zu diesem Wechsel entschloss. Darüber hinaus hat der Kläger trotz gerichtlicher Auseinandersetzungen wegen rückständiger Pachten die Pachthöhe nie angezweifelt. Daraus kann geschlossen werden, dass er selbst die Pacht für angemessen hielt.

Mitgeteilt vom Oberlandesgericht Karlsruhe, 9. Zivilsenat in Freiburg

§§ 581, 139 BGB; § 7 VerbrKrG
Verbraucherschutz des Existenzgründers;
Gaststättenpacht; Widerruf der Getränkebezugspflicht

1. Die in einem Pachtvertrag enthaltene Getränkebezugspflicht eines Pächters, der als Existenzgründer Verbraucherschutz genießt, ist bei fehlerhafter Belehrung über das Widerrufsrecht binnen Jahresfrist widerruflich.

2. Ist der Widerruf wirksam, so ist im Zweifel der gesamte Pachtvertrag nichtig.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 9. 7. 2002 – 24 U 167/01)

Aus den Gründen: I. [...] Die Beklagte kann von dem Kläger für die Zeit nach dem 14. Juni 1997 weder Pachtzinsen aus § 581 Abs. 1 Satz 2 BGB noch eine Nutzungsentschädigung gemäß §§ 988, 812 BGB beanspruchen.

1) Ein Pachtvertrag (im folgenden: PV) besteht zwischen den Parteien nicht. Denn der Kläger hat die in § 12 PV vereinbarte Bezugsverpflichtung wirksam widerrufen. Dies führt zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages nach § 139 BGB.

a) Die genannte Getränkebezugsverpflichtung unterliegt als Kreditgeschäft besonderer Art im Sinne der §§ 1 Abs. 1 und 2; 2 Nr. 3 VerbrKrG den Bestimmungen dieses Gesetzes, das am 1. Januar 1991 – und damit vor Abschluss des hier maßgeblichen Vertrages vom 11. Juli 1996 – in Kraft getreten ist. Die Beklagte ist als Getränkegroßhändler Kreditgeberin im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKrG. Der Kläger ist zwar nicht Verbraucher im Sinne der genannten Bestimmung. Er ist diesem aber gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG als so genannter Existenzgründer gleichgestellt.

b) Die Bezugsverpflichtung ist nicht wirksam geworden. Die diesbezügliche Willenserklärung des Klägers unterliegt gemäß § 7 Abs. 1 VerbrKrG dem Widerrufsrecht. Dieses Recht hat der Beklagte ausgeübt, womit die bis dahin schwebend unwirksame Bezugsverpflichtung endgültig erloschen ist.

(1) Die Wirksamkeit des Widerrufs scheidet nicht daran, dass der Begriff „Widerruf“ in der Kündigungserklärung des Klägers vom 14. Juni 1997 nicht verwendet worden ist. Maßgeblich ist nicht die Begrifflichkeit, sondern gemäß §§ 133, 157 BGB der aus der Erklärung erkennbare Wille, die vertragliche Bindung nicht (mehr) anerkennen zu wollen (vgl. BGH NJW 1993, 128; 1996, 1964; Senat OLGR 2001, 204 [= GuT 2002, 54 KL = ZMR 2001, 102]; Bülow, Verbraucherkreditgesetz, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 83). Es unterliegt keinem vernünftigen Zweifel, dass der Kläger mit der Kündigung des gesamten Pachtvertrages auch die Bindung an die Bezugsverpflichtung nicht mehr anerkennen wollte.

(2) Der Widerruf ist auch rechtzeitig, nämlich innerhalb der offenen Widerrufsfrist erfolgt. Im Streitfall beträgt die Widerrufsfrist abweichend von § 7 Abs. 1 VerbrKrG nicht nur eine Woche, sondern gemäß § 7 Abs. 2 VerbrKrG ein Jahr. Die Wochenfrist ist nur dann maßgeblich, wenn der Verbraucher/Existenzgründer über sein Recht zum Widerruf in der Weise belehrt worden ist, wie dies in § 7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG vorgeschrieben ist. Daran fehlt es hier. Die Widerrufsbelehrung ist zumindest in zweifacher Hinsicht fehler- und lückenhaft:

Die Belehrung ist lückenhaft. Sie macht nicht mit der notwendigen Deutlichkeit klar, dass dem Kläger ein Widerrufsrecht zustand. Der von der Beklagten verwendete Vordruck sieht den Eintrag eines Namens oder möglicherweise auch einer Rechtsstellung (etwa: Besteller/Käufer/Bürge/Verbraucher) vor. Dort fehlt es aber an einem Eintrag. Dadurch ist die Belehrung unzureichend. Denn die Formulierung:

„Entsprechend dem Abzahlungsgesetz wird die auf den Abschluss vorstehenden Vertrages gerichtete Willenserklärung des/der <Auslassung im Original> erst wirksam, wenn

ist unklar: Die in dem Vordruck enthaltene gestrichelte Linie vermittelt dem Adressaten nämlich den Eindruck, es sei von den Umständen des Einzelfalls abhängig, ob und ggf. wem ein Widerrufsrecht zustehe.

Die Unklarheit über das Bestehen eines Widerrufsrechts wird dadurch verstärkt, dass die Belehrung fehlerhaft dahinging, ein Widerruf könne entsprechend dem Abzahlungsgesetz erfolgen. Dieses Gesetz war schon zum 1. Januar 1991 außer Kraft getreten. Durch den fehlerhaften Hinweis auf das Abzahlungsgesetz bestand entgegen der Auffassung der Beklagten die generelle Gefahr, dass der Kläger das ihm zustehende Widerrufsrecht nicht ausübte. Dieses Risiko konnte sich zum einen dann verwirklichen, wenn der Kläger in Erfahrung brachte, dass das Abzahlungsgesetz nicht mehr in Kraft war. Hierdurch konnte er zu dem falschen Schluss gelangen, mit Aufhebung des Abzahlungsgesetzes sei auch ein Widerrufsrecht entfallen. Ging er aber davon aus, dass das Abzah-

lungsgesetz tatsächlich noch maßgebend war, so konnten ihn von dem Verbraucherkreditgesetz abweichende Regelungen davon abhalten, sein Widerrufsrecht auszuüben. Im übrigen war die Belehrung überdies insoweit fehlerhaft, als sie nicht deutlich machte, dass nur die Bezugsverpflichtung, nicht aber der gesamte Pachtvertrag widerruflich war. Denn günstige Bestimmungen des Vertrages (z. B. der vereinbarte Pachtzins) konnten den Kläger von der Ausübung des Widerrufsrechts abhalten (vgl. hierzu: Senat a. a. O.).

Schließlich ist auch der in der Widerrufsbelehrung angegebene Fristbeginn „nach Aushändigung einer Abschrift“ unzureichend. Gemäß § 187 Abs. 1 ZPO wird nämlich bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in den das maßgebende Ereignis fällt. Das bedeutet für die Widerrufsbelehrung nach § 7 Abs. 1 VerbrKrG, dass der Tag der Aushändigung der Belehrung bei der Fristberechnung unberücksichtigt bleibt (vgl. BGH WPM 1993, 589; ZIP 1994, 884; WPM 1995, 1231; Senat a. a. O.).

c) Die Unwirksamkeit der Bezugsverpflichtung führt im Streitfall gemäß § 139 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Pachtvertrages. Denn im Streitfall kann nicht angenommen werden, dass der ansonsten wirksame Pachtvertrag auch ohne den unwirksamen Teil, die Bezugsverpflichtung abgeschlossen worden wäre. Der Senat hat bereits wiederholt entschieden, dass eine Getränkebezugsverpflichtung und ein Pachtvertrag über eine Gaststätte im Regelfall eine wirtschaftliche Einheit im Sinne des § 139 BGB darstellen (vgl. Senat a. a. O. m. w. N.). Im Streitfall wird diese Annahme durch die ausdrückliche Vereinbarung der Parteien in § 12 Satz 1 PV, die Bezugsverpflichtung werde als Gegenleistung für die Überlassung des Pachtobjektes übernommen, bestätigt.

Die Rechtswirkungen des § 139 BGB werden nicht durch die in § 23 Abs. 2 PV vereinbarte salvatorische Klausel ausgeschlossen. Diese vorformulierte Klausel greift im Streitfall nicht ein. Sie gibt nur wieder, was kraft Gesetzes für vorformulierte Klauseln ohnehin gilt. Gemäß § 6 Abs. 1 AGBG tritt an die Stelle einer ganz oder teilweise unwirksamen Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dispositives Recht. Auf Vertragsbestimmungen, die den Leistungsumfang (hier: Bezugsverpflichtung) festlegen, kann sie nicht angewandt werden, wenn der nichtige Teil eines Vertrages dem übrigen Teil des Rechtsgeschäfts den Boden entzieht (vgl. BGH WPM 1995, 284, 288; Senat a. a. O.; Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 139 BGB Rdnr. 17). Das ist hier der Fall.

Die nichtige Bezugsverpflichtung kann nicht durch eine wirksame Vereinbarung gleichwertig ersetzt werden. Im übrigen hat die Beklagte mit der Formulierung in § 12 Satz 1 PV zum Ausdruck gebracht, dass der Bestand der Bezugsverpflichtung zentrale Bedeutung auch für den Pachtvertrag haben sollte.

Die Anwendung von § 139 BGB auf den Pachtvertrag verstößt auch nicht gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dem Verbraucherschutz kommt herausragende Bedeutung zu. Damit wäre ein Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit in Fällen der vorliegenden Art nicht zu vereinbaren. Den Interessen der beklagten Kreditgeberin ist durch die dem Kläger gebotene Wahrung der Jahresfrist des § 7 Abs. 2 VerbrKrG ausreichend Rechnung getragen. Ein Fall, in dem der Verbraucher längere Zeit aus dem unwirksamen Vertrag Vorteile gezogen hat (vgl. BGHZ 142, 23; NJW 2002, 368), liegt unter diesen Umständen schon nicht vor.

2) Der Beklagten stehen Ansprüche nach den Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 988, 812 ff. BGB) gegen den Kläger ebenso wenig zu wie aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Für die Zeit bis zum 14. Juni 1997 hat die Beklagte eine angemessene Nutzungsentschädigung erhalten. Denn der Kläger hat den Pachtzins zum Teil entrichtet. Im übrigen nimmt er das landge-

richtliche Urteil insoweit hin, als der Beklagten der volle Pachtzinsanspruch für die Zeit bis zum 14. Juni 1997 zugebilligt worden ist. Für die Zeit bis zum 14. Juni 1997 kommt der Beklagten trotz der Nichtigkeit des Vertrages der volle Pachtzins zu Gute. Dass der Wert der Gebrauchsvorteile den Pachtzins überstiegen hat, erscheint als ausgeschlossen und wird von der Beklagten auch nicht behauptet.

Für die Zeit nach dem 14. Juni 1997 ist nicht festzustellen, dass der Kläger die Gaststätte noch betrieben oder in anderer Weise Gebrauchsvorteile aus dem Pachtobjekt gezogen hat. Mit Schreiben vom 14. Juni 1997 kündigte der Kläger der Beklagten die Übergabe der Räumlichkeiten und die Rückgabe der Schlüssel an. Am 23. Juni 1997 ist ein Übergabeprotokoll erstellt worden. Eine Nutzung in der Zeit vom 15. Juni bis 22. Juni 1997 hat die insoweit darlegungs- und beweissbelastete Beklagte nicht dargetan.

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

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 133, 307, 305, 535 BGB;
§§ 5, 9 AGBG; § 27 II. BV**
Positionen der WEG Wohngeldabrechnung in der Betriebskostenumlage für vermietetes Teileigentum

1. Ein handschriftlicher Zusatz im Mietvertrag über Teileigentum zur Einbeziehung sämtlicher Kosten der WEG Wohngeldabrechnung zusätzlich zur formularmäßigen Betriebskostenumlage nach § 27 II. BV muss inhaltlich klar sein.

2. Für Anhaltspunkte zur Vertragsauslegung außerhalb des Vertragstextes ist der Kläger darlegungs- und beweispflichtig.

3. Durch mehrjährige Zahlung erfolgt mangels Rechtsbindungswillens keine konkludente Erweiterung des Vertrages.

(LG Karlsruhe, Urteil vom 10. 8. 2001 – 9 S 114/01)

Zum Sachverhalt: Mit Formularvertrag vom 15.11.1996 mietete der Beklagte von dem Kläger ab 1.1.1997 Geschäftsräume im Erdgeschoß des Anwesens an.

In § 5 des Mietvertrags ist unter anderem folgendes geregelt:

„1. Neben der Miete schuldet der Mieter dem Vermieter alle Betriebskosten, insbesondere wie sie sich aus der Aufstellung der Betriebskosten gemäß Anlage 3 zu § 27 Abs. 2 der zweiten Berechnungsverordnung in der jeweils gültigen Fassung ergeben. Dazu gehören ... (es folgt eine Aufzählung von Betriebskosten).“

Neben der fraglichen Regelung in § 5 des Mietvertrags ist folgende handschriftliche Eintragung vorhanden:

„und alle anfallenden Betriebskosten/Wohngeld gemäß Abrechnung des WEG-Verwalters“.

Mit Schreiben vom 19. 6. 2000 übersandte der Kläger dem Beklagten die Betriebskostenabrechnung des Verwalters betreffend den Zeitraum bis 31.12.1999 und errechnete ausgehend von der Verwalterabrechnung zuzüglich Grundsteuer und abzüglich der Vorauszahlungen des Beklagten i. H. v. insgesamt DM 4800,00 zu seinen Gunsten einen Nachzahlungsbetrag von DM 5895,70, der Gegenstand der Klage ist.

Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten machte bereits vorgerichtlich geltend, daß – die Abrechnung zahlreiche Positionen handle, bei denen es sich nicht um Betriebskosten im eigentlichen Sinne handle und die deshalb nicht umlagefähig seien.

Der Kläger trägt vor: Aufgrund der mietvertraglichen Vereinbarung sei der Beklagte zur Tragung sämtlicher Positionen der Abrechnung des WEG-Verwalters verpflichtet. Wegen der nicht zu überblickenden anstehenden Instandhaltungskosten hätten die Parteien bei Vertragsunterzeichnung vereinbart, daß der Beklagte als Nebenkosten das gesamte Wohngeld gemäß den Abrechnungen des Wohnungseigentumsverwalters übernehme.

Der Beklagte trägt vor: Über Einzelheiten hinsichtlich der Betriebskosten sei anlässlich der Vertragsverhandlungen nicht gesprochen worden. Auf die Frage nach der Bedeutung des handschriftlichen Zusatzes habe der Kläger erklärt, daß damit gemeint sei, daß der Beklagte wirklich für alle Betriebskosten aufkommen müsse, ob sie nun im Vertrag konkret aufgelistet seien oder nicht. Dies ändere aber nichts daran, daß es sich eben um Betriebskosten handeln müsse, ansonsten sei er zur Übernahme nicht verpflichtet. Demgemäß seien die Positionen Hausmaterial, Bankgebühren, Streichen Treppenhäfenfenster, Reparatur Geländer, Reparaturen allgemein, Instandhaltungsrücklage, Sanierung Balkone und Bleche und Architektenhonorar zu beanstanden, weshalb sich unter Berücksichtigung seiner Vorauszahlungen zu seinen Gunsten ein Guthaben i. H. v. DM 2067,48 ergebe.

Diesen Betrag macht der Beklagte im Wege der Widerklage geltend.

Das Amtsgericht Karlsruhe hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Zwar enthalte die WEG-Verwalter-Abrechnung, auf die der Kläger Bezug nehme, nicht nur Betriebskosten im Sinne der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. BV, sondern auch Verwaltungskosten und Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungskosten. Aufgrund der mietvertraglichen Vereinbarungen sei der Beklagte aber auch zur Tragung dieser Kosten und nicht nur zur Übernahme reiner Betriebskosten verpflichtet. Hinsichtlich Verwaltungskosten ergebe sich dies ohne weiteres bereits aus § 5 Abs. 2 des Mietvertrags, hinsichtlich der Instandsetzungs- bzw. Instandhaltungskosten folge die Umlagefähigkeit aus dem handschriftlichen Zusatz in § 5 des Mietvertrages. Daß in dem handschriftlichen Zusatz ebenfalls der Begriff „Betriebskosten“ verwendet werde, stehe nicht entgegen, da aufgrund des gleichzeitig verwendeten Begriffs „Wohngeld“ deutlich werde, daß sämtliche dem Kläger von Seiten der Wohnungseigentümergeinschaft in Rechnung gestellten Kosten an den Beklagten als Mieter weitergegeben werden sollen. Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Regelung bestünden nicht. Die Regelungen des AGB-Gesetzes seien nicht einschlägig, da es sich bereits dem äußeren Anschein nach nicht um eine Formulklausel handle und auch nichts dafür ersichtlich sei, daß der Kläger eine derartige Regelung für eine Vielzahl von Verträgen verwende. Ebenso wenig könne die Belastung des Beklagten mit den streitgegenständlichen Kosten als sittenwidrig angesehen werden. Sonstige Beschränkungen der Vertragsfreiheit bestünden im Bereich der Geschäftsraummiete nicht.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Landgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Aus den Gründen: I. Dem Kläger steht der mit der Klage verfolgte Anspruch auf Nachzahlung von Betriebskosten aus der Abrechnung vom 19. 6. 2000 für den Zeitraum vom 1. 1. 1999 bis 31. 12. 1999 nicht zu, da eine Abwälzung der begehrten Positionen aus der Abrechnung des Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft auf den Beklagten nicht wirksam vereinbart worden ist (§ 535 Satz 2 BGB).

