

Gewerbemiete Und Teileigentum

2/04

4. Jahrgang

Heft 15 · März/April 2004

S. 41-76

Erscheinungsort Bonn

Dem Heft liegt bei
das Inhaltsverzeichnis
der Jahrgänge 2001-2003
(Hefte 1-13)

Beiträge

M. J. Schmid:

**Auswirkungen der Betriebskosten-
verordnung auf Mietverhältnisse
über Gewerberäume**

K. F. Wiek:

Flächenabweichungen

Gewerbemiete

Leasing (BGH)

Franchise (BGH)

**Betriebspflicht des Gaststättenpächters
(OLG Düsseldorf)**

Flächenabweichung (OLG Köln)

**Gewährleistungsrechte bei
nachträglichem Mangel (BGH)**

Apothekenmiete (BGH)

Schriftform (OLG Düsseldorf; BGH)

**Bankbürgschaft bei Mieterwechsel
(OLG München)**

Wettbewerb

**Umgekehrte Versteigerung im Internet
(BGH)**

Teileigentum

**Metzgerei; „Warme Theke“
(OLG Schleswig)**

Besteuerung

Magazin

Inhalt

Beiträge

M. J. Schmid,
**Auswirkungen der Betriebskostenverordnung
auf Mietverhältnisse über Gewerberäume** 43

K. F. Wiek,
**Flächenabweichungen – zugleich Anmerkung
zu OLG Köln GuT 2004, 55 –** 44

Gewerbemiete

Stellplatzablösesumme bei Weiterverkauf des
Baugrundstücks (BGH) 46

Kfz-Leasing; Abwälzung der Sach- und Preisgefahr;
Diebstahl; Volumen der Ansprüche des Leasinggebers
im Schadensfall (BGH) 47

Leasing; Nutzungsentschädigung wegen
Vorenthaltung; EDV-System mit
Anwendungsprogrammen (BGH)

Franchise; Sachwalterhaftung; Standortanalyse;
Restaurant im Kino-Center (BGH)

Betriebspflicht des Gaststättenpächters
(OLG Düsseldorf)

Fläche für eine Werbeanlage; Nichterfüllung des
Mietvertrags; Verluste und entgangener Gewinn;
Rentabilitätsvermutung (BGH) 54

Flächenabweichung; Kürzung der Miete (OLG Köln) 55

Gebrauchstauglichkeit der Mieträume; Mangel;
Mietminderung; fehlende Fertigstellung des
umgebenden Gesamtprojekts – Media Park Köln
(BGH) 56

Vereinbarung über die Nichtverwirkung der
Gewährleistungsrechte bei nachträglichem Mangel
der Mietsache (BGH) 56

Apothekenmiete; Verletzung zwingenden Rechts;
Vertrag über 30 Jahre im Teileigentum;
Baukostenzuschuss; Umsatzmiete; Beratungsfehler
des Rechtsanwalts (BGH) 58

Schriftform; Telefax; unterlassener Schriftakt
(OLG Düsseldorf) 60

Fehlende Schriftform des Mietvertrags mit der
Kommune; Kündigung nach jahrelanger
Durchführung (BGH) 61

Miet-/Nutzungsvertrag; Muster-Standplatz auf dem
Ausstellungsgelände; Veranstaltungs-Desaster;
Gegner des Schadensersatzanspruchs bei
Gebäudeveräußerung (BGH) 62

Mietsicherheit durch Bankbürgschaft bei
Mieterwechsel (OLG München) 64

Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch unter
Mietern (BGH) 65

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc. 67

Wettbewerb

Umgekehrte Versteigerung im Internet; neue, noch unübliche
Verkaufsmethoden; durchschnittlich informierter
Verbraucher; aleatorische Reize (BGH) 68

Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. 71

Teileigentum

Metzgerei; „Warme Theke“; Ladenöffnungszeiten;
Steh-Imbiß (OLG Schleswig) 72

Besteuerung

BMF-Schreiben: Einkommensteuerliche Behandlung
der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer 73

Vordruckmuster Antrag auf Investitionszulage 73

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc. 74

Magazin

Politik und Recht 74

Bücher und Veröffentlichungen 75

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

Impressum

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

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

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreise nach Vereinbarung.
Herstellung: Media-Print PerCom GmbH & Co. KG, Am Busbahnhof 1,
24784 Westerröfeld, Telefon 0 43 31 / 8 44-0, Telefax 0 43 31 / 8 44-100.
Herstellung der Online-Produkte: Textverarbeitung Beate Kluth, Am
Quirinushof 20, 41542 Dormagen. Internet: www.kluth-dtp.de

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

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Ver-
fassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder.
Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem
an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf

des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Ein-
speicherung in eine Datenbank sowie das Recht weiterer Vervielfältigung
zu gewerblichen Zwecken.

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

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

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

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

RiBayObLG Dr. Michael J. Schmid, München

Auswirkungen der Betriebskostenverordnung auf Mietverhältnisse über Gewerberäume

1. Die Neuerungen der BetrKV im Überblick

a) Zunächst muss man sich teilweise an einen neuen Sprachgebrauch gewöhnen: Die technischen Einrichtungen werden jetzt nicht mehr von einem Fachmann gewartet, sondern von einer Fachkraft. Beim Personen- und Lastenaufzug fällt die Bezeichnung „maschinell“ weg. Statt „Müllabfuhr“ heißt es jetzt „Müllbeseitigung“ und die „Hausreinigung“ wird durch die „Gebäudereinigung“ ersetzt. Die Gebäudeteile werden nicht mehr „benutzt“ sondern „genutzt“ (Nr. 9 und Nr. 11). An die Stelle der „maschinellen Wascheinrichtung“ sind die „Einrichtungen für die Wäschepflege“ getreten.

b) In den Katalog des § 2 BetrKV sind einige Positionen neu aufgenommen worden, nämlich die Kosten für

Eichungen (Nr. 2 und 4 Buchst. a);

Wartung von Gaseinzelfeuerstätten (Nr. 4 Buchst. d);

Müllkompressoren, Müllschlucker, Müllabsauganlagen und Müllmengenerfassungsanlagen sowie die Kosten der Berechnung und Aufteilung der bei der Müllmengenerfassung anfallenden Kosten (Nr. 8);

Elementarschadensversicherung (Nr. 13);

Gebühren für die Kabelweitersendung nach dem Urheberrechtsgesetz (Nr. 15 Buchst. a).

c) Ob die Ermächtigungsgrundlage des § 19 Abs. 2 Satz 2 WoFG die BetrKV in der vorliegenden Form tatsächlich deckt, erscheint zumindest zweifelhaft¹.

2. Bedeutung für Gewerberaummietverhältnisse

Die Verordnung gilt unmittelbar für Mietverhältnisse über Wohnraum, der nach dem WoFG gefördert ist. Für preisfreien Wohnraum besteht die Verweisungsnorm des § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB. § 27 Abs. 1 Satz 1 II. BV verweist für preisgebundenen Wohnraum auf die BetrKV. Für Mietverhältnisse über Gewerberaum fehlt eine Vorschrift, die die BetrKV für anwendbar erklärt. Insbesondere ist § 556 BGB in der Verweisungsnorm des § 578 BGB nicht erwähnt. Das ist konsequent, da die Verweisungen auf die BetrKV in erster Linie der Beschränkung der Umlegbarkeit von Mietnebenkosten auf die Betriebskosten dienen, bei der Gewerberaummieter aber solche Beschränkungen nicht bestehen.

Gleichwohl hat die BetrKV ebenso wie die frühere Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV auch für viele Gewerberaummietverhältnisse erhebliche Bedeutung.

3. Bezugnahme auf die BetrKV und die II. BV a. F.

a) Soweit in neuen Mietverträgen bereits auf die BetrKV Bezug genommen², deren Wortlaut beigefügt oder wiedergegeben wird, ist die Anwendung dieser Verordnung kraft Vereinbarung problemlos. Zu beachten ist dabei wie schon bei einem entsprechenden Vorgehen unter der Geltung der Anlage 3 zu § 27 II. BV, dass nur solche Betriebskosten umgelegt werden können, die auch bei der Vermietung von Wohnraum anfallen und dort ebenfalls umlegungsfähig sind³.

b) Bei Altverträgen, die auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV Bezug nehmen stellen sich Überleitungsprobleme.

aa) Sicherlich kann man nicht davon ausgehen, dass durch die Aufhebung der Anlage 3 zu § 27 II. BV die Vereinbarung über die Betriebskostenumlegung gegenstandslos wird. Das entspräche weder dem Parteiwillen noch den Intentionen der Verordnung. Da die Vertragsparteien bei Abschluss des Mietvertrages die Rechtsänderung nicht voraussehen konnten, sind die Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung anzuwenden⁴. Es kommt deshalb darauf an, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie die neue Umlegungsmöglichkeit bedacht hätten. Dabei ist die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens komplexer als bei Mietverhältnissen über Wohnraum, da bei der Gewerberaummieter keine Umlegungsbeschränkung besteht. Das für Wohnraum geltende Argument, dass eine Betriebskostenumlegungsvereinbarung in höchstzulässigem Umfang dafür spricht, dass auch alle Kosten nach der neuen BetrKV umlegbar sein sollen⁵, kann deshalb für Gewerberaummietverhältnisse nur eingeschränkt herangezogen werden. Es ist deshalb im Einzelfall stets zu prüfen, was die Parteien mit der Bezugnahme auf die für Wohnraum geltenden Regelungen bezweckt haben.

bb) Beschränkt sich die Vereinbarung über die Umlegung der Mietnebenkosten auf die Bezugnahme auf die Anlage zu § 27 II. BV oder wird deren Text wörtlich wiedergegeben, so bringen die Parteien damit in der Regel zum Ausdruck, dass die Betriebskosten in gleicher Weise umgelegt werden sollen, wie dies bei einem Mietverhältnis über Wohnraum zulässig ist⁶. Man kann deshalb in Ermangelung anderer Anhaltspunkte davon ausgehen, dass nunmehr die in § 2 BetrKV genannten Kosten umlegungsfähig sind⁷.

cc) Erst recht gilt dies, wenn auf die „Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV in ihrer jeweiligen Fassung“ Bezug genommen ist. Ob solche dynamischen Verweisungsklauseln zulässig sind⁸, erscheint nicht unzweifelhaft, ist aber im Ergebnis zu bejahen⁹. Jedenfalls ist die Formulierung bei der ergänzenden Vertragsauslegung dahin zu werten, dass die Parteien künftigen Rechtsänderungen Rechnung tragen wollten.

dd) Die Erwähnung nur einzelner Betriebskostenarten spricht bei Wohnraummietverhältnissen dafür, dass auch künftige

1) Vgl. Schmid WM 2002, 527; Langenberg NZM 2004, 41, (46).

2) Die Streitfrage, ob eine bloße Bezugnahme für die wirksame Einbeziehung in den Vertrag genügt, besteht weiterhin; vgl. hierzu z. B. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 3009 ff.

3) OLG Celle ZMR 1999, 238 = WM 2000, 130; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 3010.

4) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 3032; vgl. auch OLG Köln ZMR 1995, 69.

5) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 3035b.

6) Vgl. OLG Celle ZMR 1999, 238 = WM 2000, 130.

7) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 3035b; a. A. Langenberg NZM 2004, 41, (47), der, ohne auf die ergänzende Vertragsauslegung einzugehen, danach differenzieren will, ob im Vertrag auf § 556 BGB oder auf § 27 II. BV Bezug genommen ist.

8) Vgl. Gather DWW 2000, 299.

9) Vgl. BGH JZ 2002, 354 ff.

tig nur diese Positionen umlegungsfähig sein sollen, da eine volle Ausschöpfung der gesetzlichen Möglichkeiten nicht gewollt war¹⁰. Erst recht muss dies bei der Gewerberaummiete gelten, wo die Umlegungsmöglichkeit grundsätzlich nicht beschränkt war und ist.

ee) Schließlich gibt es auch Gewerberaummietverträge, die der Mietnebenkostenumlegung die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV zugrunde legen, darüber hinaus aber zusätzliche Kosten als umlegbar vorsehen. Hier ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Parteien eine abschließende Regelung treffen wollten. Das gilt insbesondere dann, wenn die nunmehr neu umlegbaren Kostenpositionen bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses angefallen, aber nicht als umzulegend vereinbart worden sind.

4. Verwendung der Begriffe der Anlage 3 zu § 27 II. BV

a) Werden in einer Nebkostenumlegungsvereinbarung Begriffe verwendet, die in § 2 BetrKV genannt sind, und werden diese Bezeichnungen nicht abweichend definiert, sind die Vertragsklauseln unter Heranziehung der entsprechenden Regelungen des § 2 BetrKV auszulegen. Sie haben dann den gleichen Bedeutungsgehalt wie in der BetrKV¹¹. Das gilt auch bei gewerblichen Mietverhältnissen¹². Im Einzelfall kann die Auslegung jedoch einen anderen Willen der Vertragsparteien ergeben¹³.

b) Wenn in Altverträgen der Wortlaut der einzelnen Nummern der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV in Bezug genommen oder im Vertrag wiedergegeben ist, spricht dies grundsätzlich dafür, dass alle dieser Kostenart unterfallenden Ausgaben umgelegt werden sollen, z. B. alle in Nr. 13 genannten Versicherungen. Die Ausweitung der einzelnen Betriebskostenarten kann deshalb auch bei der Geschäftsraummiete zu einer erweiterten Umlegungsmöglichkeit führen. Sind dagegen nur einzelne Kosten genannt, z. B. nur die Kosten der Haftpflichtversicherung, verbleibt es auch nach neuem Recht bei dieser Beschränkung.

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

Flächenabweichungen

– zugleich Anmerkung zu OLG Köln GuT 2004, 55 –

I. Flächenangabe

Abweichungen der tatsächlichen Fläche von der im Mietvertrag angegebenen Mietfläche kommen häufiger vor, im Regelfall nach unten, seltener nach oben¹. Bei geringerer Mietfläche kommt eine Mietanpassung gemäß § 536 Abs. 1 und 2 BGB nach den Regeln der Minderung wegen eines Mangels oder des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft in Betracht. Sie setzt eine bestimmte Flächenangabe im Mietvertrag voraus. Bei Circa-Angaben gelten Besonderheiten. Wird die gemietete Fläche in der Mietvertragsurkunde nicht durch Angabe einer Quadratmeterzahl beziffert, so kann eine nachteilige

5. Annex: Wohnflächenverordnung

a) Die WoFIV gilt nach ihrem § 1 Abs. 1 unmittelbar nur für Wohnflächenberechnungen nach dem WoFG und über die Verweisung in § 42 II. BV n. F. für preisgebundenen Wohnraum. Zur Berechnung der Flächen von preisfreien Wohnräumen¹⁴ und Geschäftsräumen¹⁵ kann, aber muss sie nicht herangezogen werden. Für die Wohnflächenberechnung zur Umlegung der Mietnebenkosten ergeben sich Abweichungen für Räume, die nicht dem Bauordnungsrecht genügen und für Zubehörräume¹⁶.

b) Die Auswirkungen der neuen Wohnflächenverordnung auf Gewerberaummietverhältnisse dürften nur gering sein. Insbesondere entstehen keine Übergangsprobleme, da die bisherigen Berechnungen bestehen bleiben können¹⁷. Die Schwierigkeiten, die dadurch entstehen, dass bei gemischt genutzten Gebäuden für die Voraufteilung u. U. die Nutzfläche in Relation zur Wohnfläche zu setzen ist (vgl. § 20 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 NMV 1970)¹⁸, werden auch durch die WoFIV nicht behoben.

10) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 3032.

11) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 3007.

12) OLG Düsseldorf DWV 2000, 193.

13) OLG Jena NZM 2002, 70.

14) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 4127 ff.; Langenberg NZM 2004, 41, (43).

15) LG Paderborn WM 1998, 289; AG Bergheim WM 1998, 36 zu §§ 42 ff. II. BV a. F.; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 4127a; a. A. Schul/Wichert ZMR 2002, 634 zu §§ 42 ff. II. BV a. F.

16) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 4126.

17) Schmid WE 2004, 21.

18) Zur Notwendigkeit der Voraufteilung bei preisfreiem Wohnraum vgl. z. B. Weidenkaff in Palandt, BGB, 63. Aufl., 2004, § 556a Rdn. 5; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., 2004, Rdn. 4181 ff. m. w. N.

Abweichung mangels Bezugsgröße nicht festgestellt werden². Die Flächenberechnung ist in der Gewerbe- und Wohnraummiete unterschiedlich³.

II. Zusicherung bei Quadratmetermiete

Das Urteil des OLG Köln vom 30. 7. 2003⁴ folgt der h. M.⁵, dass bei ausdrücklicher Vereinbarung einer Quadratmetermiete die Miete an die tatsächlich kleinere Fläche anzupassen ist, da eine im Mietvertrag bezifferte Mietfläche bei einer Quadratmetermiete als zugesicherte Eigenschaft zu werten ist, deren Fehlen nach § 536 Abs. 2 BGB die angemessene Her-

1) Vgl. zur Gewerberaummiete OLG Düsseldorf GuT 2002, 132: mögliche Anpassung der vereinbarten Miete an die tatsächlich größere Fläche im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder nach den Grundsätzen über das Fehlen der Geschäftsgrundlage (jetzt § 313 Abs. 2 BGB); zur Wohnraummiete vgl. Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., I Rdn. 132.

2) LG Gießen WM 2004, 89.

3) Vgl. Langenberg, in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., Nach § 556 a Rdn. 1 ff.; Schul/Wichert, ZMR 2002, 633 ff. – §§ 42–44 der II. BerechnungsVO sind durch die neue WohnflächenVO ersetzt worden; vgl. Eissenschmid, WM 2004, 3 ff.; Langenberg, NZM 2004, 41 ff.

4) GuT 2004, 55.

5) OLG Köln WM 1999, 282; OLG Rostock MDR 1999, 219; LG Berlin NJWE-MietR 1996, 102; LG Freiburg WM 1998, 279; LG Mönchengladbach ZMR 1988, 178; LG München I WM 1987, 217; AG Ahrensburg NJW-RR 1988, 1424; AG Potsdam WM 1997, 209; Blank, WM

1998, 468 und Mietrecht von A–Z, 17. Aufl., S. 949 f.; Eissenschmid, in Schmidt-Futterer (o. FuBn. 2), § 536 Rdn. 291 und Vertragsverletzung im Wohnraummietverhältnis <PiG 46>, 1995, S. 107; Ehlert, in Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 536 Rdn. 32; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 7. Aufl., § 537 Rdn. 24; Franke, in Fischer-Dieskau u. a., WoBauR <Bearbeitungsstand: 140. Erg.-Lfg. 1998>, § 537 Anm. 9. 3; Hannemann/Weber, in Hannemann/Wiek, Handbuch des Mietrechts, 2. Aufl., § 21 Rdn. 51; Kraemer, Beilage zu WM 12/1998, S. 17; Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 536 Rdn. 49; Sternel (o. FuBn. 1), I Rdn. 130, II Rdn. 529 und Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rdn. 395; Weyhe, Mietrecht, 1999, S. 399; Wolf/Eckert/ Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdn. 221; einschränkend Kandelhard, in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., § 536 Rdn. 52; a. A. LG Gießen NJWE-MietR 1996, 50; LG Münster WM 1990, 146; Wiese, ZMR 1990, 82 f.

absetzung der Miete zur Folge hat. Auf eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit kommt es dabei nicht an⁶. Angemessene Herabsetzung bedeutet hier die Festlegung der Miete auf der Grundlage der tatsächlichen Mietfläche und der vereinbarten Miete je Quadratmeter. Minderungsbetrag ist die auf die Flächendifferenz entfallende Bruttomiete.

Eine Circa-Angabe der Mietfläche im Mietvertrag schließt eine Zusicherung nicht aus⁷. Ist eine Quadratmetermiete vereinbart, so hat der Circa-Vorbehalt lediglich die Bedeutung, dass geringfügige Flächenabweichungen in Kauf genommen werden. Ohne besondere Anhaltspunkte für eine abweichende Auslegung kann man die Toleranzgrenze im Regelfall bei 5% ziehen. Oberhalb einer für den Mieter nachteiligen Flächenabweichung von 5% ist auch bei einer Circa-Angabe die Miete für die kleinere Fläche nach der tatsächlichen Quadratmeterzahl und der vereinbarten Miete je Quadratmeter zu bestimmen.

Die Minderung der Miete wegen einer Flächendifferenz nach § 536 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 BGB gilt für die Zukunft, aber auch für die Vergangenheit. Überzahlte Miete kann der Mieter nach Bereicherungsrecht gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen⁸. Eine Anzeigepflicht nach § 536 c Abs. 1 Satz 1 BGB besteht nicht. Der Rückzahlungsanspruch ist aber nach § 814 BGB ausgeschlossen, wenn der Mieter in Kenntnis der Flächenabweichung die volle Miete ohne Vorbehalt gezahlt hat⁹. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre¹⁰.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, soweit vereinbarungsgemäß eine Quadratmetermiete gelte, bedürfe es einer Zusicherungshaftung nicht, da im Falle einer geringeren Fläche eine Mietanpassung im Wege der Vertragsauslegung¹¹ oder nach den Grundsätzen über das Fehlen der Geschäftsgrundlage beim beiderseitigen Kalkulationsirrtum¹² erfolgen könne. Durch Auslegung können Rechenfehler behoben werden, wenn etwa das Produkt aus den Faktoren Quadratmetermiete und Flächengröße rechnerisch von dem in der Vertragsurkunde ausgewiesenen Mietbetrag abweicht. Darin liegt eine unschädliche Falschbezeichnung; es gilt die rechnerisch richtige Miete. Eine fehlerhafte Flächenangabe ist hingegen keine Falschbezeichnung. Es kann auch zweifelhaft sein, ob der Vermieter an der Höhe der vereinbarten Quadratmetermiete festgehalten hätte, wenn schon bei Vertragsschluss die korrekte Flächengröße zugrunde gelegt worden wäre. Den Grundsätzen über Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage gehen eine vertragliche Risikoübernahme und die Mängelhaftung vor¹³. Die vertragliche Zusicherung begründet eine Garantiehaftung für das Vorhandensein der Eigenschaft. Als Vertragshaftung bestimmt sie den Inhalt des Vertrags und die Rechtsfolgen beim Fehlen der Eigenschaft. Es macht keinen Sinn, neben der besonderen Regelung des § 536 Abs. 2 BGB auf die allgemeine Vertragsauslegung oder den Grundlagenirrtum zurückzugreifen. Die Zusicherung einer bestimmten Flächengröße bei vereinbarter Quadratmetermiete enthält das Versprechen, beim Mietpreis für das Vorhandensein der versprochenen Größe eintreten zu wollen. Diese Garantie enthält keine Verschaffungspflicht; die tatsächliche Flächengröße kann der Vermieter nachträglich nicht verändern. Der Vermieter garantiert aber dafür, dass die Miete entsprechend gemindert wird oder er Schadensersatz leistet, falls sich die versprochene Fläche als kleiner erweist¹⁴. Beim Schadensersatz nach § 536 a Abs. 1 BGB steht das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft einem anfänglichen Mangel gleich¹⁵. Der Ersatzanspruch ist wie bei der Minderung auf eine entsprechende Herabsetzung der Miete nach der tatsächlichen Flächengröße gerichtet. Wenn die Zusicherung einer bestimmten Flächengröße allein auf der Vereinbarung einer Quadratmetermiete beruht, haftet der Vermieter nicht für alle Schäden, die sich aus einer nachteiligen Flächenabweichung ergeben können. Zu ersetzen sind nur die Schäden, die in den

Schutzbereich der Zusicherung fallen¹⁶. Das ist bei vereinbarter Quadratmetermiete die auf eine Flächendifferenz entfallende Bruttomiete.

In dem Mietvertrag, der dem Urteil des OLG Köln vom 30. 7. 2003¹⁷ zugrunde lag, war ausdrücklich eine Quadratmetermiete vereinbart. § 3 des Mietvertrages regelte den Preis je Quadratmeter und die daraus durch Multiplikation mit der angegebenen Fläche resultierende Miete. Beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung müssen für die Auslegung der vereinbarten Miete als Quadratmetermiete besondere Anhaltspunkte vorliegen. Erforderlich ist, dass die Parteien die vereinbarte Miete übereinstimmend in der Weise festgelegt haben, dass sie die Quadratmeterzahl der Mietfläche mit einem bestimmten Quadratmeterpreis multiplizierten. Es reicht nicht aus, dass durch eine Division der Miete (Dividend) durch die angegebene Flächengröße (Divisor) ein Quotient gebildet werden kann, der rechnerisch die Miete je Quadratmeter wiedergibt¹⁸.

III. Toleranzgrenze bei Mängelhaftung

Vor der stärkeren Zusicherungshaftung hat das OLG Köln in seinem Urteil vom 30. 7. 2003¹⁹ an erster Stelle die allgemeine Mängelhaftung behandelt. Ein besonderer Grund für die Wahl dieser ungewöhnlichen Reihenfolge lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Nach dem Rechtsentscheid des OLG Dresden vom 15. 12. 1997²⁰ ist eine Flächenabweichung nur unter der kumulativen Voraussetzung ein Mangel, dass die Flächendifferenz erheblich ist und eine Minderung der konkreten Gebrauchstauglichkeit bewirkt. Dagegen wird in der neueren Rechtsprechung ein Mangel schon dann bejaht, wenn nur die wirkliche Fläche von der im Vertrag angegebenen Fläche erheblich abweicht. Die Toleranzgrenze wird üblicherweise bei 10% gezogen²¹. Sie gilt auch bei einer Circa-Angabe²². Im Fall des OLG Köln lag die Flächenabweichung weit darüber; sie betrug etwa 25%. Missverständlich sind freilich die Urteilsgründe zum Mangelbegriff, dass ein erhebliches Abweichen der tatsächlichen Raumgröße von der vertragsgemäßen Mietfläche jedenfalls dann ein Mangel sei,

6) Blank/Börstinghaus, Miete, 2000, § 537 Rdn. 72; a. A. LG Berlin WM 1987, 49 m. abl. Anm. Horn, ZMR 1987, 467.

7) Vgl. BGH WPM 1984, 941, 942; OLG Hamm WM 1998, 151; OLG Rostock (o. Fußn. 5); Kraemer, in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rdn. 1360; a. A. LG Berlin GE 2004, 50; LG Münster DWW 1990, 310.

8) Vgl. BGH NJW-RR 1993, 519, 520; OLG Köln (o. Fußn. 5); LG Düsseldorf DWW 1999, 153, 154; Sternel (o. Fußn. 1), II Rdn. 542; a. A. Jauernig/Teichmann, BGB, 10. Aufl., § 536 Rdn. 8; entsprechend §§ 441 Abs. 4, 638 Abs. 4 BGB gemäß 346 ff. BGB.

9) Vgl. LG Hamburg DWW 1990, 207.

10) Zum früheren Recht vgl. OLG Köln (o. Fußn. 5): 4 Jahre entsprechend § 197 BGB a. F.

11) Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., § 537 Rdn. 37; Kraemer (o. Fußn. 5).

12) Weyhe (o. Fußn. 5).

13) Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 313 Rdn. 16, 24.

14) Vgl. Diederichsen, AcP 165 (1965), 159 f.

15) Blank/Börstinghaus (o. Fußn. 6), § 538 Rdn. 4; Roquette, Mietrecht des BGB, 1966, § 538 Rdn. 4.

16) Vgl. Diederichsen (o. Fußn. 14); Soergel/U. Huber, BGB, 12. Aufl., § 463 Rdn. 60.

17) Vgl. o. Fußn. 4.

18) OLG Dresden <RE> WM 1998, 144, 145 unter II 3.

19) Vgl. o. Fußn. 4.

20) Vgl. o. Fußn. 18; dazu Blank (o. Fußn. 5), S. 948 ff. und WM 1998, 467; Pauly, WM 1998, 469; Kraemer (o. Fußn. 5), S. 14 ff. und WM 2000, 522 f. sowie NZM 2000, 1122 f.

21) Für die Gewerberaumiete: OLG Karlsruhe GuT 2002, 179 = ZMR 2003, 183 m. Anm. Windisch; für die Wohnraummiete: LG Köln WM 2003, 265 <Revisionsverfahren beim BGH: VIII ZR 44/03>; LG Osna-brück ZMR 2003, 845 = WM 2004, 70 <Revisionsverfahren beim BGH: VIII ZR 295/03>. – Nach OLG Frankfurt/M. <RE> WM 2003, 25 ist es bei Flächenabweichungen von über 25% evident, dass dem Mieter bedeutende Nutzungsmöglichkeiten entgehen (vgl. Mietrecht express 2003, 12 f.).

22) LG Düsseldorf DWW 1989, 26.

wenn die Flächenangabe nach den Vorstellungen der Parteien die Höhe des Mietzins beeinflusst habe. Eine erhebliche Abweichung von der vereinbarten Mietfläche ist stets ein Mangel. Soweit die Miete nach der vereinbarten Fläche bestimmt worden ist, liegt darüber hinaus eine Zusicherung vor.

Der Unterscheid zwischen Zusicherungs- und Mängelhaftung besteht darin, dass bei der Mängelhaftung Flächenabweichungen von bis zu 10 % hingenommen werden, während die Zusicherungshaftung keine Flächenabweichungen duldet, allenfalls bei einer Circa-Angabe von bis zu 5%.

Gewerbemiete

§§ 157, 313 BGB Stellplatzablösesumme bei Weiterverkauf des Baugrundstücks

Der Käufer, der als Rechtsnachfolger in die Rechte des Verkäufers aus einer Baugenehmigung eingetreten ist, kann die Stellplatzablösesumme, die diesem wegen Erlöschens der Baugenehmigung erstattet worden ist, nicht herausverlangen.

(BGH, Versäumnis-Urteil vom 14.11.2003 – V ZR 346/02)

Zum Sachverhalt: Die Beklagte war Eigentümerin des Grundstücks. Am 20. Dezember 1991 erhielt sie die Genehmigung zur Errichtung eines Apartment-Hotels. Die Genehmigung war mit einer Stellplatzauflage verbunden, die zum Teil durch Zahlung abgelöst werden konnte. Aufgrund einer Vereinbarung vom 22. Juli 1992 zahlte die Beklagte eine Ablösesumme von 175 950 DM an die Stadt. Mit notariellem Vertrag vom 14. September 1994 verkaufte sie das Grundstück, auf dem die Bauarbeiten aufgenommen worden waren, für 1 802 700,01 DM an den Kläger. Dieser hatte sich mit der Absicht getragen, den Bau als Wohn-, Büro- und Geschäftshaus weiterzuführen, nahm aber im Hinblick auf die Entwicklung des Immobilienmarktes am Ort von der Baumaßnahme Abstand. Die Stadt zahlte die Ablösesumme nach Erlöschen der Baugenehmigung an die Beklagte zurück.

Der Kläger hat die Beklagte auf Zahlung in Höhe der Ablösesumme in Anspruch genommen. Das Landgericht Kassel hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hat ihr in Höhe von 165 950 DM stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, in ergänzender Auslegung des Kaufvertrags der Parteien sei die Beklagte verpflichtet gewesen, die Rechte aus der mit der Stadt getroffenen Ablösevereinbarung an den Kläger abzutreten. Nach Rückerstattung habe sie die Summe an diesen weiterzugeben. Da der Kläger mit Erwerb des Eigentums in die sich aus der Baugenehmigung ergebenden Rechte eingetreten sei, sei ihm die Ablösesumme zugute gekommen. Ein gesonderter Ausgleich hierfür sei im Kaufvertrag nicht vorgesehen gewesen. Dies spreche dafür, daß die Beklagte ihm bei Nichtausführung des Baus den Rückerstattungsanspruch zu überlassen habe. Anderenfalls würde das ausgewogene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, das zu vermuten sei, durchbrochen.

Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

II. 1. Der Rückzahlung der Ablösesumme an die Beklagte durch eine ergänzende Auslegung des Kaufvertrags der Parteien Rechnung zu tragen, ist nicht möglich. Eine ergänzende Auslegung kann das Gericht nicht bereits dann vornehmen, wenn ein Vertrag einen Punkt, der sich im Streitfall als erheblich erweist, offen läßt. Erforderlich ist vielmehr eine planwidrige Lücke des Vereinbarten (BGHZ 77, 301, 304; 127,

138, 142 [=WM 1994, 679]). Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß die Parteien mit der getroffenen Regelung ein bestimmtes Ziel erreichen wollten, dies aber wegen der Lückenhaftigkeit des Vereinbarten nicht gelungen ist (BGH, Urteil vom 20. März 1985, VIII ZR 64/84, NJW 1985, 2581 f.). Die Lücke tritt in diesen Fällen in einem Bereich auf, den die Parteien als regelungsbedürftig angesehen haben (Senatsurteil vom 14. Januar 2000, V ZR 416/97, BGHR BGB § 157, Ergänzende Auslegung 23); das Ergänzungsbedürfnis entsteht innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1991 – XII ZR 63/90 [=WM 1992, 313], BGHR a. a. O., Ergänzende Auslegung 14). Die Lücke muß zwar nicht von Anfang an bestanden haben, sie kann auch, was hier allein in Frage kommen könnte, infolge nachträglicher Umstände eingetreten sein (BGH, Urteil vom 19. Juni 1980, III ZR 182/78, NJW 1981, 219, 220). Im Gegensatz zu den Grundsätzen über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), die einer Anpassung des Gewollten an die Wirklichkeit oder dessen Liquidation bei Scheitern der Anpassung dienen, geht es bei der ergänzenden Vertragsauslegung, auch soweit sie durch nachträgliche Umstände veranlaßt ist, darum, den in dem Vereinbarten zutage tretenden Planvorstellungen zum Durchbruch zu verhelfen. Ihr Ansatzpunkt besteht daher in der Ermittlung dessen, was die Parteien (bei angemessener Abwägung ihrer Interessen und als redliche Vertragspartner) zur Schließung der Lücke selbst unternommen hätten (hypothetischer rechtsgeschäftlicher Wille; BGHZ 90, 69, 77; 127, 138, 142 [=WM 1994, 679]).

Den Feststellungen des Berufungsgerichts läßt sich nicht entnehmen, daß der Kaufvertrag der Parteien rechtlich auf einen über den Leistungsaustausch hinausgehenden Erfolg gerichtet gewesen wäre. Mit Erwerb des Eigentums an dem Grundstück rückte der Kläger allerdings, wovon das Berufungsgericht nach § 61 Abs. 8 HBO ausgeht, der „für Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger“ die Geltung der Verwaltungsakte anordnet, in die Rechtsstellung der Beklagten als Adressatin der Baugenehmigung ein. Dieses unmittelbar auf gesetzlicher Anordnung, nur mittelbar auf vertraglicher Gestaltung beruhende Ergebnis mag zwar, wozu Feststellungen allerdings fehlen, vom vertraglichen Regelungszweck erfaßt worden sein. Jeder Anhaltspunkt fehlt aber dafür, daß dem Kläger mehr als die rechtliche Möglichkeit, das Bauvorhaben unter Ausnutzung der Stellplatzablösung durchzuführen, geboten werden sollte. Ob er hiervon Gebrauch machte oder nicht, lag allein in seiner durch das Eigentum begründeten Befugnis, mit dem Baugrundstück nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB). Im übrigen konnte auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen noch nicht einmal davon ausgegangen werden, daß dem Kläger die rechtlich gesicherte Möglichkeit verschafft werden sollte, die von ihm, abweichend von den genehmigten Plänen (Hotel), beabsichtigte Bebauung (Wohn-, Büro- und Geschäftshaus) unter Ausnutzung der Stellplatzablösung zu verwirklichen. Auch der Kläger ging, wie die vorgelegte Korrespondenz mit der Stadtverwaltung zeigt, davon aus, daß zur Verwirklichung seines Vorhabens eine Änderungsgenehmigung erforderlich war. Aus der Fest-

stellung des Berufungsgerichts, daß für die Parteien bei Kaufabschluß kein Anlaß bestanden habe, „über eine mögliche Rückerstattung des Ablösebetrages bei Nichtbebauung des Grundstücks nachzudenken“, kann somit nicht gefolgert werden, ihre Vereinbarung sei lückenhaft.

2. Auch eine Anpassung des Kaufvertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt nicht in Frage. Geschäftsgrundlage, wenn nicht Vertragsinhalt (dazu oben zu 1.), mag die Möglichkeit des Klägers gewesen sein, die Rechte aus der Baugenehmigung vom 20. Dezember 1991 auszuüben. Dafür, daß nach den beiderseitigen oder für die jeweilige Gegenseite erkennbaren Vorstellungen der Parteien der gemeinsame Geschäftswille darauf beruht hätte, daß der Kläger von der erworbenen öffentlich-rechtlichen Stellung auch Gebrauch machte und sich so den Vorteil der Stellplatzablösung sicherte (BGHZ 128, 230, 236), sind keine Anhaltspunkte gegeben. Die vom Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung erörterten Umstände geben hierfür nichts her. Bei der Prüfung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung übersieht das Berufungsgericht, daß die Leistung der Beklagten sich darauf beschränkte, dem Kläger mit dem Eigentum die Möglichkeit zu verschaffen, die Baugenehmigung mit Stellplatzablösung zu nutzen. Der Umstand, daß er hiervon aus in seinem Bereich liegenden Gründen absah, führt nicht zu einer Äquivalenzstörung. Schon gar nicht würde dies gelten, wenn die Stellplatzablösung, wovon das Berufungsgericht (möglicherweise) ausgeht, nicht einmal Eingang in die Kaufpreiskalkulation der Beklagten gefunden hätte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 535 BGB; § 9 AGB

Kfz-Leasing; Abwälzung der Sach- und Preisgefahr; Diebstahl; Volumen der Ansprüche des Leasinggebers im Schadensfall

Die Wirksamkeit der Abwälzung der Sach- und Preisgefahr in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kraftfahrzeug-Leasinggebers setzt nicht eine ausdrückliche Regelung voraus, daß die Ansprüche des Leasinggebers aus einer von dem Leasingnehmer für das Leasingfahrzeug abzuschließenden Versicherung sowie die Ersatzansprüche des Leasinggebers aus der Verletzung seines Eigentums an der Leasing Sache beziehungsweise die entsprechenden Leistungen an den Leasinggeber dem Leasingnehmer zugute kommen.

(BGH, Urteil vom 8.10.2003 – VIII ZR 55/03)

Zum Sachverhalt: Gemäß Antrag der Beklagten vom 5. April 1995 schlossen die Parteien einen Leasingvertrag über einen Personenkraftwagen B. Dem Vertrag lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (im folgenden: AGB) zugrunde. Diese lauten auszugsweise:

„X. Versicherungsschutz und Schadenabwicklung

1. Für die Leasingzeit hat der Leasingnehmer eine Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung mit einer pauschalen Deckungssumme von DM 2 Mio. und einer Fahrzeugvollversicherung mit einer Selbstbeteiligung von höchstens DM 2000 abzuschließen. Der Leasingnehmer ermächtigt den Leasinggeber und die B. Bank GmbH, einen Sicherungsschein bezüglich der Fahrzeugvollversicherung zu Gunsten der B. Mobilien Vermietung GmbH zu beantragen und Auskunft über die vorgenannten Versicherungsverhältnisse einzuholen. ...

...

4. ... Zum Ausgleich des Fahrzeugschadens erlangte Beiträge hat der Leasingnehmer im Reparaturfall zur Begleichung der Reparaturrechnung zu verwenden.

5. Entschädigungsleistungen für Wertminderung sind in jedem Fall an den Leasinggeber weiterzuleiten. ...

6. Bei Totalschaden oder Verlust des Fahrzeuges kann jeder Vertragspartner den Leasingvertrag zum Ende eines Vertragsmonats kündigen. Bei schadenbedingten Reparaturkosten von mehr als 60% des Wiederbeschaffungswertes des Fahrzeuges kann der Leasingnehmer innerhalb von 3 Wochen nach Kenntnis dieser Voraussetzungen zum Ende eines Vertragsmonats kündigen.

... Totalschaden, Verlust oder Beschädigung des Fahrzeugs entbinden nur dann von der Verpflichtung zur Zahlung weiterer Leasingraten, wenn der Leasingvertrag wirksam nach Abs. 1 gekündigt ist und nicht gemäß Abs. 2 fortgesetzt wird. Die Folgen einer Kündigung nach Abs. 1 sind in Abschnitt XV geregelt.

...

XI. Haftung/Gefahrübergang

1. Für Untergang, Verlust, Beschädigung und Wertminderung des Fahrzeuges und seiner Ausstattung haftet der Leasingnehmer dem Leasinggeber auch ohne Verschulden, jedoch nicht bei Verschulden des Leasinggebers. Dem Leasingnehmer steht jedoch das in Ziffer X. 6 geregelte Kündigungsrecht zu.

...

XV. Abrechnung nach Kündigung

1. Im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrages durch eine nach diesem Vertrag zulässige Kündigung wird wie folgt abgerechnet:

Der Leasinggeber stellt dem Ablöserwert den geschätzten Netto-Händlerverkaufspreis des Leasinggegenstandes gegenüber. Der Ablöserwert setzt sich zusammen aus den mit der vorschüssigen Rentenbarwertformel abgezinsten restlichen Leasingraten, die um den im Leasingvertrag vereinbarten Prozentsatz verringert werden, dem auf die Restlaufzeit entfallenden Anteil einer etwaigen Leasingsonderzahlung und des abgezinsten Restwertes, d. h. Restwert dividiert durch Abzinsungsfaktor. ...“

Das Fahrzeug wurde der Beklagten am 11. April 1995 ausgeliefert. Nachdem die Beklagte den Diebstahl des Wagens angezeigt hatte, kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 6. Februar 1996 den Leasingvertrag gemäß Abschnitt X Nr. 6 AGB. Die Beklagte zahlte die Leasingrate für Februar 1996 nicht mehr. Aus der von ihr abgeschlossenen Fahrzeugvollversicherung hat sie den Versicherer wegen des Verlusts des Wagens in Anspruch genommen. Die Klage hatte wegen einer Obliegenheitsverletzung der Beklagten bei der Schadensmeldung keinen Erfolg.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung von 36 568,60 DM nebst Zinsen sowie weiterer 23,00 DM vorgerichtlicher Mahnkosten in Anspruch genommen. Mit dem erstgenannten Betrag hat die Klägerin im einzelnen die Zahlung der Leasingrate für Februar 1996 in Höhe von 1191,79 DM nebst bezifferter Zinsen hierauf in Höhe von 50,14 DM, die Erstattung von Bankspesen in Höhe von 23,00 DM sowie den Ausgleich ihres zum Kündigungszeitpunkt noch nicht amortisierten Gesamtaufwandes begehrt, den sie gemäß näherer Berechnung mit 35 303,67 DM beziffert hat. Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, ob die in den AGB geregelte Übertragung der Sach- und Gegenleistungsgefahr auf die Beklagte unwirksam ist. Das Landgericht Limburg hat der Klage unter Abweisung im übrigen in Höhe von 35 623,55 DM nebst Zinsen sowie weiterer 23,00 DM stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. zurückgewiesen. Mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von mehr als 1264,93 DM nebst Zinsen. Soweit sie in Höhe des vorge-

nannten Betrages zur Zahlung der Leasingrate für Februar 1996 nebst bezifferter Zinsen und zur Erstattung von Bankspesen verurteilt worden ist, nimmt die Beklagte das Berufungsurteil hin.

Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht hat zu dem in der Revisionsinstanz allein noch im Streit befindlichen Anspruch der Klägerin auf Ausgleich ihres zum Kündigungszeitpunkt noch nicht amortisierten Gesamtaufwandes im wesentlichen ausgeführt:

Der Klägerin stehe der der Höhe nach nicht mehr streitige Anspruch zu, da der Leasingnehmer nach Abschnitt XI AGB die Sachgefahr auch bei einem von ihm nicht zu vertretenden Verlust des Fahrzeugs zu tragen habe. Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Klausel bestünden nicht.

Allerdings werde allgemein die Verlagerung der Sach- und Preisgefahr auf den Leasingnehmer in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers nur dann als angemessen im Sinne des § 9 AGBG angesehen, wenn dem Leasingnehmer in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Ausgleich alle Versicherungsansprüche des Leasinggebers abgetreten würden. Dem liege jedoch zugrunde, daß sich der Leasinggeber zuvor die Ansprüche aus der Kaskoversicherung vom Leasingnehmer als dem Versicherungsnehmer habe abtreten lassen. Hier enthielten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin eine solche Abtretung nicht. Zwar treffe den Leasingnehmer nach Abschnitt X Nr. 1 AGB die Verpflichtung, für das Fahrzeug eine Kaskoversicherung abzuschließen. Hierbei handele es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung im Sinne von § 74 VVG, mit der das Sachinteresse des Leasinggebers an der Leasing Sache versichert sei. Dies ändere indessen nichts daran, daß allein der Versicherungsnehmer, hier der Leasingnehmer, berechtigt sei, über die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag zu verfügen und sie gerichtlich geltend zu machen. Etwas anderes möge zwar gelten, wenn dem Leasinggeber ein Sicherungsschein erteilt worden sei. Nach Abschnitt X Nr. 1 der AGB sei die Klägerin berechtigt, die Erteilung eines solchen Scheins zu beantragen. Von diesem Recht habe sie indessen keinen Gebrauch gemacht.

Teilweise werde in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur die Verlagerung der Sach- und Preisgefahr auf den Leasingnehmer auch nur dann als angemessen angesehen, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugleich die Abtretung aller Ersatzansprüche des Leasinggebers aus der Verletzung seines Eigentums an der Leasing Sache an den Leasingnehmer oder deren Anrechnung auf den Schadensersatzanspruch des Leasinggebers vorsähen. Eine solche Regelung sei in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht enthalten. Sie sei jedoch in Übereinstimmung mit einem anderen Teil der Literatur entbehrlich, weil die Anrechnung nach dem Rechtsgedanken des § 255 BGB eine Selbstverständlichkeit sei.

II. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat den der Höhe nach nicht mehr streitigen Anspruch der Klägerin auf Ausgleich ihres zum Kündigungszeitpunkt noch nicht amortisierten Gesamtaufwandes zu Recht bejaht.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Abwälzung der Sach- und Preisgefahr in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kraftfahrzeug-Leasinggebers, wie sie in Abschnitt XI Nr. 1 beziehungsweise Abschnitt X Nr. 6 Abs. 2 Satz 2 AGB enthalten ist, im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG (in der gemäß Art. 229 § 5 EGBGB am 31. Dezember 2001 geltenden Fassung, im folgenden: a. F.; jetzt § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) unangemessen und daher unwirksam, wenn nicht – wie hier in Abschnitt X Nr. 6 – für den Fall des völligen Verlustes oder einer nicht unerheblichen Beschädigung des Leasing-

fahrzeugs ein kurzfristiges Kündigungs- oder gleichwertiges Lösungsrecht des Leasingnehmers vorgesehen ist (Urteil vom 15. Oktober 1986 – VIII ZR 319/85, WPM 1987, 38 unter I 2 a bb; Urteil vom 11. Dezember 1991, BGHZ 116, 278, 287; Urteil vom 6. März 1996 – VIII ZR 98/95, WPM 1996, 1320 unter II 1 a; Urteil vom 25. März 1998 – VIII ZR 244/97, WPM 1998, 1452 unter II 1 a aa; Urteil vom 15. Juli 1998 – VIII ZR 348/97, WPM 1998, 2148 unter II 1 bis 3). Macht der Leasingnehmer von dem ihm eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch, hat der Leasinggeber einen Anspruch auf Ausgleich seines zum Kündigungszeitpunkt noch nicht amortisierten Gesamtaufwandes (Urteil vom 15. Oktober 1986 a. a. O. unter I 2 a bb und II 3 a m.w. Nachw.). Dieser leasingtypische Ausgleichsanspruch besteht dem Grunde nach selbst dann, wenn die Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers – wie in Abschnitt XV Nr. 1 Abs. 2 AGB hinsichtlich der Berechnung des Anspruchs (Senatsurteil vom 22. November 1995 – VIII ZR 57/95, WPM 1996, 311 unter II 1) – unwirksam ist (Senatsurteil BGHZ 97, 65, 74, Senatsurteil vom 22. November 1995 a. a. O. unter II 2 a, jew. m.w. Nachw.). Voraussetzung ist jedoch, daß die Abwälzung der Sach- und Preisgefahr wirksam und der Leasingnehmer deswegen trotz des Verlustes oder der Beschädigung des Leasingfahrzeugs und des dadurch eingetretenen Unvermögens des Leasinggebers, dessen Gebrauch zu gewähren (§ 535 BGB), verpflichtet geblieben ist, seine vertraglich vereinbarte Gegenleistung zu erbringen. Das ist vorliegend der Fall.

2. Hier hat allerdings nicht die Leasingnehmerin, sondern die Klägerin als Leasinggeberin den Leasingvertrag gekündigt. Die dem zugrunde liegende Regelung in Abschnitt X Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 AGB, wonach bei Totalschaden oder Verlust des Fahrzeuges jeder Vertragspartner den Leasingvertrag kündigen kann, ist jedoch im Hinblick auf § 9 Abs. 1 AGBG a. F. unbedenklich. Es ist nicht ersichtlich, welches Interesse der Leasingnehmer im Falle des Totalschadens oder Verlustes des Fahrzeuges an der Fortsetzung des Leasingvertrages haben könnte.

3. Entgegen der Ansicht der Revision ist die von dem Ausgleichsanspruch vorausgesetzte Abwälzung der Sach- und Preisgefahr in Abschnitt XI Nr. 1 beziehungsweise Abschnitt X Nr. 6 Abs. 2 Satz 2 AGB nicht deswegen nach § 9 Abs. 1 AGBG a. F. unwirksam, weil die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin keine ausdrückliche Regelung enthalten, daß die Ansprüche der Klägerin aus der von dem Leasingnehmer gemäß Abschnitt X Nr. 1 AGB für die Leasing Sache abzuschließenden Versicherung sowie die Ersatzansprüche der Klägerin aus der Verletzung ihres Eigentums an der Leasing Sache beziehungsweise die entsprechenden Leistungen an die Klägerin dem Leasingnehmer zugute kommen. Die Revision kann sich für ihre Ansicht zwar auf die herrschende Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung berufen, der die Literatur gefolgt ist (OLG Düsseldorf ZIP 1983, 1092 f., 1093; OLG Hamburg MDR 1999, 420; Münch-Komm/Habersack, BGB, 3. Aufl., Leasing Rdnrn. 65 und 120; Reinking, Autoleasing, 3. Aufl., S. 45; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rdnr. 767; Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 5. Aufl., Rdnr. 930; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 9 Rdnr. L 40; anderer Ansicht KG, BB 1994, 818, 819). Dieser vermag sich der Senat jedoch nicht anzuschließen.

a) Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung mit dem vorgenannten Inhalt in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers benachteiligt den Leasingnehmer nicht unangemessen.

aa) Allerdings können dem Leasinggeber bei entsprechender Gestaltung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen Ansprüche aus einer vom Leasingnehmer genommenen Kaskoversicherung erwachsen. Entgegen der Annahme des Beru-

fungsgerichts ist es insoweit ohne Bedeutung, ob der Leasingnehmer in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Ansprüche aus der von ihm abzuschließenden Versicherung an den Leasinggeber abtritt oder ob der Leasinggeber – wie hier nach Abschnitt X Nr. 1 Satz 2 AGB – ermächtigt ist, einen Versicherungsschein bezüglich der Versicherung zu beantragen. Mit der Aushändigung des Versicherungsscheines durch den Versicherer an den Leasinggeber wird die von dem Leasingnehmer abgeschlossene Kaskoversicherung zu einer Versicherung für fremde Rechnung (§§ 74 ff. VVG). Der Leasinggeber erlangt dadurch die Rechtsstellung eines Versicherten im Sinne von § 75 VVG und kann daher über die Rechte aus dem Versicherungsvertrag in dem im Versicherungsschein beschriebenen Umfang selbst verfügen (BGHZ 40, 297, 300 ff.; 93, 391, 395; 122, 46, 49; ferner Stiefel/Hofmann, Kraftfahrtversicherung, 17. Aufl., § 3 AKB Rdnr. 87 m.w. Nachw.). Angesichts dessen bedarf es der Abtretung der Ansprüche aus der Versicherung durch den Leasingnehmer an den Leasinggeber nicht, um diesem die Versicherungsleistung zu sichern. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, daß die Klägerin von der Ermächtigung, einen Versicherungsschein zu beantragen, keinen Gebrauch gemacht hat. Für die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt es allein auf den Inhalt der Regelung und nicht darauf an, inwieweit der Klauselverwender die ihm danach eingeräumten Rechte ausübt (vgl. Senatsurteile BGHZ 82, 121, 128, vom 7. April 1982 – VIII ZR 323/80, WPM 1982, 712 unter II 3 und vom 6. Oktober 1982 – VIII ZR 201/81, WPM 1982, 1354 unter II 5 a).

Der die Sach- und Preisgefahr tragende Leasingnehmer ist jedoch deswegen nicht unangemessen benachteiligt, weil der Leasinggeber auch ohne besondere Vereinbarung verpflichtet ist, dem Leasingnehmer die Leistung aus einer von diesem für die Leasing Sache abgeschlossenen Versicherung – durch Verwendung auf die Leasing Sache, durch Anrechnung auf einen etwaigen Ausgleichs- oder Schadensersatzanspruch oder durch Abtretung – zugute kommen zu lassen (BGHZ 93, 391, 395; Senatsurteile vom 30. September 1987 – VIII ZR 226/86, WPM 1987, 1338 unter II 2 c bb a. E. und BGHZ 116, 278, 284). Das beruht auf der leasingvertraglichen Zweckbindung der Versicherung (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdnr. 2085), die – im beiderseitigen Interesse – der Absicherung der vom Leasingnehmer übernommenen Sachgefahr dient (vgl. Reinking a. a. O., 48).

bb) Für etwaige Ersatzansprüche des Leasinggebers insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung seines Eigentums gilt im Ergebnis nichts anderes. Auch diese Ansprüche muß der Leasinggeber selbst ohne besondere Vereinbarung dem Leasingnehmer abtreten oder sonst in Anrechnung bringen, wenn er gegen diesen aufgrund der Abwälzung der Sach- und Preisgefahr den leasingtypischen Ausgleichsanspruch geltend macht. Das folgt aus dem Rechtsgedanken des § 255 BGB, der Ausdruck des schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots ist, wonach der Geschädigte nicht in unangemessener Weise zu Lasten des Schädigers besser gestellt werden soll, als er ohne das Schadensereignis stehen würde (BGHZ 120, 261, 268; BGH, Urteil vom 12. Dezember 1996 – IX ZR 214/95, WPM 1997, 335 unter B II 1 c, insoweit in BGHZ 134, 212 nicht abgedruckt, jew. m.w. Nachw.).

b) Sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers im Zusammenhang mit der Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr auf den Leasingnehmer nicht ausdrücklich vor, daß die Ansprüche des Leasinggebers aus einer von dem Leasingnehmer vertragsgemäß für die Leasing Sache abgeschlossenen Versicherung sowie die Ersatzansprüche des Leasinggebers aus der Verletzung seines Eigentums an der Leasing Sache dem Leasingnehmer zugute kom-

men, verstößt dies auch nicht gegen das – von § 9 Abs. 1 AGBG a. F. umfaßte und nunmehr in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gesetzlich geregelte – Transparenzgebot. Danach muß eine formulärmäßige Bestimmung klar und verständlich sein, um der Gefahr vorzubeugen, daß der Vertragspartner von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird (z. B. BGHZ 145, 203, 220 m. zahlr. w. Nachw.). Diese Gefahr besteht beim Fehlen der genannten Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers nicht. Die oben (unter a) dargelegte Verpflichtung des Leasinggebers, dem Leasingnehmer die Leistung aus einer von diesem für die Leasing Sache abgeschlossenen Versicherung sowie die Leistung eines Dritten namentlich wegen der Verletzung des Eigentums an der Leasing Sache – durch Verwendung auf die Leasing Sache, durch Anrechnung auf einen etwaigen Ausgleichs- oder Schadensersatzanspruch oder durch Abtretung – zugute kommen zu lassen, bedarf zur Vermeidung von Mißverständnissen keiner ausdrücklichen Wiedergabe in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers.

Wenn der Leasingnehmer für Untergang, Verlust, Beschädigung und Wertminderung des Fahrzeuges und seiner Ausstattung auch ohne Verschulden haftet, bedeutet dies für ihn, daß er durch derartige, von ihm nicht verschuldete Umstände anders als nach der Gesetzeslage nicht von seiner grundsätzlichen Leistungspflicht befreit ist. Es stellt keine Irreführung dar, wenn er nicht zugleich darüber unterrichtet wird, ihm würden bei der Berechnung der gegen ihn gerichteten Ansprüche des Leasinggebers Versicherungsleistungen aus einer von ihm selbst abzuschließenden und zu bedienenden Versicherung oder Ersatzansprüche des Leasinggebers angerechnet, die diesem aufgrund der genannten Ereignisse entstanden sind. Der Senat hat zur Angemessenheit der – leasingtypischen und sonst nicht zu beanstandenden – Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Leasinggebers lediglich verlangt, daß für den Fall völligen Verlustes des Fahrzeuges ein kurzfristiges Kündigungsrecht des Leasingnehmers vorgesehen ist (vgl. oben zu II. 1). Mehr ist auch aus dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots nicht erforderlich. Die Versicherung, die dem Leasingnehmer beim Kraftfahrzeug-Finanzierungsleasing in der Regel zur Pflicht gemacht wird, betrifft ebenso wie eine Schadensersatzleistung Dritter, die dem Leasinggeber wegen Beschädigung, Zerstörung oder Verlust des Fahrzeuges zufließt, das Sachinteresse des Leasinggebers (BGHZ 116, 248, 283). Wenn dem Leasingnehmer die sich aus dem Gesetz ergebende und auch für den Laien selbstverständliche Verpflichtung des Leasinggebers, bei der Berechnung des leasingtypischen – dem Vollamortisationsinteresse des Leasinggebers dienenden (vgl. BGHZ 97, 65, 71) – Ausgleichsanspruchs Leistungen der Versicherung oder eines Schadensersatzpflichtigen abzusetzen, nicht ausdrücklich vor Augen gehalten wird, kann dies in bezug auf das Verständnis der Gefahrtragungsklausel nicht zu einer Fehlvorstellung führen.

Auch im übrigen erscheint es fernliegend, daß der Leasingnehmer durch das Fehlen einer solchen Regelung davon abgehalten wird, bei der Abrechnung der Forderungen des Leasinggebers seine diesbezüglichen Rechte geltend zu machen. Das gilt insbesondere dann, wenn es um eine Leistung aus einer Versicherung geht, für die der Leasingnehmer – wie hier – gezahlt hat. Aber auch im Hinblick auf Ersatzleistungen Dritter wegen der Verletzung des Eigentums des Leasinggebers an der Leasing Sache wird sich der Leasingnehmer darüber im klaren sein, daß der Leasinggeber nicht verlangen kann, seinen Schaden sowohl von ihm, dem Leasingnehmer, als auch von dritter Seite und damit im Ergebnis doppelt ersetzt zu bekommen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Anm. d. Red.: Vgl. OLG Düsseldorf GuT 2003, 46.

**§ 9 AGBG; §§ 307, 535, 557 a. F., 546a BGB
Leasing; Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltung;
EDV-System mit Anwendungsprogrammen**

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Leasinggebers enthaltene Klausel

„Gibt der LN (Leasingnehmer) das Leasingobjekt nicht zurück, so hat er für jeden angefangenen Monat der nicht erfolgten Rückgabe die im Leasingvertrag vereinbarte Leasingrate als Nutzungsentschädigung zu bezahlen.“

ist wegen unangemessener Benachteiligung des Leasingnehmers nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) unwirksam, weil sie mit einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. (jetzt § 546a Abs. 1 BGB) nicht zu vereinbaren ist.

(BGH, Urteil vom 7.1. 2004 – VIII ZR 103/03)

Aus den Gründen: II. 2. Der Klägerin steht auch kein Entschädigungsanspruch auf Zahlung von Leasingraten in der vertraglich vereinbarten Höhe für die Monate Februar bis August 2000 zu.

a) Einen solchen Anspruch kann die Klägerin nicht aus Nr. 13 Abs. 2 AGB herleiten. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß diese Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Leasingnehmers nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) unwirksam ist, weil sie mit einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. (jetzt § 546a Abs. 1 BGB) nicht zu vereinbaren ist.

Gemäß Nr. 13 Abs. 2 AGB hat der Leasingnehmer, der das Leasingobjekt nicht zurückgibt, für jeden angefangenen Monat der nicht erfolgten Rückgabe die im Leasingvertrag vereinbarte Leasingrate als Nutzungsentschädigung zu zahlen. Nach § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F., der auf Leasingverträge Anwendung findet (BGHZ 107, 123, 126 ff. m.w. Nachw.), kann der Vermieter dagegen nur für die Dauer der Vorenthaltung der Mietsache als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen. Der Begriff der Vorenthaltung besagt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (Senatsurteil vom 22. März 1960 – VIII ZR 177/59, NJW 1960, 909 unter II b; Senatsurteil BGHZ 90, 145, 148 [= WM 1984, 131] m.w. Nachw.; BGH, Urteil vom 28. Februar 1996 – XII ZR 123/93, WPM 1996, 1267 [= WM 1996, 413] unter B 2 a). Dieses Merkmal ist entgegen der Ansicht der Revision eine wesentliche Voraussetzung der Vorschrift (Senatsurteil vom 10. Oktober 1990 – VIII ZR 370/89, WPM 1991, 140 unter B II 1 d). Durch deren Rechtsfolge, die Verpflichtung zur Fortzahlung der Miete, wird Druck auf den Mieter ausgeübt, die geschuldete Rückgabe der Mietsache zu vollziehen (Senatsurteile BGHZ 107, 123, 128 f. und vom 10. Oktober 1990 a. a. O.). Damit wird dem Vermieter die Verfolgung seines Rückgabeanspruches erleichtert (Senatsurteil BGHZ 44, 241, 242 m.w. Nachw.). Dessen bedarf es aber nicht, wenn der Vermieter die Herausgabe der Mietsache gar nicht wünscht, etwa weil er – wie hier – von der Fortsetzung des Mietverhältnisses ausgeht. Gehört die Vorenthaltung der Mietsache mithin zu dem wesentlichen Grundgedanken des § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F., führt ihr Fehlen in Nr. 13 Abs. 2 AGB zur Unwirksamkeit der Klausel (vgl. Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 5. Aufl., Rdnr. 994).

b) Die Klägerin hat auch keinen Entschädigungsanspruch aus § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. Diese Vorschrift findet zwar, wie bereits oben (unter II 2 a) erwähnt, auf Leasingverträge Anwendung. Ihre Voraussetzungen sind jedoch nicht erfüllt.

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Beklagte der Klägerin die Leasingssache nicht in dem vorstehend (unter II 2 a) genannten Sinne vorenthalten hat.

Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin dem Beklagten nach dem Ablauf der kalkulatorischen Laufzeit des Leasingvertrages mit Schreiben vom 30. November 1999 ihre Bereitschaft bekundet, ihm das Leasingobjekt weiter zur Nutzung zu überlassen. Wie das Berufungsgericht weiter unbeanstandet festgestellt hat, hat die Klägerin nach der Kündigung des Beklagten mit Schreiben vom 12. Januar 2000 die Auffassung vertreten, der Leasingvertrag werde dadurch erst mit Ablauf des 31. Juli 2000 beendet, und erstmals mit Schreiben vom 22. September 2000 die Rückgabe der Leasingssache verlangt. Angesichts dessen kann keine Rede davon sein, daß das Unterlassen der Rückgabe der Leasingssache durch den Beklagten in der hier maßgeblichen Zeit von Anfang Februar bis Ende August 2000 dem Willen der Klägerin widersprochen hat.

Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht insoweit auch keinen zu strengen Maßstab angelegt. Ob die Klägerin mit dem Verbleib der Leasingssache bei dem Beklagten einverstanden gewesen wäre, wenn sie gewußt hätte, daß das Leasingverhältnis bereits zum 31. Januar beendet war, ist eine hypothetische Frage, der keine Bedeutung zukommt. Ferner vermögen auch die von der Revision angeführten Besonderheiten des Leasingrechts keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Gemäß den oben wiedergegebenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin nicht etwa deswegen von der Rückforderung der Leasingssache abgesehen, weil sie diese nicht anderweitig hätte verwerten können, sondern weil sie vom Fortbestand des Leasingvertrages ausgegangen ist. Das ergibt sich entgegen der Darstellung der Revision darüber hinaus aus dem Umstand, daß die Klägerin in dem vorliegenden Rechtsstreit Fortzahlung der Leasingraten begehrt hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 276 BGB a. F.; § 545 ZPO
Franchise; Sachwalterhaftung; Standortanalyse;
Restaurant im Kino-Center**

Zu Fragen einer Sachwalterhaftung im Rahmen des Abschlusses eines Franchisevertrages.

Zur Überprüfung der auf die Entscheidung des Rechtsstreits anzuwendenden Rechtsordnung durch das Revisionsgericht.

(BGH, Urteil vom 12.11. 2003 – VIII ZR 268/02)

Zum Sachverhalt: Die U. GmbH, die mehrere Kinocenter in Deutschland betreibt, plante Mitte der neunziger Jahre ein weiteres Objekt mit verschiedenen Kinos und drei Restaurants auf der Rückseite des Hauptbahnhofs in D. Die Einzelheiten waren dem Zeugen W. bekannt, der damals als „Operations-Director“ der U. GmbH die neu eröffneten Kinocenter zu betreuen hatte. Zusammen mit mehreren hinter ihm stehenden Investoren wollte er zumindest eines der drei Restaurants in dem neuen Kinocenter betreiben und sich dabei eines bewährten Franchisekonzepts bedienen. Zu diesem Zweck wandte er sich im März 1996 an die damals als T. Restaurants International Ltd. & Co. KG firmierende Beklagte, die als Vertreterin der in den USA ansässigen P. Inc. deren Franchisekonzept in Deutschland vermarktet. Es kam zu längeren, zeitweise unterbrochenen Vertragsverhandlungen. Im Mai 1997 gründete der Zeuge W. die Klägerin, eine Kommanditgesellschaft, und ihre Komplementär-GmbH, deren Geschäftsführer er zunächst war. Im Oktober 1997 schloß die Klägerin einen Mietvertrag für das Ladenlokal, in dem das Restaurant betrieben werden sollte. Im Verlauf der weiteren Vertragsver-

handlungen mit der Beklagten erstellte diese im November 1997 eine Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung, in die auch Angaben des Zeugen W. über die von der U. GmbH erwarteten Zahlen der Kinobesucher einfließen. Über der Überschrift der Wirtschaftlichkeitsberechnung steht „DATENMATERIAL OHNE GEWÄHR!“; in einer Fußnote zur Überschrift heißt es:

„Die vorgelegte Wirtschaftlichkeitsberechnung wurde auf Grundlage uns vorgelegter Daten und unter Hinzunahme von Erfahrungswerten aus vergleichbaren companyeigenen Restaurants erstellt. T. [= Beklagte] kann keine Garantie für die Richtigkeit der uns zur Verfügung gestellten Daten übernehmen ...“

Darüber hinaus erklärte die Beklagte dem Zeugen ausdrücklich, daß sie die zugrunde gelegten Zahlen von dritter Seite erhalten habe und für deren Richtigkeit nicht einstehen könne. Nach weiteren Verhandlungen kam es am 1. Dezember 1997/20. Januar 1998 zum Abschluß eines Franchisevertrages zwischen der Klägerin und der P. Inc., der die Anwendung des englischen und walisischen Rechts vorsieht. Anfang 1998 eröffnete die Klägerin das Restaurant. Sie erzielte nicht die in der Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung erwarteten Umsätze und Gewinne, sondern machte nach ihrer Behauptung statt dessen Verluste. Anfang Februar 1999 schloß die Klägerin das Restaurant wieder.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Beklagte unter anderem auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 1 148 073,33 DM sowie weiterer 327 825,71 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen (Anträge zu 1 und 2) und die Feststellung begehrt, daß ihr die Beklagte zur Erstattung des weiteren Schadens verpflichtet sei, der ihr durch die Schließung des Restaurants Anfang Februar 1999 entstanden sei und noch entstehen werde (Antrag zu 4). Sie hat geltend gemacht, obwohl die Beklagte nicht selbst Partei des Franchisevertrages geworden sei, sei sie ihr, der Klägerin, aus dem Gesichtspunkt der sogenannten Sachwalterhaftung und aus einem stillschweigend geschlossenen Beratungsvertrag zum Schadensersatz verpflichtet, weil die von der Beklagten erstellte Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung unzutreffend gewesen sei. Dem ist die Beklagte entgegnet, die zudem die Auffassung geäußert hat, auch in ihrem Verhältnis zur Klägerin gelte gemäß der in dem Franchisevertrag getroffenen Rechtswahlvereinbarung das englische und walisische Recht. Das Landgericht Duisburg hat die Klage in Anwendung des englischen und walisischen Rechts abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Hiergegen richtet sich die – vom Berufungsgericht [OLG Düsseldorf] zugelassene – Revision der Klägerin, mit der diese ihre oben bezeichneten Anträge zu 1, 2 und 4 weiterverfolgt.

Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, ausgeführt:

Auf das Rechtsverhältnis der Parteien finde entgegen der Ansicht des Landgerichts deutsches Recht Anwendung. In Bezug auf die von der Klägerin geltend gemachte Sachwalterhaftung der Beklagten sei das anzuwendende Recht nicht durch eine akzessorische Anknüpfung an das Vertragsstatut des angebahnten Vertrages, sondern durch gesonderte Anknüpfung zu bestimmen, weil die Haftung des Sachwalters auf einem von dem angebahnten Vertrag unabhängigen Schuldverhältnis beruhe. Offenbleiben könne, ob das Vertragsstatut dieses Schuldverhältnisses oder das Deliktsstatut maßgebend sei. Denn beides führe hier analog Art. 28 Abs. 1 und 2 EGBGB beziehungsweise nach den seinerzeit vor dem Inkrafttreten des Art. 40 EGBGB geltenden Rechtsregeln zur Anwendung deutschen Rechts. Auch auf den nach der Behauptung der Klägerin konkludent geschlossenen Beratungsvertrag der Parteien sei gemäß Art. 28 Abs. 1 und 2 EGBGB deutsches Recht anzuwenden.

Unter Zugrundelegung deutschen Rechts könne die Klägerin von der Beklagten keinen Schadensersatz beanspruchen.

Die Beklagte hafte nicht wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Da sie die Vertragsverhandlungen lediglich als Vertreterin der P. Inc. geführt habe, hafte sie nur unter den besonderen Voraussetzungen der sogenannten Sachwalterhaftung. Ob diese Voraussetzungen hier gegeben seien, namentlich die Beklagte besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen habe, könne trotz Bedenken offenbleiben. Denn eine Haftung der Beklagten scheidet jedenfalls deswegen aus, weil sie keine vorvertraglichen Pflichten verletzt habe. Entgegen der Ansicht der Klägerin sei die Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung der Beklagten nicht deshalb mangelhaft, weil diese keine eigenen Erhebungen über die Zahl der zu erwartenden Restaurantbesucher durchgeführt habe. Hierzu sei die Beklagte nach den Umständen nicht verpflichtet gewesen. Der geschäftliche Kontakt zu der Klägerin sei von dem Zeugen W. ausgegangen, der auf seine einschlägigen Erfahrungen mit „P“-Restaurants in zwei anderen Kinocentern der U. GmbH verwiesen habe. Der von dem Zeugen selbst vorgeschlagene Standort für das von ihm geplante Restaurant in dem neuen Kinocenter hinter dem Hauptbahnhof in D. habe nicht zur Disposition gestanden. Anders sei nicht zu erklären, daß die Klägerin den Mietvertrag für das Lokal geschlossen habe, als noch über den Franchisevertrag verhandelt worden sei. Danach sei es bei der von der Beklagten erstellten Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung allein darum gegangen, ob das „P“-Franchisekonzept zu dem feststehenden Standort passe. Unter diesen Umständen habe die Beklagte auf die von dem einschlägig erfahrenen Zeugen W. eingebrachten Daten über die zu erwartenden Kinobesucher vertrauen dürfen. Die von der Deutschen Bahn AG zur Verfügung gestellte Zahl der Bahnreisenden im Hauptbahnhof D. sei ebenfalls eine einigermaßen sichere Information gewesen, die eigene Erhebungen der Beklagten entbehrlich gemacht habe. Die Beklagte habe zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie die zugrunde gelegten Zahlen von dritter Seite erhalten habe und dafür keine Gewähr übernehmen könne. In diesem Hinweis sei zwar keine Haftungsfreizeichnung zu sehen. Damit habe die Beklagte jedoch auf die eingeschränkte Aussagekraft und Verbindlichkeit der Daten aufmerksam gemacht und deutlich zu erkennen gegeben, daß die Zahlen der Kinobesucher und Passanten nicht unerhebliche Schätzungen aufweisen könnten. Auch im übrigen sei die Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung der Beklagten nach dem in erster Instanz eingeholten Sachverständigengutachten weitgehend nicht zu beanstanden und jedenfalls im Ergebnis haltbar. Sie weise lediglich in einem Detailbereich, nämlich bei der Schätzung der Zahl der Passanten aus der Zahl der Bahnreisenden und der sonstigen Bahnhofsbesucher, Unsicherheiten und methodische Schwächen auf, die jedoch keine wesentlichen Auswirkungen auf das Gesamtergebnis gehabt hätten. Der Mißerfolg des Restaurants sei nach der eigenen Darstellung der Klägerin vor allem darauf zurückzuführen, daß sich ihre eigenen Erwartungen bezüglich der Zahl der Kinobesucher nicht erfüllt hätten.

Aus denselben Gründen hafte die Beklagte der Klägerin auch nicht wegen positiver Vertragsverletzung. Ob stillschweigend ein Beratungsvertrag zwischen den Parteien geschlossen worden sei, erscheine insbesondere im Hinblick darauf zweifelhaft, daß die Beklagte bei den Verhandlungen über den Franchisevertrag immer nur als Vertreterin der P. Inc. aufgetreten sei und kein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt habe. Das könne aber letztlich dahingestellt bleiben, weil sich ein Beratungsvertrag gegebenenfalls mangels ausdrücklicher Abreden auf die Erstellung der Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung beschränkt habe und die Beklagte dabei, wie dargelegt, keine Pflichten verletzt habe.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Klägerin von der Beklagten keinen Schadensersatz beanspruchen kann.

1. a) Keiner Entscheidung bedarf allerdings, ob in Bezug auf die von der Klägerin geltend gemachte Sachwalterhaftung der Beklagten an das Vertragsstatut des angebahnten Vertrages (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986 – II ZR 241/85, NJW 1987, 1141 ohne Begründung; ferner z. B. Ahrens, IPRax 1986, 355, 359 f.; MünchKomm/Spellenberg, BGB, 3. Aufl., Art. 32 EGBGB Rdnr. 45), an das Vertragsstatut eines davon unabhängigen Schuldverhältnisses (z. B. Dörner, JR 1987, 201, 202 f.; Palandt/Heldrich, BGB, 62. Aufl., Art. 32 EGBGB Rdnr. 8; differenzierend Staudinger/v. Hoffmann, BGB, 13. Bearb., Vorb. zu Art. 40 Rdnr. 14; Soergel/Lüderitz, BGB, 12. Aufl., Art. 38 EGBGB Rdnr. 85) oder an das Deliktsstatut (z. B. OLG Frankfurt am Main, IPRax 1986, 373, 378; Erman/Hohloch, BGB, 10. Aufl., Art. 32 EGBGB Rdnr. 21; Kreuzer, IPRax 1988, 16, 20) anzuknüpfen ist und ob demgemäß insoweit englisches und walisisches oder, der Ansicht des Berufungsgerichts folgend, deutsches Recht Anwendung findet. Allerdings hat das Revisionsgericht über die Frage, welche Rechtsordnung für die Entscheidung des Rechtsstreits heranzuziehen ist, grundsätzlich auch dann zu befinden, wenn – wie im gegebenen Fall – die Revision die Beurteilung durch das Berufungsgericht ausdrücklich unbeanstandet läßt und der Revisionsgegner insoweit keine Gegenrüge erhebt. Führt die Anwendung deutschen oder fremden Rechts nicht zu verschiedenen Ergebnissen, kann es aber in der Revisionsinstanz offenbleiben, welches sachliche Recht auf das streitige Rechtsverhältnis anzuwenden ist (BGH, Urteil vom 25. Januar 1991 – V ZR 258/89, WPM 1991, 837 unter 2 a; Urteil vom 21. September 1995 – VII ZR 248/94, WPM 1995, 2113 unter I 2 c (2), jew. m.w. Nachw.). So ist es hier. Unabhängig davon, ob deutsches oder englisches und walisisches Recht zur Anwendung kommt, ist für die von der Klägerin geltend gemachte Sachwalterhaftung der Beklagten eine vorvertragliche Pflichtverletzung erforderlich, an der es auf Seiten der Beklagten fehlt.

aa) Nach deutschem Recht kann unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise auch ein Dritter, der selbst nicht Vertragspartei werden soll, an den Vertragsverhandlungen aber als Vertreter, Vermittler oder Sachwalter einer Partei beteiligt ist, wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) haften (Senatsurteil vom 29. Januar 1997 – VIII ZR 356/95, WPM 1997, 1431 unter II 1 mit zahlreichen w. Nachw.). Ob die besonderen Voraussetzungen dieser sogenannten Sachwalterhaftung auf Seiten der Beklagten als Vertreterin der P. Inc. vorliegen, hat das Berufungsgericht trotz Bedenken letztlich offengelassen; in der Revisionsinstanz kann es zugunsten der Klägerin unterstellt werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist allein von Bedeutung, daß die Sachwalterhaftung als besonderer Anwendungsfall der Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht des Vertreters, Vermittlers oder Sachwalters voraussetzt.

bb) Das englische und walisische Recht darf der Senat selbst ermitteln. Gemäß § 560 ZPO in Verbindung mit § 545 Abs. 1 ZPO ist zwar die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt des ausländischen Rechts für das Revisionsgericht maßgebend. Hat jedoch das Berufungsgericht – wie hier – das nicht reversible ausländische Recht außer Betracht gelassen und infolgedessen nicht gewürdigt, ist das Revisionsgericht nicht gehindert, es selbst zu ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde zu legen, da es sich hierbei nicht um die unzulässige Nachprüfung einer Entscheidung des Berufungsgerichts handelt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 1996 – III ZR 133/95, WPM 1996, 2063 = NJW 1996, 3151 unter

II 1; Zöller/Geimer, ZPO, 23. Aufl., § 293 Rdnr. 28, jew. m.w. Nachw.; vgl. ferner BGHZ 24, 159, 164; 36, 348, 350 ff.; 40, 197, 200 f.).

Im vorliegenden Fall kann der Senat nach eigener Prüfung an die Feststellungen anknüpfen, die das Landgericht auf der Grundlage des Vortrags der Parteien und der von ihnen benannten Rechtsquellen zur Eigenhaftung des Vertreters einer Vertragspartei nach dem englischen und walisischen Recht getroffen hat. Danach besteht zwar keine vertragliche Haftung des Vertreters einer Vertragspartei gegenüber der anderen Vertragspartei für die hier in Rede stehende fahrlässig falsche Beratung („negligent misrepresentation“) bei Vertragsverhandlungen; vielmehr trifft die vertragliche Haftung nach dem von der Klägerin angeführten Misrepresentation Act allein den Vertretenen. Der Vertreter selbst haftet insoweit jedoch deliktsrechtlich gemäß dem Law of Torts („tort of negligence“; Kreuzer, IPRax 1988, 16, 20 m.w. Nachw.; vgl. Adams/Jones, Franchising, Third Edition S. 61 f., Salmon and Heuston, Law of Torts, Twentieth Edition S. 214 f., Müller, Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht, 1994, S. 49 f., Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., S. 615 f., sämtlich aufgrund der obiter zu der Frage Stellung nehmenden Entscheidung des House of Lords in Sachen Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. <1964> A.C. S. 465). Demgegenüber hat die Klägerin in der Berufungsschrift unter Hinweis auf ein von ihr vorgelegtes Rechtsgutachten (dort S. 16 f.) geltend gemacht, der Vertreter hafte insbesondere bei der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens nach neuerer Tendenz auch vertraglich. Das kann indessen im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben, weil auch die von der Klägerin behauptete vertragliche Haftung des Vertreters gegebenenfalls eine Pflichtverletzung in Form einer falschen Beratung voraussetzt.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung der Beklagten als Vertreterin der P. Inc. bei den Vertragsverhandlungen mit der Klägerin verneint. Nach den von der Revision nicht angegriffenen tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin lediglich beanstandet, daß die Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung der Beklagten insbesondere deswegen mangelhaft sei, weil diese keine eigenen Erhebungen über die Zahl der zu erwartenden Restaurantbesucher durchgeführt habe. Diese Beanstandung ist nicht berechtigt.

aa) Zu den von der Klägerin vermißten Erhebungen über die Zahl der zu erwartenden Restaurantbesucher war die Beklagte gemäß der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts nach den Umständen nicht verpflichtet.

Wie die Revision selbst einräumt, durfte sich die Beklagte auf die von dem Zeugen W. in die Verhandlungen eingebrachte Zahl der zu erwartenden Kinobesucher verlassen, da der Zeuge als „Operations-Director“ der U. GmbH einschlägige Erfahrungen besaß, er den Standort für das von ihm geplante Restaurant in dem neuen Kinocenter hinter dem Hauptbahnhof in D. selbst vorgeschlagen hatte und dieser Standort für ihn nicht zur Disposition stand. Daraus ergab sich bereits ein für den Umsatz wesentlicher Teil der potentiellen Restaurantbesucher, ohne daß es hierzu weiterer Erhebungen der Beklagten bedurfte.

Danach beschränkt sich die Beanstandung, die Beklagte habe keine eigenen Erhebungen zu der Zahl der zu erwartenden Restaurantbesucher durchgeführt, auf die Laufkundschaft, die sich aus den Straßenpassanten rekrutiert. Die Zahl der Straßenpassanten hat die Beklagte anhand der – von der Revision nicht angegriffenen – Zahl der Bahnreisenden und der sonstigen Passanten des Hauptbahnhofs D. geschätzt. Das ist nicht zu beanstanden. Zutreffend weist die Revisionserwidlung auf die erstinstanzliche Aussage des Zeugen Dr. B., seinerzeit lei-

tender Mitarbeiter der Beklagten, hin, daß die Ermittlung der Straßenpassanten wegen der laufenden Bauarbeiten an dem Kinocenter schwierig und deswegen eine Schätzung erforderlich gewesen sei. Zudem hat der gerichtliche Sachverständige in seinem Gutachten dargelegt, daß Passantenzählungen bei einer Standortanalyse für Geschäftsobjekte in der Größenordnung des hier in Rede stehenden Restaurants nicht allgemein üblich sind und letztlich auch keine absolute Gewähr für die Richtigkeit einer hierauf gegründeten Standortanalyse bieten. Dem hat die Revision nichts entgegen zu setzen.

In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht auch zu Recht ausgeführt, daß die Beklagte die Klägerin nicht über die Herkunft der ihrer Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung zugrunde gelegten Daten getäuscht hat. Sie hat vielmehr in der Wirtschaftlichkeitsberechnung darauf hingewiesen und darüber hinaus dem Zeugen W. ausdrücklich erklärt, daß sie die Zahlen von dritter Seite erhalten habe und keine Gewähr dafür übernehmen könne. Daraus ergibt sich nach der von der Revision nicht angegriffenen tatrichterlichen Auslegung des Berufungsgerichts zwar keine Haftungsfreizeichnung, jedoch ein deutlicher Hinweis darauf, daß die Daten nur eine eingeschränkte Aussagekraft und Verbindlichkeit haben und nicht unerhebliche Schätzungenauigkeiten aufweisen können. Angesichts dessen hätte die Klägerin auf eigenen Erhebungen der Beklagten bestehen müssen, wenn sie darauf Wert gelegt hätte. Der Umstand, daß sie dies nicht getan hat, spricht dafür, daß sie mit der Schätzung der Straßenpassanten durch die Beklagte einverstanden war.

bb) Auch im übrigen begegnet die Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung der Beklagten gemäß der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts keinen durchgreifenden Bedenken.

Die Revision erhebt keine Einwendungen dagegen, daß die Beklagte den Angaben der Deutschen Bahn AG über die Zahl der Bahnreisenden gefolgt ist und die Zahl der sonstigen Bahnhofbesucher selbst geschätzt hat. Die hierauf beruhende Schätzung der Straßenpassanten ist nach der auf das gerichtliche Sachverständigengutachten gestützten tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts zwar methodisch mangelhaft, im Ergebnis jedoch noch vertretbar. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Ihr Vorwurf, das gerichtliche Sachverständigengutachten weise ähnliche Schwachpunkte auf wie die Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung der Beklagten, ist nicht berechtigt. Während die Beklagte die Zahl der Straßenpassanten ohne jede Begründung festgesetzt hat, hat der Sachverständige sie – mit einem nur unwesentlich niedrigeren Ergebnis – in mehreren Schritten aus der Zahl der Bahnreisenden und der sonstigen Bahnhofbesucher abgeleitet und dabei jeweils ganz erhebliche Sicherheitsabschläge vorgenommen. Die Verfahrensrügen, die die Revision in diesem Zusammenhang weiter erhebt, hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.

Vergeblich wendet sich die Revision ferner dagegen, daß das Berufungsgericht die der Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung der Beklagten zugrunde gelegten sogenannten Fangraten („capture rates“) gebilligt hat. Die Beklagte hat diese Fangraten, die den Prozentsatz des aus Kinobesuchern und Straßenpassanten bestehenden Kundenpotenzials darstellen, der erfahrungsgemäß das Restaurant für ein Umsatzgeschäft aufsucht, nach ihrem detaillierten Vortrag bei den Straßenpassanten am unteren Ende und bei den Kinobesuchern sogar noch unterhalb der Bandbreite ihrer Erfahrungswerte angesetzt. Die Revision zeigt nicht auf, daß die Klägerin diesen Vortrag substantiiert bestritten hat. Daher ist weder zu beanstanden, daß das Berufungsgericht über die

Richtigkeit der Fangraten keinen Beweis erhoben hat, noch, daß der gerichtliche Sachverständige die Fangraten in seinem Gutachten ungeprüft übernommen hat.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch den von der Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung eines angeblich stillschweigend geschlossenen Beratungsvertrages verneint. Auf einen solchen Vertrag findet gegebenenfalls gemäß Art. 28 Abs. 1 und 2 EGBGB deutsches Recht Anwendung, da beide Parteien zum Zeitpunkt der hier in Rede stehenden Vertragsverhandlungen ihren Sitz in Deutschland hatten. Ob ein Beratungsvertrag stillschweigend geschlossen worden ist, hat das Berufungsgericht trotz erheblicher Bedenken offengelassen; in der Revisionsinstanz kann es zugunsten der Klägerin unterstellt werden. Jedenfalls fehlt es aus den oben (unter II 1 b) angeführten Gründen an der Verletzung einer Beratungspflicht der Beklagten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 581 BGB Betriebspflicht des Gaststättenpächters

1. Haben die Parteien vertraglich eine Betriebspflicht des Pächters vereinbart, muss der Pächter sich im Falle seiner Verhinderung eines Dritten bedienen, auch wenn er den Gaststättenbetrieb aus gesundheitlichen Gründen nicht aufrechterhalten kann.

2. Die Betriebspflicht entfällt auch dann nicht, wenn die Fortführung des Betriebes zur Folge hat, dass nur Verluste erwirtschaftet werden, so dass es vorteilhafter wäre, das Objekt zu schließen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2003 – I-10 U 69/03)

Aus den Gründen: I. Die zulässige Berufung des Beklagten ist sachlich nicht gerechtfertigt. Er wendet sich ohne Erfolg dagegen, dass er vom Landgericht verurteilt worden ist, die streitgegenständliche Gaststätte zu öffnen und bis auf einen wöchentlichen Ruhetag geöffnet zu halten, wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, dass die vertraglichen Beziehungen der Parteien und damit die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht des Beklagten ausweislich Ziff. 4.1 des Pachtvertrages vom 10.4.2001 am 31.12.2003 enden wird. Auch sein zweitinstanzliches Vorbringen rechtfertigt keine für den Beklagten günstigere Entscheidung. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

1. Der Beklagte kann zu seinen Gunsten nichts – insbesondere kein Recht zur fristlosen Kündigung – daraus herleiten, dass die Klägerin unstreitig nicht mehr in der Lage ist, ihn weiterhin mit „R.-Bieren“ zu beliefern, weil sie kein eigenes Bier mehr produziert, sondern ihren Bedarf bei der X.-Brauerei deckt. Ziff. 3.1 des Pachtvertrages vom 10.4.2001 begründet, wie die Klägerin zu Recht geltend macht, lediglich eine Verpflichtung zum Bezug von bestimmten Getränken zu Lasten des Beklagten, hat jedoch keinerlei Bindungswirkung gegenüber der Klägerin. Dies ergibt sich mit nicht zu überbietender Deutlichkeit sowohl aus Ziff. 3.2 des Vertrages, wo ausdrücklich von einem Verstoß des Pächters gegen die ihm obliegende Bierbezugsverpflichtung die Rede ist, als auch aus der Regelung in Ziff. 3.3, die Konsequenzen für eine diesbezügliche Pflichtverletzung durch den Pächter zum Gegenstand hat. Darüber hinaus zeigen die Einschränkungen bei einem Teil der aufgelisteten Getränke („z. Zt.“), dass die Klägerin keineswegs garantieren wollte, den Beklagten dauerhaft mit bestimmten Marken, insbesondere mit X.-Alt, zu beliefern und für ein etwaiges Unvermögen in irgendeiner Form einzustehen.

2. Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte auch auf seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die ihn angeblich daran hindern, den Gaststättenbetrieb aufrechtzuerhalten. Zu Recht hat ihn das Landgericht darauf verwiesen, sich im Falle seiner Verhinderung eines Dritten zu bedienen. Dass die Ertragsituation eine derartige Vertretung als unwirtschaftlich erscheinen lässt, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Da die Geschäftsentwicklung und damit auch die Notwendigkeit der Inanspruchnahme einer Hilfskraft dem unternehmerischen Risiko des Pächters zuzuordnen ist, entfällt die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht auch dann nicht, wenn die Fortführung des Betriebes zur Folge hat, dass nur Verluste erwirtschaftet werden, so dass es vorteilhafter wäre, das Objekt zu schließen (so z. B. Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 6. Aufl., Rdn. 204 unter Hinweis auf BGH WPM 1977, 945; Bub/Treier/Scheuer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V A Rdn. 5 im Anschluss an LG Wuppertal ZMR 1996, 439, 440; Fritz, Gewerberaummietrecht, 2. Aufl., Rdn. 234). Insbesondere kann es daher nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden, wenn der Verpächter bei dieser Sachlage darauf besteht, dass der Pächter seiner vertraglich übernommenen Betriebspflicht nachkommt.

II. Zur Zulassung der Revision bestand mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO kein Anlass.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

Ann. d. Red.: Zur Betriebspflicht vgl. OLG Düsseldorf GuT 2002, 47; GuT 2004, 17; OLG Hamburg GuT 2003, 57; LG/OLG Hamburg GuT 2003, 231.

**§§ 325 a. F., 535, 541 a. F., 581 BGB
Fläche für eine Werbeanlage; Nichterfüllung des
Mietvertrags; Verluste und entgangener Gewinn;
Rentabilitätsvermutung**

Zur Berechnung des Schadens aus Verlusten und entgangenem Gewinn wegen Nichterfüllung des Vertrages, mit dem den Berechtigten eine Fläche zum Aufstellen einer Werbeanlage zur Verfügung zu stellen ist.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 17.12.2003 – XII ZR 146/00)

Zum Sachverhalt: Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages vom 16. August 1996, mit dem sich die Beklagte verpflichtet hatte, ihm gegen ein einmaliges Entgelt von 3000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer für die Dauer von zunächst drei Jahren ab 20. November 1996 eine Fläche zum Aufstellen einer Werbeanlage zur Verfügung zu stellen.

Der Kläger errichtete das erforderliche Gerüst und versah es mit Werbetafeln, baute diese aber vor Inbetriebnahme der Anlage auf Verlangen des Tiefbauamtes wieder ab, nachdem sich herausgestellt hatte, daß die vertraglich vereinbarte Fläche nicht zum Pachtgelände der Beklagten, sondern zum öffentlichen Straßenraum gehörte.

Das Landgericht Berlin gab seiner in Höhe von 96 273,86 DM erhobenen Klage auf Ersatz entgangenen Gewinns sowie der Kosten für Auf- und Abbau der Anlage sowie der Akquisitionskosten für die mit Dritten bereits abgeschlossenen Werbeverträge unter Abweisung im übrigen in Höhe eines Teilbetrages von 37 520 DM statt. Dagegen legten beide Parteien Berufung ein. Das Berufungsgericht änderte das erstinstanzliche Urteil zugunsten der Beklagten ab und verurteilte diese zur Zahlung von nur 27 708,82 DM. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers, die der Senat angenommen hat und mit der er seinen Zahlungsanspruch in Höhe von insgesamt noch 60 660 DM (einschließlich des ihm vom Berufungsgericht zugesprochenen Betrages) weiterverfolgt.

Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht sieht den Vertrag der Parteien als Rechtspacht an und hält die Beklagte dem Grunde nach aus § 325 Abs. 1 BGB a. F. oder aber aus §§ 581, 541 BGB a. F. für schadensersatzpflichtig. Insoweit läßt es dahinstehen, ob es der Beklagten von Anfang an unmöglich war, dem Kläger die vereinbarte Fläche zu überlassen, oder ob dieser daran bereits Besitz ergriffen hatte und ihm dieser Besitz durch das Tiefbauamt wieder entzogen wurde, was einen Rechtsmangel darstelle.

Dies wird weder von der Revision – als ihr günstig – noch von der Revisionserwiderung angegriffen und ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Nach den – von den Parteien ebenfalls nicht angegriffenen – Feststellungen des Berufungsgerichts hätte der Kläger aus den drei von ihm bereits abgeschlossenen Werbeverträgen über die Laufzeit des Vertrages mit der Beklagten einen Nettoerlös von insgesamt 72 660 DM erzielt. Zugleich hätte er in dieser Zeit insgesamt 9000 DM Nettopacht an die Beklagte zahlen müssen und für den Betrieb der Werbeanlage 3000 DM Stromkosten (netto) aufwenden müssen. Für die Akquisition der drei Werbeverträge waren ihm bereits Akquisitionskosten in Höhe von netto 15 200 DM entstanden. Sein Aufwand für den Auf- und Abbau der Werbeanlage belief sich auf 20 413,86 DM.

Allerdings sieht das Berufungsgericht den zuletzt genannten Betrag, wie die Revision zutreffend rügt, als Bruttobetrag an und errechnet daraus einen Nettobetrag ohne Mehrwertsteuer von 17 751,18 DM, obwohl zwischen den Parteien unstreitig ist, daß es sich bei dem Betrag von 20 413,86 DM bereits um den Nettobetrag ohne Mehrwertsteuer handelt, wie schon das Landgericht zutreffend erkannt hatte.

II. 1. Zutreffend berechnet das Berufungsgericht den dem Kläger zu ersetzenden entgangenen Nettogewinn, indem es von dem zu erwartenden Erlös aus den drei Werbeverträgen (72 660 DM) zunächst den Pachtzins von 9000 DM und die Stromkosten von 3000 DM in Abzug bringt, die der Kläger infolge der Nichtdurchführung des Vertrages erspart hat, so daß sich als Zwischenergebnis ein Betrag von 60 660 DM ergibt.

2. Von diesem Betrag bringt das Berufungsgericht sodann auch die Akquisitionskosten von 15 200 DM sowie die Auf- und Abbaukosten mit dem vermeintlichen Nettobetrag von 17 751,18 DM in Abzug und gelangt so zu dem von ihm zugesprochenen Betrag von 27 708,82 DM. Zur Begründung dieser weiteren Abzugspositionen führt es aus, diese Kosten wären dem Kläger auch bei Durchführung des Vertrages entstanden, und zwar einschließlich der Abbaukosten, da er nach Maßgabe des mit der Beklagten geschlossenen Pachtvertrages verpflichtet gewesen sei, die Werbeanlage nach Ablauf der Pachtzeit auf seine Kosten zu entfernen. Der Kläger könne aber nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die Beklagte den Vertrag erfüllt hätte. Neben dem entgangenen Gewinn könne er diese Kosten, die ohnehin angefallen wären, deshalb nicht zusätzlich geltend machen, denn andernfalls würde er besser gestellt, als er bei Vertragserfüllung gestanden hätte.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesgerichtshofes in BGHZ 143, 41, 49 f. = NJW 2000, 506, 508. Soweit der Bundesgerichtshof dort ausführe, der Gläubiger könne den Ersatz tatsächlich entstandener Aufwendungen zusätzlich verlangen, betreffe dies den vorliegenden Fall schon deshalb nicht, weil hier, anders als in dem dort entschiedenen Fall, keine Rentabilitätsvermutung gelte, sondern der Kläger die Rentabilität seiner Aufwendungen konkret dargelegt habe; für eine derartige Vermutung sei deshalb hier kein Raum.