Nach den gesetzlichen Bestimmungen hat grundsätzlich der Vermieter die auf der vermieteten Sache ruhenden Lasten und damit auch Betriebs- und sonstige Nebenkosten zu tragen (§ 546 BGB). Es bedarf daher immer einer Vereinbarung der Parteien, wenn Lasten der Mietsache ganz oder teilweise auf den Mieter abgewälzt werden sollen. Die Vereinbarung über

die Abwälzung von Nebenkosten muss dabei inhaltlich bestimmt sein. Dies setzt voraus, dass der Mieter klar feststellen kann, mit welchen Nebenkosten er zu rechnen hat, da sich erst hieraus für ihn die Möglichkeit ergibt, den von ihm insgesamt zu zahlenden Mietzins zu übersehen. Die gesondert zu tragenden Nebenkosten müssen daher eindeutig und unmissverständlich genannt werden (vergl. Bub/Treier-v. Brunn, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. A., Teil III. A, Rn. 34), wobei derartige Vereinbarungen auf Grund des im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses in besonderer Weise schutzwürdigen Interesses des Mieters an einer eindeutigen Festlegung der von ihm geschuldeten Leistung – auch im Rahmen von Geschäftsraummietverträgen – eng auszulegen sind. Unklarheiten gehen zu Lasten des Vermieters (vergl. Blank/Börstinghaus, Miete, § 546, Rn. 46 m.w.N. sowie Bub/Treier-v. Brunn, a. a. O., Rn. 33).

Die vorliegend streitgegenständliche, unter § 5 „Betriebskosten“ vorgenommene handschriftliche Einfügung im Mietvertrag vom 15.11.1996 „und alle anfallenden Betriebskosten/Wohngeld gemäß Abrechnung des WEG Verwalters“ stellt bei Anlegung dieses Maßstabes keine hinreichend klare Vereinbarung dar, die eine Abwälzung der vorliegend streitgegenständlichen Kostenpositionen – Bankgebühren, Reparatur- und Sanierungskosten der Wohnungseigentümergeinschaft – trägt.

Der Wortlaut des handschriftlichen Vermerks ist nicht eindeutig. Anders als dem eindeutig und normativ definierten Begriff „Betriebskosten“ (vergl. § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung) kommt dem gleichwertig daneben verwendeten Begriff „Wohngeld“ keine derart klar abgegrenzte Bedeutung zu. Dies hat nicht zuletzt auch die mündliche Verhandlung gezeigt, anlässlich derer klägerseits dargestellt wurde, dass zum Beispiel Sonderumlagen von der strittigen Vereinbarung nicht umfasst sein sollten. Woraus sich dies indes ergeben soll, ist nicht nachvollziehbar. Da ferner nicht die „Abrechnung des WEG Verwalters“ schlechthin zur Grundlage der Zahlungspflicht des Beklagten gemacht wird, sondern mit dem vorangestellten, unklaren Passus „alle anfallenden Betriebskosten/Wohngeld“, wird auch hierdurch (anders als in dem vom OLG Frankfurt WM 1985, 91 entschiedenen Fall) eine hinreichende Konkretisierung der Kostentragungspflicht des Beklagten nicht erreicht. Der genaue Umfang der vom Beklagten als Mieter zu tragenden Kosten lässt sich anhand des Wortlautes der Vereinbarung infolge der Offenheit des Begriffes „Wohngeld“ vielmehr nicht feststellen. Dies wäre aber insbesondere auch im Hinblick auf die hohe finanzielle Belastung, die von einer Abwälzung der gesamten – anteiligen – Reparatur- und Sanierungskosten einer Wohnungseigentümergeinschaft auf den Mieter eines Teileigentums ausgeht, wie schon der vorliegende Fall zeigt, notwendig.

Für hinreichende Anhaltspunkte außerhalb des Vertrages, die die von ihm begehrte Auslegung des handschriftlichen Vermerkes tragen, ist der – insoweit darlegungs- und beweisbelastete (vergl. Palandt-Heinrichs, BGB, 60. A, § 133, Rn. 29) – Kläger jedoch beweisfällig geblieben. Insbesondere hat er für das von ihm behauptete Aushandeln der Vereinbarung mit dem von ihm begehrten Inhalt keinen zulässigen Beweis angeboten. Soweit er sich in der mündlichen Verhandlung auf seine eigene Vernehmung als Partei berufen hat, lagen die notwendigen Voraussetzungen nicht vor, da auf Grund seines Vortrages noch keine hinreichende (Anfangs-)Wahrscheinlichkeit für die von ihm gegebene Darstellung spricht (§ 448 ZPO, vergl. Zöller-Greger, ZPO, 22. A., § 448, Rn. 4). Der Umstand, dass der Vater des Beklagten Voreigentümer des Anwesens war, in dem sich die Mietsache befindet, und hier – nach dem Vortrag des Klägers – ein großer Instandhaltungsstau bestand, weshalb der Kläger ein Interesse an der Abwälzung der Instandhaltungskosten gehabt habe, trägt eine hinreichende Anfangswahrscheinlichkeit für den behaupteten Inhalt der Ver-

einbarung nicht; denn daraus lassen sich keine sicheren Schlüsse auf den tatsächlichen Ablauf und das Ergebnis der Verhandlungen der Parteien ziehen. Dahin stehen kann daher, ob von einer Vernehmung des Klägers als Partei, der sich unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit – zumindest – eine informatorische Anhörung des Beklagten anschließen müsste, überhaupt eine weitere Aufklärung zu erwarten ist, woran allerdings Zweifel bestehen (vergl. hierzu: Thomas/Putzo-Thomas, ZPO, 23. A., § 448, Rn. 2 m.w. N.).

Entgegen der Auffassung des Klägers gibt ihm auch der Umstand, dass der Beklagte die Abrechnungen für die Jahre 1997 und 1998 mit ähnlichen Kostenpositionen beglichen hat, keinen Anspruch auf deren zukünftige Umlage. Ein konkludenter Abänderungsvertrag liegt darin nicht. Denn die Wirksamkeit einer schlüssigen Vertragsänderung setzt – wie bei jedem Vertrag – immer einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien voraus. Auf Seiten des Vermieters mag noch bei Übersendung der Abrechnung ein rechtsgeschäftlicher Wille vorliegen, wenn er festgestellt hat, dass ihm die ursprüngliche Regelung nachteilig ist – was vorliegend indes nicht dargetan ist. Ein solcher vermietetseitiger Wille zur Vertragsänderung kam mangels entsprechenden Hinweises in den Abrechnungen auch nicht zum Ausdruck. Auf Seiten des Mieters fehlt es aber regelmäßig an einem Rechtsbindungswillen, den Mietvertrag abzuändern, da er die Forderung des Vermieters üblicherweise in der – gegebenenfalls irrigen – Ansicht begleitet, hierzu verpflichtet zu sein. Bei der Bezahlung nicht geschuldeter Betriebskosten auch über einen längeren Zeitraum ist daher im Zweifel nicht von einer schlüssig vereinbarten Vertragsänderung auszugehen (vergl. Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 2. A., Teil B, Rn. 39 m.w. N.). Anhaltspunkte, dass dies vorliegend anders war, sind klägerseits aber weder dargetan noch unter Beweis gestellt.

Soweit der Beklagte sich schließlich gegen die Umlage der Position Nr. 10 „Hausmaterial“ der Hausverwalterabrechnung für 1999 in Höhe von DM 76,45 wendet, scheidet ein entsprechender Anspruch des Klägers auf Grund der wirksamen Abwälzung der Betriebskosten im Sinne der Zweiten Berechnungsverordnung schon daran, dass weder aus der Abrechnung ersichtlich noch im Rechtsstreit dargetan ist, um welche umlagefähigen Kosten es sich hierbei handeln soll.

II. Demnach steht dem Beklagten aber der mit der Widerklage verfolgte bereicherungsrechtliche Rückzahlungsanspruch (§ 812 BGB) in Höhe von DM 2067,45 gegenüber dem Kläger zu, da insoweit seine Vorauszahlungen die für den Zeitraum vom 1.1.1999 bis 31.12.1999 abgerechneten und umlagefähigen Nebenkosten übersteigen (vergl. auch: Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 5. A., Rn. 5106 a).

Mitgeteilt von Dipl.-Betriebswirt W. Lorenz, Hausverwaltungen, Gaggenau

Hinw. d. Red.: Siehe dazu den Beitrag von Pfeilschifter GuT 2000, 163 (in diesem Heft).

**§ 535 BGB
Gewerberaummiete; Teileigentum;
Betriebskostenvereinbarung**

Im Gewerberaummietvertrag über Teileigentum ist die Abrede, der Mieter habe (neben im Einzelnen aufgeführten Betriebskosten) „alle hier nicht aufgeführten Kosten in Ansehung des Mietobjekts“ zu tragen, unwirksam.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. 5. 2002 – 24 U 142/01)

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Sie hat den von ihr errechneten und in der Höhe vom Beklagten nicht beanstandeten Anspruch in Höhe von 12 784,35 DM = 6536,53 € (14 072,53 DM abzüglich vom

Landgericht [Duisburg] zuerkannter 1288,18 DM) auf Erstattung von weiteren Guthaben aus Nebenkostenabrechnungen nebst Zinsen in Höhe von 4% seit dem 1. März 2000. Der Anspruch folgt aus dem Mietvertrag der Parteien. Denn der Beklagte darf von den gezahlten Vorschüssen für Nebenkosten nur das behalten, was ihm nach dem Mietvertrag zusteht. Dazu gehören nicht die in Rechnung gestellten Kontoführungs- und Verwaltungsgebühren.

1. Die Klägerin beanstandet zu Recht, dass die streitige Nebenkostenregelung in § 8.7 des Mietvertrags unklar ist. Die Klausel lautet:

„Vermieter trägt die Kosten für die Gebäude-Feuerversicherung für das Mietobjekt sowie die Grundsteuer. Alle übrigen Unkosten sind vom Mieter zu tragen. Dazu gehören insbesondere die Kosten für: (es folgen diverse Umlagepositionen) ... sowie alle hier nicht gesondert aufgeführten Kosten in Ansehung des Mietobjekts.“

Diese Regelung lässt nicht erkennen, welche Kosten unter die „hier nicht gesondert aufgeführten Kosten in Ansehung des Mietobjekts“ fallen könnten. Die unter den „insbesondere dazu gehörenden Kosten“ aufgeführten Positionen lassen jedenfalls nicht erkennen, dass auch Kostenarten erfasst werden sollen, die nicht unter die Anlage 3 zu § 27 II. Berechnungsverordnung fallen. Kosten, die dem Vermieter infolge der Verwaltung des Mietobjekts entstehen, fallen nicht unter die Kostenarten der Anlage 3 und sind im übrigen ohne besondere ausdrückliche Vereinbarung auch nicht umlagefähig, weil sie gemäß § 546 BGB a. F. = § 535 Abs. 1 S. 3 BGB n. F. vom Vermieter getragen werden. Sollten solche Kosten folglich ausnahmsweise auf den Mieter überwält werden, so hätte es insoweit einer Regelung bedurft, an der es hier fehlt. Die Klausel, der Mieter habe neben bestimmten im einzelnen unter 8.7 a) bis h) aufgeführten Kosten „alle hier nicht gesondert aufgeführten Kosten in Ansehung des Mietobjekts“ zu tragen, ist nicht bestimmt genug (vgl. hierzu Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Auflage, Rdnr. 504; OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 1354 zu ähnlichen Klauseln).

Eine andere Rechtslage mag für Räume gelten, die ein Mitglied einer Wohnungs-/Teileigentümergeinschaft vermietet, wenn im Mietvertrag auf Kosten gemäß der Abrechnung des Gemeinschaftsobjekts Bezug genommen ist (vgl. OLG München ZMR 1997, 233; OLG Frankfurt WM 1985, 91). Zum einen bedarf es dort aber einer ausdrücklichen gesonderten Vereinbarung (so auch Fritz, Gewerberaummietrecht, 3. Auflage, Rdnr. 172), die es im vorliegenden Falle nicht gibt. Zum anderen ist dort eine ausdrückliche Bezugnahme auf bestimmte Kostenarten gegeben, an der es hier ebenfalls fehlt. Deshalb ist die hier zu beurteilende Klausel mangels ausreichender Bestimmtheit unwirksam.

Wäre dies anders zu sehen, könnte der Vermieter beliebig viele weitere Kosten durch Einschaltung von bezahlten Hilfspersonen entstehen lassen und für den Mieter unvorhersehbar auf ihn überwält. Bei einem solchen Verständnis der Klausel stünde es dem Vermieter auch frei, solche Kostenarten lange nach Mietvertragsbeginn neu ins Leben zu rufen und den Mieter hiermit zu belasten. Dadurch wäre für ihn die Höhe des Mietzinses, dessen Teil die Nebenkosten sind, nicht mehr kalkulierbar. Diese mangelnde Klarheit und Vorhersehbarkeit kann auch nicht damit zugunsten des Vermieters gerechtfertigt werden, dass die Klägerin Vollkaufmann ist. Die unbestimmten Regelungen bestehen nach den obigen Erwägungen objektiv und damit für jeden Mieter, gleichgültig ob Kaufmann oder Privatperson.

2. Sind die streitigen Positionen schon nach den vorstehenden Überlegungen (kein Anhaltspunkt für eine Überwälzung auch von Kontoführungs- und Verwaltungskosten auf den Mieter) nicht umlagefähig, so ergibt sich dies jedenfalls

aus der weiteren Erwägung, dass bei unklaren Regelungen die jahrelange Handhabung durch die Vertragsparteien in einem bestimmten Sinne einen entscheidenden Anhaltspunkt dafür geben kann, wie die Parteien selbst die Regelung verstanden haben, was wiederum einen Rückschluss auf den Inhalt der entsprechenden vertraglichen Regelung zulässt (BGH ZIP 1998, 106, 107 f.).

Hier haben die Mietvertragsparteien die Nebenkostenabrechnung unstreitig von 1977 an in der Weise praktiziert, dass der Vermieter die Verwaltungsgebühren und die Kontoführungsgebühren nicht in Rechnung gestellt und die Mieterin sie nicht bezahlt hat, bis der Beklagte erstmals in der Abrechnung von 1993 zu der streitigen Kostenüberwälzung übergang. Eine derart lange Praktizierung einer unklaren Regelung in einem Sinne, die ohnehin eher dem objektiven Verständnis der Klausel und auch der gerechten Grenzziehung der Überwälzungsmöglichkeiten von Kostenpositionen auf den Mieter entspricht, erscheint dann als entscheidendes Element zur Beseitigung der Unklarheit.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 537, 472 BGB a. F.; §§ 9, 11 AGBG
Gewerberaummierte; Mangel; Minderfläche**

a) Ist die Fläche des Gewerberaums kleiner als im Mietvertrag vereinbart, ist ein Mangel der Mietsache durch die Minderung der vereinbarten Gebrauchstauglichkeit gegeben. Ist die Flächen-Abweichung nicht unerheblich, ist die Miete im Verhältnis der Abweichung zur Sollbeschaffenheit gemindert.

b) In Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann der Kern des Minderungsrechts nicht abbedungen werden. Bei bestehendem Aufrechnungsverbot kann der Mieter auf klageweise Geltendmachung zuviel bezahlter Mietzinsen verwiesen sein.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.12.2001 – 17 U 176/00)

Aus den Gründen: I. Klageforderung (Mietrückstände)

Das Landgericht [Karlsruhe] ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte von der ursprünglich vereinbarten (Staffel-)Miete im Monat August 1998 und in der Zeit von September 1999 bis Mai 2000 Mietzinsen von insgesamt DM 9588,90 nicht bezahlt hat. Dieser rechnerisch unstreitige Rückstand verringert sich aber auf insgesamt DM 7296,68, weil die im Mietvertrag mit 85 m² ausgewiesene Fläche der Gewerberäume erheblich von der im Berufungsrechtszug vom gerichtlichen Sachverständigen ermittelten wirklichen Fläche (= 66,60 m²) abweicht. Diese Flächenabweichung zum Nachteil des Beklagten rechtfertigt eine entsprechende Mietminderung, die die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses kraft gesetzlicher Regelung gemäß § 537 BGB a. F. verringert hat.