3. Diese Auffassung greift die Revision mit Erfolg an.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. Oktober 1999 a. a. O. betrifft – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – auch die vorliegende Fallgestaltung. Denn was für den Fall nur vermuteter Rentabilität gilt, muß erst recht gelten, wenn die Rentabilität feststeht, weil unstreitig ist, daß der Kläger auch unter Berücksichtigung aller Kosten, die bei Durchführung des Vertrages angefallen wären, im Ergebnis einen Gewinn erzielt hätte.

Zwar sind bei der Berechnung des entgangenen Gewinns sämtliche zu seiner Erzielung erforderlichen Aufwendungen unabhängig davon in Rechnung zu stellen, ob sie tatsächlich angefallen oder nur hypothetischer Natur sind (BGHZ a. a. O. S. 49 unten). Sind sie indes tatsächlich entstanden, kann der Gläubiger sie zusätzlich – als weitere Schadensposition – neben dem entgangenen Gewinn verlangen. Andernfalls ginge die Differenzrechnung des § 249 Satz 1 BGB a. F. nicht auf (vgl. BGHZ a. a. O. S. 50 oben), und zwar auch nicht im vorliegenden Fall, wie die nachstehende Vergleichsrechnung zeigt:

Bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages hätte der Kläger zwar sämtliche vom Berufungsgericht in Abzug gebrachten Kosten aufwenden müssen, nämlich neben 9000 DM (Pachtzins) und 3000 DM (Stromkosten) weitere 15 200 DM (Akquisitionskosten) + 20 413,86 DM (Auf- und Abbau; statt wie vom Berufungsgericht angenommen 17 751,18 DM) = insgesamt 35 613,86 DM netto. Mit dem zu erwartenden Nettoerlös von 72 660 DM hätte er jedoch nicht nur diese Kosten amortisieren können, sondern im Endergebnis einen Gewinn von 25 046,14 DM erzielt.

Infolge der Nichtdurchführung des Vertrages ist ihm hingegen nicht nur dieser Gewinn entgangen. Er hat vielmehr 35 613,86 DM aufgewandt und somit im Ergebnis statt eines Gewinns von 25 046,14 DM einen Verlust von 35 613,86 DM erlitten. Er steht sich damit um (25 046,14 DM + 35 613,86 DM =) 60 660 DM schlechter, als er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages gestanden hätte. Diese Differenz hat die Beklagte ihm zu ersetzen.

Die vorstehende Berechnung zeigt zugleich, daß sich die irrtümliche Annahme des Berufungsgerichts, bei den Auf- und Abbaukosten von 20 413,86 DM handele es sich um den Bruttobetrag einschließlich Mehrwertsteuer, bei im übrigen zutreffender Schadensberechnung auf das Ergebnis nicht ausgewirkt hätte. Denn wenn diese Annahme richtig gewesen wäre und deshalb bei der Berechnung des entgangenen Gewinns – mit dem Berufungsgericht – nur ein Nettobetrag von 17 751,18 DM abzuziehen gewesen wäre, hätte der Kläger daneben auch nur diesen Betrag als tatsächlich erbrachten Aufwand für den Auf- und Abbau ersetzt verlangen können. So aber mindert sich sein entgangener Gewinn zwar um den höheren Betrag von 20 413,86 DM, was im Ergebnis dadurch ausgeglichen wird, daß ihm zusätzlich zum entgangenen Gewinn dieser höhere Nettobetrag zu ersetzen ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 536 BGB Flächenabweichung; Kürzung der Miete

Wird in einem gewerblichen Mietvertrag die vermietete Verkaufsfläche mit einer bestimmten m²-Zahl angegeben und nach diesem Flächenmaß die Miete für das Ladenlokal aufgrund eines vereinbarten m²-Preises festgelegt, so ist die Miete wegen eines Sachmangels und des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft verhältnismäßig zu kürzen, wenn die tatsächliche Objektfläche um 25,1% unter der im Mietvertrag zugrunde gelegten Fläche liegt.

(OLG Köln, Urteil vom 30. 7. 2003 – 2 U 103/99)

Aus den Gründen: 2. In der Sache macht der Kläger mit Recht geltend, dass die Mietsache mit einem Fehler i. S. des § 537 Abs. 1 BGB a. F. bzw. des § 536 Abs. 1 BGB n. F. behaftet ist, der die Herabsetzung der vertraglich vereinbarten Monatsmiete von DM 8550,- auf eine Monatsmiete von nur DM 6450,- rechtfertigt. Zwar richtet sich – da die Übergangsregelung des Art. 229 § 3 EGBGB insoweit nichts anderes bestimmt – die Minderung hier nur für die Zeit bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes am 1. 9. 2001 nach § 537 Abs. 1 BGB a. F. und seither nach § 536 Abs. 1 BGB n. F. In der Sache macht dies jedoch keinen Unterschied, weil hier sowohl ein „Fehler“ i. S. von § 537 Abs. 1 BGB a. F. als auch ein „Mangel“ i. S. von § 536 Abs. 1 BGB n. F. vorliegt und sich die Rechtsfolgen – nach § 537 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB a. F. Herabsetzung der Miete auf einen nach den Grundsätzen der §§ 472, 473 BGB a. F. zu bemessenden Teil des Mietzinses, nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. Herabsetzung der Miete auf einen angemessenen Teil – im Ergebnis nicht unterscheiden.

„Fehler“ i. S. von § 537 Abs. 1 BGB a. F. ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten; sie muss die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufheben oder erheblich mindern (BGH NJW 2000, 1714, 1715 [= WM 2000, 593]; Palandt/Putzo, BGB, 59. Aufl., § 537 Rdn. 12). Das kann insbesondere bei einem erheblichen Abweichen der tatsächlichen Raumgröße von der vertragsgemäßen Mietfläche der Fall sein, jedenfalls dann, wenn es sich bei der Flächenangabe um eine solche Eigenschaft der Mietsache handelt, die auch nach den Vorstellungen der Parteien die Höhe des Mietzinses beeinflusst (vgl. OLG Köln WM 1999, 282, 283). Nicht anders ist auch der Begriff des (Sach-) Mangels i. S. von § 536 Abs. 1 BGB zu verstehen. Auch er wird definiert als eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von ihrem vertraglich vorausgesetzten Zustand (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., § 536 Rdn. 16).

Die genannten Voraussetzungen eines Fehlers bzw. Mangels sind hier gegeben.

a) Der Inhalt des Mietvertrages vom 1. 10. 1997 lässt – für sich genommen – keinen Zweifel daran zu, dass die Parteien die Höhe der Miete, wie bei der Vermietung gewerblicher Flächen üblich, anhand der m²-Zahl und unter Berücksichtigung des vereinbarten m²-Preises ermittelt und vereinbart haben.

Im Mietvertrag vom 1. 10. 1997 wird wiederholt auf die Größe der gemieteten Fläche hingewiesen und das angegebene Flächenmaß eindeutig in Bezug zu dem ausgewiesenen m²-Preis gesetzt.

In der Eingangsformel des Vertrages heißt es:

„Der Vermieter ist Eigentümer des Ladens ... mit einer Gesamt-Verkaufsfläche von 114 m².“

Anschließend heißt es in § 1:

„Das Ladenlokal mit einer VK-Fläche von 114 m² ist Mietgegenstand, dazu gehört auch noch ein Lagerkeller, der Bestandteil dieses Vertrages ist. Vermietet wird also eine zu berechnende Gesamtfläche von 114 m². Ein neuer Grundrissplan ist vom Vermieter zu erstellen und ebenfalls Bestandteil dieses Vertrages. Alle Flächen sind Netto-Nutzflächen.“

Weiter heißt es in § 3:

„Der Mietzins für den Laden beträgt pro m² jeweils 75,- DM. Bei einer Fläche von 114 m² ergibt dieses einen monatlichen Betrag von 8550,- DM.“

Mit diesen Formulierungen ist unmissverständlich ausgedrückt, dass als Monatsmiete der Betrag geschuldet sein sollte, der sich aus der Multiplikation des Mietpreises je m² mit

der m²-Zahl der vermieteten Fläche ergibt, und zwar der reinen Ladenfläche ohne zusätzliche Kellerräume, denn die in § 1 Abs. 1 des Vertrages mit 114 m² angegebene „VK-Fläche“ wird im nächsten Satz als „zu berechnende Fläche“ bezeichnet.

[...] b) dd) [...] Die tatsächliche Objektfläche von 85,33 m² liegt damit um 25,1% unter der im Mietvertrag zugrunde gelegten Fläche von 114 m². Für diese Fläche ergibt sich bei dem vertraglich vereinbarten Mietzins von 75,- DM/m² rechnerisch ein Gesamtbetrag, der die vom Kläger akzeptierten 6450,- DM nicht übersteigt. Das Feststellungsbegehren des Klägers ist daher im vollen Umfang begründet.

§ 539 BGB a. F. bzw. § 536 b BGB n. F. stehen der Minderung nicht entgegen. Dass der Kläger bei Vertragsschluss den oben bezeichneten Mangel gekannt oder das Mietobjekt in Kenntnis des genannten Fehlers übernommen hätte, kann nicht festgestellt werden. [...] Auch die Voraussetzung grob fahrlässiger Unkenntnis (§ 539 Abs. 2 Alt. 1 BGB a. F., § 536 b Abs. 2 BGB n. F.) im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sind nicht erfüllt. Eine Flächenabweichung von 25,1% ist – auch und gerade angesichts des Umstandes, dass das Objekt aus mehreren Räumen besteht – nicht derart eklatant, dass sie dem Kläger bei der Besichtigung und dem Vertragsgespräch ohne weiteres hätte ins Auge fallen müssen.

3. Der Feststellungsanspruch ergibt sich darüber hinaus auch aus § 537 Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. bzw. § 536 Abs. 2 BGB n. F. Nach diesen Bestimmungen führt auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft der Mietsache wie ein Sachmangel gemäß § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F., § 536 Abs. 1 BGB n. F. von Gesetzes wegen zur Mietminderung, wobei es nicht auf eine erhebliche Minderung des Gebrauchs ankommt (Palandt/Putzo, BGB, 59. Aufl., § 537 Rdn. 18).

Um die Zusicherung einer Eigenschaft i. S. der genannten Bestimmungen handelt es sich auch dann, wenn im Mietvertrag nicht bloß die Fläche angegeben ist, sondern für die angegebene Fläche ausdrücklich ein bestimmter Quadratmeterpreis vereinbart worden ist (Kraemer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III Rdn. 1359 f.; LG Freiburg WM 1988, 263; LG München I WM 1987, 217; AG Duisburg WM 1987, 217; Pauly, WM 1998, 471; Blank, WM 1998, 468). Letzteres ist, wie bereits ausgeführt wurde, hier der Fall, da im Mietvertrag der Parteien wiederholt die Objektgröße angegeben ist und die Gesamtmiete aus der Multiplikation des im Vertrag angegebenen m²-Preises mit der dort angegebenen Anzahl der m² des Mietobjekts ermittelt worden ist.

[...] 7. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO n. F. (i. V. m. § 26 Nr. 7 EGZPO) liegen nicht vor. Die vorliegende Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die vorliegende Entscheidung beruht vielmehr auf der Beurteilung der zwischen den Parteien des Rechtsstreits im konkreten Einzelfall getroffenen Vereinbarung.

Hinw. d. Red.: S. dazu den Beitrag Wiek, GuT 2004, 44 (in diesem Heft).

§§ 536, 537 BGB a. F.
Gebrauchstauglichkeit der Mieträume; Mangel;
Mietminderung; fehlende Fertigstellung des
umgebenden Gesamtprojekts – Media Park Köln

Gemietete Büro- oder Gewerberäume in nicht intaktem Neubau-Umfeld können in ihrer Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt sein.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 17.10.2003 – V ZR 84/02)

Aus den Gründen: A. II. 1. [...] Dem kann man entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts [OLG Köln] nicht entgegen halten, eine Mietminderung sei gar nicht gerechtfertigt gewesen. Wenn der Sachverständige wegen der Situation im Umfeld einen geringeren Mietertrag zugrunde legt, so deswegen, weil die noch fehlende Fertigstellung des Gesamtprojekts Einfluß auf den angemessenen Mietzins hat. Das beruht nicht lediglich auf der rein subjektiven Einschätzung potentieller Mieter, sondern auf Umständen, die die Nutzung objektiv erschweren und wirtschaftliche Nachteile mit sich bringen. Gründe dafür sind beschwerlichere Zugänge, fehlende Einbindung in eine funktionierende Infrastruktur und ein insgesamt weniger attraktives Erscheinungsbild. Solche Nachteile können die Abläufe in einem Gewerbebetrieb erschweren, seine Außendarstellung beeinträchtigen und sein Ansehen mindern. Der Mieter, der Büro- oder Gewerberäume unter der vertragsgemäßen Voraussetzung eines intakten Umfelds mietet, kann daher die Miete mindern, wenn solche Umstände die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache nicht nur unerheblich beeinflussen (§ 536 Abs. 1 BGB a. F.). Daß dies hier der Fall war, liegt angesichts der von dem Sachverständigen ermittelten allgemeinen Ertragseinbußen nicht fern. Jedenfalls konnte das Berufungsgericht einen solchen Nachteil für den Kläger deswegen nicht verneinen, weil er und die Mieterin dem von dieser geltend gemachten Minderungsrecht wirtschaftliche Bedeutung beigemessen und dies – nach dem Klägervortrag – zum Gegenstand eines Vergleichs gemacht haben. Danach verzichtete der Kläger auf Forderungen aus dem früheren Mietverhältnis mit der A. AG, und diese verzichtete auf Minderungsansprüche. Dies dokumentiert den wirtschaftlichen Wert dieser Ansprüche. Mit Blick darauf kann auch – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht in analoger Anwendung des § 539 Satz 1 BGB a. F. von einem Verlust des Minderungsrechts wegen fehlender Geltendmachung ausgegangen werden. Die Mietvertragsparteien sind, wie der Vergleich zeigt, nicht von einem Verlust des Minderungsrechts ausgegangen. Der Kläger hat vielmehr seinem Vortrag zufolge mit Rücksicht auf die angedrohte Minderung auf Mietzinsforderungen in erheblichem Umfang verzichtet. Dies läßt, wenn es zutrifft, den von dem Sachverständigen ermittelten „Overrent-Ertrag“ wieder entfallen und steht einer Berücksichtigung im Wege des Vorteilsausgleichs entgegen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 537, 539, 581 BGB a. F.
Vereinbarung über die Nichtverwirkung der
Gewährleistungsrechte bei nachträglichem Mangel
der Mietsache

Die Klausel in den „Schlußbestimmungen“ eines Gaststättenpachtvertrages „Auch wiederholt geübte Nachsicht gilt nicht als stillschweigende Duldung von Vertragsverstößen und Versäumnissen; irgendwelche Rechte können daraus nicht hergeleitet werden.“ schließt die entsprechende Anwendung des § 539 BGB a. F. in Fällen der Fortzahlung des Pachtzinses trotz nachträglich aufgetretenen Rechtsmangels der Pachtsache aus.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 22.10.2003 – XII ZR 126/00)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin nimmt die Beklagte zu 1 als ihre Vertragspartnerin und die Beklagte zu 2 als Bürgin auf Rückzahlung eines Darlehens und auf rückständigen Pachtzins sowie Nebenkosten in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit gesonderten Verträgen hatte die Klägerin von der Stadt O. zum einen eine Gaststätte und zum anderen eine zugehörige Innenhoffläche gepachtet.

Mit Unterpachtvertrag vom 19./20. August 1993 verpachtete die Klägerin die Gaststätte einschließlich des im Vertrag als „Biergarten“ bezeichneten Innenhofs an die Beklagte zu 1 und gewährte ihr ein Darlehen in Höhe von 150 000 DM. Den Innenhof nutzte die Beklagte zu 1 als Abstellfläche für eigene Fahrzeuge.

Die Beklagte zu 2 verbürgte sich der Klägerin gegenüber für die Verpflichtungen der Beklagten zu 1 aus dem Darlehen und dem Unterpachtverhältnis.

Die Stadt O. kündigte den Pachtvertrag über die Hoffläche fristgemäß und entzog der Klägerin den Besitz im Februar 1995. Dies teilte die Klägerin der Beklagten zu 1 am 27. April 1995 mit und wies sie darauf hin, daß die Hoffläche ab sofort nicht mehr zur Nutzung zur Verfügung stehe. Die Beklagte zu 1 widersprach mit Schreiben vom 10. Oktober 1995 unter Hinweis darauf, daß sie die Hoffläche im Sommer 1996 als Biergarten nutzen wolle. Mit Schreiben vom 18. Dezember 1995 erklärte sich die Klägerin außerstande, der Beklagten zu 1 die Nutzung der Hoffläche wieder einzuräumen.

Die Beklagte zu 1 zahlte den monatlichen Pachtzins bis einschließlich Februar 1996 in der vereinbarten Höhe von zuletzt 10 018,23 DM, danach bis zur völligen Zahlungseinstellung im Juli 1996 nur noch teilweise und stellte den Gaststättenbetrieb schließlich ein.

Das Pachtverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 endete am 2. April 1997 durch einen Vergleich, über dessen Umfang und Inhalt die Parteien streiten.

Das Landgericht folgte insoweit der Auffassung der Beklagten, mit dem Vergleich seien alle Forderungen der Klägerin bis auf einen Restbetrag des Brauereidarlehens in Höhe von 46 000 DM abgegolten, und verurteilte die Beklagten unter Abweisung der Klage im übrigen zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen.

Die dagegen eingelegte Berufung der Klägerin, mit der diese Zahlung weiterer 70 455,13 DM nebst 6,75% Zinsen begehrte, hatte – bis auf einen Teil des Zinsanspruchs – Erfolg. Die Anschlußberufung der Beklagten, mit der diese abändernd Abweisung der Klage insgesamt begehrten, blieb erfolglos.

Die Beklagten nehmen die Zurückweisung ihrer Anschlußberufung hin. Mit ihrer Revision, die der Senat angenommen hat, verfolgen sie lediglich ihren Antrag weiter, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Aus den Gründen: Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Teilaufhebung des angefochtenen Urteils und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht [Düsseldorf].

I. Das Berufungsgericht hat die im Rahmen der Vergleichsverhandlungen gewechselten Schreiben der Klägerin und der Beklagten zu 1 dahin ausgelegt, daß lediglich ein Teilvergleich zustande gekommen sei, bei dem die noch offenen Darlehensrückzahlungs- und Pachtzinsansprüche der Klägerin und insbesondere die Frage der Minderung des Pachtzinses wegen der Nichtgewährung des Pachtgebrauchs am Innenhof ausgeklammert worden seien. Dies begegnet revisionsrechtlich keinen Bedenken und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

Zwischen den Parteien steht auch außer Streit, daß sich die rückständigen Pachtzinsen für die Zeit vom 1. März 1996 bis 31. März 1997 zuzüglich der Nebenkosten für 1994 und 1995 abzüglich geleisteter Zahlungen und Gutschriften rechnerisch zutreffend auf den Betrag von 70 455,13 DM belaufen, den das Berufungsgericht der Klägerin über den in erster Instanz zugespprochenen Betrag von 46 000 DM hinaus zugesprochen hat, wenn dieser Berechnung der ungeminderte Pachtzins zugrunde gelegt wird.

II. Mit Erfolg rügt die Revision indes, daß das Berufungsgericht der Klägerin den ungeminderten Pachtzins zugebilligt hat.

Das Berufungsgericht unterstellt zwar, daß die seit Februar 1995 entzogene Nutzung des Innenhofs einen nicht nur unwesentlichen Mangel des Pachtobjekts darstellt, und läßt den Umfang der dadurch bedingten Beeinträchtigung des Pachtgebrauchs dahinstehen. Gleichwohl verneint es eine Minderung des Pachtzinses in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a. F. mit der Begründung, die Beklagten könnten sich darauf nicht berufen, weil die Beklagte zu 1 den Pachtzins in der Zeit von April 1995 bis Februar 1996 ungekürzt und ohne Vorbehalt weitergezahlt habe.

Das hält der rechtlichen Prüfung nicht stand.

Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß Ziffer 24 („Schlußbestimmungen“) des Pachtvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1, der im letzten Satz des Tatbestandes der angefochtenen Entscheidung in Bezug genommen ist, folgende Bestimmung enthält:

„Auch wiederholt geübte Nachsicht gilt nicht als stillschweigende Duldung von Vertragsverstößen und Versäumnissen; irgendwelche Rechte können daraus nicht hergeleitet werden.“

Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Klausel nicht befaßt, so daß der Senat sie selbst auslegen kann. Im Ergebnis führt diese Auslegung dazu, daß § 539 BGB a. F. – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht entsprechend anwendbar ist, weil die Vertragsparteien dies zulässigerweise (vgl. Staudinger/Emmerich BGB <1995> § 539 Rdn. 10) abbedungen haben.

Aus der systematischen Stellung der Klausel in den „Schlußbestimmungen“, deren übrige Bestimmungen für beide Vertragsparteien gleichermaßen gelten, und auch aus dem Wortlaut der Klausel ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß sie etwa nur für Vertragsverstöße des Pächters gelten solle; sie betrifft daher gleichermaßen den Fall, daß der Pächter bei Vertragsverstößen oder Versäumnissen des Verpächters Nachsicht übt.

Als Vertragsverstoß oder Versäumnis des Verpächters ist es auch und insbesondere anzusehen, wenn dieser den nach dem Vertrag geschuldeten Gebrauch ganz oder teilweise nicht mehr gewährt.

Unter den Begriff der vom Pächter in Ansehung einer solchen Vertragsverletzung geübten „Nachsicht“ fällt – entgegen der Auffassung der Revisionsröwiderung – auch die ungekürzte Weiterzahlung des Pachtzinses, weil unter dem weit gefaßten, untechnischen Begriff der „Nachsicht“ jedes Verhalten zu verstehen ist, das einen Verzicht auf oder ein Zuhalten mit Gegenmaßnahmen oder anderen rechtlichen Konsequenzen darstellt. Insbesondere der klarstellende Zusatz, daß „irgendwelche Rechte ... daraus nicht hergeleitet werden“ können, zeigt unmißverständlich, daß diese Klausel den Sinn hat, ein schützenswertes Vertrauen darauf, die andere Vertragspartei werde aus einer Vertragsverletzung keine Rechte (mehr) herleiten, gar nicht erst aufkommen zu lassen. Infolgedessen ist dem Grundgedanken, der der entsprechenden Anwendung des § 539 BGB a. F. in Fällen über längere Zeit ungekürzter Fortzahlung des Miet- oder Pachtzinses trotz eines nachträglich aufgetretenen Rechtsmangels zugrunde liegt, im vorliegenden Fall durch die vertragliche Regelung der Boden entzogen.

III. Mit der gegebenen Begründung kann das Urteil des Berufungsgerichts im Umfang seiner Anfechtung daher keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung ist dem Revisionsgericht verwehrt, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen zum Ausmaß der mit der Entziehung der Hoffläche verbundenen Gebrauchsbeeinträchtigung getroffen hat, hiervon aber die Höhe der Minderung abhängt. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es diese Feststellungen nachholen kann.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 675, 567 a. F., 544 BGB; § 8 ApothG;
§§ 51 a. F., 51b BRAO**

**Apothekermiete; Verletzung zwingenden Rechts;
Vertrag über 30 Jahre im Teileigentum;
Baukostenzuschuss; Umsatzmiete;
Beratungsfehler des Rechtsanwalts**

Zur haftungsausfüllenden Kausalität, wenn ein Rechtsanwalt bei Verhandlungen zur Änderung eines langfristigen Mietvertrages über Apothekenbetriebsräume die rechtlichen Grenzen mißachtet, die sich aus dem apothekenrechtlichen Verbot der Umsatzmiete und dem unabdingbaren Kündigungsrecht der Mietvertragsparteien bei einseitiger Verlängerung der Mietdauer durch Ausübung entsprechender Optionen über die Zeitgrenze von 30 Jahren hinaus ergeben.

Verhandeln Mietvertragsparteien über einen Baukostenzuschuß des Mieters, so entsteht bei anwaltlich verschuldetem Einigungsmangel der Schadensersatzanspruch des Vermieters gegen seinen Rechtsanwalt erst, wenn sich das Risiko des vertragslosen Zustandes verwirklicht.

(BGH, Urteil vom 27.11.2003 – IX ZR 76/00)

Zum Sachverhalt: Die klagende BGB-Gesellschaft ist Eigentümerin eines Wohn- und Geschäftshauses in G. Sie nimmt die beklagten Rechtsanwälte auf Schadensersatz in Anspruch, weil ein Kostenzuschuß für den Umbau zweier Wohnungen in Arztpraxen mit der Mieterin der im Erdgeschoß des Hauses belegenen Apothekenbetriebsräume nicht wirksam vereinbart worden ist.

Wegen des Umbaus schwebten seit dem Mai 1991 Verhandlungen zwischen der Klägerin und der Mieterin der Apothekenbetriebsräume über eine Beteiligung an den entstehenden Kosten. Die Mieterin äußerte in Schreiben vom 12. und 19. Juli 1991 ihre Bereitschaft, auf den Wunsch der Vermieterseite einzugehen, stellte dafür jedoch Bedingungen, die sich auf die Wirtschaftlichkeit der Apotheke, die Dauer des Rechtsverhältnisses und Kaufoptionen bezogen. In der Folgezeit wurde mit dem Umbau begonnen. Im Oktober beauftragte die Klägerin die Beklagten, sie bei den Vertragsverhandlungen mit der Mieterin zu beraten. Der Beklagte zu 2 unterbreitete der Mieterin für seine Partei mit Schreiben vom 30. Oktober 1991 einen Vertragsentwurf und einen weiteren Vertragsentwurf unter dem Datum des 12. November 1991.

Mit Schreiben vom 13. und 24. November 1991 verlangte die Mieterin im Gegenzug für die erörterten Zuschüsse eine von der Vermieterseite wahlweise zu erfüllende weitere Mietoption über das Jahr 2022 hinaus oder eine Kaufoption ohne Überschreitung des ortsüblichen Preises. Mit Schreiben vom 6. Dezember 1991, dessen Zugang die Klägerin bestreitet, „widerrief“ die Mieterin ihre früheren Erklärungen, einen Umbaukostenzuschuß zu leisten, weil die Klägerin keines ihrer „Angebote rechtsverbindlich angenommen“ habe. Sie kündigte jedoch Zahlungen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht an.

Am 17. Dezember 1991 fand eine Besprechung im Büro der Beklagten statt, bei der die Parteien dieses Rechtsstreits übereinkamen, „die Angelegenheit wegen möglicher Rückfragen auf zwei Jahre zu verfristen“. Die Mieterin zahlte nach Fertigstellung des Umbaus ab April 1992 bis einschließlich Februar 1995 Aufstockungen zur Miete entsprechend ihrer letzten Bereitschaftserklärung, stellte ihre Zuschußzahlungen ab März 1995 jedoch ein.

Die von der Klägerin, vertreten durch die Beklagten, daraufhin im Februar 1996 erhobene Klage auf Fortentrichtung des Umbaukostenzuschusses gegen die Mieterin blieb in erster Instanz erfolglos. Das Landgericht war der Auffassung,

die Vereinbarung mit der Mieterin habe der nach § 313 BGB a. F. (jetzt § 311b BGB) vorgeschriebenen Form ermangelt. Die dagegen eingelegte Berufung der Klägerin wurde zurückgenommen.

Die Klägerin verlangt im gegenwärtigen Rechtsstreit Ersatz der in den Monaten März 1995 bis März 1997 entgangenen Mietaufstockungen sowie Ersatz der im Vorprozeß gegen die Mieterin entstandenen Kosten. Zusätzlich beantragt sie festzustellen, daß ihr die Beklagten hinsichtlich des ab April 1997 entstehenden weiteren Schadens gleichfalls ersatzpflichtig sind.

Das Landgericht Münster hat der Klage wegen des Kostenschadens aus dem erfolglosen Vorprozeß in Höhe von 8464,05 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagten zur Zahlung weiterer 78 000 DM wegen des entgangenen Umbaukostenzuschusses verurteilt, die von den Klägern beantragte Feststellung ausgesprochen und die gegen einen Teil der erstinstanzlichen Verurteilung gerichtete Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, die der Senat mit Ausnahme ihrer weiterverfolgten Anschlußberufung angenommen hat.

Aus den Gründen: Im Umfang der Annahme ist die Revision begründet.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte zu 2 habe die ihm obliegenden anwaltlichen Beratungspflichten gegenüber der Klägerin verletzt. Bei zutreffender rechtlicher Würdigung des Schreibens der Mieterin vom 19. Juli 1991 hätte er erkennen müssen, daß bislang eine rechtsverbindliche Zahlungszusage für den Baukostenzuschuß nicht vorlag. Der Beklagte zu 2 hätte der Klägerin infolgedessen anraten müssen, sich im Sinne des Schreibens vom 19. Juli 1991 formwirksam mit der Mieterin zu verständigen. Es stehe mit deutlich überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, daß auch die inzwischen verstorbene weitere Gesellschafterin der Klägerin sich im Falle einer ordnungsgemäßen Beratung durch den Beklagten zu 2 entschlossen hätte, der Mieterin im Wege eines notariell beurkundeten Vertrages neben einer weiteren Mietoption über das Jahr 2022 hinaus für den Fall, daß das Teileigentum an den Apothekenbetriebsräumen verkauft würde, ein Vorkaufsrecht zu gewähren und dieses im Grundbuch sichern zu lassen. Die Schadensersatzforderung der Klägerin sei auch nicht verjährt; denn das Mandatsverhältnis der Parteien habe erst im Dezember 1993 geendet und die Beklagten treffe die verjährungsrechtliche Sekundärhaftung aufgrund des ihnen im Herbst 1995 erteilten Anschlußmandates.

II. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Die mit Schreiben der rechtsunkundigen Mieterin vom 19. Juli 1991 erklärte Bereitschaft, der Klägerin einen „Investitionskostenzuschuß“ für den Ausbau einer internistischen Doppelpraxis im selben Hause zu zahlen, beruhte auf der ausgesprochenen Erwartung eines mit dem Betrieb dieser Praxis verbundenen Umsatzzuwachses der Apotheke. Die in den Verhandlungen erörterte staffelweise Mietaufstockung als Zuschuß zu den Umbaukosten sollte dementsprechend auch in zehn Jahren nach Maßgabe einer „Wirtschaftlichkeitsprüfung“ bei einem Mißverhältnis des Kostenzuschusses zu den Umsatzverbesserungen der Apotheke einer Herabsetzung unterliegen. Später war eine zusätzliche Überprüfung nach Maßgabe der Mehrumsätze schon in Fristen von drei bzw. einem Jahr Verhandlungsgegenstand, hätte sich insoweit nach dem Unterschreiten einer Mehrumsatzschwelle von 500 000 DM aus Kassenrezepten der neuen Doppelpraxis aber nur für einen weiteren Aufstockungszuschlag von 6000 DM jährlich ausgewirkt. An diesem Ziel der Leistungsbestimmung nach Umsatzentwicklung hat die Mieterin mit zunehmender Deutlichkeit, zuletzt im Schreiben vom 24. November 1991, fest-

gehalten. Bereits eine solche Vereinbarung der Mietvertragsparteien hätte entgegen der Auffassung der Berufungsgründung und des Berufungsgerichts das gesetzliche Verbot von § 8 Satz 2, § 12 ApothG verletzt. Die Mieterin hat sich damit gegen die erfolglose Klage auf Fortentrichtung der freiwilligen Umbaukostenzuschüsse auch verteidigt.