Das Recht zur Mietzinsminderung konnte in § 11 des Mietvertrages vom 20.12.1996, der als Formularvertrag der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegt, nicht vollständig ausgeschlossen werden, weil darin eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten i. S. von § 9 AGBG liegt (vgl. Wolf-Eckert, Handbuch des gewerblichen Mietrechts, 7. Aufl., Rz. 390; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummierte, 3. Aufl., Kap. II Rz. 519 m. N.). Der Ausschluss des Minderungsrechts ist gegenüber einem Unternehmer bei einer Geschäftsraummierte nach herrschender Auffassung nur dann nicht zu beanstanden, wenn die Klausel lediglich den Abzug vom Mietzins ausschließt und den Mieter hinsichtlich eines Minderungsrechtes auf einen Bereicherungsanspruch verweist (vgl. BGH NJW-RR 1993, 519/520). Die vorliegende Regelung in § 11 des Vertrages schließt aber jedes Recht auf Minderung schlechthin aus, weil sich die Mietzinsschuld trotz Mangelhaftigkeit der Mietsache nicht

mindert und auch überzahlte Beträge nicht zurückverlangt werden können. Der Kläger hat sich deshalb auch nicht auf einen vereinbarten Ausschluss des Minderungsrechtes berufen.

Aufgrund der im Berufungsrechtszug festgestellten erheblichen Flächendifferenz war der Mietzins aus dem Gesichtspunkt der Minderung nur in Höhe eines um 21,7% gekürzten Betrages geschuldet. Um das wirkliche Ausmaß der streitigen Flächenabweichung zu ermitteln, hat der gerichtliche Sachverständige Dipl.-Ing. N. in seinem schriftlichen Gutachten vom 27.9.2001 die vom Beklagten angemieteten Gewerberäume nachgemessen. Danach beträgt die Mietfläche nur 66,60 m². Das ist gegenüber der im Vertrag vereinbarten Fläche von 85 m² eine Minderfläche von 18,4 m² = 21,7%. Die Parteien haben das Aufmaß des Sachverständigen und die sich daraus ergebende Flächenabweichung von 21,7% nicht angegriffen. Auch Flächendefizite können die Tauglichkeit einer Mietsache zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise mindern, dass sie einen Sachmangel im Sinne des § 537 BGB a. F. begründen. Dabei geht der Senat in Übereinstimmung mit der in der Literatur vorherrschenden Meinung (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 60. Aufl., § 537 Rn. 17 a unter Hinweis auf Kraemer NZM 1999, 165) davon aus, dass jedenfalls in einer quantitativ *erheblichen* Minderfläche von Wohn- oder Gewerberaum ein Sachmangel der Mietsache liegt, der eine Mietzinsminderung rechtfertigt. Denn bei einer erheblichen Abweichung von der vertragsgemäßen Fläche entspricht das Mietobjekt nicht mehr dem geschuldeten Zustand. Die noch zulässige Maßtoleranz, die nach überwiegender Auffassung bei ca 10% liegt (vgl. die Nachweise bei Kraemer a. a. O. S. 169), ist im vorliegenden Fall klar überschritten. Zwar hat der Beklagte nicht konkret dargelegt, dass das Mietobjekt wegen der geringeren Gewerberaumfläche für ihn nur eingeschränkt nutzbar gewesen sei. Darauf kommt es aber auch nicht entscheidend an. Zwar hat das OLG Dresden, dem sich das Landgericht angeschlossen hat, einen zur Mietzinsminderung führenden Mangel erst dann bejaht, wenn zusätzlich die Gebrauchstauglichkeit durch die vertragswidrige Flächendifferenz beeinträchtigt ist (vgl. NJW-RR 1998, 512 [= WM 1998, 144]). Für § 537 BGB kommt es indes nicht auf eine Beeinträchtigung des Mieters oder des von ihm tatsächlich ausgeübten Gebrauchs an; vielmehr ist die Minderung der vereinbarten Gebrauchstauglichkeit der Mietsache maßgebend. Ist daher eine Mietwohnung oder ein Gewerberaum wesentlich kleiner als vereinbart, so ist bereits durch diesen Flächenmangel die Tauglichkeit der Mietsache zur Ausübung des vertragsmäßigen Gebrauchs auf der versprochenen Fläche ebenso wie der Nutzwert der Mietsache beeinträchtigt (vgl. Kraemer NZM 1999, 156 und 2000, 1121/1123; zustimmend Palandt a. a. O. § 136 n. F. Rn. 22). Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BGH zum Kauf- und Werkvertragsrecht (§§ 459 Abs. 1, 633 BGB), wonach die Mindergröße schlechthin einen Mangel bedeutet, der den Wert der betreffenden Wohnung entsprechend mindert (zuletzt BGH NJW-RR 2000, 202 [= WM 2000, 83]).

Die erhebliche Flächenunterschreitung und damit die Abweichung von der vereinbarten Sollbeschaffenheit führt gemäß § 537 Abs. 1, 472 BGB zu einer entsprechenden Herabsetzung des Mietzinses in dem Verhältnis des Werts der Nutzung mit und ohne Mangel (vgl. § 472 Abs. 1 BGB). Die Höhe der danach berechtigten Mietzinsminderung richtet sich grundsätzlich nach dem Prozentsatz der jeweiligen Flächenabweichung, auch wenn ein bestimmter Quadratmetermietzins nicht ausdrücklich vereinbart worden ist (vgl. Kraemer NZM 1999, 156/161). Dabei ist die gesamte Minderfläche bei der Berechnung der Minderung zu berücksichtigen, auch wenn bei einer Abweichung der Gewerbefläche innerhalb der zulässigen Toleranzgrenzen (bis ca. 10%) noch nicht gemindert werden kann. Das volle Minderungsrecht, sobald eine Min-

derfläche die Toleranzgrenze überschritten hat, entspricht der gesetzlichen Regelung (vgl. §§ 459 Abs. 1 S. 2, 634 Abs. 3 BGB). Die vereinbarte Kaltmiete ist daher im Streitfall entsprechend der Flächenabweichung in Höhe von 21,7% zu kürzen. Der vom Kläger auf der Grundlage der ursprünglich vereinbarten Monatsmieten errechnete Mietzinsrückstand von DM 9588,90 ermäßigt sich daher auf DM 7296,68 wie folgt: [wird ausgeführt]

Weitergehende Minderungsrechte des Beklagten wegen behaupteter sonstiger Mängel hat das Landgericht mit zutreffender Begründung, auf die der Senat nach eigener Überprüfung Bezug nimmt, verneint. Soweit der Beklagte mit Gegenforderungen aus § 812 BGB wegen zuviel bezahlter Mietzinsen aufgerechnet hat, scheidet diese Aufrechnung an der in § 11 Nr. 11 des Gewerberaummietvertrages wirksam vereinbarten Aufrechnungsbeschränkung, soweit es sich nicht um unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen handelt (vgl. § 11 Nr. 3 AGB-Gesetz). Das vereinbarte Aufrechnungsverbot gilt grundsätzlich auch über das Vertragsende hinaus weiter (vgl. BGH WPM 2000, 779 [= WM 2000, 240]; OLG Hamm NJW-RR 1994, 711).

II. Widerklage

Soweit der Beklagte den Kläger – für den Fall, dass seine Aufrechnung unzulässig ist – widerklagend auf Rückzahlung zuviel geleisteter Mietzinsen in Anspruch nimmt, ist die Widerklage aus ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe von DM 6716,16 nebst unstreitigen Prozesszinsen begründet.

Die Überzahlung ergibt sich daraus, dass der Beklagte in der Zeit von Januar 1997 bis August 1999 (= 32 Monate), während der die Miete wegen der erheblichen Abweichung von der vertragsgemäßen Mietfläche um 21,7% gemindert war, in Unkenntnis des Flächenmangels monatliche Zahlungen in Höhe der vollen Staffelmiete gezahlt hat. Danach ist der Kläger gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zur Rückerstattung überzahlter Mietzinsen in Höhe von insgesamt [...] DM 6716,16 verpflichtet.

Mitgeteilt von RA Wiek, Köln

Ann. d. Red.: Zu Leits. 2 vgl. auch KG GE 2002, 666.

§§ 536b, 539 a. F. BGB
Gewerberaummiets; Mietrechtsreform; Mangel;
vorbehaltlose Mietzahlung

§ 536b BGB n. F. ist jedenfalls für gewerbliche Mietverhältnisse wie bisher § 539 BGB a. F. analog auf den Fall anzuwenden, dass der Mieter in Kenntnis eines nach Übergabe der Mietsache aufgetretenen Mangels längere Zeit vorbehaltlos den vollen Mietzins zahlt (so die bisherige Rechtsprechung des BGH zu § 539 BGB a. F.).

(OLG Celle, Urteil vom 15. 5. 2002 – 2 U 252/01)

Aus den Gründen: 3. c) bb) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zu § 539 BGB a. F. (vgl. NZM 2000, 825 [= WM 2000, 416 f.]; NJW 1997, 2674 [= WM 1997, 488]), der sich der Senat angeschlossen hat, führt die vorbehaltlose Zahlung des Mietzinses über eine längere Zeit in Kenntnis eines nach Übergabe der Mietsache entstandenen Mangels zu einem Verlust des Minderungsrechtes (§ 539 BGB a. F. analog). Dabei hat es zu bleiben, wobei für die Zeit ab dem 1. 9. 2001 an die Stelle des § 539 BGB a. F. analog nunmehr § 536 b BGB n. F. analog getreten ist (so auch OLG Naumburg NJW 2002, 1132, 1133 [= GuT 2002, 79]).

(1) § 536 b BGB n. F. und § 539 BGB a. F. sind inhaltlich gleich. Sie bestimmen, dass ein Mieter, der bei Abschluss des Mietvertrages den Mangel der Mietsache kennt oder eine mangelhafte Mietsache annimmt, ohne sich seine Rechte wegen des Mangels vorzubehalten, Gewährleistungsansprüche ver-

liert. Der Gesetzgeber hat nach wie vor den in der Praxis häufig vorkommenden vergleichbaren Fall, der bei der gewerblichen Vermietung von erheblicher Bedeutung ist, nicht erkennbar geregelt, dass ein Mangel während der Mietzeit auftritt und der Mieter in Kenntnis dessen die Miete längere Zeit vorbehaltlos zahlt. Die (entsprechende) Anwendung des § 539 BGB a. F. beruht letztlich auf dem Gesichtspunkt der Verwirkung; durch die Anmietung, Entgegennahme oder durch vorbehaltlose Zahlung des Mietzinses für längere Zeit gibt der Mieter zu erkennen, dass ihm die Mietsache trotz ihrer Mangelhaftigkeit den vereinbarten Preis wert ist und er Gewährleistungsrechte in Zukunft nicht mehr geltend machen werde. Gegen die analoge Anwendung des § 539 BGB a. F. bzw. § 536 c BGB n. F. kann nicht ins Feld geführt werden, dass hierdurch der „langmütige“ Mieter im Vergleich zu dem rechtsbewussten Mieter benachteiligt wird, wenn er in dem Wunsch, es mit dem Vermieter nicht zum Streit kommen zu lassen, trotz Mängelanzeige weiterhin vorbehaltlos für längere Zeit den Mietzins zahlt (vgl. aber Langenberg, NZM 2001, 212, 213; Wichert, ZMR 2001, 262, 263). Denn ein vergleichbarer Mieter, der, um Streit zu vermeiden, zwar Mängel rügt, das Mietobjekt aber gleichwohl in Kenntnis des Mangels anmietet oder annimmt, hätte nach der ausdrücklichen Regelung des § 539 BGB a. F. bzw. § 536 b BGB n. F. Gewährleistungsrechte verloren; somit würden vergleichbare Fälle unterschiedlich behandelt, ohne dass es hierfür einen sachgerechten Ansatz gäbe. Vielmehr ist entgegen den Ausführungen in der Entwurfsbegründung weiter davon auszugehen, dass § 536 b BGB n. F. wie bisher § 539 BGB a. F. analog bei nachträglicher Kenntnis des Mieters von Mängeln und längerfristiger vorbehaltloser Zahlung des Mietzinses angewendet werden kann (vgl. auch Haas, Das neue Mietrecht – Mietrechtsreformgesetz, § 536 b Rdn. 3).

(2) Der Gesetzgeber hat zwar bewusst den Fall der vorbehaltlosen längerfristigen Zahlung des Mietzinses in Kenntnis eines nachträglich aufgetretenen Mangels nicht geregelt, weil er schon nach bisherigem Recht die Analogie mangels einer Gesetzeslücke im Hinblick auf § 545 Abs. 2 BGB a. F. (Unterlassung der Mängelanzeige) für verfehlt hält (Begr. RegE [BT-Drucks. 14/4553], S. 106 f.). Diese Auffassung hat aber im Gesetz keinen hinreichenden Niederschlag gefunden. Aus der bloßen Umstellung inhaltlich unveränderter Vorschriften (nämlich unmittelbare Folge von § 536 b BGB und § 536 c BGB aufeinander anstelle der etwas weiter auseinander stehenden bisherigen entsprechenden Vorschriften § 539 BGB a. F. und § 545 BGB a. F.) ergibt sich dies nicht; die andere Einreihung der neuen Vorschriften in das Gesetz besagt nichts (so auch Sternel, ZMR 2002, 1, 2). Der Regelungsbereich des § 545 Abs. 2 BGB a. F. = § 536 c Abs. 2 BGB n. F. deckt denjenigen der entsprechenden Anwendung des § 539 BGB a. F. nicht ab. Denn selbst dann, wenn eine Anzeigepflicht nicht besteht (etwa weil der Vermieter den Mangel kennt), kann der Mieter ein Verhalten an den Tag legen, aufgrund dessen der Vermieter annehmen darf, dem Mieter sei die Mietsache auch in ihrem fehlerhaften Zustand ihren Preis wert oder er habe sich sonst mit dem Mangel abgefunden (vgl. auch Sternel, ZMR 2002, 1, 2). Die analoge Anwendung des § 539 BGB a. F. beruht, wie ausgeführt, letztlich auf dem Gesichtspunkt der Verwirkung; die allgemeinen Regeln über die Verwirkung will der Gesetzgeber hingegen auch fortgelten lassen (Begr. RegE, a. a. O., S. 107).

Eine nicht tragfähige Auffassung in der Begründung zum Regierungsentwurf, die im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat, bindet die Rechtsprechung nicht (Sternel, ZMR 2002, 1, 3; a. A. Wichert, ZMR 2001, 262, 263). Es besteht kein Grund, die bisherige Praxis zur analogen Anwendung des § 539 BGB a. F. in Frage zu stellen (so auch Eckert, NZM 2001, 409, 412).

Ann. d. Red.: Vgl. OLG Düsseldorf GuT 2002, 74, 75 >1) e) der Gründe zur vorbehaltlosen Zahlung.

Ann. des Mitteilers: Von den neuen Fragen infolge der Mietrechtsreform 2001 beschäftigt die Rechtsprechung neben der Auslegung des Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB zur Weitergeltung der vereinbarten Kündigungsfristen für Altverträge (vgl. LG Hamburg WM 2002, 431 m. Anm. Wiek; Revisionsverfahren beim BGH: VIII ZR 240/02) am meisten die Frage, ob wie bisher entsprechend § 539 BGB a. F. nunmehr gemäß § 536 b BGB analog die Gewährleistungsrechte des Mieters ausgeschlossen sind, wenn er bei nachträglicher Mängelkenntnis rügelos die volle Miete über einen längeren Zeitraum weiterzahlt. Die Gesetzesbegründung hat sich ausdrücklich gegen eine analoge Anwendung des § 536 b BGB entschieden und für den Fall der nachträglichen Mängelkenntnis die Regelung des § 536 c BGB vorbehaltlich der allgemeinen Verwirkungsgrundsätze als abschließend bezeichnet (Begr. RegE, BT-Drs. 14/4553, S. 41 f.).

In der Wohnraummiete verneint die neue Rechtsprechung im Anschluss an die Gesetzesbegründung überwiegend eine analoge Anwendung des § 536 b BGB (AG Rudolstadt NZM 2002, 163; AG Schöneberg MM 2002, 228; AG Pinneberg ZMR 2002, 603). Zu Gunsten einer analogen Anwendung hat aber im ersten wohnraummietrechtlichen Berufungsurteil das LG Frankfurt/M. entschieden (WM 2002, 537 m. Anm. Wiek; Revisionsverfahren beim BGH: VIII ZR 274/02).

In der Gewerberaummiete setzen die Oberlandesgerichte die alte Rechtsprechung auch zu dem neuen § 536 b BGB unverändert fort (OLG Naumburg GuT 2002, 79 m. Anm. Wiek, S. 67 = NZM 2002, 251 m. Anm. Timme, S. 685; OLG Dresden WM 2002, 541 [ohne Zulassung der Revision; vgl. NZM 2002, 663]). In diese Reihe fügt sich das Urteil des OLG Celle ein. Die Revision ist zugelassen, aber nicht eingelegt worden.

Das OLG Celle schiebt die Gesetzesbegründung zur Mietrechtsreform 2001 mit dem Argument beiseite, die darin vertretene Auffassung, dass § 536 b BGB nicht entsprechend auf den Fall der nachträglichen Mängelkenntnis anwendbar ist, sei nicht bindend, da sie im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden habe. Dieser Einwand, den im Anschluss an einen Teil des Schrifttums (Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 536 b Rdn. 19; Sternel, ZMR 2002, 3; ders., WM 2002, 249) auch das LG Frankfurt/M. (WM 2002, 537) für die Wohnraummiete bemüht hat, ist rechtsmethodisch fehlerhaft (vgl. Wiek, WM 2002, 540). Für die Auslegung gilt, dass eine in der Gesetzesbegründung geäußerte Rechtsauffassung nicht bindend ist, wenn sie im Wortlaut des Gesetzes keinen Niederschlag gefunden hat. Bei einer Analogie geht es aber um die Feststellung und Ausfüllung einer planwidrigen Gesetzeslücke. Eine planwidrige Unvollständigkeit besteht nicht, wenn für einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge von der Gesetzgebungsinstanz bewusst abgelehnt worden ist (Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., S. 475). Eine Dokumentation dieses gesetzgeberischen Willens in den Gesetzesmaterialien reicht aus. Er muss nicht zusätzlich noch im Gesetzeswort manifestiert sein. Der Gesetzgeber hat bei der Neuordnung des Mietrechts das Problem gesehen und eine Einbeziehung der rügelosen Weiterzahlung der vollen Miete in nachträglicher Mängelkenntnis in den Regelungsbereich des § 536 b BGB eindeutig und unmissverständlich abgelehnt (Begr. RegE, a. a. O.; unzutreffend Timme, NZM 2002, 686: „unklare Ausführungen“). Damit ist für die Annahme einer planwidrigen Lücke kein Raum mehr (Beuermann/Blümmel, Das neue Mietrecht 2001, S. 67; Blank, in: Blank/Börstinghaus, Neues Mietrecht, 2001, § 536 c Rdn. 8; Derleder, NZM 2002, 862; Hk-BGB/J. Eckert, 2. Aufl., § 536 b Rdn. 2; Franke, in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, WoBauR, Bd. 7 [151. Erg.-Lfg. 2001], § 536 b Anm. 2 Ziff. 5); Hinz/Ormanschick/Riecke/Scheff,

Das neue Mietrecht, 2001, § 3 Rdn. 18; Langenberg, NZM 2001, 213; Lützenkirchen, Neue Mietrechtspraxis, 2001, Rdn. 583; ders., WM 2002, 188; Wichert, ZMR 2001, 262 f.; ders., ZMR 2002, 115).

Entgegen der Ansicht des OLG Celle rechtfertigt auch der Hinweis in der Gesetzesbegründung auf die Fortgeltung der allgemeinen Grundsätze der Verwirkung nicht im Ergebnis bei § 536 b BGB eine Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 539 BGB a. F. Das KG (ZMR 2002, 111 m. Anm. Wichert) hat offen gelassen, ob nach Inkraft-Treten der Mietrechtsreform an eine Verwirkung des Minderungsrechts strengere Maßstäbe anzulegen sind. Eine Verwirkung hat viel höhere Voraussetzungen als in der bisherigen Rechtsprechung eine analoge Anwendung des § 539 BGB a. F. (unzutreffend Schach, in: Kinne/Schach, Mietvertrags- und Mietprozessrecht, 3. Aufl., § 536 b Rdn. 5: „Im Ergebnis ändert sich jedoch für die Praxis nichts“), für die im Regelfall eine rügelose Weiterzahlung der vollen Miete in nachträglicher Mängelkenntnis über einen Zeitraum von 6 Monaten ausreichte. Für das Zeitmoment bei der Verwirkung sind 6 Monate für einen Verlust der Gewährleistungsrechte viel zu kurz (a.A. Lützenkirchen, a. a. O., Rdn. 584). Im Regelfall wird vor Ablauf von 2 Jahren eine Verwirkung nicht in Betracht kommen.

Für eine Verwirkung fehlt es auch nach längerem Zeitablauf regelmäßig aber am Umstandsmoment (vgl. Franke, a. a. O.; Kandelhard, in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2001, § 536 b Rdn. 13). Die Untätigkeit des Berechtigten muss bei dem anderen Teil ein schützenswertes Vertrauen geschaffen haben, das ihn zu einer Vermögensdisposition veranlasst hat, mit Rücksicht auf die eine verspätete Ausübung des Minderungsrechts als eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte erscheint (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 242 Rdn. 95). Allein mit der vollständigen Zahlung des Mietzinses setzt der Mieter aber keinen Umstand, der beim Vermieter ein schützenswertes Vertrauen in die Erwartung schafft, der Mieter wolle seine Gewährleistungsrechte nicht mehr wahrnehmen (Börstinghaus/Eisenschmid, Arbeitskommentar Neues Mietrecht, 2001, S. 65). Auch mangelt es in solchen Fällen an einer Vertrauensinvestition des Vermieters.

Streitig ist, welche Bedeutung eine Mängelanzeige für eine etwaige Verwirkung hat. Nach Lützenkirchen (a. a. O., Rdn. 584) setzt eine Verwirkung eine Mängelanzeige voraus, da nur eine vorbehaltlose Zahlung nach einer Mängelanzeige einen Vertrauenstatbestand beim Vermieter schaffen könne. Dagegen hat Blank (in: Blank/Börstinghaus, a. a. O., § 536 c Rdn. 10) zutreffend darauf hingewiesen, dass der Mieter mit einer Mängelanzeige seinen Wunsch oder seine Erwartung einer Beseitigung des Mangels zum Ausdruck bringt und daher auch für die Vergangenheit Rückforderungsansprüche nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen sind, wenn der Mieter nach der Mängelanzeige die volle Miete weitergezahlt und der Vermieter den Mangel nicht beseitigt hat (a.A. Hinz/Orman-schick/Riecke/Scheff, a. a. O., § 3 Rdn. 27). Eine Mängelanzeige verhindert einen Vertrauenstatbestand.

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

§§ 557 a. F., 546a BGB
Vorenthaltung während der Schönheitsreparaturen

Nimmt der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses mit Zustimmung oder nach entsprechender Aufforderung des Vermieters Schönheitsreparaturen in den Mieträumen vor, so stellt dies keine Vorenthaltung i. S. der § 557 Abs.1 BGB a. F., § 546a BGB n. F. dar.

(OLG Bamberg, Urteil vom 17.4.2002 – 8 U 112/01)

Aus den Gründen: Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung ist vorliegend deshalb nicht gegeben, weil eine Vorenthaltung der Mietsache i. S. der §§ 557 Abs.1 BGB a. F., 546a BGB n. F. vorliegend nicht angenommen werden kann. Vorenthaltung der Mietsache in diesem Sinn bedeutet, dass der Mieter seiner Rückgabepflicht nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht nachkommt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (Scheuer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V Rdn. 57 unter Hinweis auf die Rspr. des BGH).

Nimmt der Mieter mit Zustimmung oder nach entsprechender Aufforderung des Vermieters Schönheitsreparaturen in den Mieträumen vor, stellt dies keine Vorenthaltung im genannten Sinn dar (Scheuer, in: Bub/Treier, a. a. O., V Rdn. 72a; Gather, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl., § 557 Rdn. 18; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdn. 1114; OLG Hamburg MDR 1990, 247 [= WM 1990, 75]).

Aus dem gesamten Vorbringen der Klägerin im Rechtsstreit und auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in erster Instanz ist davon auszugehen, dass die Klägerin die Mieträume erst zurücknehmen wollte, nachdem Schönheitsreparaturen durch die Beklagte ausgeführt waren. Die Klägerin war damit einverstanden, dass die Beklagte weiterhin zumindest Mitbesitz an den Räumen hatte, um diese Schönheitsreparaturen durchzuführen.

Für die vom LG Wuppertal (WM 1988, 21 [m. abl. Anm. Wiek, WM 1988, 384, Red.]) vorgenommene analoge Anwendung der Vorschrift über die Nutzungsentschädigung besteht nach Ansicht des Senats kein Raum, da es für die Fälle der vorliegenden Art grundsätzlich die Möglichkeit der Geldtendmachung eines Schadensersatzanspruches gibt.

Der Klägerin steht aber auch kein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages deswegen zu, weil die Schönheitsreparaturen nicht vor Ende des Mietvertrages, sondern erst danach durchgeführt worden sind. Für einen solchen Schadensersatzanspruch fehlt es an schlüssigem Sachvortrag der Klägerin dazu, inwieweit die erst nach Beendigung des Mietverhältnisses durchgeführten Schönheitsreparaturen zu einem Schaden etwa dergestalt geführt haben, dass die Mieträume erst zu einem späteren Zeitpunkt neu vermietet werden konnten.

Anm. d. Red.: Vgl. OLG Düsseldorf WM 2002, 494 = GuT 2002, 186 KL; OLG München WM 2002, 614.

§§ 652, 433 BGB; § 12 WEG
Makler; WEG-Verwalter;
Zustimmungserfordernis bei Wohnungsverkauf;
selbständiges Provisionsversprechen

1. Die Rechtsprechung des BGH zum institutionalisierten Interessenkonflikt gilt auch für den Fall, dass der Makler, der gleichzeitig Verwalter der Wohnungseigentumsanlage mit der Zustimmungsbefugnis nach § 12 WEG ist, vom Wohnungseigentümer mit dem Verkauf der Wohnung beauftragt worden ist.

2. Zu den Voraussetzungen eines selbständigen Provisionsversprechens.

(OLG Köln, Urteil vom 10.9.2002 – 24 U 32/02)

Aus den Gründen: 1. Allerdings folgt der Senat der Auffassung der Beklagten, dass die Rechtsprechung des BGH, nach der der Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage, von dessen Zustimmung gemäß § 12 WEG die Gültigkeit eines Wohnungsverkaufes abhängig ist, wegen des demgemäß institutionalisierten Konflikts mit den Interessen des Auftraggebers

nicht dessen Makler sein könne, auch für den Fall gilt, dass der Makler vom Wohnungseigentümer mit dem Verkauf der Wohnung beauftragt worden ist. Der gegenteiligen Ansicht (MünchKomm.-Roth, BGB, 3. Aufl., § 652 Rdn. 110), zu der auch das Landgericht [LG Köln, Urt. v. 23.1.2002 – 26 O 95/01] neigt, ist nicht zu folgen. Richtig ist zwar, dass die beiden Entscheidungen des BGH (BGHZ 112, 240 = NJW 1991, 168 [=WM 1991, 45]; ZMR 1991, 71 = WM 1991, 46) Fälle betrafen, in denen der Makler für den Käufer tätig geworden war. Auch wird in den Leitsätzen der Entscheidungen auf den Konflikt mit den Interessen des Käufers abgestellt. Die Begründung für diese Rechtsprechung ist jedoch nicht auf diese Fallgestaltung beschränkt. Der BGH stellt darauf ab, dass der Verwalter die Entscheidungsbefugnis habe. Diese Befugnis, über das Zustandekommen des Veräußerungsvertrages zu entscheiden (und damit gleichzeitig den Provisionsanspruch eines tätig gewordenen Maklers dem Gesetz entsprechend entstehen zu lassen), sei ausschlaggebend, nicht aber, ob er im Interesse des Veräußerers handle. Entscheide der Makler über den Abschluss des Hauptvertrages, dann sei der Interessenkonflikt institutionalisiert. Diese Interessenkollision hindere ihn an einer dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden Maklertätigkeit. Folgerichtig besteht ein institutionalisierter Interessenkonflikt nicht nur zwischen dem Makler und dem Käufer, sondern auch zwischen dem Makler und dem Verkäufer, sofern die Veräußerung der Eigentumswohnung von der Zustimmung des Maklers abhängt. Ebenso wie gegenüber dem Käufer kann in diesem Falle dem Makler gegenüber dem Verkäufer kein Provisionsanspruch aus einer echten Maklertätigkeit zustehen (Müller-Eising, MDR 1991, 818, 821). Überdies vertritt der Makler als Verwalter die Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft als Ganzes und nicht die des einzelnen Eigentümers. Auch im Hinblick auf diese möglicherweise gegenläufigen Interessen ist ein institutionalisierter Interessenkonflikt gegeben.

2. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil – wie das Landgericht mit zutreffender Begründung annimmt – die Parteien ein selbständiges Provisionsversprechen vereinbart haben. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist ein von einer echten Maklerleistung unabhängiges Provisionsversprechen insbesondere dann anzunehmen, wenn es in Kenntnis der Umstände abgegeben wurde, die den Provisionsempfänger an einer Maklertätigkeit hindern (BGH NJW 2000, 3781, 3782 m.w.N.), namentlich dann, wenn es dem Auftraggeber dennoch und gerade auf die Einschaltung dieser Person ankommt (BGHZ 112, 240, 242 [=WM 1991, 45]). Dabei reicht es aus, dass der Maklerkunde vor Abschluss der Provisionsvereinbarung über die Umstände aufgeklärt ist, die den Provisionsempfänger an einer Maklertätigkeit hinderten oder die den institutionalisierten Interessenkonflikt begründeten. Nicht erforderlich ist das Wissen des Maklerkunden, welche rechtlichen Konsequenzen sich aus den ihm bekannten Tatsachen ergeben (BGH WPM 1983, 42, 43; 1985, 946, 948; OLG Naumburg NJW-RR 2000, 1503; Palandt/Sprau, BGB, 61. Aufl., Einf v § 652 Rdn. 17; Zopfs, Das Maklerrecht in der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl., Rdn. 52; Lehner, NJW 2000, 2405, 2406; Müller-Eising, MDR 1991, 818, 819 f.; abweichend Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl., Rdn. 704 ff.).

Dem Landgericht ist darin zu folgen, dass danach eine selbständige Provisionszusage anzunehmen ist. Der Einwand

der Beklagten, sie sei bei Abschluss des Makleralleinauftrages vom 2.4.2001 noch völlig ohne Argwohn gewesen, ist durch das Protokoll der Wohnungseigentümerversammlung vom 26.1.1999, das dem Protokoll beiliegende Exposé der Firma „B. Sch. Immobilien & Assekuranz“ vom 25.1.1999 sowie das Schreiben der Firma „I. Sch.“ vom 2.6.1999 widerlegt. Nach dem Protokoll der Eigentümerversammlung vom 26.1.1999, an der die Beklagte ausweislich der Teilnehmerliste teilgenommen hatte, hat sich der Kläger als Kandidat für die WEG-Hausverwaltung vorgestellt. In dem Exposé der „B. Sch. Immobilien & Assekuranz“ vom 25.1.1999, das vom Kläger unterschrieben ist, wird der Leistungs- und Pflichtumfang der WEG-Verwaltung beschrieben sowie darauf hingewiesen, dass die Verwaltung von der Firma „I. Sch. Hausverwaltung“ geführt werde. Das Schreiben von der Firma „I. Sch. Immobilien & Assekuranz“, ist jedoch von dem Kläger unterschrieben. In ihm heißt es wörtlich: „Sehr geehrte Frau H., mit Kopie des Protokolls vom 25.2.99 informierte mich Herr P. über das Wahlergebnis des neuen Verwalters. Ich möchte mich herzlichst für die Wahl bedanken und nehme das Amt mit Wirkung zum 1.7.1999 an.“ Damit wusste die Beklagte, dass der Kläger, der auf der Eigentümerversammlung kandidiert hatte, zum WEG-Hausverwalter bestellt worden war und dass er die Verwaltung über die Firma „I. Sch. Hausverwaltung“ ausübte. Diese Umstände mussten der Beklagten auch beim Abschluss des Maklervertrages am 2.4.2001 bewusst sein. Aber selbst wenn ihr diese Umstände beim Vertragsschluss nicht mehr gegenwärtig gewesen sein sollten, könnte dies bei der nach §§ 157, 242 BGB gebotenen objektiven Betrachtungsweise der Vereinbarung eines selbständigen Provisionsversprechens nicht entgegenstehen. Dass der Verwalter die Befugnis nach § 12 WEG hatte, musste der Beklagten ebenfalls bekannt sein; dies wird von ihr auch nicht in Abrede gestellt. Damit hatte sie ausreichende Kenntnis über die tatsächlichen Umstände, aus denen sich der institutionalisierte Konflikt des von ihr als Makler beauftragten Klägers mit ihren Interessen ergab. Soweit der BGH (BGHZ 112, 240, 242 [=WM 1991, 45]) auf den Gesichtspunkt abstellt, dass die Provisionszusage abgegeben wird, weil es dem Maklerkunden dennoch und gerade auf die Einschaltung dieser Person ankomme, handelt es sich nur um einen zusätzlichen Gesichtspunkt, nicht um eine notwendige Voraussetzung für ein selbständiges Provisionsversprechen. Aber auch diese ist erfüllt, weil die Beklagte – nach ihrem eigenen Vortrag – sich wieder an den Kläger gewandt und diesen beauftragt hatte, nachdem der zunächst eingeschaltete Makler gemeint hatte, der Verkaufspreis müsse unter 319 000,00 DM liegen.

Im Schrifttum wird teilweise als Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung eines selbständigen Provisionsversprechens eine Individualvereinbarung verlangt (MünchKomm.-Roth, a. a. O., § 652 Rdn. 120; Palandt/Sprau, a. a. O.). Dies kann jedoch dahinstehen. Denn das Provisionsversprechen ergibt sich vorliegend aus den Umständen des Einzelfalles, mithin aus einer konkludent geschlossenen Individualvereinbarung. Die vom Landgericht problematisierte Frage eines Verstoßes gegen § 9 AGBG stellt sich deshalb nicht.