Nach § 8 Satz 2 ApothG sind Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für die dem Erlaubnisinhaber überlassenen Vermögenswerte am Umsatz oder Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist, darunter auch am Umsatz oder Gewinn ausgerichtete Mietverträge, unzulässig. Das Verbot der Umsatzmiete gilt dabei insbesondere für die Anmietung der Apothekenbetriebsräume. Eine umsatzabhängige Miete für Apothekenbetriebsräume hatte die Rechtsprechung früher gebilligt (vgl. BGH, Urt. v. 4. April 1979 – VIII ZR 118/78, NJW 1979, 2351, 2352 [= WM 1979, 184]). Dem ist der Gesetzgeber jedoch mit Schaffung von § 8 Satz 2 ApothG in der Fassung des Gesetzes vom 4. August 1980 (BGBl. I S. 1142) entgegengetreten (BGH, Urt. v. 6. Juni 1997 – V ZR 322/95, NJW 1997, 3091 f. m. Anm. Taupitz LM ApothG Nr. 7). Mit der Regelung des § 8 Satz 2 ApothG sollen sogenannte partiarische Rechtsverhältnisse, in denen sich der Gläubiger die beruflichen und wirtschaftlichen Fähigkeiten des Betriebsinhabers der Apotheke zunutze macht und an den Früchten der Apotheke partizipiert, vermieden werden. Für die Annahme eines partiarischen Rechtsverhältnisses muß sich aus dem Gesamtgefüge der Vereinbarungen ergeben, daß die Parteien die Miete am Umsatz oder Gewinn ausgerichtet haben und der Vermieter dadurch an den Erträgen der Apotheke teil hat. Das kann auch der Fall sein, wenn ein Mietsockel umsatzunabhängig vereinbart, ein wesentlicher Aufstockungsbetrag der Gesamtmiete in dessen am Umsatz oder Gewinn der Apotheke „ausgerichtet“ ist. Diese Formulierung des Gesetzes weist auf die Zielsetzung hin, Geschäfte zur Umgehung des Verbotes einer Umsatzmiete zu verhindern. Für den Tatbestand des § 8 Satz 2 ApothG genügt es, daß die Parteien in ihren Vorstellungen von einem Zusammenhang zwischen der Miethöhe und dem Umsatz oder Gewinn ausgegangen sind und daß diese Verknüpfung in den Vereinbarungen ihren Niederschlag gefunden hat (BGH, Urt. v. 22. Oktober 1997 – XII ZR 142/95, WPM 1998, 609, 612 [= WM 1999, 161]). Das sollte nach den erklärten Verhandlungspositionen der Mietparteien auch hier der Fall sein.

Die staffelweise Mietaufstockung bezweckte, die Klägerin zur Finanzierung ihrer Umbaukosten an den infolge der neugeschaffenen Arztpraxen erwarteten Umsatzsteigerungen teilhaben zu lassen. Dieser Umsatzbezug war im Rahmen der Gesamtmiete für die Apothekenbetriebsräume wesentlich. Die Mieterin wollte außerdem mit der nach zehn Jahren oder später vorgesehenen „Wirtschaftlichkeitsprüfung“ und den bereits kurzfristig – nach drei bzw. einem Jahr – stattfindenden Zwischenprüfungen, ob ein Mehrumsatz von 500 000 DM aus Kassenrezepten der Doppelpraxis unterschritten sei, ein Instrument in der Hand behalten, um die Umsatzbezogenheit der Mieterhöhungsstaffel und des Sonderzuschlags von bis zu 6000 DM jährlich auch dann zu sichern, wenn die ursprünglichen Erwartungen eines erweiterten Kundenzustroms aufgrund der neugeschaffenen Arztpraxen nicht voll in Erfüllung gingen.

Diese Vereinbarungen hätten nur dann wirksam sein können, wenn § 8 Satz 2, § 12 ApothG mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig wären (an der Verfassungsmäßigkeit zweifelnd z. B. Taupitz a. a. O.). Es hätte daher im Streitfall einer rechtlichen Beratung der Klägerin bedurft, die dieses mietrechtliche Wirksamkeitsrisiko verdeutlichte. Allerdings konnte in eine solche Beratung im Jahre 1991 noch nicht die spätere Klärung einfließen, die erst durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. Oktober 1997 (a. a. O.) erreicht worden ist. Jedoch war schon vor dieser Entscheidung aufgrund

des Gesetzeswortlauts erkennbar, daß das apothekenrechtliche Verbot der Umsatzmiete dem Verhandlungsspielraum der Mietvertragsparteien im vorliegenden Fall enge Grenzen setzen könnte. Welche Folgen insoweit aus einer pflichtgemäßen Rechtsbelehrung der Klägerin erwachsen wären, ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichtes und der bisherige Sachvortrag der Parteien nicht. Die Parteien müssen jedoch Gelegenheit erhalten, auf diesen veränderten rechtlichen Gesichtspunkt hin ihren bisherigen Vortrag zu ergänzen.

2. Die Klägerin konnte ihrerseits eine entscheidende „Bedingung“, welche die Mieterin für ihre in Aussicht gestellten Leistungen erhoben hatte, nach § 567 Satz 1 BGB (jetzt § 544 Satz 1 BGB) nicht erfüllen. Erst die Revision hat auf die mit § 567 Satz 1 BGB a. F. im Streitfall verbundenen Schwierigkeiten im Ansatz zutreffend hingewiesen.

Nach den genannten Bestimmungen kann ein Mietvertrag, der für längere Zeit als dreißig Jahre geschlossen ist, von jedem Teil unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden. Kündbar sind nach § 567 Satz 1 BGB a. F., § 544 Satz 1 BGB n. F. nicht nur Mietverträge, die von vornherein für eine längere Zeit als dreißig Jahre abgeschlossen worden sind, sondern nach Ablauf der Dreißigjahresfrist auch solche Mietverhältnisse, die der Mieter durch vor Beginn der Frist eingeräumte Optionen über diese Zeitgrenze hinaus einseitig verlängert hat (RGZ 130, 143, 146; Mittelstein, Die Miete 4. Aufl. S. 483 zu Fn. 6; Roquette, Mietrecht des BGB § 567 Rn. 2; BGB-RGRK/Gelhaar, 12. Aufl. § 567 Rn. 2; Münch-Komm-BGB/Voelskow, 3. Aufl. § 567 Rn. 2 erster Spiegelstrich; Soergel/Heintzmann, BGB 12. Aufl. § 567 Rn. 3; Staudinger/Emmerich, BGB 13. Bearb. 1997 § 567 Rn. 8; Palandt/Weidenkaff, BGB 63. Aufl. § 544 Rn. 4 f.).

Das gesetzliche Kündigungsrecht nach § 567 Satz 1 BGB a. F., § 544 Satz 1 BGB n. F. ist in Fällen der Geschäftsraum-miete – wie hier – auch nicht zum Teil durch den sozialen Schutz des Wohnraummieters überlagert. Dieses gesetzliche Kündigungsrecht bei Langzeitvermietung kann nicht abbedungen werden (RGZ 66, 216, 218; 130, 143, 146; BGH, Urt. v. 27. September 1951 – I ZR 85/50, LM BGB § 581 Nr. 2 unter I. 2. a; v. 20. November 1967 – VIII ZR 92/65, LM BGB § 581 Nr. 31 unter II. 2 b; OLG Hamburg ZMR 1998, 28, 29 [= WM 1997, 233]; Mittelstein, a. a. O.; BGB-RGRK/Gelhaar, a. a. O. Rn. 1; Staudinger/Emmerich, a. a. O. Rn. 4; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht 8. Aufl. § 544 BGB Rn. 3; krit. Roquette, a. a. O. Rn. 1 und 6; Sternel, Mietrecht 3. Aufl. Teil IV Rn. 535). Der Normzweck der genannten Bestimmung besteht trotz Weiterentwicklung des Sachenrechts fort (Münch-Komm-BGB/Voelskow, a. a. O. Rn. 1). Das zwingende Kündigungsrecht soll die Entstehung einer „Erbmiete“ verhindern (vgl. RGZ 73, 341, 342 m.w.N.), mit der außerhalb des numerus clausus der Sachenrechte und des Buchungszwangs der Grundstücksrechte die Verkehrsfähigkeit des Grundeigentums gefährdet würde. Gerade auf eine „Erbmiete“ an den Apothekenbetriebsräumen zielte die Verhandlungsposition der Mieterin ab, und zwar nach ihren Schreiben vom 13. und 24. November 1991 noch klarer als zuvor. Schon der Mietvertrag vom 14. Oktober 1987 konnte für das danach einseitig bis 2022 verlängerbare Mietverhältnis das Kündigungsrecht der Klägerin im letzten Optionszeitraum von 2017 bis 2022 nicht mehr ausschließen. Der vorausgegangene Zeitraum seit erster Anmietung der Apothekenbetriebsräume im Jahre 1981 zählt zwar für die Berechnung der Dreißigjahresfrist nicht mit, sofern das Mietverhältnis 1987 freiwillig erneuert worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 17. April 1996 – XII ZR 168/94, NJW 1996, 2028, 2029 [= WM 1996, 476]). Die von der Mieterin gewünschte Rechtsposition für eine Verlängerung des Mietverhältnisses über das Jahr 2022 hinaus konnte ihr in dem hier interessierenden Verhandlungszeitraum 1991/92 jedoch auch

durch eine abermalige freiwillige Erneuerung des Mietverhältnisses auf schuldrechtlichem Wege nicht verschafft werden.

Dasselbe galt teilweise für die von der Mieterin erstrebte rechtlich gesicherte Möglichkeit, das Teileigentum an den Apothekenbetriebsräumen zum Verkehrswert ankaufen zu können, und zwar mindestens dann, wenn die Klägerin von dem unabdingbaren Mietkündigungsrecht Gebrauch machte. Bisher ist schon nicht festgestellt, daß die Klägerin mit einem solchen Ankaufsrecht einverstanden gewesen wäre. Sie hat vorgetragen, daß von ihrer Seite eine Bereitschaft, der Mieterin eine grundbuchlich (durch Vormerkung) gesicherte unbedingte Kaufoption einzuräumen, nicht bestand (Berufungsbegründung vom 30. Dezember 1998, S. 11 a. E. f., GA II 326 f.). Andererseits wäre der Mieterin mit einem Vorkaufsrecht für den Fall einer Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht gedient gewesen. Selbst wenn indes die Klägerin bei einer entsprechenden Belehrung bereit gewesen wäre, der Mieterin ein Ankaufsrecht einzuräumen, stellt sich die Frage nach dessen Wirksamkeit. Denn das Ankaufsrecht hätte die Ausübung des der Klägerin zustehenden Kündigungsrechts nach Ablauf der Dreißigjahresfrist unverhältnismäßig erschwert. Schon das Reichsgericht hat im nicht tragenden Teil der Entscheidung RGZ 73, 341, 343 Verpflichtungen für unwirksam gehalten, welche die nach § 567 Satz 1 BGB unabdingbare Kündigung so erschweren, daß auf diese Weise tatsächlich eine Gebundenheit eintritt, die dem Gesetz widerspricht.

3. Inwieweit nach diesen Ausgangspunkten die Interessenssätze der Mietvertragsparteien in richtiger Erkenntnis der rechtlichen Schwierigkeiten überhaupt hätten überwunden und von dem Beklagten zu 2 das Ergebnis in eine rechtlich haltbare Vertragsform hätte gebracht werden können, läßt der bisherige Sachvortrag nicht erkennen.

Wäre es danach, was das Berufungsgericht nach Zurückverweisung erneut zu prüfen haben wird, bei pflichtgemäßer Verhandlungsführung des Beklagten zu 2 zu einer anderen vertraglichen Einigung mit der Mieterin gekommen (vgl. zu den Möglichkeiten einer Mietverdinglichung etwa Maaß/Oprée, ZNotP 1997, 8, 89; dagegen teilweise kritisch Wolfsteiner, ZNotP 1997, 88), wird eine etwaige Belastung des Teileigentums mit der Vormerkung (oder einem dinglichen Recht) bei der Höhe des entstehenden Schadens zu berücksichtigen sein.

III. Die Klage ist gegenwärtig nicht zur Abweisung reif. Entgegen dem Angriff der Revision ist ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus unterbliebenem Vertragsschluß mit der Mieterin nicht verjährt. Verhandeln Mietvertragsparteien über einen Baukostenzuschuß des Mieters, so entsteht bei anwaltlich verschuldetem Einigungsmangel der Schadensersatzanspruch des Vermieters gegen seinen Rechtsanwalt (§ 51 BRAO a. F., § 51b BRAO n. F. I. Fall) erst, wenn sich das Risiko des vertragslosen Zustandes verwirklicht. Dieser Schaden ist, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, im Rechtssinne frühestens eingetreten, als die Mieterin ihre bis zum März 1995 freiwillig geleisteten Zahlungen einstellte. Noch zu diesem Zeitpunkt war eine vertragliche Einigung der Mietparteien, wenn es überhaupt dafür einen Weg gab, nicht verbaut. Das Schreiben der Mieterin vom 6. Dezember 1991, auf welches die Revision abstellen möchte, zog nur die vorläufige Schlußfolgerung aus den in Verkennung des rechtlichen Spielraums geführten, einstweilen steckengebliebenen Verhandlungen.

Auch der vom Berufungsgericht angenommene Zeitpunkt der Mandatsbeendigung (§ 51 BRAO a. F., § 51b BRAO n. F. 2. Fall) ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Behauptung der Beklagten, daß ab Dezember 1991 Tätigkeiten ihrerseits weder gewünscht noch abgefordert wurden (Schriftsatz vom 13. Dezember 1997 S. 10 unter Nr. 8, GA I 151), steht den Fest-

stellungen des Berufungsgerichts nicht entgegen. Nach diesen Feststellungen sind die Parteien am 17. Dezember 1991 nur übereingekommen, die Angelegenheit wegen möglicher Rückfragen der Klägerin auf zwei Jahre zu „verfristen“. Eine Kündigung der Klägerin brauchte das Berufungsgericht hierin nach den §§ 133, 157 BGB noch nicht zu sehen. Erst als sich innerhalb des genannten Zeitraums Rückfragen nicht ergaben und infolgedessen weitere Tätigkeiten der Beklagten nicht abgefordert wurden, haben die Parteien das Mandat im Dezember 1993 einvernehmlich beendet und die Kostenberechnung übersandt. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum verjährungsrechtlichen Sekundäranspruch gegen die Beklagten im Rahmen des Folgemandates werden von der Revision nicht angegriffen und sind rechtlich bedenkenfrei.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 242, 566 a. F. BGB
Schriftform; Telefax; unterlassener Schriftakt

1. Eine Telefaxübermittlung der jeweils durch den Vertragspartner unterzeichneten Vertragsurkunden erfüllt nicht die gesetzliche Schriftform des § 566 a. F. BGB.

2. Haben sich die Parteien beim mündlichen Abschluss eines langjährigen Mietvertrages zu dessen schriftlicher Beurkundung verpflichtet, so können sie sich gegenseitig den Mangel der Schriftform nicht entgegen halten.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 22. 1. 2004 –I-10 U 102/03)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger für die Monate Juli bis Oktober 2002 eine rückständige Miete in geltend gemachter Höhe von 18 208,00 € zu zahlen oder ob der mittels wechselseitiger Telefaxerklärungen bis zum 31. 8. 2003 befristet geschlossene Mietvertrag wegen fehlender Schriftform durch die Kündigung der Beklagten vom 21. 12. 2001 zum 30. 6. 2002 beendet worden ist. Das Landgericht Düsseldorf hat die Klage abgewiesen, weil die Schriftform des § 566 BGB a. F. nicht eingehalten sei und die Berufung der Beklagten auf die Formnichtigkeit auch nicht gegen Treu und Glauben verstoße.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seinen erstinstanzlichen Zahlungsantrag weiter verfolgt. Der Kläger macht u. a. geltend, die Beklagte könne sich nicht auf den Formmangel berufen, weil sie mit ihm vereinbart habe, die Schriftform nachzuholen. Außerdem sei das Verhalten der Beklagten treuwidrig, weil die Beklagte längere Zeit aus dem Vertrag Vorteile gezogen habe und sich durch den Formmangel lediglich ihren vertraglichen Pflichten entziehen wolle.

Die Beklagte tritt der Berufung entgegen und verweist darauf, dass den Parteien bei Vertragsunterzeichnung bekannt gewesen sei, dass der Vertrag dem Schriftformerfordernis nicht genüge. Die Telefaxform sei einverständlich gewählt worden, weil keine der Parteien für die Unterschriftenleistung habe nach N. kommen wollen. Gerade aus diesem Grund sei – wie sie erstmals vorträgt – vereinbart worden, die gesetzlich vorgeschriebene Form nachzuholen, sobald sich ihr Geschäftsführer in N. aufhalte.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache Erfolg. Der Kläger kann entgegen der Auffassung des Landgerichts gemäß § 535 Abs 2 BGB von der Beklagten bis zur Neuvermietung der Räumlichkeiten zum 1. 11. 2002, d. h. für die Zeit vom 1. 7.–31. 10. 2002, eine rückständige Miete in unstreitiger Höhe von 18 208,00 € zuzüglich bezifferter, unstreitiger Verzugszinsen für die Zeit vom 1. 7.–20. 12. 2002 in Höhe von 652,00 € verlangen.

1. Zwar ist mit dem Landgericht davon auszugehen, dass die Parteien im Streitfall die gesetzliche Schriftform des § 566

BGB a. F. nicht eingehalten haben. Danach muß ein Vertrag entweder von allen Beteiligten auf derselben Urkunde oder – im Falle der Aufnahme mehrerer gleichlautender Urkunden über den Vertrag – jeweils auf der für den Gegner bestimmten Urkunde unterzeichnet werden. Weder das eine noch das andere ist hier geschehen. Eine Telefaxübermittlung der jeweils durch den Vertragspartner unterzeichneten Vertragsurkunden erfüllt nach allgemeiner Meinung die gesetzliche Schriftform nicht. Die fehlende Schriftform hat gemäß § 566 Satz 2 BGB a. F. grundsätzlich zur Folge, dass der Mietvertrag trotz der vereinbarten Befristung auf unbestimmte Zeit geschlossen ist und mit der Frist gemäß § 565 Abs. 1 a BGB a. F. gekündigt werden kann.

2. Die Beklagte muss sich jedoch nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als wäre ein formwirksamer befristeter Mietvertrag zustande gekommen. Ein Mangel der durch Gesetz vorgeschriebenen Form kann allerdings nur ausnahmsweise zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse wegen unzulässiger Rechtsausübung beachtlich sein, weil sich grundsätzlich jede Mietpartei darauf berufen darf, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten (BGH, Urt. v. 5.11.2003, XII ZR 134/02; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdnr. 131). Ein solcher Ausnahmefall liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Parteien aus außerhalb der Urkunde liegenden Gründen zur Erfüllung der Schriftform verpflichtet sind (BGH ZMR 1964, 79) oder eine Partei den durch eine Vertragsänderung bedingten Formmangel zur vorzeitigen Auflösung eines langjährigen Vertrages missbraucht, obwohl sie durch die Vertragsänderung begünstigt worden ist (BGHZ 65, 49; OLG München NJW-RR 1996, 654; OLG Düsseldorf DWV 2003, 93 [= GuT 2003, 66 KL – 24 U 21/02]).

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Haben sich die Parteien beim mündlichen Abschluss eines langjährigen Mietvertrages zu dessen schriftlicher Beurkundung verpflichtet, so können sie sich nach st. Rspr. gegenseitig nicht den Mangel der Schriftform entgegen halten (BGH a. a. O.; KG DWV 2003, 262; KG Report 2002, 84; OLG Rostock NZM 2001, 46; OLG München ZMR 1996, 603). Die Beklagte, die eine mündliche Vereinbarung über die Nachholung der Schriftform erstinstanzlich noch „mit Nachdruck“ bestritten hat, hat in der Berufungsinstanz unstreitig gestellt, im Zusammenhang mit der telefonischen Fixierung der Vertragseinzelheiten, deren Übermittlung per Telefax sowie die Nachholung der Schriftform zu einem späteren Zeitpunkt vereinbart zu haben. Eine solche Abmachung ist rechtlich möglich und auch dann formlos gültig, wenn es sich um einen mehrjährigen Vertrag handelt (BGH a. a. O.). In einem solchen Fall ist jede Partei berechtigt, sich gegen die andere auf den Abschluss eines schriftlichen Vertrages bzw. sich – wie hier der Kläger – gegenüber einer unberechtigten Kündigung auf den Einwand der Arglist zu berufen.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

Anm. d. Red.: Zu Leits. 2 vgl. nachfolgend BGH.

§§ 550, 242 BGB
Fehlende Schriftform des Mietvertrags
mit der Kommune;
Kündigung nach jahrelanger Durchführung

Ist ein Mietvertrag nicht in der für langfristige Mietverträge vorgeschriebenen Schriftform (§ 550 BGB = § 566 a. F. BGB) abgeschlossen worden, so ist eine darauf gestützte vorzeitige Kündigung nicht deshalb treuwidrig, weil der Mietvertrag zuvor jahrelang anstandslos durchgeführt worden ist.

(BGH, Urteil vom 5.11.2003 – XII ZR 134/02)

Zum Sachverhalt: Die Kläger machen rückständige und künftige Mietzinsansprüche geltend. Sie sind Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Sie erwarben von der beklagten Stadt ein Wohn- und Geschäftshaus, das sich in einem abrißreifen Zustand befand. Mit einem Aufwand von ca. 900 000 DM bauten sie dieses Haus unter denkmalpflegerischen Gesichtspunkten um.

Mit schriftlichem Mietvertrag vom 19. November 1996 vermieteten sie einen in dem Erdgeschoß des Gebäudes gelegenen Empfangsraum und einen im Obergeschoß gelegenen, von dem Empfangsraum aus durch eine interne Treppe zu erreichenden Büroraum auf zehn Jahre fest an die „Kurverwaltung B.“. Dabei handelt es sich um eine Einrichtung der beklagten Stadt ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Im Kopf des Mietvertrages sind die beiden Kläger aufgeführt, verbunden mit einem „&“, ohne einen ausdrücklichen Zusatz, daß sie in einer GbR verbunden sind. Die monatliche Miete sollte 967,50 DM (zuzüglich Nebenkosten) betragen. Unterschrieben ist der Mietvertrag auf Vermieterseite allein von dem Kläger zu 1 ohne Vertreterzusatz, auf Mieterseite von der damaligen Kurdirektorin H.

Die monatliche Miete wurde ab November 1996 regelmäßig bezahlt, zunächst von der Stadtverwaltung B., ab Januar 1999 von dem Amt B.

Am 3. Dezember 1998 beschloß die Stadtvertretung B. die Auflösung des Eigenbetriebes „Kurverwaltung“ zum 31. Dezember 1998. Seit dem 1. Januar 1999 werden die gemieteten Räume nicht mehr genutzt.

Mit Schreiben vom 9. November 1999 kündigte das Amt B., vertreten durch den Amtsvorsteher, für die Stadt B. den Mietvertrag. In dem Kündigungsschreiben heißt es, der Mietvertrag sei nicht wirksam zustande gekommen, weil die Kurdirektorin H. keine Vertretungsmacht für die Stadt B. gehabt habe und weil er auf Vermieterseite nur von dem Kläger zu 1 unterschrieben worden sei. Ab November 1999 zahlte die Beklagte keine Miete mehr.

Die Kläger halten den Vertrag für wirksam und die ausgesprochene Kündigung für unwirksam. Sie haben – zum Teil auf zukünftige Leistung – Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zu verurteilen, an sie die vereinbarte Miete (zuzüglich Zinsen für die Mietrückstände) für die Zeit von November 1999 bis zum Jahre 2007 zu zahlen.

Das Landgericht Rostock hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht (OLG Rostock) hat auf die Berufung der Beklagten hin die erstinstanzliche Entscheidung teilweise abgeändert und unter Zurückweisung der Berufung im übrigen die Klage abgewiesen, soweit die Kläger für die Zeit ab 1. Juli 2000 Miete geltend machen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Kläger, mit der sie ihren ursprünglichen Klageantrag, soweit ihm nicht stattgegeben worden ist, weiterverfolgen.

Aus den Gründen: Die Revision der Kläger ist aufgrund der Zulassung durch das Berufungsgericht statthaft und auch sonst zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht führt aus, der Mietvertrag sei wirksam zustande gekommen. Mieterin sei von vornherein die Stadt B. geworden, nicht die Kurverwaltung dieser Stadt, weil die Kurverwaltung lediglich eine Einrichtung der Stadt ohne eigene Rechtspersönlichkeit sei. Zwar sei die Kurdirektorin H. nicht berechtigt gewesen, die Stadt zu vertreten, ihr Handeln als Vertreterin ohne Vertretungsmacht sei aber von den Organen der Stadt später stillschweigend genehmigt worden. Daß die Beklagte den Kurbetrieb zum 31. Dezember 1998 aufgegeben habe, berechtige sie nicht, den Mietvertrag vorzeitig zu beenden, weil sie das Verwendungsrisiko für die angemieteten Räume trage. Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung habe das Mietverhältnis aber zum 30. Juni 2000

beendet. Obwohl der Mietvertrag auf zehn Jahre fest abgeschlossen gewesen sei, sei die Beklagte berechtigt gewesen, ihn vorzeitig ordentlich zu kündigen, weil die Vertragsurkunde nicht dem Schriftformerfordernis des hier anwendbaren § 566 BGB a. F. genüge.

Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision jedenfalls im Ergebnis ohne Erfolg.

2. In der Revisionsinstanz geht der Streit der Parteien nur noch darum, ob die Kläger für die Zeit ab 1. Juli 2000 Miete verlangen können. Um diese Frage zu beantworten, kann offen bleiben, ob ein Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist oder ob sein Zustandekommen daran gescheitert ist, daß eine Seite beim Abschluß des Mietvertrages nicht wirksam vertreten war. Ist kein Mietvertrag zustande gekommen, so steht den Klägern kein Anspruch auf die Zahlung von Miete zu und für die Zeit ab 1. Juli 2000 auch kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung, weil die Beklagte die Räume zu diesem Zeitpunkt unstreitig nicht mehr genutzt hat. Ist ein Mietvertrag wirksam zustande gekommen, so ändert sich im Ergebnis nichts, weil die Beklagte diesen Mietvertrag dann, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, zum 30. Juni 2000 wirksam gekündigt hat.

3. Zwar enthält der schriftliche Mietvertrag die Vereinbarung, das Mietverhältnis werde auf die Dauer von zehn Jahren fest abgeschlossen. Wäre diese Vereinbarung wirksam, so wäre eine ordentliche Kündigung vor Ablauf von zehn Jahren ausgeschlossen. Die Vereinbarung einer langfristigen Laufzeit des Mietvertrages ist aber unwirksam, weil bei Abschluß des Mietvertrages die Schriftform nicht eingehalten worden ist (§ 566 BGB a. F. = § 550 BGB n. F.). Es kann offen bleiben, ob die Einhaltung der Schriftform schon daran scheitert, daß in der Vertragsurkunde als Mieterin statt der Stadt B. eine nicht rechtsfähige Einrichtung dieser Stadt aufgeführt ist und daß für die Stadt die Kurdirektorin dieser Einrichtung unterschrieben hat, ohne einen Zusatz, daß sie als Vertreterin für die Stadt auftritt. Die Schriftform ist jedenfalls deshalb nicht eingehalten, weil auf Vermieterseite nur der Kläger zu 1 ohne einen Vertreterzusatz unterschrieben hat.

Für die Einhaltung der Schriftform ist es erforderlich, daß alle Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen. Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter den Mietvertrag, muß dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen (BGHZ 125, 175, 178 f.; Senatsurteile vom 11. September 2002 – XII ZR 187/00 – NJW 2002, 3389, 3990 f. [= WM 2002, 601 = GuT 2003, 19 KL] m.w.N. und Anm. Eckert, EWIR 2002, 951; vom 16. Juli 2003 – XII ZR 65/02 – NJW 2003, 3053, 3054 [= GuT 2003, 209]). Da in der Vertragsurkunde als Vermieter beide Kläger aufgeführt sind, genügt die Unterschrift des Klägers zu 1 nicht. Das gilt unabhängig davon, ob die Kläger den Mietvertrag als GbR abgeschlossen haben oder als zwei Vermieter ohne gesellschaftsrechtliche Verbindung. Die Kläger hätten entweder beide unterschreiben müssen oder der Kläger zu 1 hätte seiner Unterschrift einen Zusatz beifügen müssen, der ihn zugleich als Vertreter für den Kläger zu 2 gekennzeichnet hätte (vgl. im einzelnen Senatsurteil vom 16. Juli 2003 a. a. O.).

Die Revision vertritt die Ansicht, auch ohne einen solchen Vertreterzusatz sei der Urkunde mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen, daß der Kläger zu 1 als allein Vertretungsberechtigter für die GbR unterschrieben habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Unterschreibt für eine GbR oder sonst für eine Personenmehrheit nur ein Mitglied ohne einen Vertreterzusatz, so ist jedenfalls nicht auszuschließen, daß vorgesehen war, auch das andere Mitglied oder die anderen Mitglieder sollten die Urkunde unterschreiben und daß deren Unterschrift noch fehlt (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. Senatsurteil vom 16. Juli 2003 a. a. O. m.w.N.).

Da die Schriftform nicht eingehalten worden ist, konnte die Beklagte das Mietverhältnis, sollte es wirksam zustande gekommen sein, nach Ablauf eines Jahres unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (hier: § 565 Abs. 1 a BGB a. F.) ordentlich kündigen. Die von der Beklagten im November 1999 erklärte Kündigung hat es dann zum 30. Juni 2000 beendet.

4. Entgegen der Annahme der Revision verstößt die Beklagte nicht gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wenn sie sich darauf beruft, der Mietvertrag sei (jedenfalls) mangels Einhaltung der Schriftform ordentlich kündbar gewesen. Jede Partei darf sich grundsätzlich darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Es ist der Revision zwar einzuräumen, daß der Bundesgerichtshof eine Ausnahme von diesem Grundsatz zuläßt und es für treuwidrig hält, wenn eine Vertragspartei sich auf die Formnichtigkeit eines Vertrages beruft, nachdem sie zuvor über einen längeren Zeitraum besondere Vorteile aus dem nichtigen Vertrag gezogen hat (BGHZ 121, 224, 233 f.; BGH, Urteil vom 20. Mai 2003 – KZR 19/02 – BB 2003, 2254, 2255 m.w.N.). Ein solcher Fall liegt hier aber schon deshalb nicht vor, weil der Mangel der Form im vorliegenden Fall nicht zur Nichtigkeit des Vertrages geführt, sondern nur die Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung eröffnet hat. Bis zu einer Kündigung waren beide Parteien verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen. Aus dem Umstand, daß sie dieser Verpflichtung über einen längeren Zeitraum nachgekommen sind, läßt sich nicht herleiten, sie hätten darauf vertrauen können, der Vertragspartner werde nicht von der besonderen Kündigungsmöglichkeit Gebrauch machen, die das Gesetz vorsieht, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist. Daß im vorliegenden Fall die Kläger das vermietete Grundstück zuvor von der Beklagten – der Mieterin – erworben und aufwendig saniert hatten, ist kein hinreichender Grund, von diesem Grundsatz abzuweichen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Anm. d. Red.: Zu BGH vom 16. 7. 2003 – NJW 2003, 3053 = GuT 2003, 209 (Vorinstanz OLG Rostock GuT 2003, 138 mit Anm. Wiek) – siehe auch Wiek in GuT 2003, 207. Vgl. vorstehend OLG Düsseldorf zu Leits. 2.

§§ 566, 571 a. F. BGB
Miet-/Nutzungsvertrag;
Musterhaus-Standplatz auf dem Ausstellungsgelände;
Veranstaltungs-Desaster; Gegner eines Schadensersatzanspruchs bei Geländeveräußerung

Die nach dem Geschäftszweck von ihrem Anteilseigner und Grundstückseigentümer verschiedene GmbH als Vermieterin des Grundstücks vermittelt keine vertraglichen Beziehungen zwischen dem Mieter und dem Grundstückseigentümer. Der Erwerber des Grundstücks tritt daher nicht kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag ein.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 22.10.2003 – XII ZR 119/02)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin verlangt wegen behaupteter Vertragsverstöße Schadensersatz aus einem „Nutzungsvertrag“.

Die Klägerin, ein Unternehmen der Fertighausbranche, schloß am 18. März 1993 mit der Beklagten zu 2 im Rahmen der von dieser veranstalteten Garten- und Fertighausausstellung in E. einen Nutzungsvertrag über einen Standplatz auf dem Ausstellungsgelände. Vertragszweck war die Präsentation eines Musterhauses neben verschiedenen Musterhäusern anderer Hersteller zu Verkaufszwecken. Die Beklagte zu 2 verpflichtete sich, die Ausstellung während der fünfjährigen

Mietvertragsdauer durchzuführen. Eigentümerin des Ausstellungsgrundstückes war der Alleingesellschafter der Beklagten zu 2, der Freistaat Thüringen (nicht beigetretener Streitverkündeter).

Im Zusammenhang mit einer Änderung des Ausstellungskonzepts übereignete der Freistaat Thüringen das Ausstellungsgelände an die landeseigene Beklagte zu 1, die am 7. August 1996 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde. Die Beklagte zu 2 teilte der Klägerin mit Schreiben vom 28. Juni 1995 mit, daß das Vertragsverhältnis ab dem 1. Juli 1995 auf die Beklagte zu 1 übergehe und Zahlungen künftig an diese erfolgen sollten. Unter dem 15. Februar 1996 informierten die damaligen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu 1 als deren Vertreter und als Vertreter des Freistaates Thüringen die Klägerin darüber, daß das Eigentum an der vermieteten Fläche vom Freistaat Thüringen, für welchen die Beklagte zu 2 „quasi als Verwalter“ die Verträge geschlossen habe, auf die Beklagte zu 1 übergegangen sei. Gleichzeitig wurde der Nutzungsvertrag vom 18. März 1993 fristgemäß zum Ende der fünfjährigen Vertragslaufzeit gekündigt. Mit Schreiben vom 29. April 1996 beanstandete die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2 die nicht ordnungsgemäße Durchführung der Ausstellung und drohte eine Mietzinsminderung an.

Seit Juni 1996 hat die Klägerin die Miete u. a. wegen angeblicher Beeinträchtigung der Ausstellung durch Verringerung der Anzahl der Musterhausaussteller und behindernder Baumaßnahmen auf Null gemindert.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten zu 1 gemäß §§ 538, 537 BGB a. F. aus dem nach ihrer Ansicht gemäß § 571 BGB a. F. auf diese übergegangenem Vertrag Schadensersatz, weil die Beklagte zu 1 und die von ihr beauftragten Baufirmen die im Vertrag zugesicherte Durchführung einer Musterhausausstellung geradezu vereitelt hätten. Sie nimmt die Beklagte zu 2 gemäß § 571 Abs. 2 Satz 1 BGB gleich einer Bürgin, die auf den Einwand der Vorausklage verzichtet hat, in Anspruch.

Das Landgericht Erfurt hat mit Grundurteil vom 15. August 2001 die Beklagte zu 1 dem Grunde nach zum Schadensersatz verurteilt und die Klage gegen die Beklagte zu 2 abgewiesen. Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten zu 1 hat das Oberlandesgericht Jena das Urteil des Landgerichts nebst dem zugrundeliegenden Verfahren aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte zu 1 ihren Antrag auf Abweisung der gegen sie gerichteten Klage weiter.

Aus den Gründen: Die Revision der Beklagten zu 1 hat Erfolg, da ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 weder aus rechtsgeschäftlichem noch aus gesetzlichem Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Nutzungsvertrag begründet ist.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Das landgerichtliche Verfahren leide an einem wesentlichen Mangel. Das Landgericht habe eine Haftung der Beklagten zu 1 aus § 538 BGB a. F. angenommen, ohne Beweis über das Vorliegen der streitigen Mängel zu erheben. Es stehe deshalb nicht mit der für den Erlaß eines Grundurteils erforderlichen Wahrscheinlichkeit fest, daß der Klaganspruch gegen die Beklagte zu 1 in irgendeiner Höhe bestehe. Ein solcher Anspruch sei dem Grunde nach nicht – wie vom Landgericht angenommen – aus rechtsgeschäftlicher Vertragsübernahme durch die Beklagte zu 1 begründet. Eine konkludente Zustimmung der Klägerin zur Vertragsübernahme sei nicht erfolgt. Die Klägerin habe ausdrücklich erklärt, daß sie einer Vertragsübernahme durch die Beklagte zu 1 nicht zustimme. Deshalb könne auch die kurzfristige Mietzahlung an die Beklagte zu 1 nicht als stillschweigende Genehmigung des Vertragsübergangs gewertet werden.

Die Beklagte zu 1 hafte jedoch ab dem Zeitpunkt ihrer Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch, da sie in entsprechender Anwendung von § 571 Abs. 1 BGB a. F. kraft Gesetzes an die Stelle der Vermieterin getreten sei. Der für die Anwendbarkeit von § 571 BGB a. F. geforderten Identität von Vermieter und veräußerndem Grundstückseigentümer stehe es gleich, wenn nicht der Grundstückseigentümer selbst, sondern – wie hier – mit seiner Zustimmung sein Verwalter in eigenem Namen den Vertrag geschlossen habe. Dies folge aus dem Zweck dieser Regelung. Daß grundsätzlich Identität von Grundstückseigentümer und Vermieter erforderlich sei, diene in erster Linie dem Schutz des Veräußerers vor einer Haftung gleich einem Bürgen für Verpflichtungen, die er nicht selbst eingegangen sei (§ 571 Abs. 2 Satz 1 BGB a. F.). Diese Schutzbedürftigkeit des veräußernden Grundstückseigentümers bestehe nicht, wenn er mit dem Abschluß des Mietvertrages einverstanden gewesen sei. Der Anwendbarkeit von § 571 BGB a. F. stehe auch nicht das Vorliegen eines gemischten Vertrages entgegen. Denn die mietvertraglichen Elemente seien nicht von untergeordneter Bedeutung.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Allerdings ist die Annahme des Berufungsgerichts, eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme durch die Beklagte zu 1 sei nicht erfolgt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Revision als ihr günstig hingegenommene Auslegung des Verhaltens der Beklagten zu 1 verstößt weder gegen gesetzliche Auslegungsregeln noch gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Soweit die Revisionsrüge in diesem Zusammenhang eine Verfahrensrüge erhoben hat, hat der Senat diese geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO a. F.).

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 1 auch nicht kraft Gesetzes nach § 571 BGB a. F. (§ 566 BGB) in die Rechte und Pflichten des zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 abgeschlossenen Vertrages vom 18. März 1993 eingetreten, auf deren angebliche Verletzung die Klägerin ihre Schadensersatzansprüche stützt.

§ 571 BGB a. F. setzt voraus, daß das vermietete Grundstück durch den Vermieter veräußert wird. Wie das Berufungsgericht im Ansatz richtig sieht, ist § 571 BGB a. F. deshalb grundsätzlich nur bei Identität zwischen Vermieter und veräußerndem Eigentümer anwendbar (BGH Urteil vom 3. Juli 1974 – VIII ZR 6/73 – NJW 1974, 1551; Staudinger/Emmerich Neubearbeitung 2003 § 566 Rdn. 23; MünchKomm/Voelskow 3. Aufl. § 571 Rdn. 10; Heile in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rdn. 861; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 8. Aufl. Rdn. 1376 f.; Schmidt-Futterer Mietrecht 8. Aufl. § 566 Rdn. 40).

Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Die Beklagte zu 2 war Vermieterin. Eigentümerin des Grundstücks war der Freistaat Thüringen.

§ 571 BGB a. F. ist auch nicht entsprechend anwendbar.

Ob der Eigentümer – der Freistaat Thüringen – mit der Vermietung durch die Beklagte zu 2 an die Klägerin einverstanden war, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Ein solches Einverständnis des Eigentümers mit der Vermietung, das bei jeder erlaubten Untervermietung vorliegt, ist nicht der Identität zwischen Eigentümer und Vermieter gleichzusetzen. Ebensowenig rechtfertigt der Umstand, daß der Freistaat Thüringen Alleingesellschafter der Beklagten zu 2 war, die analoge Anwendung des § 571 BGB a. F. Bei der Beklagten zu 2 handelt es sich um eine GmbH, also um eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit. Durch den von ihr abgeschlossenen Mietvertrag mit der Klägerin sind keine vertraglichen Beziehungen zwischen der Klägerin und dem Frei-

staat Thüringen entstanden. Wer Gesellschafter der vermietenden GmbH ist, ist für die Anwendbarkeit des § 571 BGB a. F. ohne Bedeutung.

Zu Unrecht beruft sich das Berufungsgericht für seine Ansicht, § 571 BGB a. F. sei im vorliegenden Fall zumindest analog anwendbar, auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluß vom 27. November 1995 – 1 BvR 1063/95 – ZMR 1996, 120 f. [=WM 1996, 80]). Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht dieser Entscheidung zu Recht entnimmt, § 571 BGB a. F. könne analog anwendbar sein, wenn ein zum Abschluß von Mietverträgen bevollmächtigter Hausverwalter einen Mietvertrag im eigenen Namen – nicht im Namen des Vertretenen – abgeschlossen und der Eigentümer das Hausgrundstück anschließend veräußert habe (vgl. OLG Celle ZMR 2000, 284 [=WM 2001, 46 KL]; Heile in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. II Rdn. 861; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rdn. 1377). Im vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall hatte zwar ein vom Eigentümer zum Abschluß von Mietverträgen bevollmächtigter Hausverwalter den Mietvertrag im eigenen Namen abgeschlossen. Im übrigen unterschied sich seine Tätigkeit aber nicht von der Tätigkeit eines Hausverwalters, der den Mietvertrag im Namen des von ihm vertretenen Grundstückseigentümers abgeschlossen hat. Er hatte über die Verwaltungstätigkeit hinaus kein eigenes Interesse an dem Zustandekommen und der Durchführung des Mietvertrages. In einem solchen Fall mag es gerechtfertigt sein, den Vertrag im Zusammenhang mit § 571 BGB a. F. so zu behandeln, als hätte der Eigentümer selbst vermietet.

Der vorliegende Fall liegt grundlegend anders. Geschäftszweck der Beklagten zu 2 war die Veranstaltung von Ausstellungen. Den Vertrag mit der Klägerin hat sie zur Erfüllung dieses ihres Geschäftszwecks abgeschlossen. Ihre Beteiligung an dem Mietvertrag ging deshalb über die Beteiligung eines reinen Verwalters hinaus. Auch wenn keine Feststellungen dazu getroffen sind, woraus sie ihre Befugnis herleiten konnte, den Mietvertrag über ein ihr nicht gehörendes Grundstück abzuschließen, entspricht ihre Position der eines Untervermieters. Daß sie sich nach Abschluß des Vertrages ohne nähere Erläuterung als Verwalterin für den Freistaat Thüringen bezeichnet hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

c) Da die (auch analoge) Anwendung des § 571 BGB a. F. schon an der fehlenden Identität von Eigentümer und Vermieter scheitert, kann offen bleiben, ob diese mietrechtliche Vorschrift auch deshalb nicht anwendbar wäre, weil es sich bei dem Nutzungsvertrag nicht um einen reinen Mietvertrag handelt, sondern um einen auch andere Elemente enthaltenden gemischten Vertrag.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 293, 418, 767, 770 BGB; § 756 ZPO
Mietsicherheit durch Bankbürgschaft bei Mieterwechsel

1. Es liegt kein Fall des § 418 Abs.1 S.1 BGB vor, wenn der ursprüngliche Mieter, für den gebürgt worden ist, neben dem in das Mietverhältnis eingetretenen Ersatzmieter für Mietverbindlichkeiten subsidiär weiterhaftet. Ein solcher Fall liegt nur dann vor, wenn der ursprüngliche Mieter vollständig aus dem Mietverhältnis entlassen worden ist.

2. Es liegt kein Fall des § 767 Abs.1 S.3 BGB vor, wenn der ursprüngliche Mieter, für den gebürgt worden ist, neben dem in das Mietverhältnis eingetretenen Ersatzmieter für Mietverbindlichkeiten nur noch subsidiär weiterhaftet.

3. Es liegt kein Fall des § 770 Abs.2 BGB für den ursprünglichen Mieter vor, der nicht für den Ersatzmieter gebürgt hat, sondern aus dem von ihm mit dem Vermieter abgeschlossenen Mietverhältnis neben dem Ersatzmieter subsidiär weiterhaftet und die von ihm beigebrachte Bankbürgschaft als Mietsicherheit dem Vermieter belässt.

4. Der Vermieter hat ein Interesse an der Feststellung, dass der Bürge sich mit der Annahme der Bürgschaftsurkunde im Annahmeverzug befindet, wenn er dem Bürgen gegen Zahlung des aus der Bürgschaft geschuldeten Betrages die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde angeboten hat.

(OLG München, Urteil vom 31. 7. 2003 – 19 U 2298/03)

Zum Sachverhalt: Der Kläger vermietete am 25. 6. 1995 an einen J. G. und einen R. F. ein Ladengeschäft in Dachau bis zum 30. 6. 2004. J. G. und R. F. brachten eine selbstschuldnerische Bürgschaft der Beklagten bis zu einem Höchstbetrag von DM 10 600,- (EUR 5419,69) als Mietsicherheit bei. Vor Ablauf des Mietverhältnisses trat die Fa. G. GmbH & Co KG durch folgende Vereinbarung mit dem Kläger sowie mit J. G. und R. F. in das bestehende Mietverhältnis ein: „Anstelle der bisherigen Mieter, Herr J. G. und Herr R. F., tritt mit Wirkung vom 1. November 1999 die Firma G. GmbH & Co KG als Ersatzmieterin mit allen Rechten und Pflichten in das Mietverhältnis ein. Zum gleichen Zeitpunkt scheiden die Mieter, Herr J. G. und Herr R. F., aus dem Mietverhältnis aus. ... Das Mietverhältnis wird zunächst bis zum 30. 6. 2004 abgeschlossen. ... Die Bankbürgschaft steht dem Vermieter zu, bis die neue Mieterin eine gleichwertige Sicherheit erbringt. Die ausscheidenden Mieter haften ersatzweise für die Zahlungsverpflichtungen der Folgemietlerin bis zum 30. 6. 2004...“

Die Fa. G. GmbH & Co KG wurde im Laufe des Jahres 2001 insolvent, weshalb der Kläger die subsidiär haftenden J. G. und R. F. auf Ausgleich der von der Ersatzmieterin verursachten Mietrückstände in Anspruch nahm. Da J. G. und R. F. den vom Kläger geforderten Betrag nicht zahlen wollten, wurden sie von diesem verklagt. Das Landgericht München II erteilte in dem unter dem Az. 9 O 5806/01 geführten Rechtsstreit gegen J. G. und R. F. folgenden Hinweis: „... dass es im vorliegenden Fall von einer Bürgschaft der Beklagten ausgeht, vgl. dazu Palandt Anm. 4 vor § 414. ... Die Beklagten können sich jedoch auf § 770 Abs. 2 BGB berufen, weil der Kläger zunächst mit der Kautionsaufrechnung kann.“ Anschließend schloss der Kläger mit J. G. und R. F. folgenden Vergleich: „Zur Abgeltung sämtlicher Forderungen zwischen den Parteien aus dem Mietvertrag vom 25. 6. 1995 und dem Nachtrag zum Mietvertrag bezahlen die Beklagten an den Kläger samtverbindlich noch EUR 15 000,-. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Kautionsaufrechnung beim Kläger bleibt.“ J. G. und R. F. bezahlten auf Grund dieses Vergleichs EUR 15 000,- an den Kläger, wodurch jedoch die von der Folgemietlerin verursachten Mietrückstände nur zum Teil getilgt wurden.

Der Kläger nahm wegen der verbliebenen Mietrückstände die Beklagte aus der Bürgschaft in Anspruch und bot dieser nach Zahlung der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde an. Die Beklagte, die der Auffassung war, dass die Bürgschaft erloschen sei, verweigerte jede Zahlung, weshalb der Kläger sie vor dem Landgericht München II verklagte. In dem Rechtsstreit mit dem Az. 9 B O 6670/02 beantragte er, die Beklagte zur Zahlung von EUR 5419,69 nebst Zinsen hieraus Zug um Zug gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde zu verurteilen und festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Rücknahme der Bürgschaftsurkunde im Annahmeverzug befinde. Die Beklagte beantragte Klageabweisung und widerklagend die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde. Der Kläger erkannte den Rückgabeanspruch mit der Maßgabe an, dass die Beklagte zuvor ihrer Zahlungspflicht aus der Bürgschaft nachkommen

müsse. Das Landgericht München II wies in diesem Prozess mit dem Teilerkenntnis- und Teilerurteil vom 6. 2. 2003 die Klage ab und gab der Widerklage mit der Begründung statt, dass mit der Vertragsübernahme durch die Ersatzmieterin die Bürgschaft gemäß § 418 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen sei.

Das Oberlandesgericht München hob mit dem Endurteil vom 31. 7. 2003 das landgerichtliche Urteil auf, gab der Zahlungs- und Feststellungsklage antragsgemäß statt und wies die Widerklage ab.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung des Klägers führt zum Erfolg.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus der Bürgschaft auf Zahlung von EUR 5419,69.

Die Bürgschaft ist nicht gemäß § 418 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen, da die ursprünglichen Mieter durch den Eintritt der Ersatzmieterin nicht aus der Haftung entlassen worden sind. Aus der Primärhaftung als Mieter ist nach der Vereinbarung, die bei Eintritt der Fa. G. GmbH & Co KG als Ersatzmieterin in das Mietverhältnis getroffen worden ist, eine subsidiäre Haftung neben den Folgiemietern geworden. Ein Fall des § 418 Abs. 1 S. 1 BGB liegt nur dann vor, wenn der ursprüngliche Schuldner vollkommen aus der Haftung entlassen wird. Dies ist gerechtfertigt, da dem Bürgen nicht zugemutet werden kann, für einen neuen Schuldner einzustehen, der möglicherweise nicht so solvent ist, wie der ursprüngliche. Bleibt letzterer in der Haftung, ist es nicht unbillig, die Bürgschaft bestehen zu lassen, da der Bürge nicht für den neuen, sondern nur für den alten Schuldner einzustehen hat, so dass es nicht zu einer Risikoerhöhung kommt. Dies gilt erst recht, wenn – wie hier – aus der Primärhaftung des ursprünglichen Schuldners eine subsidiäre Haftung geworden ist.

Es liegt auch kein Fall des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB vor, da – wie oben festgestellt – die Verpflichtung der Beklagten als Bürgin durch den Eintritt der Ersatzmieterin nicht erweitert, sondern verringert worden ist. Die Schuld, für die die Beklagte gebürgt hat, hat sich inhaltlich nicht so stark geändert, dass dies einem Forderungsaustausch gleichkäme. Gegenstand der subsidiären Haftung sind die Verbindlichkeiten aus dem gewerblichen Mietverhältnis geblieben (vgl. hierzu: BGH NJW 1980, 2412 f., Palandt/Sprau, BGB, 62. Auflage, Rn. 3 zu § 767 BGB).

Schließlich ist die Bürgschaft nicht durch die Erfüllung des Vergleichs, der zwischen dem Kläger und den ursprünglichen Mietern im Verfahren 9 O 5806/01 abgeschlossen worden ist, erloschen. Bei der Auslegung dieses Vergleichs ist der Hinweis des Landgerichts München II zu berücksichtigen, das fehlerhaft davon ausgegangen ist, dass der Kläger im Besitz einer Barkautions sei, die er von dem Ersatzmieter erhalten habe. Dies ergibt sich aus der Äußerung des Gerichts, die ursprünglichen Mieter hätten sich dem Kläger gegenüber für den Ersatzmieter verbürgt und könnten sich auf § 770 Abs. 2 BGB berufen. Eine Berufung auf § 770 Abs. 2 BGB durch die ursprünglichen Mieter als Bürgen setzt voraus, dass der Kläger Gläubiger der Ersatzmieterin ist, dass die Ersatzmieterin gegen den Kläger eine fällige Forderung hat und dass der Kläger sich durch Aufrechnung gegen diese Forderung befriedigen kann. Als fällige Forderung der Ersatzmieterin gegen den Kläger als Vermieter, gegen die sich dieser durch Aufrechnung mit Mietforderungen befriedigen kann, ist nur ein Anspruch auf Rückzahlung einer Barkautions denkbar. Wenn man von einer solchen Barkautions ausgeht, die jedoch von der Ersatzmieterin nicht geleistet worden ist, dann ergibt sich aus Satz 2 des Vergleichs, dass mit der Zahlung von EUR 15 000,- nicht die gesamten Forderungen des Klägers gegen die ursprünglichen Mieter aus deren subsidiären Haftung erledigt sein sollten. Der noch offene Restbetrag sollte durch die Kautions abgedeckt werden, aus der sich der Kläger durch Aufrechnung

befriedigen können sollte. Die Kautions, die gemäß Satz 2 des Vergleichs beim Kläger „verbleiben“ konnte, ist die streitgegenständliche Bankbürgschaft gewesen.

Der Kläger hat gemäß § 756 ZPO ein Interesse an der Feststellung, dass die Beklagte sich mit der Annahme der Bürgschaftsurkunde im Annahmeverzug befindet (vgl. hierzu: Zöller/Stöber, ZPO, 23. Auflage, Rn. 10 zu § 756 ZPO). Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs liegen vor, da der Kläger der Beklagten die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde gegen Zahlung von EUR 5419,69 vergeblich angeboten hat.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Fellner, München

Hinw. d. Mitteilers: Die hier diskutierten §§ 293 ff., 418 Abs. 1, 767 Abs. 1 und 770 Abs. 2 BGB sind durch die Schuldrechtsreform nicht verändert worden. – Das Endurteil des Oberlandesgerichts München vom 31. 7. 2003, 19 U 2298/03 ist rechtskräftig.

§ 906 BGB

Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch unter Mietern

Beeinträchtigungen, die von einer Mieträumlichkeit innerhalb desselben Grundstückseigentums auf eine andere Mieträumlichkeit einwirken, berechtigen den Mieter der von den Beeinträchtigungen betroffenen Räume nicht zu einem verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen den Mieter der anderen Räume.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 12. 12. 2003 – V ZR 180/03)

Zum Sachverhalt: Der Beklagte betreibt als Mieter im zweiten Obergeschoß eines Ärztehauses eine Arztpraxis. Über die Osterfeiertage 1999 platzte in dieser Praxis ein Zuleitungsschlauch zu einem Waschbecken. Infolgedessen kam es in den darunter liegenden Räumen, in denen die bei der Klägerin versicherten Ärzte, ebenfalls als Mieter, eine Gemeinschaftspraxis für Oralchirurgie betreiben, zu einem Wassereintrich. Hierbei entstanden Schäden an den Räumlichkeiten und am Inventar, derentwegen die Klägerin Versicherungsleistungen in Höhe von 190 915,46 DM erbracht hat. Aus übergegangenem Recht verlangt sie diesen Betrag von dem Beklagten erstattet.

Das Landgericht Stuttgart hat der Klage durch Grundurteil stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist bis auf einen Betrag von 2900 DM, der für die Erstellung eines Untersuchungsberichts zur Frage der Schadensursache und der Verantwortlichkeit ausgegeben wurde, ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht Stuttgart zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe aus übergegangenem Recht (§ 67 Abs. 1 VVG) ihrer Versicherungsnehmer in entsprechender Anwendung des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch gegen den Beklagten zu. Dieser von der Rechtsprechung entwickelte verschuldensunabhängige Anspruch sei wegen vergleichbarer Interessenlage auch auf den vorliegenden Fall anwendbar, in dem die Störung des Besitzes der Versicherungsnehmer der Klägerin aus einer Quelle herrühre, die sich in einer anderen Einheit des Gebäudes auf demselben Grundstück befinde.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, insbesondere des Senats, ist ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB gegeben, wenn von einem Grundstück im Rahmen seiner privatwirtschaftlichen Benutzung Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung überschreiten, sofern der davon betroffene Eigentümer aus besonderen Gründen gehindert war, diese Einwirkungen nach § 1004 Abs. 1 BGB rechtzeitig zu unterbinden (Senat, BGHZ 142, 66, 67 f. m.w.N.; Urt. v. 21. März 2003, V ZR 319/02, NJW 2003, 1732, 1733). Wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, ist dieser Anspruch über den Wortlaut des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB hinaus nicht auf die Folgen der Zuführung unwägbarer Stoffe beschränkt, sondern erfaßt u. a. auch die Störung durch sogenannte Grobimmissionen, wie etwa Wasser (vgl. Senat, BGHZ 142, 66). Er steht außerdem nicht nur dem Eigentümer eines Grundstücks zu, sondern auch dem Besitzer, dessen Abwehranspruch aus § 862 Abs. 1 BGB aus tatsächlichen Gründen nicht geltend gemacht werden konnte (Senat, Urt. v. 23. Februar 2001, V ZR 389/99, NJW 2001, 1865, 1866 m.w.N.). Schließlich kann auch der Benutzer des Grundstücks, von dem die Emissionen ausgehen, zum Ausgleich verpflichtet sein; die Eigentumsverhältnisse sind für die Störereigenschaft nicht entscheidend (vgl. Senat, BGHZ 113, 384, 392 m.w.N.). Der Umstand, daß weder die Versicherungsnehmer der Klägerin noch der Beklagte Grundstückseigentümer sind, steht daher einem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch prinzipiell nicht entgegen.

2. Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß der vorliegende Fall eine weitere Besonderheit aufweist. Nach der oben dargestellten Rechtsprechung kann zwar auch ein Besitzer eines Grundstücks einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch haben, und ein solcher Anspruch kann auch gegen den Besitzer eines Grundstücks gerichtet werden. Doch ist nicht darauf verzichtet worden, daß die Störung – wie es dem unmittelbaren Anwendungsbereich des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB entspricht – von einem anderen Grundstück herrührt. Denkbar ist danach, daß der Besitzer eines Grundstücks gegen den Besitzer eines anderen Grundstücks den Anspruch analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB geltend machen kann. Hier ist das Wasser hingegen nicht von einem anderen Grundstück in den befriedeten Bereich der Versicherungsnehmer der Klägerin eingedrungen, sondern lediglich von einem anderen Teil desselben Grundstücks. Voraussetzung für die Zubilligung eines Ausgleichsanspruchs auch in diesem Fall ist daher, daß dessen Grundsätze auf Beeinträchtigungen entsprechend angewendet werden können, die von einer Wohnung innerhalb desselben Grundstückseigentums auf eine andere Wohnung einwirken. Dies ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu verneinen.

a) Sein Ergebnis kann insbesondere nicht auf die von ihm zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGHZ 110, 17 und BGH, Urt. v. 14. April 1954, VI ZR 35/53, VersR 1954, 288) gestützt werden.

aa) In dem der Entscheidung BGHZ 110, 17 zugrunde liegenden Fall hat der Bundesgerichtshof einem Grundstückseigentümer einen bürgerlich-rechtlichen Ausgleichsanspruch zugesprochen, der aus übergeordneten Interessen zur Duldung einer unterirdischen behälterlosen Speicherung von Gas durch ein Energieversorgungsunternehmen gehalten war und dadurch in der Nutzung seines Grundstücks zum Tonabbau beeinträchtigt wurde. Dem Umstand, daß es hier an einer von einem anderen Grundstück herrührenden Beeinträchtigung fehlt, hat der Bundesgerichtshof keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Maßgeblich war für ihn der besondere Charakter des unterirdischen Eingriffs, der auch eine Enteignung gegen angemessene Entschädigung ermöglicht gehabt hätte (BGH, a. a. O. S. 19 ff.), sowie die Tatsache, daß der Unter-

schied zu einer Beeinträchtigung von einem benachbarten Grundstück aus lediglich darin lag, daß statt horizontal vertikal eingegriffen wurde (BGH, a. a. O. S. 24).

Aus dieser besonderen Konstellation kann nicht allgemein darauf geschlossen werden, daß jede Beeinträchtigung verschiedener Nutzer eines Grundstücks untereinander zum Ausgleich nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB führen kann. In dem Fall BGHZ 110, 17 geht es, wie in § 906 Abs. 2 grundsätzlich geregelt, um einen von außen kommenden Eingriff in ein fremdes Grundstück. Hier mag ein Ausgleichsanspruch schon mit Rücksicht auf den enteignungsähnlichen Charakter des Eingriffs naheliegen, der sich zudem jeder sonst möglichen Schadensersatzrechtlichen Lösung entzieht, da die unterirdische Speicherung zulässig war. Im übrigen wird das Gas von außen unter Druck eingespeist, wobei es wertungsmäßig keinen Unterschied macht, ob dies direkt geschieht oder von einem Nachbargrundstück aus.

Im konkreten Fall ist es strukturell anders. Es geht nicht um die Beeinträchtigung eines Grundstückseigentümers (oder -benutzers) von außen, sondern um einen Konflikt zweier Nutzer desselben Grundstücks, um die Beeinträchtigung des einen durch den anderen, durch Immissionen, die von dem einen Nutzungsbereich auf den anderen einwirken. Mit dem der Entscheidung BGHZ 110, 17 zugrunde liegenden Konflikt hat das nichts zu tun.

bb) In der Entscheidung aus dem Jahre 1954 (VI ZR 35/53, VersR 1954, 288) hat der VI. Zivilsenat allerdings die Grundsätze des § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB auf das Verhältnis von Mietern eines Hauses untereinander für anwendbar erklärt, soweit es um die Bestimmung der Grenzen dessen geht, was ein Mieter an Geräuschen hinnehmen muß, die von den Räumen eines anderen Mieters ausgehen. Eine nähere Begründung dazu fehlt. Die Entscheidungen des Reichsgerichts, auf die der Bundesgerichtshof verweist, stellen bei genauerer Sicht nur eine in verschiedenen Zeitschriften veröffentlichte Entscheidung dar (RG HRR 1931 Nr. 1219 = JW 1932, 2984 Nr. 11, dort nur Leitsatz), in der die entsprechende Anwendung ebenfalls nicht begründet wird. Unabhängig davon wird aber auch nur deutlich, daß nach Auffassung des Bundesgerichtshofs die Grenzen der Duldungspflicht nach den in § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB festgelegten Kriterien ermittelt werden können. Ob zwischen Mietern desselben Hauses auch ein verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch in Betracht kommen kann, erörtert der Bundesgerichtshof nicht und stützt den geltend gemachten Schadensersatzanspruch auf § 823 Abs. 1 BGB, freilich auch schon in Ermangelung einer Regelung des verschuldensunabhängigen Anspruchs überhaupt. Diese wurde erst später als Absatz 2 Satz 2 in die Vorschrift eingefügt.

b) Eine entsprechende Anwendung der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätze zum verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ist auch nicht aus anderen Gründen gerechtfertigt.

aa) Soweit eine entsprechende Anwendung des § 906 BGB auf das Verhältnis von Mietern eines Hauses untereinander für möglich erachtet wird, geschieht dies zumeist pauschal, ohne näheres Eingehen auf die Voraussetzungen einer Analogie (vgl. BGH, Urt. v. 14. April 1954, VI ZR 35/53, VersR 1954, 288; OLG München, NJW-RR 1992, 1097, ohnehin nur als Hilfserwägung; Staudinger/Roth, BGB (2001), § 906 Rdn. 107). Außerdem steht im Vordergrund die Überlegung, die in § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB niedergelegten Kriterien zur Bestimmung von Grenzen der nachbarlichen Duldungspflicht auf eine Mietergemeinschaft entsprechend anzuwenden. Die Gewährung eines Ausgleichsanspruchs analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB bejaht – soweit ersichtlich – nur das Oberlandesgericht Düsseldorf in der von dem Berufungsgericht angeführten Entscheidung.

bb) Solche Erwägungen lassen außer Betracht, daß es an einer die Analogie rechtfertigenden ausfüllungsbedürftigen Gesetzeslücke fehlt.