Das Provisionsversprechen ist nicht dahin auszulegen, dass die Beklagte die Provision auch unabhängig von einer Vermittlungstätigkeit des Klägers schulden sollte. Auf eine derartige Vermittlungstätigkeit kam es ihr an und sie war trotz des institutionalisierten Interessenkonfliktes möglich (anders für den Fall einer echten Verflechtung BGH NJW-RR 1987, 1075). Das Landgericht hat ausführlich und überzeugend begründet, dass der Kläger eine für den Abschluss des notariellen Kaufvertrages mitursächliche Vermittlungstätigkeit entfaltet hat.

Anm. d. Red.: Vgl. aber OLG Hamburg WM 2002, 560 und den Beitrag von Breiholdt WM 2002, 530.

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

**§§1, 3 UWG
Werbliches Gewinnspiel;
Koppelung mit Warenbestellung;
Bestimmung zum Kauf**

1. Wird im Rahmen eines werblichen Gewinnspiels auf Teilnahmebedingungen verwiesen, welche an unüblicher und unzugänglicher Stelle, nämlich auf der Innenseite der Versandtasche der Werbesendung abgedruckt sind, kann nicht davon ausgegangen werden, daß sie tatsächlich in relevantem Umfang zur Kenntnis genommen werden.

2. Die Koppelung von Warenbestellung und Gewinnspiel ist nach § 1 UWG unzulässig, wenn die angeschriebenen Endverbraucher dazu aufgefordert werden, mit der Gewinnanforderung gleichzeitig eine Warenbestellung aufzugeben.

3. Auch nach Wegfall der Zugabeverordnung kann sich die Kopplung einer Warenbestellung mit der Gewährung von „Zugaben“ als unlauter gemäß § 1 UWG erweisen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Wert der „Zugaben“ den Preis für die Warenbestellung deutlich überschreitet. Auf diese Weise wird auf die Entschließungsfreiheit des Kunden eingewirkt, so daß dieser seine Kaufentscheidung nicht mehr im Hinblick auf die Güte und Preiswürdigkeit der beworbenen Ware trifft, sondern in erster Linie zur Erlangung der „Zugabe“. Dies ist auch nach Wegfall der Zugabeverordnung als unlauter zu bewerten.

4. Wird einem Kunden suggeriert, nur er erhalte eine besondere Vergünstigung (Preisermäßigung), d. h. eine Bevorzugung gegenüber anderen Kunden, obwohl die beworbene Vergünstigung einer Vielzahl von Werbeadressaten angeboten wird, liegt darin eine Täuschung des Kunden über den wirklichen Wert des Angebots, oder zumindest eine unzureichende Information über das Angebot. Die damit verbundene sachwidrige Bestimmung des Kunden zum Kauf widerspricht – auch nach dem Wegfall des Rabattgesetzes – dem Leitbild des Leistungswettbewerbs, so daß ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegt.

(OLG Hamburg, Urteil vom 27. 6. 2002 – 3 U 281/01)

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 3. ZS des OLG Hamburg.

Anm. d. Red.: Vgl. nachfolgend OLG Frankfurt/Main. – Das Urteil des OLG Hamburg kann bis zum 20. Dezember 2002 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

**§ 661 a BGB; Art. 5, 13, 14 EuGVÜ
Werbung; Gewinnzusage; zuständiges inländisches
Gericht für die Klage auf Einlösung**

1. Erweckt bei einem Verbraucher die werbende Übersendung einer „Gewinnbestätigung“ den Eindruck, er sei eindeutig als Gewinner eines Geldbetrags ermittelt worden, muss diese Gewinnzusage auch dann eingehalten werden, wenn sich aus dem Kleingedruckten entscheidende Einschränkungen des Versprechens ergeben.

2. Die Klage auf Einlösung des Gewinnversprechens gegen das (hier:) schweizerische Unternehmen ist im Inland zulässig (hier: Wohnsitzgericht des Verbrauchers).

(OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 19. 2. 2002 – 8 U 228/01)

Zum Sachverhalt: Es handelt sich um die Einforderung eines gemachten Gewinnversprechens. Im August 2000 übersandte die Beklagte der Klägerin sowie einer Vielzahl anderer Empfänger eine Gewinnbestätigung, die wie folgt lautet: „Im Rahmen einer Vorabziehung wurde für diese Gewinnsumme in Höhe von 30 000,00 DM die Nummer 1... gezogen

und eindeutig als Gewinnnummer festgelegt“. Es heißt dann weiter: „Es wird festgestellt, dass die Gewinnnummer 1... auch für Frau G. – die Klägerin – gezogen wurde. Damit ist Frau G. eindeutig als *Gewinner* ermittelt.“ Darunter befinden sich drei Unterschriften, davon die eines Rechtsanwaltes, der als Hauptjuror der Gewinnabteilung bezeichnet ist. Beigefügt war eine Karte, auf der die Empfänger ankreuzen konnten, ob sie eine echte Bernsteinkette 30 Tage zur Ansicht (für 39,95 DM) oder die Bargeldauszahlung wünschten. Am linken Rand der Gewinnbestätigung wird recht klein gedruckt darauf hingewiesen, dass Gewinnnummern auch mehrfach vergeben und bei mehreren Gewinnanforderungen der Betrag unter den Einsendern aufgeteilt werden könne; Gewinne unter 5,00 DM würden nicht ausgezahlt, sondern als Jackpot für die nächste Veranstaltung zur Verfügung gestellt. Wegen des Wortlauts des genannten sowie eines mehrfach mit dem Begriff Gewinnvergabe versehenen Schreibens wird auf [die Akten] verwiesen. Genannt werden zusätzlich die Namen von zwei Frauen, die 15 000,00 DM und 20 000,00 DM gewonnen hätten. Auf dem Blatt „Test- und Bargeld-Gewinn-Anforderung“ findet sich rechts unten der Hinweis, die Gewinnbedingungen gelesen und anerkannt zu haben.

Eine Gewinnauszahlung erfolgte nicht. Die Beklagte teilte mit, es seien so viele gültige Gewinnanforderungen bei ihr eingegangen, dass der auf die Klägerin entfallende Anteil unter 5,00 DM liege.

Die Beklagte, eine Schweizer, offenbar aus einem Inhaber bestehende, AG hat die internationale und die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts gerügt und dargelegt, den Schreiben lasse sich nicht entnehmen, dass die Klägerin 30 000,00 DM gewonnen habe.

Das Landgericht Frankfurt/Main hat seine internationale Zuständigkeit nach §§ 13 Nr. 3, 14 EuGVÜ (Übereinkommen der EG über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen) in Verbindung mit dem im wesentlichen gleichlautenden und für die Schweiz verbindlichen Luganer-Abkommen vom 16.09.1988 (BGBl. 94 II 2658 – siehe auch BLAH unter „Anerk. Vollstr. Abk.“) für den geltend gemachten Anspruch aus § 661 a BGB bejaht. Zumindest sei aber bei Annahme eines (quasi) deliktischen Anspruchs die internationale und örtliche Zuständigkeit aus Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ gegeben.

Die Klage sei begründet, weil sich der Klägerin der Eindruck habe aufdrängen müssen, sie sei als Gewinnerin von 30 000,00 DM ermittelt worden. Es falle zwar auf, dass der Gewinnanteil für die Nummer 1... „auch“ für die Klägerin gezogen worden sei und die 30 000,00 DM nur zu dieser Gewinnnummer in Bezug gesetzt werden. Der Empfänger habe aber nicht damit rechnen müssen, dass am Ende nur noch eine anteilige Summe von weniger als 5,00 DM übrig bleibe. Die Erwartung größeren Gewinnes werde dadurch gefördert, dass hohe Gewinnsummen ausdrücklich genannt worden seien.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie meint, laut internationaler Zuständigkeit könne sie nur in der Schweiz verklagt werden. Nach den Maßstäben des Europäischen Rechts müsse von einem aufgeklärten, misstrauischen



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

Verbraucher ausgegangen werden, der erkannt habe, dass er nur als einer von vielen an einer Gewinnsumme von 30 000,00 DM beteiligt sei. Die Situation sei nicht anders zu bewerten als beim Lotto.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte müsse mehrere zehntausendmal Gewinnbestätigungen mit der Nummer 1... versandt haben, sonst wären nicht mehr als 6000 Gewinnanforderungen zurückgeschickt worden.

Aus den Gründen: Das Rechtsmittel bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Zur Frage der Zuständigkeit folgt der Senat dem Landgericht. Es erscheint nicht fernliegend, vorliegend zumindest von einem angestrebten Vertragsabschluss betreffend die Lieferung einer beweglichen Sache gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ auszugehen, bei dem nach Art. 14 Abs. 1 auch vor den Gerichten des Vertragsstaates geklagt werden kann, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Ob das auch für ein Verhalten gilt, das erst zu einem Vertragsschluss über eine zu liefernde Sache führen soll, mag bezweifelt werden können, zumal die Klägerin ja aus einem anderen Rechtsgrund, nämlich einer – allerdings im Zusammenhang mit einem Kaufangebot gemachten – Gewinnzusage (§ 661 a BGB) vorgeht.

Es handelt sich aber um eine unerlaubte oder zumindest um eine einer solchen gleichzusetzende Handlung nach Art. 5 Nr. 3 des EuGVÜ, wonach der Verletzer auch am *forum delicti commissi* verklagt werden kann.

Im Rahmen des Deliktsbegriffs gemäß Art. 5 Nr. 3 sind alle Klagen erfasst, mit denen eine Schadenshaftung des Gegners geltend gemacht wird, die nicht an einen Vertrag im Sinne des Art. 5 Nr. 1 des genannten Abkommens anknüpfen (EuGH NJW 1988, 3088). Für Klagen aus § 661 a BGB ist damit das Gericht des Ortes zuständig, in dem der Empfänger einer Gewinnbenachrichtigung wohnt (Lorenz NJW 2000, 3305, 3309).

Vorliegend ist davon auszugehen, dass es sich um einen Wettbewerbsverstoß handelt, der bei gebotener EuGVÜ-autonomer Auslegung (EuGH NJW 1988, 3088) unter Ziffer 3 des Art. 5 fällt (BGH NJW 1988, 1466, OLG München NJW-RR 1994, 190). Der Adressat soll aufgrund mit EDV leicht herstellbaren pseudo-individuellen Schreiben den Eindruck gewinnen, er sei persönlich aus einer größeren Anzahl von Interessenten als Gewinner einer großen Geldsumme ausgewählt worden. Selbstverständlich geschieht dies in der Absicht, er werde unter dem Eindruck dieser Mitteilung problemlos die gleichzeitig mit angebotene Ware bestellen. Mit einem solchen Vorgehen verschafft sich ein Unternehmer im Kampf um Kunden gegenüber jedem Mitbewerber eine bessere Position, auch wenn vorliegend die Zusage des Gewinns nicht von einer Bestellung abhängig gemacht wird.

Indem der Gesetzgeber § 661 a BGB mit einem „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umsetzung von Vorschriften auf Euro“ am 27. 6. 2000 in Kraft treten ließ, womit er die Richtlinie 97/7 EG umgesetzt hat, wollte er zweifellos den Verbraucher vor unseriösen Angeboten schützen. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber – wenn auch ohne Umsetzungsbedarf – einer verbreiteten wettbewerbsrechtlich unzulässigen Praxis entgegenwirken wollen, Verbraucher durch die Mitteilung von angeblich gemachten Gewinnen zu Bestellungen zu veranlassen.

Einen Anspruch nach § 661 a BGB hat das Landgericht in noch vertretbarer Weise bejaht.

Fehl geht bei der gebotenen rechtlichen Betrachtung der Hinweis der Beklagten auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf (NJW 1997, 2122), wonach es für Klagen auf Erfüllung von Gewinnversprechen keine gesetzliche Anspruchgrundlage gebe. Dies ist nach der Schaffung des § 661 a BGB

anders. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber eine Tendenz der umgesetzten Richtlinie aufgegriffen, Wettbewerbsverstöße zivilrechtlich im Sinne eines zu bejahenden Anspruchs auf die verheißene Summe zu sanktionieren. Dies ist mit der Formulierung geschehen, man habe den Preis zu zahlen, wenn man als Unternehmer eine Gewinnzusage o. ä. an einen Verbraucher schicke und dabei den Eindruck erwecke, dieser habe gewonnen.

Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass aufgrund der an die Klägerin ergangenen Mitteilung dieser sich der Eindruck aufdrängen sollte, sie habe 30 000,00 DM gewonnen; das sollte bei ihr die Bereitschaft wecken, eine Bernsteinkette für 39,95 DM zu bestellen. Mit den mehrfach hervorgehobenen 30 000,00 DM und den wichtig erscheinenden Unterschriften unter der „Gewinnbestätigung“ sollte ihr vorgespiegelt werden, es handle sich tatsächlich um eine solche Summe.

Nach der Auffassung des Senats sind die zweifellos vorhandenen gegenteiligen Hinweise nicht so gestaltet, dass sie der normale Adressat erkennen kann. Dabei kann es nicht auf den besonders misstrauischen, aufgeklärten Verbraucher ankommen, sondern nur darauf, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher das Schreiben auffassen muss. Dieser Maßstab ist – entgegen der Auffassung der Klägerin – auch nach deutschem Recht, über dessen Anwendung die Parteien einig sind, heranzuziehen. Sicher muss man im heutigen Geschäftsleben, das von reißerischen Anpreisungen geprägt ist, als angesprochener Kunde Versprechungen kritisch betrachten, so wird man sicher nicht auf einen Gewinn vertrauen, wenn eine Mitteilung dahingehend eingeschränkt wird, man habe vielleicht oder auch mit großer Wahrscheinlichkeit gewonnen. Vorliegend wird versucht, den Angesprochenen von der Erkenntnis abzuhalten, dass man ihm nur als einem von vielen bestätigt, die für ihn „auch“ gezogene Nummer 1... habe gewonnen. Selbstverständlich soll das Kleingedruckte den Leser nicht gerade aufordern, dort genauer nachzulesen, zumal man einen sehr kleinen Schrifttyp verwendet hat. Wer auch das Kleingedruckte liest und darüber hinaus zur Kenntnis nimmt, dass auf die – offenbar sehr vielen zugeteilte – Gewinnnummer auf ihn nur ein Anteil aus 30 000,00 DM entfällt, kann eigentlich kaum ernsthaft annehmen, er habe den ganzen Betrag gewonnen.

Der für die Bestellung der Bernsteinkette indessen abträglichen Erkenntnis wird allerdings damit entgegengewirkt, dass man zwei Frauen mit Namen nennt, die 15 000,00 DM und 20 000,00 DM gewonnen hätten. Dies ist ein entscheidender Punkt und soll das Nachdenken des Angesprochenen darüber verhindern, wie hoch eigentlich ein Gewinnanteil von 30 000,00 DM sein könnte, wenn immerhin eine so große Zahl von Gewinnern auf der Nummer 1... im Raum steht, dass auf den einzelnen weniger als 5,00 DM entfallen könnte.

Es spricht sicher auch vieles für die Annahme der Klägerin, man habe nur die Nummer 1... zugeteilt und an eine so große Zahl von Adressaten eine Gewinnmitteilung gerichtet, dass die Zahl der Rücksendungen im Verhältnis zu den 30 000,00 DM einen Gewinn von nicht einmal je 5,00 DM zuließ.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

Lässt man als mäßig kritischer Empfänger den Inhalt der Versprechungen der Beklagten auf sich wirken, müsste man eigentlich bemerken, dass es dem Anbietenden nur darum geht, etwas zu verkaufen. Das weitere soll dazu dienen, das Interesse des Angeschriebenen zu wecken und ihn davon abzuhalten, die Sendung in den Papierkorb zu werfen. Geht man aber von dem durchschnittlich informierten Verbraucher aus, dessen mögliche Bedenken durch die Benennung von zwei Gewinnern mit Summen von 15 000,00 DM und 20 000,00 DM gezielt zerstreut werden, erscheint es angemessen, die Messlatte für einen zu schützenden Verbraucher so niedrig anzulegen, dass der für solche Fälle gewährte Erfüllungsanspruch zugesprochen werden kann.

Es bestand keine Veranlassung, die Revision zuzulassen.

Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Gewerbemiete etc.

§ 535 BGB – Haftung des Grundstücksveräußerers für die Rückzahlung der Mietkaution

Der Grundstücksveräußerer haftet dem Mieter nicht für die Rückzahlung der Kautions, wenn er sie mit dessen Billigung dem Erwerber überlassen hat (im Anschluss an BGH NJW 1999, 1857 = WM 1999, 397).