§ 906 BGB ist Teil des bürgerlich-rechtlichen Nachbarrechts der §§ 905 bis 924 BGB (Staudinger/Roth, § 906 Rdn. 3; Erman/Hagen/Lorenz, BGB, 10. Aufl., § 906 Rdn. 1; weiter demgegenüber MünchKomm-BGB/Säcker, 3. Aufl., § 906 Rdn. 1, 138; nicht auf das Nachbarverhältnis beschränkt). Der von Absatz 2 Satz 2 der Norm gewährte Ausgleichsanspruch und seine Fortentwicklung durch die Rechtsprechung hat seine Grundlage im nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis (Senat, BGHZ 38, 61, 64; BGHZ 113, 384, 391). Er ist Teil des Interessenausgleichs, der für eine sachgerechte Nutzung von Grundstücken im nachbarlichen Raum unerlässlich ist (vgl. Erman/Hagen/Lorenz, § 906 Rdn. 1; vgl. auch Senat, BGHZ 38, 61, 63 f.; MünchKomm-BGB/Säcker, § 906 Rdn. 1). In einem solchen grundstücksbezogenen Regelungszusammenhang sind Normen, die das Verhältnis von Mietern untereinander regeln, nicht zu erwarten. Sie könnten auch nicht an dem Gedanken der Beschränkung der Eigentümerrechte nach § 903 BGB anknüpfen, um den es bei § 906 BGB, allgemein gefaßt, geht (vgl. Erman/Hagen/Lorenz a. a. O.), sondern müßte im Mietrecht angesiedelt werden. Daß das Verhältnis der Mieter untereinander keine Berücksichtigung in § 906 BGB gefunden hat, kann daher nicht als planwidrige Lücke angesehen werden. Daß es auch im Mietrecht keine Normen gibt, die einen Interessenausgleich bezwecken, stellt ebenfalls kein Regelungsdefizit dar, das durch eine analoge Anwendung nachbarrechtlicher Vorschriften, insbesondere durch § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB, behoben werden könnte. Dem Gesetzgeber kann nicht verborgen geblieben sein, daß es zwischen Mietern Streit um beeinträchtigende Immissionen geben kann und in der Praxis auch gibt. Wenn er gleichwohl zur Regelung dieses Konflikts keine dem Charakter des § 906 BGB entsprechende Vorschriften geschaffen hat, so kann daraus nur gefolgert werden, daß er eine Regelung für entbehrlich, möglicherweise auch für sachlich fragwürdig, gehalten hat, nicht aber, daß ihm ein dem Regelungskonzept zuwiderlaufender Fehler in Form einer Gesetzeslücke anzulasten ist.

Dagegen spricht auch, daß es einer spezifischen Regelung nicht bedarf. Die Grenzen, die ein Mieter bei der Nutzung der gemieteten Räume einzuhalten hat, ergeben sich aus dem Vertragsverhältnis zum Vermieter, das häufig näher ausgestaltete Verhaltensregeln in Hausordnungen, die Bestandteil des Mietvertrages sind, bereithält. Solche Regelungen werden zugunsten der jeweiligen Mitmieter getroffen und geben ihnen ein eigenes Recht, von den anderen Mietern die Einhaltung der Bestimmungen der Hausordnung zu verlangen, § 328 BGB (OLG München, NJW-RR 1992, 1097 m.w.N.). Im übrigen kann der Mieter vom Vermieter eine von Dritten, insbeson-

dere von Mitmietern, ungestörte Gebrauchsgewährung verlangen, § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. nur Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., § 535 Rdn. 28 m.w.N.).

cc) Daraus wird zugleich deutlich, daß es auch an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt. Das Verhältnis von Mietern untereinander hat, anders als das Verhältnis benachbarter Grundstückseigentümer, keine rechtliche Ausgestaltung erfahren. Soweit Ansprüche untereinander bestehen, gründen diese auf das Vertragsverhältnis zum Vermieter oder beruhen auf besitzschutz- oder deliktsrechtlichen Normen (vgl. OLG München, NJW-RR 1992, 1097; siehe auch Staudinger/Emmerich, BGB <2003>, § 535 Rdn. 134 f.). Unmittelbare Schutzpflichten der Mieter untereinander bestehen nicht (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 8. Aufl., § 535 Rdn. 146 m.w.N.). Eine nähere Bindung, die strukturell dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis gleiche, fehlt. Für eine entsprechende Lösung besteht, wie dargelegt, auch kein zwingendes Bedürfnis. Allein der Umstand, daß ein Mieter einen ihm an sich zustehenden Unterlassungsanspruch nach § 862 Abs. 1 BGB wegen der faktischen Gegebenheiten nicht rechtzeitig geltend machen kann, rechtfertigt keine Übertragung der Grundsätze des verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruchs analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auf Beeinträchtigungen durch Mitmieter. Analogiefähig wäre dieses Rechtsinstitut nur bei struktureller Vergleichbarkeit und anders nicht zu befriedigender Schutzbedürftigkeit. Daß jemand in seinen Rechten oder Rechtsgütern von Dritten beeinträchtigt wird und er diese Beeinträchtigung nicht rechtzeitig abwehren kann und daher auf verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche beschränkt ist, ist keine Unzuträglichkeit und hat die Rechtsprechung nur unter den besonderen Voraussetzungen eines nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses zu einer weitergehenden Lösung, angelehnt an § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB, berechtigt (vgl. auch Senat, Urt. v. 29. Juni 1973, V ZR 71/71, MDR 1973, 1013).

III. Der Rechtsstreit ist nicht zur Entscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). In Betracht kommt eine Haftung des Beklagten, wie vom Landgericht angenommen, nach § 823 Abs. 1 BGB. Insofern bedarf die Sache hinsichtlich der Verschuldensfrage nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weiterer Aufklärung.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§§ 249, 250, 276 BGB – Informationspflicht der kreditgebenden Bank; Bauherrenmodell; Schadensersatz

a) Empfiehlt eine kreditgebende Bank einem Anlageinteressenten eine Beteiligung an einem Bauherrenmodell, so muß sie ihn ungefragt informieren, wenn die erzielten Mieterträge der in einem steuersparenden Bauherrenmodell bereits erstellten Eigentumswohnungen nicht den im Anlageprospekt prognostizierten Mieten entsprechen und die Vermietung der Wohnungen Schwierigkeiten bereitet.

b) Ein Freistellungsanspruch wandelt sich in einen Zahlungsanspruch des Geschädigten um, wenn der Schädiger jeden Schadensersatz ernsthaft und endgültig verweigert und der Geschädigte Geldersatz fordert.

c) Zur Berechnung und Abwicklung des dem Anleger und Kreditnehmer entstandenen Schadens.

(BGH, Urteil vom 13.1.2004 – XI ZR 355/02)

Die
GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

für Ihren **Buchbinder**

(9,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte

(je 1,50 EUR zzgl. 2,- EUR Versandpauschale zzgl. MwSt)

Bestellungen an

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

Telefax: 0228 / 47 09 54 · e-mail: info@prewest.de

Auslieferung nach Produktion.

Das GuT-Register 2001–2003 ist diesem Heft beigeheftet.

§§ 611, 652 BGB; Art.1 §§ 1, 5 RBERG – Rechtsberatung des Energieberaters

Verpflichtet sich ein Unternehmen, Kunden von Energieversorgern mit dem Ziel der Kostenersparnis zu beraten (Energieberatungsunternehmen), so kann es sich um Rechtsbesorgung im Sinne von Art.1 § 1 RBERG handeln. Im Einzelfall kann die Rechtsbesorgung eine erlaubte Nebentätigkeit nach Art.1 § 5 RBERG darstellen (hier bejaht).

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. 7. 2003 – I-24 U 6/03)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WM 2004, 106.

§ 1 AGBG – vorformulierte Vertragsbedingungen

Für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen können auch dann vorliegen, wenn die Bedingungen nicht gegenüber verschiedenen Vertragsparteien verwendet werden sollen.

(BGH, Urteil vom 11.12. 2003 – VII ZR 31/03)

§ 2 InsVV – Mindestvergütung in masselosen Insolvenzverfahren

a) Für Insolvenzverwalter, die ab 1. Januar 2004 in einem masselosen Verfahren bestellt werden, ist die Beschränkung der regelmäßigen Mindestvergütung auf 500,00 € verfassungswidrig.

b) Der Verordnungsgeber hat bis 1. Oktober 2004 eine verfassungskonforme Neuregelung mit Rückwirkung zum 1. Januar 2004 zu treffen.

c) Geschieht dies nicht, werden die Gerichte eine angemessene Mindestvergütung festzulegen haben.

(BGH, Beschluss vom 15.1. 2004 – IX ZB 96/03)

§§ 253, 313, 418, 511, 51, 56, 80 ZPO a. F. – Verwirrungsstrategie aus dem Umfeld des Beklagten; Teppichhändler

Wer unter dem Namen des Beklagten die Klageschrift ausweislich der Zustellungsurkunde entgegennimmt und in der mündlichen Verhandlung unter dem Namen des Beklagten persönlich anwesend ist, verschafft weder dem wirklichen Beklagten, der im Verborgenen blieb, noch sich selbst einen Vorteil von Bestand. (nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 19.11. 2003 – XII ZB 171/02)

Hinw. d. Red.: Veröffentlicht in WM 2004, 109.

§ 45 WEG; § 46 ZPO – Richterablehnung; sofortige Beschwerde

Gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist eine sofortige Beschwerde nicht statthaft (§ 45 WEG; §§ 27 ff. FGG), und zwar auch nicht in Richterablehnungssachen (§§ 46 Abs. 2, 567 Abs. 1, 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

(BGH, Beschluss vom 16.1. 2004 – V ZB 64/03)

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf.

Wettbewerb

§§ 7, 1 UWG

Umgekehrte Versteigerung im Internet; neue, noch unübliche Verkaufsmethoden; durchschnittlich informierter Verbraucher; aleatorische Reize

Die Bewerbung und Durchführung einer „umgekehrten Versteigerung“ von Gebrauchtfahrzeugen im Internet, bei der der Anfangspreis des angebotenen Fahrzeugs alle 20 Sekunden um 250 DM sinkt, verstößt jedenfalls dann weder gegen § 7 Abs. 1 UWG noch gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des Einsatzes aleatorischer Reize, wenn sich der „Auktionssieger“ nach Abschluß der Veranstaltung ohne finanzielle Nachteile erkennbar frei entscheiden kann, ob er das „ersteigerte“ Fahrzeug zu dem erzielten Preis erwerben will.

(BGH, Urteil vom 13.11. 2003 – I ZR 40/01)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer „umgekehrten Versteigerung“ von Gebrauchtfahrzeugen im Internet.

Der Kläger ist eine Vereinigung von Gewerbetreibenden und Verbänden von Gewerbetreibenden zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs auf dem Gebiet des Kraftfahrzeuggewerbes. Die Beklagte zu 2 (im folgenden: Beklagte) zählt zu den größten Unternehmen auf dem Gebiet der Vermietung und Verwertung von Kraftfahrzeugen in Deutschland.

Die Beklagte bewarb am 1. Juni 1999 in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung unter dem Logo „SIXT buy a car“ in einem halbseitigen Inserat eine im Internet stattfindende Gebrauchtwagen-Auktion. In der Überschrift der Anzeige heißt es in kleiner Schrift wie folgt: „Bei Sixt kommen topgepflegte Gebrauchtwagen unter den Hammer. Dabei sinkt der Preis,

bis der erste zuschlägt. Ohne Risiko: Gegen Ersatz der Transportkosten können Sie das Auto zurückgeben. Infos unter www.sixt.de“. Unter der Abbildung eines Fahrzeugs ist in hervorgehobener Schrift zu lesen: „Was der kostet, hängt ganz von Ihren Nerven ab“. Darunter findet sich in kleinerer Schrift der Hinweis: „(Dienstags im Internet: Die Sixt-Gebrauchtwagen-Auktion. Der Preis sinkt alle 15 Sekunden um 300 Mark)“. Ab der dritten Juni-Woche 1999 warb die Beklagte mit Preissenkungen von 250 DM alle 20 Sekunden.

Der Ablauf der „Sixt-Gebrauchtwagen-Auktion“ ist auf den Internet-Seiten der Beklagten wie folgt dargestellt: Bei der jeden Dienstag im Internet durchgeführten Auktion, an der bis zu 1500 zuvor registrierte Internet-Nutzer teilnehmen können, werden jeweils vier Gebrauchtwagen angeboten. Preise und Daten dieser Fahrzeuge können ab Mittwoch der dem Auktionstermin vorausgehenden Woche im Internet abgefragt werden. Die Auktion beginnt mit einem Startpreis für den angebotenen Gebrauchtwagen, der einem verkehrsüblichen Ladenpreis entspricht. Dieser Preis fällt sodann alle 20 Sekunden um 250 DM, bis der erste Auktionsteilnehmer zweimal auf einen mit „Ich kaufe!“ markierten „Zuschlagbutton“ geklickt hat. Anschließend wird der Auktionsgewinner von der Beklagten per E-Mail aufgefordert mitzuteilen, ob und wann er eine Besichtigung des Fahrzeugs in München wünscht. Er kann von einem Erwerb des Fahrzeugs absehen, ohne irgendwelche Kosten tragen zu müssen. Gegen Erstattung einer Überführungsgebühr (pauschal 300 DM) kann er den Pkw auch an jeder Sixt-Station in Deutschland besichtigen. Nach der Besichtigung steht es dem Auktionsgewinner frei, das Fahrzeug zu dem bei der Auktion zuletzt verlangten Preis zu erwerben oder von einem Erwerb abzusehen, ohne

weitere Kosten tragen zu müssen. Ein Kaufvertrag wird nicht während der Internet-Auktion, sondern frühestens nach Besichtigung des Fahrzeugs abgeschlossen.

Der Kläger ist der Ansicht, bei der angekündigten Internet-Auktion handele es sich um eine unzulässige Sonderveranstaltung i. S. von § 7 Abs. 1 UWG. Darüber hinaus verstoße die Werbung gegen § 1 UWG, weil der angesprochene Verbraucher in unzulässiger Weise von einem sachgerechten Leistungswettbewerb abgelenkt und dazu verleitet werde, allein deshalb an der Gebrauchtwagen-Auktion teilzunehmen, um in den Genuß der besonderen Kaufvorteile zu gelangen. Schließlich sei die Werbung auch irreführend, da sie den unzutreffenden Eindruck einer Versteigerung erwecke.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs sogenannte Rückwärtsauktionen für Gebrauchtwagen, bei denen die Preise für die Gebrauchtwagen laufend sinken und der Zuschlag im Internet erteilt wird, anzukündigen und/oder durchzuführen, insbesondere wenn dies nach Maßgabe der [oben beschriebenen] Werbeanzeige geschieht.

Das Landgericht München I hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung ist erfolglos geblieben (OLG München GRUR-RR 2001, 112 = WRP 2001, 431). Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein zweitinstanzliches Unterlassungsbegehren weiter.

Aus den Gründen: I. Das Berufungsgericht hat die Werbung für die Internet-Auktion für wettbewerbsrechtlich zulässig erachtet. Dazu hat es ausgeführt: Eine unzulässige Sonderveranstaltung i. S. von § 7 Abs. 1 UWG sei nicht gegeben. Zwar bewerbe die Beklagte eine Verkaufsveranstaltung, da die Auktion als Werbemaßnahme und der nachfolgende Abschluß des Kaufvertrags als Einheit gesehen werden müßten. Die Aktion der Beklagten diene jedoch nicht der Beschleunigung des Warenabsatzes. Die Beklagte stelle wöchentlich lediglich vier Fahrzeuge für die Auktion zur Verfügung. Die beanstandete „Rückwärtsauktion“ enthalte auch keinerlei Momente, die über den normalen Ablauf eines Gebrauchtwagenverkaufs hinausgingen.

Ein wettbewerbswidriges übertriebenes Anlocken i. S. von § 1 UWG sei bei der beworbenen Gebrauchtwagen-Auktion auch nicht gegeben, da der Kauf nicht bereits mit dem Drücken des Zuschlagbuttons zustande komme, sondern der Auktionsgewinner lediglich die Möglichkeit zu einem späteren Kauf erhalte. Bis zu diesem Zeitpunkt stehe er nicht mehr unter dem „Druck der Chance“ und habe genügend Gelegenheit, Vergleichsangebote einzuholen. Daß die Beklagte durch die

ses aleatorische Werbemittel die Aufmerksamkeit auf sich lenke, sei grundsätzlich nicht verwerflich.

Ebensowenig liege eine irreführende Werbung vor. Es könne offenbleiben, ob ein verständiger Durchschnittsverbraucher den Eindruck habe, er erwerbe ein Fahrzeug im Wege einer Versteigerung, während der Kaufvertrag tatsächlich erst hinterher bei Gefallen abgeschlossen werde. Denn ein solcher Irrtum wäre jedenfalls nicht wettbewerbsrelevant.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, daß es sich bei der angekündigten Internet-Auktion nicht um eine unzulässige Sonderveranstaltung gemäß § 7 Abs. 1 UWG handelt und die angegriffene Werbung auch nicht gegen §§ 1 und 3 UWG verstößt.

1. Das Berufungsgericht hat sich nicht mit der Frage der Prozeßführungsbefugnis des Klägers befaßt. Es bestehen keine begründeten Zweifel an der Prozeßführungsbefugnis nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Nähere Ausführungen dazu erübrigen sich.

2. a) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, daß es sich bei der angegriffenen Werbung nicht um die Ankündigung einer nach § 7 Abs. 1 UWG unzulässigen Sonderveranstaltung handelt. Sonderveranstaltungen sind nach der Legaldefinition des § 7 Abs. 1 UWG Verkaufsveranstaltungen im Einzelhandel, die außerhalb des regelmäßigen Geschäftsverkehrs stattfinden, der Beschleunigung des Warenabsatzes dienen und den Eindruck der Gewährung besonderer Kaufvorteile hervorrufen.

Es kann offenbleiben, ob – wie das Berufungsgericht meint – eine nach § 7 Abs. 1 UWG unzulässige Sonderveranstaltung schon deshalb nicht vorliegt, weil die Auktion der Beklagten nicht in einem größeren Umfang der Beschleunigung des Warenabsatzes dient als ein ohne Auktion beworbener Gebrauchtwagenverkauf.

Die von der Beklagten angekündigte Verkaufsveranstaltung findet entgegen der Auffassung der Revision jedenfalls nicht außerhalb des regelmäßigen Geschäftsverkehrs i. S. von § 7 Abs. 1 UWG statt. Das Berufungsgericht hat zu dieser Tatbestandsvoraussetzung des § 7 Abs. 1 UWG zwar keine Feststellungen getroffen. Der Senat kann die Frage, ob es sich bei der Internet-Auktion um eine Verkaufsveranstaltung außerhalb des regelmäßigen Geschäftsverkehrs handelt, jedoch aufgrund des unstreitigen Sachverhalts selbst abschließend entscheiden.

Für die Beurteilung der Frage, ob eine Verkaufsveranstaltung zum regelmäßigen Geschäftsverkehr gehört oder eine Unterbrechung desselben darstellt, kommt es nicht in jedem Fall auf eine bereits bestehende Branchenübung an. Auch neue, noch unübliche Werbe- und Verkaufsmethoden können als zum regelmäßigen Geschäftsverkehr eines Unternehmens gehörig anzusehen sein, wenn sie als eine wirtschaftlich vernünftige, sachgerechte und deshalb billigenwerte Fortentwicklung des Bisherigen erscheinen und sich im Rahmen der von der Rechtsordnung gebilligten Ziele halten (vgl. BGHZ 103, 349, 353 – Kfz-Versteigerung; BGH, Urt. v. 20. 3. 1997 – I ZR 241/94, GRUR 1997, 672, 673 = WRP 1997, 727 – Sonderpostenhändler; Urt. v. 15. 1. 1998 – I ZR 244/95, GRUR 1998, 585, 586 = WRP 1998, 487 – Lager-Verkauf). Das ist hier der Fall.

aa) Der durchschnittlich informierte Verbraucher ist heute an Verkäufe von gebrauchten Artikeln im Internet durch private und gewerbliche Anbieter gewöhnt. Regelmäßig werden dabei der Preis und der Berechtigte durch eine Versteigerung ermittelt. Daß dies bei gebrauchten Kraftfahrzeugen möglicherweise noch nicht branchenüblich ist, steht der Annahme einer billigen Fortentwicklung auch in diesem Bereich nicht entgegen. Auf diese Weise kann in wirtschaftlich vernünftiger Weise auf einem überörtlichen Markt der vom Ver-

Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter www.zvab.com
Pfad: Antiquariate–Antiquariatsname→Prewest

Telefax: 02 28 / 47 09 54,

e-mail: antiquariat@prewest.de

kehr für den angebotenen Gebrauchtwagen akzeptierte Preis leicht ermittelt werden.

bb) Bei der in Rede stehenden Internet-Auktion bedarf es – anders als bei einer herkömmlichen Versteigerung, bei der der Kaufvertrag nach § 156 Satz 1 BGB durch Zuschlag zustande kommt – nicht eines besonderen Schutzes des Verbrauchers vor Irrtümern in der Hektik einer Versteigerung. Denn bei erfolgreicher Teilnahme an der Auktion führt der Auktionsgewinn nicht bereits zu einer Kaufverpflichtung, sondern lediglich zu einer Kaufberechtigung. Der Auktionsgewinner kann sich daher sowohl vor als auch nach der Versteigerung in aller Ruhe über Konkurrenzangebote informieren und seine Entscheidung für oder gegen einen Erwerb des Fahrzeugs nach reiflicher Überlegung treffen.

b) Die angegriffene Werbung verstößt auch nicht gegen § 1 UWG. Sie enthält keinen wettbewerbswidrigen Einsatz sogenannter aleatorischer Reize.

aa) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß weder der Einsatz von Elementen der Wertreklame im Rahmen einer Werbeanzeige noch der hiervon möglicherweise ausgehende sogenannte aleatorische Reiz für sich allein ausreichen, um eine Werbemaßnahme als unlauter i. S. von § 1 UWG erscheinen zu lassen. Es müssen vielmehr zusätzliche, besondere Umstände vorliegen, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit i. S. von § 1 UWG rechtfertigen (vgl. BGH, Urt. v. 17. 2. 2000 – I ZR 239/97, GRUR 2000, 820, 821 = WRP 2000, 724 – Space Fidelity Peep-Show; Urt. v. 13. 3. 2003 – I ZR 212/00, GRUR 2003, 626, 627 = WRP 2003, 742 – Umgekehrte Versteigerung II). Wettbewerbswidrig ist die Werbung erst dann, wenn der Einsatz aleatorischer Reize dazu führt, die freie Entschließung der angesprochenen Verkehrskreise so nachhaltig zu beeinflussen, daß ein Kaufentschluß nicht mehr von sachlichen Gesichtspunkten, sondern maßgeblich durch das Streben nach der in Aussicht gestellten Gewinnchance bestimmt wird (vgl. BGH, Urt. v. 5. 2. 1998 – I ZR 151/95, GRUR 1998, 735, 736 = WRP 1998, 724 – Rubbelaktion; BGH GRUR 2000, 820, 821 – Space Fidelity Peep-Show; GRUR 2003, 626, 627 – Umgekehrte Versteigerung II).

bb) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, daß bei der hier in Rede stehenden Werbung für eine „umgekehrte Versteigerung“ eines Gebrauchtwagens im Internet mit in bestimmten Zeitintervallen fallendem Preis die gemäß § 1 UWG erforderlichen besonderen Unlauterkeitsumstände fehlen.

(1) Die beanstandete Werbeanzeige enthält aleatorische Elemente. Diese liegen darin, daß bei der angekündigten (umgekehrten) Gebrauchtwagen-Auktion der Startpreis für den angebotenen Gebrauchtwagen in zuvor bestimmten zeitlichen Abständen um einen ebenfalls vorher bestimmten Betrag sinkt und der Zuschlag für die Kaufoption demjenigen erteilt wird, der zuerst den aktuellen Preis akzeptiert. Der Leser entnimmt der Anzeige, daß der Kaufpreis während der Internet-Auktion alle 20 bzw. 25 Sekunden um 250 bzw. 300 DM sinkt. Der von der Anzeige ausgehende Anreiz zum näheren Befassen mit dem Angebot und zum Mitwirken bei der Auktion wird daher mit ablaufender Zeit stärker und löst eine steigende suggestive Wirkung aus. Allein der Anreiz, durch Zuwarten mit dem zweimaligen Anklicken des markierten Zuschlagbuttons „Ich kaufe!“ einen höheren „Gewinn“ erzielen zu können, da weniger gezahlt werden muß, führt bei einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher nicht dazu, von einer Prüfung der Preiswürdigkeit des Angebots der Beklagten abzusehen und sich zu einem Erwerb vorrangig wegen des „Spiels“ verleiten zu lassen. Die Befürchtung eines potentiellen Käufers, ein anderer Käufer könnte ihm bei weiterem Abwarten zuvorkommen, gehört zum allgemeinen geschäftlichen Verkehr. Der aleatorische Reiz der hier zu beurteilenden Internet-Auktion ist eher gering. Der Teilnehmer wird nicht angeregt, aktiv mitzubieten. Er muß le-

diglich abwarten, ob der Startpreis auf den von ihm erhofften Preis absinkt, um sich dann für das Angebot zu entscheiden.

(2) Der Annahme zusätzlicher besonderer Umstände, die eine unsachliche Beeinflussung des Kaufentschlusses durch die beworbene umgekehrte Gebrauchtwagen-Auktion begründen, steht des weiteren entgegen, daß die Anschaffungskosten für die angebotenen Gebrauchtwagen nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine beträchtliche Investition darstellen. Der Verbraucher wird sich mit dem Erwerb des beworbenen Pkw erfahrungsgemäß nur nach reiflicher Überlegung und Prüfung von Vergleichsangeboten befassen (BGH, Urt. v. 26. 3. 1998 – I ZR 222/95, GRUR 1999, 256, 257 = WRP 1998, 857 – 1000, – DM Umwelt-Bonus; BGH GRUR 2003, 626, 627 – Umgekehrte Versteigerung II). Eine weitere Überlegungszeit steht dem Auktionsteilnehmer bei der von der Beklagten beworbenen umgekehrten Gebrauchtwagen-Auktion deshalb zur Verfügung, weil er nach seinem „Auktionsgewinn“ die freie Wahl hat, ob er das „ersteigerte“ Fahrzeug erwerben möchte oder nicht. Der Kunde kann seine Entscheidung überdenken und ohne finanzielles Risiko rückgängig machen. Er muß lediglich für den Fall, daß er sich das Fahrzeug zu einer Besichtigung zu einer in Deutschland gelegenen Sixt-Station bringen läßt, die dafür anfallenden (pauschal berechneten) Transportkosten tragen.

Damit fehlt es an einer wettbewerbsrechtlich sittenwidrigen Ausnutzung des Spieltriebs auch für den Fall, daß der Verbraucher aufgrund der blickfangartig herausgestellten Werbung zunächst annehmen sollte, er erwerbe das Fahrzeug verbindlich bereits mit dem „Zuschlag“.

(3) Entgegen der Ansicht der Revision kann eine wettbewerbswidrige Verleitung zum Kauf auch nicht der Aufforderung der Beklagten entnommen werden, der Auktionsgewinner möge das Fahrzeug vor einem endgültigen Erwerb besichtigen. Das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, daß der Auktionsgewinner nicht genötigt ist, sich zur Abholung des „Gewinns“ in ein Geschäftslokal der Beklagten zu begeben, und daß sich der aleatorische Reiz gegebenenfalls vor dem Computer in den eigenen vier Wänden „auf- und auch wieder abbaut“.

Das von der Revision angesprochene Gefühl der Peinlichkeit, das sie darin sieht, daß der Kunde mit der Abstandnahme vom Kauf sich dem (Selbst-)Vorwurf aussetzt, die Kaufaktion der Beklagten „mißbraucht“ zu haben, vermag das Kaufverhalten nicht, jedenfalls aber nicht nennenswert zu beeinflussen und kann daher vernachlässigt werden.

c) Das Berufungsgericht hat des weiteren rechtsfehlerfrei angenommen, daß die Werbung für die angekündigte Internet-Auktion nicht irreführend i. S. von § 3 UWG ist. Es hat dabei offengelassen, ob der angesprochene Verbraucher aus der Werbung den Eindruck gewinnen könne, er erwerbe das angebotene Fahrzeug bereits im Rahmen der von der Beklagten durchgeführten Auktion, obwohl der Kaufvertrag erst später bei Gefallen des Pkw abgeschlossen werde. Ein solchermaßen erzeugter Irrtum sei jedenfalls nicht wettbewerbsrelevant. Dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

Die Revision meint demgegenüber unter Wiederholung des Vortrags des Klägers, eine wettbewerbswidrige Irreführung liege darin, daß der Verbraucher mit der beworbenen Aktion die fehlerhafte Vorstellung verbinde, es werde ein öffentlich bestellter Versteigerer tätig, es gehe somit alles mit rechten Dingen zu. Das Berufungsgericht hat für eine dahingehende Fehlvorstellung des Verbrauchers, der sich aufgrund der Werbeanzeige der Beklagten mit dem Kauf eines Gebrauchtfahrzeugs befaßt, zu Recht keine Anhaltspunkte entnehmen können, ohne hierzu etwas ausführen zu müssen.

III. Danach war die Revision des Klägers mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.**

§§ 33, 20 GWB; GVO 2790/99 Art. 4 – Depotkosmetik im Internet

Es stellt eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar, wenn ein Hersteller eines Markenparfums, der seine Ware über ein selektives Vertriebssystem vertreibt, einerseits seinen Depositären den Verkauf über das Internet unter der Bedingung gestattet, daß die Internetsätze nicht mehr als die Hälfte der im stationären Handel erzielten Umsätze ausmachen, und andererseits Händler von der Belieferung ausschließt, die ausschließlich über das Internet verkaufen.

(BGH, Vers.-Urteil vom 4.11.2003 – KZR 2/02)

§ 1 UWG – „Sixperts“; Mietpunkte-Bonus

Das Prämiensystem eines Autovermieters, mit dem den Angestellten von Reisebüros für jede Buchung eines Mietwagens Punkte gutgeschrieben werden, die in Sachprämien und Bargeld eingetauscht werden können, verstößt gegen § 1 UWG.

(OLG Hamburg, Urteil vom 23.10.2003 – 5 U 17/03)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 30.4.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 3 UWG – Alleinstellungsberühmung

Der Slogan „e-Sixt.günstixt“ eines Autovermieters ist trotz des dem Verkehr erkennbaren Sprachwitzes keine nichts sagende, bloß reklamehafte Übertreibung, sondern eine auf die allgemeine Preisgünstigkeit des Angebots bezogene, irreführende Alleinstellungsberühmung. Der durch den verwendeten Superlativ hergestellte inhaltliche Bezug auf den Preis ergibt sich unmittelbar aus der Wortbedeutung „günstixt“ (anders als bei der Werbung mit „Das Beste jeden Morgen“ für ein Frühstückprodukt: BGH GRUR 2002, 184 – Das Beste jeden Morgen).

(OLG Hamburg, Urteil vom 20.3.2003 – 3 U 190/02)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 30.4.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 13 UWG; § 93 ZPO; § 13 BRAGO – „Aufreißer der Woche“; Abmahnung

Es ist nicht rechtsmissbräuchlich, neun zu einem Konzern gehörende, aber rechtlich selbständige Wettbewerber wegen eines Wettbewerbsverstößes getrennt abzumahnern, den jeder von ihnen allein, wenn auch in übereinstimmender Form begangen hat.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 25.8.2003 – 3 W 97/03)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 30.4.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 13 UWG – Hamburger Auktionatoren

Bei dem Vertrieb von Gebrauchtfahrzeugen im Wege einer als „Auktion“ bezeichneten Verkaufsaktion im Internet („um-

gekehrte Versteigerung“) wird keine Auktion veranstaltet, wie sie von öffentlich bestellten und vereidigten Auktionatoren im Rahmen der Gewerbeordnung und der Versteigerungsverordnung durchgeführt wird. Der maßgebliche Markt i. S. von § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG, an dem die Befugnis der klagenden berufsständischen Vereinigung von Auktionatoren zur Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu messen ist, ist daher die Veräußerung von Gebrauchtfahrzeugen.

(BGH, Urteil vom 13.11.2003 – I ZR 141/02)

§ 15 UWG; § 1 PreisangabenVO – Wettbewerb; Anspruchsverfolgung; Internethandel mit Preisangabenpflicht

1. Eine missbräuchliche Anspruchsverfolgung nach § 13 Abs. 5 UWG liegt nicht vor, wenn zwei verschiedene Gesellschaften eines Konzerns zeitlich nacheinander gegen einen Wettbewerber wegen zweier nur ähnlicher Verstöße gegen die PreisangabenVO vorgehen und die später klagende zweite Gesellschaft sich auch nicht mehr im Wege der Klageerweiterung an dem früher eingeleiteten Verfahren der ersten Gesellschaft beteiligen konnte.

2. Ein Internethändler, der durch Typenbezeichnungen spezialisierte Geräte der Unterhaltungselektronik ohne Preisangabe, sondern mit dem Hinweis anbietet „es handelt sich hierbei um ein beratungsintensives produkt, bitte kontaktieren sie unsere hotline für eine kompetente fachberatung“, verstößt gegen die PreisangabenVO.