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. 6. 2002 – 24 U 212/01)

Hinw. d. Red.: Das Urteil ist in WM 2002, 556 veröffentlicht. Es kann auch bis zum 20. Dezember 2002 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 307, 535, 550, 566 a. F., 425 a. F. BGB;

§ 9 AGBG – Vollmacht Klausel; Vertragsbeitritt

1. Verwendet der Vermieter eine „Vollmacht-Klausel“, so darf er sich auf deren Unwirksamkeit nach § 9 AGBG nicht berufen.

2. Der formunwirksame Vertragsbeitritt eines weiteren Mieters lässt die mit den anderen Mietern vereinbarte Vertragsdauer unberührt.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. 10. 2001 – 24 U 44/01)

Hinw. d. Mitteilers: Rechtskräftig nach Rücknahme der Revision des Klägers – BGH XII ZR 277/01.

§§ 535, 536 a. F., 538, 548 a. F. BGB – Pachträume; Schönheitsreparaturen; Kleinreparaturklausel

1. Zum Ausmaß und der Fälligkeit von Schönheitsreparaturen.

2. Eine Kleinreparaturklausel verpflichtet den Mieter nicht, die Kosten größerer Reparaturen anteilig mitzutragen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. 6. 2002 – 24 U 183/01)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung ist vollständig veröffentlicht in WM 2002, 545.

§§ 537, 539, 544 BGB a. F. – vorbehaltlose Zahlung nach der Mängelrüge und enttäuschter Erwartung der Mängelbeseitigung

Zur Kündigung des Mietverhältnisses wegen eines gewöhnlichen Mangels (§§ 537, 542 f. BGB) war der Kläger, bezogen auf die behauptete Hitzeentwicklung im Dachgeschoss des Gebäudes, nicht berechtigt, wie schon das Landgericht [Kleve] im Ergebnis richtig festgestellt hat.

Das diesbezügliche Recht hatte der Beklagte gemäß §§ 543, 539 BGB verloren, weil er trotz früh einsetzender Kenntnis der behaupteten Mängel, nämlich bereits ab Sommer 1997, den vereinbarten Mietzins vorbehaltlos weitergezahlt hatte (vgl. dazu BGH NJW 1997, 2674 [= WM 1997, 488] und ZMR 2000, 666 [= WM 2000, 146 f.]). Vorbehaltlos zahlt auch der-

jenige, der nach Mängelrüge in der berechtigten Erwartung der Mängelbeseitigung enttäuscht wird, aber davon absieht, dem Vermieter alsbald die Wahrnehmung der ihm gewährleisteten Rechte anzuzeigen, weil der untätig bleibende oder erfolglos tätig gewordene Vermieter unter diesen Umständen den Eindruck gewinnen muss, der Mieter habe sich mit dem gerügten Zustand abgefunden (BGH NJW 1997, 2674 [= WM 1997, 488]). In diesem Sinne hatte sich der Beklagte nach seinem eigenen Vortrag verhalten. Der Kläger hatte zwar noch im Sommer 1997 eine innenliegende Tuchbespannung zum Schutz vor direkter Sonneneinstrahlung installieren lassen. An der Temperaturentwicklung soll das aber nichts geändert haben. Das aber hätte den Beklagten dazu veranlassen müssen, nunmehr seine Gewährleistungsrechte vorzubehalten oder wahrzunehmen.

Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang einen qualifizierten, nämlich zur Gesundheitsgefährdung führenden Mangel behauptet (§ 544 BGB), bleibt er auch damit im Ergebnis ohne Erfolg. Der Senat ist allerdings, abweichend vom Landgericht, nicht der Auffassung, dass der Beklagte dem Kläger eine Frist zur Abhilfe hätte setzen müssen. Das war jedenfalls nach dem vom Beklagten unter Beweis gestellten Verhalten des Klägers nicht erforderlich. Danach soll der Kläger es abgelehnt haben, über die installierte Tuchbespannung hinaus weitere Maßnahmen zu ergreifen. Aus rechtlichen Gründen kommt es deshalb auf die Feststellung an, ob der vom Beklagten behauptete qualifizierte Mangel, der das Kündigungsrecht aus § 544 BGB auch dann nicht beseitigt, wenn der Mietzins vorbehaltlos weitergezahlt worden ist, vorgelegen hat.

Diese Feststellung kann der Senat nicht treffen, weil der Beklagte beweisfällig geblieben ist. [...]

In ähnlicher Weise verhält es sich mit dem zweiten vom Beklagten behaupteten Mangel der fehlenden Standsicherheit des Gebäudes. Eine Kündigungsberechtigung kommt hier sowohl aus §§ 537, 542 f. BGB als auch aus § 544 BGB in Betracht, wobei der Senat davon ausgeht, dass eine fehlende Standsicherheit des Gebäudes stets eine Gesundheitsgefährdung darstellt. Insoweit kommen auch hier Verwirkungsgesichtspunkte (§ 539 BGB) oder die vorherige Fristsetzung zur Abhilfe (§ 542 BGB) nicht in Betracht. Aber auch hier hat der Beklagte den Beweis eines Mangels nicht geführt, weil der Senat gemäß §§ 402, 379 ZPO mangels Einzahlung des Kostenvorschusses die beschlossene Beweiserhebung nicht ausführen hatte.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 3. 4. 2001 – 24 U 69/00)

Anm. d. Red.: Vgl. OLG Celle GuT 2002, 180 mit abl. Anm. Wiek.

§§ 557 a. F., 546a n. F. BGB; § 9 AGBG – Vorenthalten der Mietsache; Mietzinspflicht zur Vertragsabwicklung

1. Weigert sich der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses die Räume zurückzunehmen, weil sie sich nicht in vertragsgemäßem Zustand befänden, so liegt kein Vorenthalten des Mieters vor (a. A. OLG Düsseldorf – 10. Zivilsenat MDR 1999, 538 = WM 1999, 279).

2. Eine Klausel, nach der der Mieter den Mietzins bis zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes („vollständig geräumt, renoviert und ohne Schäden, wobei der natürliche Verschleiß ausgenommen bleibt“) fortzuentrichten habe, verstößt gegen § 9 AGBG.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. 5. 2002 – 24 U 133/01)

Hinw. d. Red.: Das Urteil ist in WM 2002, 494 veröffentlicht. Vgl. auch OLG Bamberg GuT 2002, 182 (in diesem Heft).

§ 1 UWG – Wettbewerb; Internet-Auktion; umgekehrte Versteigerung

Die Internet-Auktion von gebrauchten Kraftfahrzeugen in Form einer umgekehrten Versteigerung verstößt gegen § 1 UWG, weil sie die Spiellust der Verbraucher in sachfremder und damit unlauterer Weise ausnutzt.

(OLG Hamburg, Urteil vom 25. 4. 2002 – 3 U 190/00)

Anm. d. Red.: Bei umgekehrter Versteigerung gilt es, bei im Zeittakt fallenden Preisen durch „Klicken“ den Kaufentschluss anzuzeigen.

§ 3 UWG – Wettbewerb; Anpreisung im Bestell-Magazin; Bevorratungserfordernis

Die Werbung für den Vertrieb von Mobiltelefonen mit Prepaid-Karte ist irreführend, wenn das Produkt zu dem angekündigten Zeitpunkt und/oder im zeitlichen Zusammenhang mit dem Erscheinen der Werbung nicht erworben werden kann und wenn der Werbende schuldhaft nicht dafür gesorgt hat, daß die Handys in genügender Anzahl vorrätig waren.

(OLG Hamburg, Urteil vom 18. 7. 2002 – 3 U 247/01)

§ 3 UWG – Wettbewerb; irreführende Angaben; Beweislast

Im Wettbewerbsprozeß trägt der Anspruchsteller grundsätzlich die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tat-

sachen. Das gilt auch hinsichtlich einer irreführenden vergleichenden Werbung. Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 UWG ist mithin – auch soweit vergleichende Werbung zur Beurteilung steht – der Anspruchsteller.

(OLG Hamburg, Urteil vom 2. 5. 2002 – 3 U 284/01)

§ 3 UWG – Internet; Domain-Adresse; Rechtsanwälte

Bei Verwendung der Domain-Adresse www.rechtsanwalt.com geht zumindest ein Teil der Internet-Nutzer davon aus, daß die darüber abrufbare Homepage von einem Rechtsanwalt bzw. einer Rechtsanwalts-gesellschaft oder einer entsprechenden Berufs- bzw. Standesvertretung stammt, d. h. daß die Homepage maßgeblich von einem oder mehreren Rechtsanwälten gestaltet und verantwortet wird. Ist dies tatsächlich nicht der Fall, liegt eine Irreführung im Sinne von § 3 UWG vor.

(OLG Hamburg, Urteil vom 2. 5. 2002 – 3 U 303/01)

KL-Mitteiler: VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf; die Mitglieder des 3. ZS des OLG Hamburg.

Teileigentum

§§ 15, 47 WEG; § 1004 BGB; Art. 1, 2 ProtStG
Prostitution; Unterlassungsanspruch; Musterprozess;
Kostenentscheidung

Auf Antrag der Wohnungseigentümergeinschaft kann einem Wohnungseigentümer aufgegeben werden, die Ausübung der Prostitution in der Wohnung sofort zu beenden. Hierüber darf ein Musterprozess geführt werden, dessen außergerichtliche Kosten keinem Beteiligten zu erstatten sind.

(OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 5. 3. 2002 – 20 W 508/01)

Aus den Gründen: Mit Recht hat das Landgericht [Gießen] einen Anspruch der Antragsteller nach §§ 1004 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 WEG auf Unterlassung der Prostitution bejaht. Auf Antrag der Wohnungseigentümergeinschaft kann einem Wohnungseigentümer aufgegeben werden, die Ausübung der Prostitution in der Wohnung sofort zu beenden (OLG Frankfurt am Main WM 1990, 449 ff.). Wohnungseigentümer brauchen nicht zu dulden, dass in einer vermieteten Wohnung der Prostitution nachgegangen wird (OLG Frankfurt am Main OLGZ 1990, 419; BayObLGR 1993, 67–68 [= WM 1993, 557]). Rechtsfehler bei der Feststellung der störenden und wertmindernden Auswirkung der Prostitution sind dem Landgericht nicht unterlaufen. An der Wertminderung des Sondereigentums, die mit der Ausübung der Prostitution für die Wohnungen der Anlage regelmäßig einhergeht (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2000, 89) ändert auch nichts, dass die jüngste Gesetzgebung im Prostitutionsgesetz vom 20. 12. 2001 (BGBl I, S. 3983) die juristische Diskriminierung der Prostituierten beendet hat (vgl. Rautenberg, Prostitution: Das Ende der Heuchelei ist gekommen!, NJW 2002, 630 ff.). Dieses Gesetz soll den Prostituierten ihren Lohnanspruch sichern und den Weg in die Sozialversicherung öffnen. Dies ist nicht gleichbedeutend mit gesellschaftlicher Anerkennung der Prostitution (vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 1323 [= WM 2000, 505 KL]). Hinzu kommt hier, dass die gem. § 2 der Gemein-

schaftsordnung erforderliche Zustimmung der Wohnungseigentümer zur Ausübung eines Gewerbes oder Berufes in der Wohnung des Antragstellers nicht vorliegt.

Die Antragsteller haben ihren Unterlassungsanspruch auch nicht verwirkt (§ 242 BGB). Sie mussten nicht gleichzeitig gegen sämtliche Eigentümer vorgehen, in deren Wohnungen Prostitution betrieben wird. Sie konnten vielmehr aus Kostengründen einen Miteigentümer herausgreifen und insoweit einen Musterprozess führen. Das Landgericht war hier nicht gehalten, Feststellungen darüber zu treffen, in welcher Wohnung die Prostitution zuerst ausgeübt wurde. Auf die zeitliche Reihenfolge kommt es nicht an, so lange die Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner ihren Unterlassungsanspruch nicht verwirkt haben.

Das Landgericht durfte die Wiederholungsgefahr bejahen. Die erfolgte und anhaltende Beeinträchtigung birgt eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr. Darüber hinaus hat der Antragsgegner die Prostitution zunächst noch im Prozess bestritten, wodurch der Eigentümergeinschaft infolge der Beauftragung eines Detektivbüros, das auch zur Überwachung der Wohnung des Antragsgegners eingeschaltet wurde, Kosten entstanden sind. Das rechtfertigt den vom Landgericht gezogenen Schluss, dass der Antragsgegner sich nur unter dem Druck des Verfahrens beugt, was für den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht ausreicht (Palandt-Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. 2002, § 1004 BGB Rn. 31 ff.).

Die Anschlussbeschwerde der Antragsteller ist als unselbständige Anschlussbeschwerde zulässig (Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 14. Aufl. 1999, vor § 19 Rn. 4). Sie hat ebenfalls keinen Erfolg. Die Kostenentscheidung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Es hat zu Recht berücksichtigt, dass es sich hier um einen Musterprozess handelt. Deswegen ist es nicht unbillig, wenn das Landgericht nicht dem Antragsgegner die Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Antragsteller auferlegt hat.

§§ 10, 25, 26, 28 WEG; § 242 BGB
Stimmrecht nach Wertprinzip; Majorisierung
1. Die in der Teilungserklärung vorgesehene Stimmrechtsmacht nach dem Wertprinzip ist nicht nichtig. Das Wertprinzip ist auch auf die Wahl des Verwalters anzuwenden.

(OLG Celle, Beschluss vom 28. 5. 2002 – 4 W 60/02)

Aus den Gründen: II. 1. Zu § 15 Ziff. 4 der Teilungserklärung:

Die Kammer des Landgerichts [Stade] hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Stimmrechtsregelung zu § 15 Ziff. 4 der Teilungserklärung vom 31. Juli 1995 wirksam eine Abstimmung nach dem sog. Wertprinzip begründet. Der Wortlaut von § 15 Ziff. 4 Satz 5 der Teilungserklärung lässt keinen Zweifel daran, dass sich der Wert eines jeden Stimmrechts nach dem Verhältnis des jeweiligen Miteigentumsanteiles zu der Gesamtanzahl der Miteigentumsanteile verhält. Grundsätzlich sieht die Vorschrift des § 25 Abs. 2 WEG eine Abstimmung nach Köpfen vor. Diese Regelung ist jedoch abdingbar (§ 10 Abs. 1 Satz 1 WEG). Verbreitet sind das – hier vereinbarte – Wertprinzip (vgl. dazu Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl., § 25 Rz. 29) und das Objektprinzip, bei dem die Anzahl der Stimmen eines Wohnungseigentümers der seiner Wohnungseigentumsrechte ohne Rücksicht auf den Anteil am Gemeinschaftseigentum folgt (s. dazu a. a. O. Rz. 30). Wenn in der Teilungserklärung das „Verhältnis der Miteigentumsanteile“ als maßgeblich bezeichnet wird, so bedeutet dies klar und unmissverständlich, dass das Wertprinzip gelten soll.

Das in der Teilungserklärung verankerte Wertprinzip ist auch nicht wegen Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften nichtig. Die Vereinbarung des Wertprinzips unterliegt grundsätzlich keinen Schranken. Mit hohen Anteilen am Gemeinschaftseigentum gehen auch hohe Anteile an den Lasten und Kosten einher, so dass es durchaus auch gerechtfertigt ist, diese auch mit einem vermehrten Gewicht bei der Entscheidung über die Belange einer Wohnungseigentümergeinschaft auszustatten (a. a. O., Rz. 32). Unabhängig davon kann das Gewicht der Stimmen in Abweichung vom Gesetz nur durch die Teilungsvereinbarung oder eine einstimmige Vereinbarung aller Wohnungseigentümer vorgenommen werden. Vor diesem Hintergrund bedürfen Wohnungseigentümer mit einem geringen Miteigentumsanteil keines besonderen Schutzes vor solchen, die viele Miteigentumsanteile in einer Hand vereinen, denn jeder Erwerber von Wohnungseigentum kann sich vorab über die Stimmrechtsregelung unterrichten bzw. muss einer nachträglichen Änderung zustimmen. Vereinbarungen über das Stimmrecht genießen daher die grundsätzliche Vertragsfreiheit des bürgerlichen Rechts und sind auch nur den allgemeinen gesetzlichen Schranken (§§ 134, 138, 242 und 315 BGB) und über diese den verfassungsrechtlichen Schranken unterworfen. Vor diesem Hintergrund wird z. B. sogar der Vorbehalt eines Vetorechtes durch den teilenden Wohnungseigentümer für zulässig erachtet (vgl. BayObLG NJW-RR 1997, 1305 [=WM 1997, 285]).

Während die von den Antragstellerinnen beklagte Gefahr der Majorisierung der Eigentümergemeinschaft durch ein einzelnes Mitglied die Stimmrechtsregelung danach nicht im Ganzen in ihrer Wirksamkeit berührt, können im Einzelfall die von einem Mehrheitseigentümer auf der Grundlage des Wertprinzips durchgesetzten einzelnen Beschlüsse durchaus wegen einer tatsächlichen treuwidrigen Majorisierung unwirksam sein, und ganz allgemein sind diejenigen Beschlüsse, welche in der durch einen Mehrheitseigentümer beherrschten Wohnungseigentümergeinschaft auf der Grundlage des Wertprinzips erwirkt werden, im Einzelfall kritisch darauf zu überprüfen, ob der Mehrheitseigentümer treuwidrig seine Interessen gegen die übrigen Wohnungseigentümer durchgesetzt hat (vgl. BayObLG NZM 2001, 672, 673 [=WM

2000, 694 KL]). Danach kann durchaus ein einzelner Beschluss, nicht aber die Stimmrechtsregelung als solche von vornherein für nichtig erklärt werden. Über diesen Weg kann dann auch im Einzelfall geprüft werden, ob sich bei der Abstimmung die Gefahr der Majorisierung ausgewirkt hat. Dabei ist dem Senat durchaus bewusst, dass gerade dann, wenn die Teilungserklärung vom Ursprungseigentümer (Bauherr der Wohnungseigentumsanlage oder Eigentümer, der ein Mehrfamilienhaus in Eigentumswohnungen umwandelt) allein aufgestellt worden ist, dessen Eigeninteressen an ihn begünstigenden Regelungen durchschlagen kann (vgl. erkennender Senat OLG Celle Nds.Rpfl 1998, 87 ff. = OLGR Celle 1998, 141 [=WM 1998, 172]). Dass indessen die Bestimmung des Wertprinzips an Stelle des Kopfprinzips generell in jedem Einzelfall das Abstimmungsergebnis majorisiert, lässt sich aus den obigen Gründen – es gibt auch sachliche Gründe für das Wertprinzip – nicht sagen, und Anhaltspunkte für eine Ausübung der „Majorisierungsmacht“ der Antragsgegnerin zu 1 fehlen schon deshalb, weil auch die Antragsgegnerinnen zu 2 bis 6 wie sie abgestimmt haben. Es liegt deshalb fern, dass die Wahl des Wertprinzips von Anfang an das Ziel verfolgt hätte, der Antragsgegnerin zu 1 eine dominierende Stellung zu verschaffen.

2.–3. [...]

4. Zu Ziff. 6 der Eigentümerversammlung vom 15. Juni 2000

Die Antragstellerinnen weisen zutreffend darauf hin, dass das Amtsgericht Berlin-Schöneberg (ZMR 1976, 316, 317) und Pfenning/Duske (ZMR 1976, 289, 290; ferner wohl auch Groß in: ZMR 1977, 67 f.) die Anwendung eines wirksam vereinbarten Wertprinzips nicht auf die Wahl des Verwalters anwenden, da die Vorschrift des § 26 Abs. 1 WEG eine eigenständige „Wahlordnung“ für die Bestellung des Verwalters begründe und in Satz 4 Beschränkungen dieser Ordnung ausschließe. Diese Auffassung ist jedoch in der Rechtsprechung (vgl. BayObLG NZM 2001, 672, 673 [=WM 2000, 694 KL]; OLG Zweibrücken OLGZ 1990, 186, 189/190; KG Rpfleger 1978, 24, 25) und im Schrifttum (vgl. Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl., § 26, Rz. 36; Bärmann/Pick, WEG, 8. Aufl., § 26, Rz. 36) zu Recht auf Ablehnung gestoßen, denn die Vorschrift des § 26 Abs. 1 WEG sieht für die Wahl des Verwalters keine gegenüber § 25 Abs. 1 WEG bzw. einer etwaigen im Rahmen des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG getroffenen Abstimmungsregelung eigenständige besondere Stimmenzählung vor. Die Bestimmung von § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG, die „andere Beschränkungen der Bestellung oder Abberufung des Verwalters“ nicht zulässt, knüpft erkennbar an die vorangegangenen beiden Sätze der Vorschrift an, die sich gerade nicht mit den Mehrheiten, sondern mit der Dauer der Verwalterbestellung und der Begrenzung der Kündigungsgründe befassen. Deshalb durfte und musste auch die Wahl der Verwalterin nach dem Wertprinzip durchgeführt werden.

Die Ausführungen der Antragstellerinnen zu der – wie sie meinen – verspäteten Ladung bzw. dem verspäteten Hinweis auf das Auslaufen der Verwalterbestellung berühren die Wirksamkeit der erneuten Bestellung nicht. Über die Vorschrift des § 24 Abs. 4 Satz 2 WEG hinaus sieht das Gesetz keine anderweitigen von dem Verwalter bei der Einberufung einer Eigentümerversammlung zu beachtenden Fristen und Mitteilungspflichten vor. Die Verwalterin hat sich auch nicht etwa durch den unterbliebenen Hinweis auf das Auslaufen ihrer Bestellung in einem solchen Maße disqualifiziert, als dass ihre erneute Bestellung den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprochen hätte. Es ist Sache desjenigen Wohnungseigentümers, der eine anderweitige Verwaltung wünscht, sich über das Auslaufen der Bestellung – wozu hier ein Blick in die Teilungserklärung zugereicht hätte – zu unterrichten, nicht Sache des Verwalters, die Wohnungseigentümer recht-

zeitig daran zu erinnern, dass sie gegebenenfalls Anstalten unternehmen müssen, sich nach einem anderen geeigneten Verwalter zu erkundigen.

Keine Bedeutung kommt der von den Antragstellerinnen erörterten Frage zu, ob einzelne Eigentümer die Ladungen nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Wochenfrist erhielten. So genannte Einberufungsmängel sind grundsätzlich nur dann beachtlich, wenn feststeht, dass sie sich in einem Abstimmungsergebnis niedergeschlagen haben (Palandt-Basenge, BGB, 61. Aufl., § 24 WEG Rz.10). Davon kann hier nicht ernsthaft die Rede sein, da bei der Eigentümerversammlung alle Eigentümer erschienen sind bzw. sich haben vertreten lassen, und zwar auch die beiden im Ausland bzw. in einem anderen Bundesland lebenden.

Die Wiederwahl der Verwalterin widersprach auch nicht den Geboten ordnungsgemäßer Wirtschaft. Grundsätzlich haben die Wohnungseigentümer bei der Auswahl des Verwalters ein Ermessen. Die Grundsätze der ordnungsgemäßen Wirtschaft gebieten es daher in der Regel nicht, einen bestimmten Verwalter auszuwählen bzw. einen bestimmten Verwalter nicht wieder zu wählen. Unter dem Blickwinkel der Kontinuität wird es häufig gerade den Grundsätzen ordnungsgemäßen Wirtschaftens entsprechen, an einem bereits eingearbeiteten Verwalter festzuhalten. Nur bei ganz besonders schwerwiegenden Verstößen gegen die Pflichten des Verwalters – beispielsweise der Veruntreuung von Fremdgeldern – wird eine Verpflichtung der Wohnungseigentümergeinschaft in Betracht kommen, einen Verwalter nicht erneut zu mandatieren; im Einzelfall kann es auch geboten sein, einen Verwalter wegen Säumnissen und Nachlässigkeiten bei der Aufstellung des Wirtschaftsplanes und der Jahresabrechnung nicht wieder zu wählen (LG Dortmund NZM 2000, 684, 684) oder gar zu entlassen (BayObLG NJW-RR 2000, 462, 462 [= WM 2000, 153 KL]). Anhaltspunkte für derartige Vergehen der Verwalterin sind aber nicht greifbar.

**§§ 21, 23 WEG; §§ 683, 677 BGB
Kostensatz für Arbeiten
an der Abluftanlage der Gaststätte**

Arbeiten an der im Gemeinschaftseigentum befindlichen Abluftanlage der Gaststätte sind von der Eigentümergeinschaft zu beschließen. Der Teileigentümer kann einen Kostensatz bei eigenständiger Beauftragung der Arbeiten aber im Falle der Notgeschäftsführung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Diese Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs sind nicht deswegen entbehrlich, weil etwa das Ordnungsamt die beauftragten Maßnahmen gutgeheißen hätte.

(OLG Celle, Beschluss vom 20.12.2001 – 4 W 286/01)

Zum Sachverhalt: Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Beteiligte zu 3 ist Verwalterin der Wohnungseigentumsanlage. Der Antragsteller betreibt in der Wohnungseigentumsanlage die Gaststätte. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Antragsteller gegen die Antragsgegner einen Erstattungsanspruch für von ihm in Auftrag gegebene Arbeiten an dem Entlüftungsschacht des Restaurants hinsichtlich der Montage neuer Abluftrohre durch das Treppenhaus hat.

Das Amtsgericht Hannover hat die Antragsgegner für verpflichtet erklärt, dem Antragsteller 981,80 DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Landgericht Hannover hat den Beschluss des Amtsgerichts teilweise abgeändert und die Antragsgegner für verpflichtet erklärt, dem Antragsteller 450 DM zu zahlen.

Der Antragsteller macht in seiner Beschwerdebegründung außer dem allgemeinen Hinweis auf Treu und Glauben keine Verletzung des Gesetzes geltend. Vielmehr trägt er zur Vor-

geschichte der Arbeiten am Entlüftungsschacht neue Tatsachen vor. So behauptet der Antragsteller u. a., im Spätsommer 1998 habe eine Begehung stattgefunden, an der für die Hausverwalterin deren damaliger Mitarbeiter sowie einige Beiräte der Wohnungseigentümergeinschaft teilgenommen haben. Bereits zu diesem Zeitpunkt sei den Beteiligten klar gewesen, dass der vorhandene Küchenabluftkanal, auch hinsichtlich der Feuerschutzklappe nicht ordnungsgemäß und über eine Abänderung des Zustandes zu befinden sei. Über die Kostentragungspflicht hätten unterschiedliche Vorstellungen bestanden. Die Bemühungen des Antragstellers im Jahre 1999, den Erfordernissen der Beanstandungen durch das Bauordnungsamt der Landeshauptstadt Hannover Rechnung zu tragen, hätten in der Beauftragung der Firma gemündet. Vorher habe es verschiedene Besprechungen vor Ort gegeben, an welchen neben dem Antragsteller und den Mitarbeitern der Firma auch der Außendienstmitarbeiter des Bauordnungsamtes der Landeshauptstadt Hannover sowie Herr X. beteiligt gewesen seien. In diesen vor Ort geführten Gesprächen sei Einigkeit erzielt worden, dass die anschließend in Auftrag gegebenen Maßnahmen ausreichend seien, um den geforderten Zustand herzustellen. Die Antragsgegner hätten, vertreten durch die Hausverwalterin, jede Kostenbeteiligung abgelehnt und deshalb den Antragsteller gezwungen, die von ihm sodann beauftragten Arbeiten, die auch von der Landeshauptstadt Hannover – Bauordnungsamt – für erforderlich und ausreichend erachtet worden seien, durchzuführen.

Die Antragsgegner haben bestritten, dass in Gesprächen zwischen dem Antragsteller und der Verwalterin bzw. Gemeinshaft Einigkeit dahingehend erzielt worden sei, dass die anschließend beauftragten Maßnahmen ausreichend seien, um den geforderten Zustand herzustellen. Auch habe die Stadt Hannover den vom Antragsteller vergebenen Arbeiten nicht als ausreichend zugestimmt. Auch weisen die Antragsgegner darauf hin, dass der Antragsteller die Brandschutzklappen, obwohl dies erforderlich gewesen wäre, nicht ausgewechselt hat.

Aus den Gründen: 1. [...] Das neue Vorbringen des Antragsgegners ist im sofortigen weiteren Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen. Gemäß §§ 27 Abs. 2 FGG i.V.m. 561 ZPO hat der Senat nur dasjenige Parteivorbringen zu berücksichtigen, das aus dem Tatbestand des Beschlusses der Kammer oder aus dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist.

2. Nach dem vom Senat zu berücksichtigenden Parteivorbringen sind Rechtsfehler des angefochtenen Beschlusses nicht zu erkennen. Die Kammer hat zu Recht festgestellt, dass der Antragsteller gegen die Antragsgegner gemäß §§ 16 Abs. 2 i.V.m. 21 Abs. 2 WEG keinen Anspruch auf Zahlung der von ihm begehrten 9361,80 DM hat.

a) Zwar gehört die Abluftanlage, was die Kammer und das Amtsgericht zutreffend erkannt haben, zum Gemeinschaftseigentum, soweit sie sich außerhalb des vom Antragsteller betriebenen Restaurants befindet. In Teil II. Abschnitt D Ziffer 2 (1) i) der Teilungserklärung vom 20. November 1970 ist ausdrücklich aufgeführt, dass Entlüftungsröhre oder -anlagen bis zur Abzweigung in die Wohnung zum gemeinschaftlichen Eigentum gehören.

Ein Zahlungsanspruch gegen die Antragsgegner kommt jedoch nicht in Betracht, weil der Antragsteller einen Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung nach § 23 Abs. 1 WEG über die von ihm vorgenommenen Arbeiten am Gemeinschaftseigentum nicht herbeigeführt hat.

Nur der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass hieran auch der neue – bestrittene – Vortrag des Antragstellers, seine Richtigkeit als wahr unterstellt, nichts ändert. Auch danach hat der Antragsteller einen Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung nicht herbeigeführt. Ein Zahlungsanspruch würde sich auch nicht unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben ergeben. Es wäre viel-

mehr vom Antragsteller zu erwarten gewesen, dass er das alle Wohnungseigentümer betreffende Problem der Brandgefahr, welche durch die von ihm betriebene Entlüftung ausgeht, in einer Wohnungseigentümersammlung thematisiert und Änderungsarbeiten zur Beschlussfassung stellt.

Ohne einen solchen Beschluss kann, was im folgenden erörtert wird, ein Anspruch sich nur aus einer Notgeschäftsführung oder aus dem Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben.

b) Die Kammer hat zu Recht das Vorliegen einer Notgeschäftsführung nach § 21 Abs. 2 WEG verneint. Gemäß § 21 Abs. 2 WEG ist jeder Wohnungseigentümer berechtigt, ohne Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung eines dem gemeinschaftlichen Eigentum unmittelbar drohenden Schadens notwendig sind.

Zwar ist dem Antragsteller vom Ansatz her Recht zu geben, dass eine erhöhte Brandgefahr vorlag. Als Notgeschäftsführung im Sinne von § 21 Abs. 2 WEG können jedoch nur Fälle angesehen werden, in denen es dem Wohnungseigentümer unzumutbar ist, das Tätigwerden des Verwalters oder die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer abzuwarten. Besteht ein gefahrträchtiger Zustand schon längere Zeit und ist er dem Verwalter bereits geraume Zeit bekannt oder haben die Wohnungseigentümer bereits Gespräche darüber geführt, ist die für eine Notgeschäftsführung erforderliche Eilbedürftigkeit regelmäßig nicht gegeben (BayObLG München, Beschluss vom 28. August 2001, Az. 2 Z BR 50/01, zitiert nach juris-Rechtsprechung [= WM 2002, 105]; BayObLG, Beschluss vom 11. Juni 2001, Az. 2 Z BR 128/00, zitiert nach juris-Rechtsprechung).

Der Antragsteller kann nicht trotz der Aufforderung durch das Bauordnungsamt der Landeshauptstadt Hannover vom 19. Januar 1999 zum einen mit dem Beginn der Arbeiten ca. neun Monate warten und sich dann, nachdem er trotz des Zeitablaufs einen Beschluss der Eigentümersammlung nicht angestrebt und herbeigeführt hat, sich auf eine eilige Notgeschäftsführung berufen. Hiermit setzt sich der Antragsteller mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch.

c) Es besteht weiter kein Anspruch des Antragstellers gegen die Antragsgegner aus dem Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 683, 677 BGB.

Zwar kommt ein diesbezüglicher Anspruch dem Grunde nach in Betracht, weil ein Anspruch aus dem Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag neben etwaig bestehenden Ansprüchen aus einer Notgeschäftsführung besteht und demnach nicht ausgeschlossen ist, soweit eine Notgeschäftsführung nicht vorliegt (OLG Köln WM 2001, 201). Es spricht jedoch eine Vermutung dafür, dass die Wohnungseigentümer in einem Fall, der nicht von der Notgeschäftsführung gedeckt ist, selbst von ihrer Entscheidungsbefugnis Gebrauch machen wollen. Ist die von einem einzelnen Wohnungseigentümer eigenmächtig getroffene Maßnahme nicht die einzig in Betracht kommende, entspricht sie im Zweifel nicht dem mutmaßlichen Willen der Wohnungseigentümer (BayObLG WE 2000, 271).

Vorliegend hat der Antragsgegner noch nicht einmal bewiesen, dass die von ihm in Auftrag gegebenen Arbeiten geeignet gewesen sind, Brandschutzgesichtspunkten gerecht zu werden. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 10. Juli 2001 ausgeführt, die durchgeführten Arbeiten seien nicht geeignet, den baurechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Die noch vorhandenen Brandschutzklappen seien über 20 Jahre alt und hätten keinen Prüfvermerk. Sie seien nicht zu reparieren und müssten durch neue ersetzt werden. Außerdem seien die Brandschutzklappen nicht einbetoniert, so dass neben den Brandschutzklappen keine Abschottungen vorhanden und insoweit wirkungslos seien. Sie seien durch neue Brandschutzklappen mit Prüfzeichen zu ersetzen. Der Sachverständige hat weiter ausgeführt, er halte auch die jetzige Installation für außerordentlich gefährlich, da bei einem Brand in der

Gaststätte in keiner Weise ein Brandschutz vorhanden sei. Die Flammen würden durch die Decken in das Treppenhaus übertragen werden können, da eine Verkleidung der Leichtbauwand im Treppenhaus keinen Brandschutz darstelle. Die Situation sei deswegen gefährlich, weil das Treppenhaus als einziger Fluchtweg aus den Wohnungen im Brandfall nicht mehr zu nutzen sei. Die Reparatur der Brandschutzklappen sei nicht möglich. Es seien neue Brandschutzklappen einzusetzen.