(OLG Hamburg, Urteil vom 11.9.2003 – 5 U 69/03 – nicht rechtskräftig)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 30.4.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 1 PreisangabenVO – Internethandel; Preisangabepflichten; „Top Tagespreis“

Bewirbt ein Internethändler Geräte der Unterhaltungselektronik mit der Angabe „Top Tagespreis“ und kann man den Preis erst durch Anklicken dieser Worte in Erfahrung bringen, liegt ein Verstoß gegen die PreisangabenVO vor.

(OLG Hamburg, Urteil vom 6.11.2003 – 5 U 48/03 – nicht rechtskräftig)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 30.4.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 5, 15 MarkenG; 1 UWG – „Schuhmarkt.de“

Wer bei DENIC für sich einen Gattungsbegriff als Internetanschrift hat registrieren lassen, ist nicht gehalten, darauf zu Gunsten eines anderen mit einem größeren Interesse daran zu verzichten, wenn er beim Erwerb nicht in unlauterer Absicht gehandelt hat.

(OLG Hamburg, Urteil vom 24.7.2003 – 3 U 154/01)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 30.4.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 66 MarkenG – Computerfax

Eine per Computerfax im Markenbeschwerdeverfahren ohne Unterschrift eingelegte Beschwerde genügt dem Erfordernis der Schriftlichkeit, wenn sich aus dem Inhalt des Schriftstücks mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, daß die Beschwerde mit Wissen und Willen des Verfassers gefertigt und der zuständigen Behörde zugeleitet worden ist.

(BGH, Beschluss vom 28.8.2003 – I ZB 1/03)

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; die Mitglieder des 5. ZS des OLG Hamburg; die Mitglieder des 3. ZS des OLG Hamburg.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn
info@prewest.de · Fax 02 28 / 47 09 54

Teileigentum

**§§ 10, 15 WEG; § 1004 BGB; § 767 ZPO
Metzgerei; „Warme Theke“;
Ladenöffnungszeiten; Steh-Imbiß**

1. § 767 ZPO ist auf im Wohnungseigentumsverfahren erlassene Unterlassungstitel entsprechend anwendbar.

2. Zu den Einwendungen, die den durch „das Urteil“ festgestellten Anspruch im Sinne des § 767 ZPO selbst betreffen, gehört auch die Geltendmachung nachträglich geänderter tatsächlicher Verhältnisse, grundsätzlich nicht jedoch die Wandlung der Verkehrs- und Rechtsauffassung.

3. Es gibt keinen Erfahrungssatz dahin, dass der Betrieb einer „Warmen Theke“ (Imbisses) schlechthin der Zweckbestimmung „Laden“ in einer Teilungserklärung widerspricht. Die Frage beurteilt sich vielmehr danach, ob der Betrieb unter den konkreten Umständen des Einzelfalls die übrigen Wohnungseigentümer insbesondere im Hinblick auf Öffnungszeiten sowie Lärm- und Geruchsbeeinträchtigung nicht mehr stört und beeinträchtigt als die zweckbestimmte Nutzung.

(OLG Schleswig, Beschluss vom 21.1.2004 – 2 W 52/03)

Zum Sachverhalt: Der Beteiligte zu 1. – Teileigentümer der Anlage – betreibt in Räumen des Erdgeschosses im Vorderhaus, die in der Teilungserklärung als Laden Nr. 6 ausgewiesen sind, ein Fleischereifachgeschäft. In einem von den Beteiligten zu 2. genehmigten Anbau bereitet er Fleisch- und Wurstwaren zu und stellt Fertiggerichte her. Im Nachbarhaus, das dem Beteiligten zu 1. gehört, unterhält er die Gaststätte, deren Speisen ebenfalls im Anbau hergerichtet werden. Die Gaststätte hat auf der ihr vorgelagerten Straßenfläche Tische und Sitzgelegenheiten. Im Jahre 1987 errichtete der Beteiligte zu 1. im vorderen Bereich des Fleischereigeschäfts eine „warme Theke“ (Imbiß), an der er seitdem Mahlzeiten verkauft, welche die Kunden an Stehtischen im Straßenraum vor dem Geschäft – von der Stadt genehmigt – einnehmen können.

Auf Betreiben der Beteiligten zu 2. untersagte das Amtsgericht dem Beteiligten zu 1. durch Beschluß vom 9.1.1989 (14 II 56/88), im Ladengeschäft eine über die Teileigentumsnutzung „Laden“ hinausgehende gewerbliche Tätigkeit „Imbiß“ auszuüben. Darin ist ausgeführt:

„Die Nutzung als Imbiß überschreitet diesen Rahmen (erg.: Zweckbestimmung Laden) ... Die Störungen der Wohnungseigentümer und benachbarten Teileigentümer treten durch die Aufhebung der Ladenschlußzeiten und die Einnahme von Mahlzeiten und Getränken vor dem Geschäft ein. Dies wird gefördert durch den Verkauf von Fertiggerichten zur unmittelbaren Einnahme an den Tischen vor dem Geschäft. Der Antragsgegner bewirkt dadurch Störungen, die über den Betrieb eines reinen Ladengeschäftes – auch in der Form eines Fleischereifachgeschäftes – erheblich hinausgehen ...“

Da sich der Beteiligte zu 1. nicht an dieses Verbot hielt, verhängte das Amtsgericht auf Antrag der Wohnungseigentümer durch Beschlüsse vom 21. 3. 2000 – 9 II 109/99 und 7.11. 2000 – 9 II 100/00 – gegen ihn Ordnungsgelder von 10 000 DM bzw. 20 000 DM.

Der Beteiligte zu 1. betreibt den Imbiß nach wie vor. Mit dem im vorliegenden Verfahren am 22. 8. 2001 gestellten Antrag haben die Beteiligten zu 2. erneut die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen ihn beantragt. Der Beteiligte zu 1. ist dem entgegengetreten und hat überdies beantragt, den Beschluß des Amtsgerichts vom 9. 1. 1989 aufzuheben. Er hat da-

zu geltend gemacht, inzwischen habe sich ein Begriffswandel dahingehend vollzogen, daß unter „Laden“ auch zu verstehen sei, außerhalb des Geschäftes Verkäufe zu tätigen, wie insbesondere in der Friedrichstraße in Westerland üblich. Sämtliche Fleischereien in der Bundesrepublik seien aus wirtschaftlichen Gründen gehalten, Imbisse zu betreiben. Im übrigen seien Lärm- und Geruchsbelästigungen nicht vorhanden. Der Unterlassungsanspruch sei jedenfalls verwirkt, weil die Beteiligten zu 2. über 11 Jahre hinweg den Betrieb der „warmen Theke“ geduldet hätten.

Das Amtsgericht Niebüll hat durch Beschluß vom 28. 9. 2002 unter Zurückweisung des Bestrafungsantrags auf den Gegenantrag die weitere Vollstreckung aus dem Beschluß vom 9. 1. 1989 für unzulässig erklärt. Auf die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 2. hat das Landgericht Flensburg unter Änderung des amtsgerichtlichen Beschlusses den Antrag des Beteiligten zu 1. zurückgewiesen und gegen ihn wegen erneuter Zuwiderhandlung gegen den Beschluß des Amtsgerichts vom 9. 1. 1989 ein weiteres Ordnungsgeld von 10 225,84 Euro (= 20 000 DM) festgesetzt. Gegen diesen Beschluß richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1., der die Beteiligten zu 2. entgegengetreten sind.

Aus den Gründen: II. Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 45 WEG; 27, 29 FGG) und begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27 FGG; 546 ZPO). Das Landgericht hat die ihm – auch im Wohnungseigentumsverfahren grundsätzlich (Weitnauer/Hauger, WEG, 8. Aufl., Anh. § 43 Rn. 21) – obliegende Aufklärungspflicht nach § 12 FGG verletzt.

1. Zutreffend ist im Ausgangspunkt, daß § 767 ZPO auf den im Wohnungseigentumsverfahren erlassenen Unterlassungstitel vom 9. 1. 1989 entsprechend anwendbar ist (BayObLG ZMR 2000, 43; 1999, 183 [= WM 1989, 189 KL]). Zu den Einwendungen, die den durch das „Urteil“ festgestellten Anspruch selbst betreffen, gehört auch die Geltendmachung nachträglich geänderter Verhältnisse (OLG Köln NJW-RR 1987, 1471; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 323 Rn. 29 m.w. Nw.).

2. Weiter hat das Landgericht mit Recht angenommen, daß es sich bei der Bezeichnung des Teileigentums des Beteiligten zu 1. in der Teilungserklärung als „Laden“ um eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter im Sinne der §§ 10 Abs. 1 Satz 2; 15 Abs. 1 WEG handelt (Senat, Beschluß vom 29. 3. 2000, WM 2000, 318). Ein solches Teileigentum darf grundsätzlich nur im Rahmen der Zweckbestimmung genutzt werden. Eine andere Nutzung ist nur dann zulässig, wenn sie im konkreten Fall nicht mehr stört und beeinträchtigt als die zweckbestimmte Nutzung (Senat a. a. O., BayObLG ZMR 2000, 53 [= GuT 2002, 121 KL]; OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 146). Wird ein Teileigentum nach dieser Maßgabe von dem Eigentümer zweckbestimmungswidrig genutzt, kann ein anderer Wohnungs- oder Teileigentümer Unterlassung dieser Nutzung nach §§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB; 15 Abs. 3 WEG verlangen. Ob auch gegenwärtig noch nach allgemeinem Sprachgebrauch wie auch im allgemeinen Geschäftsverkehr unter einem Laden in aller Regel ein Raum zum Verkauf von Waren, nicht aber zum Verzehr von verkauften Waren an Ort und Stelle zu verstehen ist, kann hier offen bleiben, weil die Wandlung der Verkehrs- oder Rechtsauffassung grundsätzlich nicht zu den zulässigen Einwendungen im Sinne des § 767 ZPO gehört (Zöller/Hergel, § 767 Rn. 13 m.w. Nw.). Das Amtsgericht hat in seinem Beschluß vom 28. 9. 2002 eine Reihe von – nach Erlaß des Beschlusses vom 9. 1. 1989 – eingetretenen

Tatsachen aufgeführt, die belegen, daß die Nutzung des Ladens unter den besonderen konkreten Umständen des Falles auch als sog. warme Theke (Imbiß) durch den Beteiligten zu 1. die Miteigentümer nicht mehr stört und beeinträchtigt als eine Nutzung lediglich zum Verkauf. Dabei sind – wie auch im Beschluß vom 9.1.1989 hervorgehoben – von Bedeutung in erster Linie die Nichteinhaltung der gesetzlichen Ladenschlußzeiten (vgl. OLG Hamburg ZMR 2002, 455 [= GuT 2002, 91]; KG FGPrax 1999, 93; OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 146, 147; WM 1993, 290; BayObLG ZMR 1993, 427, 428 [= WM 1993, 558 KL]), ferner die Geräusch- und die Geruchsbelästigungen der übrigen Teil- und Wohnungseigentümer (vgl. BayObLG ZMR 2000, 53, 54 [= GuT 2002, 121 KL]). Das Amtsgericht hat dazu ausgeführt:

a) Die gesetzlichen *Ladenöffnungszeiten* hätten sich durch das geänderte LadenschlußG (nunmehr i. d. F. vom 2. 6. 2003) beträchtlich ausgedehnt (nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 nunmehr montags bis samstags ab 6 Uhr und bis 20 Uhr), wobei diese Zeiten in X.-Stadt in Anwendung der Ausnahmenvorschrift des § 10 für Kur- und Erholungsorte noch großzügiger gehandhabt würden. Vorliegend sei nicht ersichtlich, daß der Beteiligte zu 1. sein Geschäft einschließlich der sog. warmen Theke über die nun geltenden Öffnungszeiten hinaus geöffnet habe.

b) Der Charakter der X.-Straße habe sich – aus eigener Anschauung – seit 1989 nachhaltig gewandelt. Immer weitergehend hätten die Inhaber von Ladengeschäften – so auch die andern Teileigentümer der Anlage – den öffentlichen Straßenraum in ihren Geschäftsbetrieb einbezogen und insbesondere Verkaufsstände aufgestellt. Wegen des infolgedessen regen Publikumandrangs bestehe in der X.-Straße nunmehr ohnehin eine *erhebliche Geräuschkulisse*, in welcher die mit dem Betrieb der „warmen Theke“ des Beteiligten zu 1. verbundenen Geräusche aufgingen.

c) Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, durch den Betrieb der „warmen Theke“ bestünden unzumutbare *Geruchsbelästigungen* für die übrigen Miteigentümer. Diese hätten im Verfahren 14 II 56/88 Geruchsbelästigungen durch die Zubereitung von Giros bei geöffneten Fenstern des Ladengeschäftes gerügt. Es sei anzunehmen, daß dies inzwischen abgestellt sei, weil dem Beteiligten zu 1. bereits im Sommer 1988 vom Ordnungsamt aufgegeben worden sei, für ein ord-

nungsgemäßes Absaugen von Dünsten der Essenszubereitung zu sorgen bzw. die Fensterflächen geschlossen zu halten. Die Beteiligten zu 2. hätten auch nicht wieder konkrete Geruchsbelästigungen gerügt.

Hinzuzufügen ist, daß auch durch die zulässigerweise in und vor dem unmittelbar benachbarten Haus betriebene Gaststätte des Beteiligten zu 1. eventuelle Geräusch- und Geruchsentwicklungen der „warmen Theke“ weiter relativiert werden.

3. Den detaillierten Feststellungen des Amtsgerichts, die es den Beteiligten bereits in seinem Beschluß vom 13. 9. 2002 im Verfahren 9 II 69/02 angekündigt hatte, sind die Beteiligten zu 2. nicht – auch nicht im Beschwerdeverfahren – mit konkretem Tatsachenvortrag zu den Öffnungszeiten, zur Geräuschentwicklung und zur Geruchsbelästigung entgegengetreten. Ungeachtet des erwähnten grundsätzlich im Wohnungseigentumsverfahren geltenden Ermittlungsgrundsatzes darf das Gericht angesichts des Streitcharakters des Verfahrens davon ausgehen, daß jeder Beteiligte die ihm günstigen Tatsachen vorträgt und die hierfür geeigneten Beweismittel benennt, daher kann oft ein Nichtbestreiten von weiteren Ermittlungen entbinden (Weitnauer/Hauger, Anh. § 43 Rn. 21.; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl., § 43 Rn. 16 – jeweils m.w.Nw.). Jedenfalls kann das Landgericht diese Feststellungen des Amtsgerichts nicht ohne weitere Ermittlungen – etwa durch die Inaugenscheinnahme der Örtlichkeiten – mit dem allgemeinen Hinweis entkräften, der vom Beteiligten eingerichtete Imbiß mit Verzehrmöglichkeiten auf der Straßenfläche lade ausdrücklich und absichtlich zum Verweilen im Laden bzw. vor dem Laden ein, dies sei *erfahrungsgemäß* mit einer größeren Geräuschentwicklung und auch mit einer zusätzlichen Verunreinigung (die im Beschluß vom 9.1.1989 gar nicht festgestellt war) verbunden als bei einer Nutzung nur als Ladengeschäft. Da insoweit weitere Ermittlungen erforderlich sind, war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

4. Ein eventuell weiter bestehender Unterlassungsanspruch der Beteiligten zu 2. – wäre – wie das Landgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat – nicht verwirkt.

Mitgeteilt von RiOLG Schupp, Schleswig

Anm. d. Red.: Vgl. OLG Hamburg GuT 2004, 30.

Besteuerung

BMF-Schreiben vom 7. Januar 2004 (IV A 6 – S 2145 – 71/03), BStBl I S. 143

Einkommensteuerliche Behandlung der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6 b, § 9 Abs. 5 und § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG

BMF-Schreiben vom 1. Dezember 2003 – IV A 6 – S 2145 – 53/03-02 –

Dieses Schreiben ersetzt das BMF-Schreiben vom 16. Juni 1998 (BStBl I S. 863).

Dieses Schreiben steht ab sofort für eine Übergangszeit auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern und Zölle – Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Einkommensteuer – (<http://www.bundesfinanzministerium.de/Einkommensteuer.htm>) zur Ansicht und zum Download bereit.

Investitionszulage

Bekanntmachung der Vordruckmuster Antrag auf Investitionszulage

Die Vordruckmuster

- Antrag auf Investitionszulage nach § 2 Investitionszulagengesetz 1999 für betriebliche Investitionen für das Kalenderjahr 2003 bzw. das Wirtschaftsjahr 2002/2003
- Antrag auf Investitionszulage nach § 3 Investitionszulagengesetz 1999 für Modernisierungsmaßnahmen an Mietwohngebäuden für das Kalenderjahr 2003
- Antrag auf erhöhte Investitionszulage nach § 3a Investitionszulagengesetz 1999 für Modernisierungsmaßnahmen an Mietwohngebäuden im innerörtlichen Bereich für das Kalenderjahr 2003

und die dazugehörigen Erläuterungen sind in BStBl I S. 148 ff. bekannt gemacht.

Die Vordruckmuster stehen ab sofort auf den Internetseiten des Bundesministeriums der Finanzen (www.bundesfinanzministerium.de) unter der Rubrik „Steuern und Zölle – Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Sonstige“ zur Ansicht bzw. zum Download bereit.

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

§ 16 EStG – Betriebsverpachtung an Branchenfremde

Stellt ein Großhandelsunternehmen seine werbende Tätigkeit ein und vermietet es sein bisheriges Betriebsgrundstück an ein anderes Unternehmen, so scheidet die Annahme einer Betriebsverpachtung nicht bereits daran, dass das mietende Unternehmen einer anderen Branche angehört. An der im Senatsurteil vom 26. Juni 1975 IV R 122/71 (BFHE 116, 540,

BStBl II 1975, 885) geäußerten Auffassung wird nicht mehr festgehalten.

(BFH, Urteil vom 28. 8. 2003 – IV R 20/02)
Vorinstanz: FG Nürnberg
– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 10 –

**§§ 11, 21 EStG; § 255 HGB;
§§ 88d, 1, 2 II. WoBauG; § 1 WoFG – Zuschüsse im Dritten Förderungsweg als Einnahmen**

Öffentliche Fördermittel (Zuschüsse oder nicht rückzahlbare Darlehen), die ein Bauherr zur Förderung von Mietwohnraum im Rahmen des sog. Dritten Förderungswegs für Belegungs- und Mietpreisbindungen erhält, sind als Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung im Kalenderjahr des Zuflusses zu versteuern.

(BFH, Urteil vom 14.10.2003 – IX R 60/02)
Vorinstanz: FG München (EFG 2003, 462)
– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 14 –

Magazin

Politik und Recht

Bundesministerium der Justiz

Bekanntmachung vom 2. Februar 2004 über den Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen (Satzung des Vereins „Verkehrsofferhilfe e.V.“)

[Der Verein übernimmt die Aufgaben des nach § 12 des Pflichtversicherungsgesetzes gebildeten „Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen“ und der nach § 12a des Pflichtversicherungsgesetzes gebildeten „Entschädigungsstelle für Auslandsunfälle“.]

Veröffentlichung in BANz. v. 21. 2. 2004

Bundeskartellamt: Bekanntmachung Nr. 170/2003 vom 12.11.2003 über die Neufassung der Empfehlung „Allgemeine Geschäftsbedingungen für das Leasing von Neufahrzeugen zur privaten Nutzung“

Der Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA), Frankfurt/Main, hat am 27. Oktober 2003 die Neufassung der Empfehlung „Allgemeine Geschäftsbedingungen für das Leasing von Neufahrzeugen zur privaten Nutzung“ nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beim Bundeskartellamt angemeldet:

Quelle und Abdruck der Neufassung in BANz. Nr. 220 v. 25.11.2003 S. 24644 ff.

Hinw. d. Red.: Soweit ersichtlich entspricht der Aufbau der Empfehlung den in BGH GuT 2004, 47 zitierten AGB. In BANz. a. a. O. ist allerdings der Abschnitt „XV. Abrechnung nach Kündigung“ bis auf die Überschrift *nicht* abgedruckt.

BGH-Pressemitteilung Nr.15/2004 vom 13. 2. 2004

Zu den Voraussetzungen des privaten Immissionsschutzes gegen Mobilfunksendeanlagen

Der u. a. für das private Immissionsschutzrecht zuständige V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hatte in zwei parallel gelagerten Verfahren über die Frage zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen von einem Unternehmen verlangt werden kann, den Betrieb von Mobilfunksendeanlagen

wegen der davon ausgehenden elektromagnetischen Felder zu unterlassen (Urteile vom 13. Februar 2004 – V ZR 217/03 und V ZR 218/03).

Die Beklagte zu 1 betreibt seit 1999 auf dem Kirchturm der Jakobuskirche in Bruchköbel eine Mobilfunksendeanlage. Den Standort nutzt sie aufgrund eines auf 20 Jahre befristeten Mietvertrages mit der Beklagten zu 2. Die Kläger beider Verfahren wohnen in der Nähe bzw. gehen dort einer beruflichen Tätigkeit nach. Die für Mobilfunkanlagen geltenden Grenzwerte nach § 2 in Verbindung mit Anhang 1 der 26. Bundesimmissionsschutzverordnung (BImSchV) vom 16. Dezember 1996 (BGBl. I S.1966) werden eingehalten.

Die Kläger verlangen von der Beklagten zu 1, den Betrieb der Sendeanlage zu unterlassen, und von der Beklagten zu 2, den Betrieb durch die Beklagte zu 1 nicht zu ermöglichen. Sie haben behauptet, von dem Betrieb der Anlage gehe für sie eine konkrete Gesundheitsgefährdung aus, vor der sie die Einhaltung der Grenzwerte der 26. BimSchV nicht schützen. Zum einen seien diese Werte zu hoch angesetzt, zum anderen erfasse die Verordnung nur die sog. thermischen Wirkungen, nicht aber die athermischen, die u. a. zu einer Steigerung des Krebsrisikos führten, negative Auswirkungen auf das Immunsystem hätten und auch Kopfschmerzen, Gehör- und Konzentrationsstörungen auslösten.

Die Klage ist vom Landgericht Hanau abgewiesen worden. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Auch die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision blieb ohne Erfolg.

Der Bundesgerichtshof hat einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs.1 Satz 2 BGB für nicht begründet erachtet, weil die Kläger die von der Mobilfunkanlage der Beklagten zu 1 ausgehenden elektromagnetischen Felder nach § 906 Abs.1 Satz 1 BGB dulden müssen. Nach dieser Vorschrift besteht eine Duldungspflicht, wenn die von der Anlage ausgehenden Immissionen zu keiner oder nur zu einer unwesentlichen Beeinträchtigung führen. Ob eine Beeinträchtigung wesentlich ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats von dem Empfinden eines verständigen Menschen und davon ab, was diesem auch unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange billigerweise nicht mehr zuzumuten ist. Dabei steht dem Tatrichter ein auf die konkreten

Umstände des Einzelfalls bezogener Beurteilungsspielraum zu. Hierbei hat er indes zu beachten, daß nach § 906 Abs. 1 Satz 2 BGB eine unwesentliche Beeinträchtigung „in der Regel“ dann vorliegt, wenn – wie hier – die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenzen oder Richtwerte von den ermittelten und bewerteten Immissionen nicht überschritten werden. Die Einhaltung solcher Grenzen oder Richtwerte schließt zwar das Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung nicht aus, hat aber Indizwirkung zugunsten einer nur unwesentlichen Beeinträchtigung.

Hiervon ist das Berufungsgericht ausgegangen. Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Annahme, daß die Kläger die Indizwirkung nicht erschüttert haben. Hierzu wäre darzulegen gewesen, daß ein wissenschaftlich begründeter Zweifel an der Richtigkeit der in der BImSchV festgelegten Grenzwerte und ein fundierter Verdacht einer Gesundheitsgefährdung durch elektromagnetische Felder unterhalb dieser Werte besteht. Daran fehlt es. Wissenschaft und Forschung ist – wie das Berufungsgericht festgestellt hat – bislang nicht der Nachweis gelungen, daß athermische Effekte elektromagnetischer Felder, zumal unterhalb der durch die 26. BImSchV gezogenen Grenzen, zu gesundheitlichen Schäden führen können. Darauf beruhen die Empfehlungen der Strahlenschutzkommission vom 13./14. September 2001, die Grundlage für die festgesetzten Grenzwerte sind. Bei diesem Forschungsstand war es nicht verfahrensfehlerhaft, daß das Berufungsgericht kein Sachverständigengutachten zu der Frage der gesundheitlichen Auswirkungen von elektromagnetischen Feldern eingeholt hat. Ein solches Gutachten hätte nur diesen Stand der Forschung widerspiegeln können und ist daher nicht geeignet, neue Erkenntnisse zu vermitteln.

KfW Bankengruppe eröffnet drittes Beratungszentrum in Deutschland

Nach Berlin und Bonn nun auch in Frankfurt/Main Finanzierungsberatung von KfW Mittelstandsbank und KfW Förderbank

Die KfW Bankengruppe hat an ihrem Hauptsitz in Frankfurt/Main ein Beratungszentrum für Existenzgründer und mittelständische Unternehmen sowie private Investoren im wohnwirtschaftlichen Bereich eröffnet. Interessierte haben nach Bonn und Berlin nun auch in Frankfurt die Möglichkeit, sich persönlich bei der KfW über eine Finanzierung beraten zu lassen. Allein im vergangenen Jahr fanden in den KfW-Beratungszentren mehr als 3000 Gespräche über die verschiedenen Förderprodukte statt.

Wie bisher bietet die KfW Mittelstandsbank darüber hinaus zusammen mit örtlichen Kooperationspartnern Gründern und jungen Unternehmen an weiteren über 40 Standorten in Deutschland monatliche Beratungssprechtag zu Finanzierungsfragen an. Unter www.kfw-mittelstandsbank.de sind nähere Informationen zu den einzelnen Standorten und Terminen aufgeführt. 2003 nahmen deutschlandweit etwa 3200 Existenzgründer und Jungunternehmer dieses Beratungsangebot in Anspruch.

Damit die Finanzierungsberatung so konkret wie möglich erfolgen kann, sollte zu dem persönlichen Gespräch ein ausagefähiger Investitionsplan mitgebracht werden. Vorab liefert das Internet weitreichende Informationen zu dem Produktangebot der KfW Mittelstandsbank und KfW Förderbank (www.kfw-mittelstandsbank.de und www.kfw.de).

Telefonisch können sich Gründer und Unternehmer mit ihren Fragen wochentags zu den Themen Mittelstand und Existenzgründung an das Infocenter der KfW Mittelstandsbank mit der Hotline: 01801/24 11 24 (zum Ortstarif, E-mail: infocenter@kfw-mittelstandsbank.de) wenden. Private „Häuslebauer“ können sich über das Infocenter der KfW Förderbank mit der Hotline 0 1801/33 55 77 (zum Ortstarif, E-mail:

infocenter@kfw.de) über die Themen Wohnungsbau und -sanie- rung sowie Umwelt informieren. Beide Hotlines sind montags bis freitags von 7:30–18:30 Uhr besetzt. Im vergangenen Jahr haben die KfW-Berater so rund 350 000 Menschen beraten.

Service: KfW Beratungszentren

Öffnungszeiten: Montag bis Donnerstag von 9.00 bis 18.00 Uhr, Freitag von 9.00 bis 15.00 Uhr. Um Wartezeiten zu vermeiden, wird eine telefonische Terminvereinbarung empfohlen.

Frankfurt/Main: Bockenheimer Landstraße 104, Telefon 0 69/74 31-30 30; Berlin: Behrenstraße 31, Telefon 0 30/2 02 64-50 50; Bonn: Ludwig-Erhard-Platz 1, Telefon 02 28/8 31-80 03.

Bücher und Veröffentlichungen

Denkmalschutz und Erhalt historischer Bausubstanz – die wirtschaftliche Alternative zum Neubau Bundeswettbewerb – Die Preisträger. Herausgegeben vom Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU) Bundesverband für Natur- und Denkmalschutz, Landschafts- und Brauchtumpflege e.V., Bonn 2003. 48 Seiten, DIN A4, kostenlos. BHU, Adenauerallee 68, 53113 Bonn.

Wie schon in der Broschüre „Energie sparen in Baudenkmalern“ (GuT 2003, 116) stellt der BHU hier auf ansprechende Weise die Preisträger seines Bundeswettbewerbs vor. Vier Kategorien wurden bewertet: Wohngebäude, Öffentliche Gebäude, gewerblich genutzte Bauten, vielfältige Nutzung unter einem Dach. Fotos und Planzeichnungen dokumentieren die Ergebnisse; bei vielen Bauten finden sich auch der vorherige Zustand, Detailaufnahmen, Innenansichten und Lagepläne. Wirtschaftlichkeit und Baukultur ergänzen sich in den präsentierten 31 Wohn- und Wirtschaftsgebäuden bestens; gezeigt wird dies anhand der prozentualen Kostenersparnisse gegenüber vergleichbaren Neubauten. Daneben fanden gesundheitsdienliche und umweltfreundliche Materialien, regionaltypische Baumaterialien und alte handwerkliche Techniken ihre Anwendung als Ausdruck gesteigerten ökologischen Bewusstseins. Die Ergänzung historischer Bausubstanz durch zeitgemäße architektonische Formen spiegelt den Gedanken wider, dass jede Generation das Recht hat, eigene Spuren in der Geschichte zu hinterlassen. (DW)

als der Regen kam – ein Fotolesebuch zur Flut in Sachsen. Von *Nik Reimer* (Hrsg.), Dresden 2002. ISBN 3-930382-79-2. Großformat, 170 Seiten, 18,- EUR. Michel Sandstein Verlag, Dresden.

Stürzendes Wasser, steigende Flut, Schlamm und Zerstörung, Zuversicht und Neuanfang – das sind die Abschnitte, denen der Herausgeber dieser außergewöhnlichen Reportage gefolgt ist. Sie zeigen einen Überblick von den ersten Regenfällen bis zur beginnenden Aufarbeitung der Katastrophe. Da sind Fotografien, deren Auswahl von scheinbar zufälligen Szenen über skurrile Momente bis zu Aufnahmen von bizarrer, monströser Schönheit reicht. Daneben liest man vielfältige Texte, von sachlich-objektiv bis subjektiv-verzweifelt, in Beiträgen freier Autoren und Journalisten, von Betroffenen und Helfern, mit Erläuterungen zu den Wassermengen, zur Kraft des Wassers, mit Statistiken, politischen Stellungnahmen und Hintergründen, in Tagebucheinträgen, Erzählungen und Pressemeldungen. Bemerkenswert ist ebenfalls, dass der Reinerlös des Buches der Freien Werkschule Meißen (vgl. GuT 2001, 4) zugute kommt, deren Existenz durch den Verlust des Schulgebäudes stark bedroht wurde. Ein beeindruckendes Buch. (DW)

GUT

G 58438

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

IIR Deutschland GmbH Veranstaltungsübersicht Themenbereich: Immobilien

Immobilienstandort Hamburg 2004

31. März bis 1. April 2004, Hamburg

Mainhattan Immobilientreff 2004

27. bis 28. April 2004, Frankfurt/Main

Das 1×1 der Immobilienwirtschaft für die Assistentin und Sekretärin

10. bis 12. Mai 2004, Wiesbaden

12. bis 14. Juli 2004, Köln

6. bis 8. September 2004, Stuttgart

Real Estate Investment/Asset Management

30. März bis 1. April 2004, Köln

29. Juni bis 1. Juli 2004, München

19. bis 21. Oktober 2004, Berlin

Immobiliencontrolling

18. bis 19. März 2004, München

17. bis 18. Juni 2004, Köln

23. bis 24. September 2004, Frankfurt/Main

Mietrecht für Gewerbeimmobilien

31. März bis 1. April 2004, Stuttgart

17. bis 18. Juni 2004, Köln

29. bis 30. September 2004, Berlin

Assistenz der Projektentwicklung

18. bis 19. März 2004, Berlin

27. bis 28. Mai 2004, Frankfurt/Main

29. bis 30. Juli 2004, Hannover

7. bis 8. Oktober 2004, Stuttgart

Steuerrecht für die Immobilienwirtschaft

27. bis 28. Mai 2004, Frankfurt/Main

2. bis 3. September 2004, Dresden

11. bis 12. November 2004, Hamburg

Weitere Informationen: www.iir.de/immobilien

Werner Dieball

Prewest Verlag

Gerhard Schröder



Körpersprache
Wahrheit oder Lüge?

Der „Schröder-Effekt“ wird erstmals auf wissenschaftlicher Grundlage beschrieben, analysiert und mit zahlreichen Photographien aus dem Archiv Darchinger belegt. Vom Fingerröllchen 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



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