Angesichts der Tatsache, dass die vom Antragsteller in Auftrag gegebenen Arbeiten keinen bauordnungsgemäßen Zustand herbeigeführt haben, hat die Kammer zu Recht angenommen, dass die durchgeführten Arbeiten weder dem wirklichen und noch dem mutmaßlichen Willen der Eigentümergemeinschaft entsprachen.

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Teileigentum etc.

§§ 23, 25 WEG; § 242 BGB – Ladung zur Eigentümersammlung; Verwalterwahl; Stimmrecht des Erwerbers; eigene Stimme zur Verwalterwahl; Stimmrechtsmissbrauch

Gemäß § 23 Abs. 2 WEG ist zur Gültigkeit eines Beschlusses erforderlich, dass der Gegenstand der Wohnungseigentümersammlung bei der Einberufung bezeichnet ist. Dies ist durch die Angabe „Wahl eines neuen Verwalters“ in der Einladung erfolgt. Die Benennung eines konkreten Namens für das Amt des Verwalters in der Einladung würde zudem in vielen Fällen möglicherweise auch zu einer Einengung der Wohnungseigentümersammlung führen. So ist es durchaus möglich, dass in einer laufenden Versammlung weitere Vorschläge für den zu bestellenden Verwalter gemacht werden.

Die Antragsgegnerin zu 5 durfte als werdende Eigentümerin das Stimmrecht nach § 25 Abs. 2 WEG auch wirksam für den Antragsgegner zu 4 ausüben. Auch wenn ein werdender Wohnungseigentümer bei einer bereits bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft kein eigenes Stimmrecht erwirbt, kann jedoch der Veräußerer sein ihm bis zur Umschreibung zustehendes Stimmrecht an den werdenden Wohnungseigentümer übertragen (Bärmann/Pick/Merle, Wohnungseigentumsgesetz, 8. Aufl., RdNr. 8 a, 9 zu § 25 WEG). Eine entsprechende Übertragung des Stimmrechts ist durch § 4 Abs. 1 Nr. g des Kaufvertrages über ein Wohnungseigentum des Notars vom 4. Mai 1999 zu UR Nr. 136/1999 erfolgt.

Ein Wohnungseigentümer ist nach der Rechtsprechung und ganz herrschender Lehre bei der Beschlussfassung über seine Bestellung zum Verwalter nicht gemäß § 25 Abs. 5 1. Fall WEG von einem Stimmverbot betroffen. Zwar betrifft der Bestellungsbeschluss die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, jedoch verfolgt der Wohnungseigentümer dabei lediglich mitgliedschaftliche Interessen. Die Wahrnehmung mitgliedschaftlicher Interessen soll durch die Stimmverbote des § 25 Abs. 5 WEG nicht beeinträchtigt werden (Bärmann/Pick/Merle, a. a. O., RdNr. 102 zu § 25 WEG m.w.N.).

Im vorliegenden Sachverhalt liegen keine objektivierbaren Tatsachen vor, aus denen auf einen Missbrauch des Stimmrechts durch die Antragsgegner zu 2 und 3 zu schließen ist. Der Antragsteller trägt hierzu im Wesentlichen lediglich nur allgemein vor, die Antragsgegnerin zu 2 betreibe ausschließlich Spielhallen und habe nicht die geringste Verwendungsmöglichkeit für eine zu Wohnzwecken dienende Eigentumswohnung. Auch der Antragsgegner zu 4 habe keine Verwendungsmöglichkeit für die von ihm erworbenen drei Garagen. Der einzige Grund für den Erwerb habe jeweils darin bestanden, zu Gunsten des Antragsgegners zu 1 in rechtswidriger Weise ein weiteres Stimmrecht zu begründen. Dieses Vorbringen des Antragstellers ist nicht geeignet, um eine rechtsmissbräuchliche Nutzung des Stimmrechts sicher annehmen

zu können. Es handelt sich hierbei lediglich um bloße Maßnahmen. Außerdem muss sich der Antragsteller verhalten lassen, dass die Antragsgegner zu 2 und 3 auch das Recht haben, nach Belieben Grundeigentum zu erwerben.

(OLG Celle, Beschluss vom 14. 2. 2002 – 4 W 6/02)

§§ 24, 26, 29 WEG – Einberufung der WEG-Versammlung durch den Verwaltungsbeirat

Die auf Antrag von 76 der 246 Wohnungseigentümer durch den stellvertretenden Verwaltungsratsvorsitzenden mit Schreiben vom 19. September 2000 erfolgte Einladung zu einer außerordentlichen Eigentümerversammlung ist ordnungsgemäß erfolgt.

Zwar obliegt gemäß § 24 Abs. 1, 2 WEG das Einberufungsrecht zu einer Wohnungseigentümerversammlung grundsätzlich dem Verwalter. Kommt dieser jedoch, wie vorliegend, einem Antrag von mehr als einem Viertel der Wohnungseigentümer nach § 24 Abs. 2 a. E. WEG auf Einberufung einer Versammlung der Wohnungseigentümer pflichtwidrig nicht nach, kann die Versammlung auch, falls ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, von dessen Vorsitzenden oder Vertreter einberufen werden (OLGR Celle 2000, 251 = MDR 2000, 1428).

Eine ordnungsgemäß eingeladene Wohnungseigentümerversammlung, wovon hier, wie dargelegt, aufgrund des Einladungsschreibens des stellvertretenden Verwaltungsratsvorsitzenden vom 19. September 2000 auszugehen ist, ist grundsätzlich in der Lage, auch ohne die Mitwirkung des Verwalters auszukommen. Sie kann einen Vorsitzenden wählen und die Tagesordnung verhandeln. Der Verwalter hat regelmäßig auch nicht das Recht, die ordnungsgemäß einberufene und zusammengetretene Versammlung aufzulösen (OLGR Celle 1998, 45).

Würde man dem Verwalter das Recht zubilligen, eine ordnungsgemäß einberufene Versammlung aufzulösen, so hätte dies in der Praxis die nicht vertretbare Folge, dass de facto gegen den Willen des Verwalters nie eine Wohnungseigentümerversammlung zur Abberufung des Verwalters nach § 26 WEG durchgeführt werden könnte.

(OLG Celle, Beschluss vom 15. 1. 2002 – 4 W 310/01)

§§ 20, 21, 27 WEG – Entscheidungskompetenzen eines „Arbeitskreises“ von Miteigentümern

Die Übertragung der Entscheidungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft über die Frage der Erneuerung oder Reparatur der zentralen Heizungs- und Warmwasseranlage auf einen aus zwei Wohnungseigentümern bestehenden „Arbeitskreis“ tangiert die Organisationsstrukturen der Gemeinschaft und kann daher nicht mit Stimmenmehrheit wirksam beschlossen werden.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. 8. 2002 – 3 Wx 213/02)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung ist vollständig veröffentlicht in WM 2002, 566.

§§ 26, 43 WEG; § 11 AGBG – WEG-Verwalter; Bestellung; Abberufung; Vertragslaufzeit; Anfechtung des Abberufungsbeschlusses

a) Der Verwalter ist zur Anfechtung des Eigentümerbeschlusses über seine Abberufung in entsprechender Anwendung des § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG befugt (Fortführung von Senat BGHZ 106, 113 [= WM 1989, 453]).

b) Von dem Beschluß der Eigentümerversammlung über die Abberufung des Verwalters ist die Kündigung des Verwaltervertrags zu unterscheiden. Die Berechtigung der Wohnungseigentümer zur Kündigung des mit ihm geschlossenen Verwaltervertrages kann der Verwalter im Feststellungsverfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG i. V. m. § 256 Abs. 1 ZPO überprüfen lassen.

c) Eine vom teilenden Eigentümer in der Teilungserklärung getroffene Bestellung eines ersten Verwalters, die die Vorgaben aus § 26 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 WEG beachtet, hält grundsätzlich einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB und – bei unterstellter Anwendbarkeit der Vorschriften für Allgemeine Geschäftsbedingungen – auch einer Überprüfung nach den §§ 9 ff. AGBG stand.

d) Aus § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG folgt auch eine Begrenzung der Laufzeit des von der Verwalterbestellung zu unterscheidenden Verwaltervertrags auf höchstens fünf Jahre.

e) Ist die Laufzeit des Verwaltervertrags in einem Formularvertrag vereinbart, so findet zwar § 9 AGBG, wegen der vorrangigen Sonderregelung in § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG nicht aber das Klauselverbot des § 11 Nr. 12 lit. a AGBG Anwendung. Danach kann grundsätzlich auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Verwalterverträge eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren (bis zur Höchstgrenze von fünf Jahren) wirksam vereinbart werden.

(BGH, Beschluß vom 20. 6. 2002 – V ZB 39/01)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung ist vollständig abgedruckt in WM 2002, 628; der Vorlagebeschluss des OLG Brandenburg ist in WM 2002, 111 veröffentlicht.

§ 45 WEG; § 22 FGG – Verfassungsgemäßes Erfordernis einer Rechtsmittelbelehrung in WEG-Sachen

a) Für die gemäß § 45 Abs. 1 WEG befristeten Rechtsmittel in Wohnungseigentumssachen ergibt sich unmittelbar aus der Verfassung das Erfordernis einer Rechtsmittelbelehrung.

b) Zu belehren ist in schriftlicher Form über das Rechtsmittel selbst, über einzuhaltende Form- und Fristenerfordernisse sowie über die Gerichte, bei denen das Rechtsmittel einzulegen ist.

c) Unterbleibt die erforderliche Rechtsmittelbelehrung in Wohnungseigentumssachen, so steht dies weder der Wirksamkeit der gerichtlichen Entscheidung noch dem Beginn des Laufs der Rechtsmittelfrist entgegen.

d) Ist der Belehrungsmangel im Einzelfall für das Versäumen der Rechtsmittelfrist ursächlich geworden, so ist bei Prüfung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fehlendes Verschulden des Rechtsmittelführers – entsprechend dem Rechtsgedanken aus § 44 Satz 2 StPO – unwiderlegbar zu vermuten.

(BGH, Beschluß vom 2. 5. 2002 – V ZB 36/01)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung ist veröffentlicht in WM 2002, 570.

KL-Mitteleiler: u. a. RiOLG Dr. Schütz, Hünxe; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

Magazin

Politik und Recht

BGH-Pressmitteilung Nr. 94/2002 v. 24. 9. 2002

Servicepauschale bei der Abrechnung von Wertgutscheinen für Asylbewerber nicht kartellrechtswidrig

Der beklagte Landkreis Hildesheim macht seit einiger Zeit von der durch das Asylbewerberleistungsgesetz geschaffenen Möglichkeit Gebrauch, die ihm obliegende Versorgung der Asylbewerber nicht durch Geldzahlungen oder unmittelbare Sachleistungen, sondern durch die Hingabe von Wertgutscheinen zu bewirken. Mit der Herstellung und Abrechnung der Wertgutscheine hat er eine Dienstleistungsgesellschaft beauftragt. Die Wertgutscheine werden von dieser gegen Bezahlung des Nennwerts dem Landkreis zur Verfügung gestellt und von den Sozialämtern an die Asylbewerber ausgegeben, die sie zur Beschaffung ihres Lebensbedarfs, u. a.

GuT

zur Beschaffung von Kleidung bei Einzelhändlern verwenden können. Die Einzelhändler wiederum reichen die Gutscheine dann bei der Dienstleistungsgesellschaft ein.

Die Dienstleistungsgesellschaft finanziert sich durch eine sog. Servicegebühr, die sie den Einzelhändlern bei der Einlösung der eingereichten Wertgutscheine abzieht. Die Klägerin, das bundesweit tätige Textilhandelsunternehmen C & A Mode KG, hat nach Abschluß eines entsprechenden Servicevertrages bei Einlösung des Wertgutscheines ein Prozent des Nennwertes zu entrichten.

Die Klägerin will mit ihrer Klage erreichen, daß der Beklagte die Erbringung von Sachleistungen an Asylbewerber nicht mehr von einer Teilnahme an dem Abrechnungssystem der Dienstleistungsgesellschaft abhängig machen darf. Hilfsweise erstrebt sie, daß die Dienstleistungsgesellschaft die Wertgutscheine ohne Abzug zum Nennwert einlöst. Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen erfolglos, die vom Oberlandesgericht Celle zugelassene Revision hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 24. 9. 2002 – KZR 34/01 – zurückgewiesen.

Ein kartellrechtlicher Anspruch aufgrund des Diskriminierungsverbotes (§ 20 Abs. 1 GWB) setzt voraus, daß der Beklagte gegenüber der Klägerin eine marktstarke Stellung aufweist. Über eine entsprechende Marktmacht nach § 20 GWB verfügt der Beklagte aber im Verhältnis zur Klägerin nicht. Zwar ist der Beklagte als Landkreis nach den Regelungen des Asylbewerberleistungsgesetzes für die Ausstattung der Asylbewerber verantwortlich. Mit der Klägerin steht der Beklagte jedoch auf keinem Markt in einer unmittelbaren Rechtsbeziehung. Die Wertgutscheine werden nämlich von der Dienstleistungsgesellschaft eingelöst, die eigentliche Auswahlentscheidung trifft der Asylbewerber. Selbst wenn man die Nachfrage der Asylbewerber gebündelt dem Beklagten zurechnen wollte, ist dieses Nachfragepotential bezogen auf die Gesamtnachfrage nach Kleidung im Landkreis so gering, daß sich hieraus keine marktmächtige Stellung des Beklagten ableiten ließe.

Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sind im vorliegenden Fall schon deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagte weder eigenen noch fremden Wettbewerb fördert.

Werner Dieball

Prewest Verlag

Gerhard Schröder



Körpersprache
Wahrheit oder Lüge?

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

Prewest Verlag Pressedienste
Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn
www.prewest.de info@prewest.de

BGH-Pressemitteilung Nr. 96/2002 v. 27. 9. 2002

Bundesgerichtshof läßt Anwalts-Hotline zu

Der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, daß weder das Rechtsberatungsgesetz noch das anwaltliche Berufs- und Gebührenrecht einer telefonischen Rechtsauskunft durch Anwälte über eine 0190er-Nummer entgegenstehen.

Hinw. d. Red.: Die vollständige (redigierte) Pressemeldung steht für unsere Leser kostenfrei bereit unter

www.GuT.prewest.de/GuT701

Zahlen und Statistik

Statistisches Bundesamt:

Baugenehmigungen für Nichtwohngebäude im 1. Halbjahr 2002

Wie das Statistische Bundesamt mitteilt, ging im 1. Halbjahr 2002 in Deutschland der umbaute Raum der genehmigten neuen Nichtwohngebäude gegenüber dem Vorjahreszeitraum von 108,9 Mio. m³ auf 92,9 Mio. m³ zurück (–14,7%). Der Rückgang betraf insbesondere nichtöffentliche Bauherren (–16,0%); bei den öffentlichen Bauherren wurde das Ergebnis des Vorjahreszeitraums leicht unterschritten (–1,9%).

Neubau von Nichtwohngebäuden nach Gebäudearten und Bauherren (1000 m³ Rauminhalt)

Gebäudeart	Baugenehmigungen			
	Januar bis Juni		Veränderung gegenüber Vorjahreszeitraum	
	2002	2001	absolut	in%
Nichtwohngebäude	92 921	108 910	–15 989	–14,7
davon:				
Anstaltsgebäude	3 598	2 905	693	23,9
Büro- und Verwaltungsgebäude	11 903	115 003	– 3 100	–20,7
Landwirtschaftliche Betriebsgebäude	13 854	13 993	– 139	– 1,0
Nichtlandwirtschaftliche Betriebsgebäude	56 887	70 269	–13 382	–19,0
darunter:				
Fabrik- und Werkstattgebäude	18 844	26 369	– 7 525	–28,5
Handels- und Lagergebäude	32 616	37 467	– 4 851	–12,9
Hotels und Gaststätten	1 394	1 096	298	27,2
Sonstige Nichtwohngebäude	6 685	6 766	81	1,2
davon:				
Öffentliche Bauherren	9 674	9 858	– 184	– 1,9
Nichtöffentliche Bauherren	83 245	99 066	–15 821	–16,0

Quelle: BANz. v. 5. 9. 2002

Hinw. d. Red.: Zum 1. Halbjahr 2001 vgl. GuT 2001, 31. Zum Zeitraum Januar bis September 2001 vgl. GuT 2002, 30. Zum 1. Quartal 2002 vgl. GuT 2002, 126. Die vollständigen (redigierten) Tabellen 1991–2000 stehen für unsere Leser kostenfrei bereit unter www.GuT.prewest.de/GuT27