

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**5/04**

**4. Jahrgang**

**Heft 18 · September/Oktober 2004**

**S. 149–200**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**J. M. Schick: Geeint in die Zukunft**

## **Gewerbemiete**

**Abgrenzungen des Gebrauchsüberlassungsvertrags (BGH)**

**Hotelschiff-Charter (OLG Düsseldorf)**

**Pachtzinsüberhöhung (BGH)**

**Auslegung Nettomiete plus Mehrwertsteuer (BGH)**

**Höhe der Betriebskostenvorauszahlungen (BGH)**

**Einkaufszentrum; Werbegemeinschaft (OLG Hamburg); Zusicherung der Vollvermietung (BGH)**

**Parkhaus; Verwendungsrisiko; Stadtplanung (OLG Düsseldorf)**

**Mietminderungsausschluss (OLG Hamburg)**

**Schönheitsreparaturen nach Fristenplan (KG)**

**Exzess im Konkurrenzkampf der Mieter (OLG Karlsruhe)**

**Räumungsverfügung (OLG Düsseldorf)**

**Insolvenzeröffnungsverfahren (BGH)**

**Gaststätte; Feuerversicherung; Gefahrerhöhung (BGH)**

**Luftfahrzeug-Charter; Kaskoversicherung (BGH)**

## **Teileigentum**

**Müllcontainer auf Gemeinschaftsflächen (OLG Düsseldorf)**

## **Wettbewerb**

**Verbandsklage (OLG Hamburg)**

## **Besteuerung**

**Vermietung, Verpachtung; Steuerhinterziehung (BGH)**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

J. M. Schick,

### **Geeint in die Zukunft**

**Der Immobilienverband Deutschland (IVD)  
verstehst sich als die Stimme des  
Immobilienmarktes**

## Gewerbemiete

Leihe; Airbus-Luftfahrzeug zu Testzwecken;  
Abgrenzungen des Gebrauchsüberlassungsvertrags  
(BGH)

Lugano-Übereinkommen; Hotelschiff-Charter;  
Erfüllungsort für Mietzinsansprüche; Sitz des  
Mieters (OLG Düsseldorf)

Aufrechnungsverbot; Kautionsrückzahlungsanspruch  
bei streitigen Forderungen des Vermieters  
(OLG Düsseldorf)

Ermittlung der ortsüblichen Pacht;  
Pachtzinsüberhöhung (BGH)

Auslegung der gewerbemietvertraglichen  
Zahlungspflichten; Nettomiete plus Mehrwertsteuer  
(BGH)

Gewerbemieträume; Tiefgarage; angemessene Höhe  
der Betriebskostenvorauszahlungen (BGH)

Einkaufszentrum; Beitrittspflicht und Beitragspflicht  
zur Werbegemeinschaft (OLG Hamburg)

Einkaufszentrum; Gewerberaumiete,  
Zusicherung der Vollvermietung (BGH)

Parkhaus; Verwendungsrisiko des Mieters;  
Geschäftsgrundlage; Stadtplanung (OLG Düsseldorf)

Gewerberäume; Mietminderungsausschluss-Klausel  
bei Umweltstörungen (OLG Hamburg)

Wohnungsmängel im gewerblichen  
Zwischenmietverhältnis; Unerheblichkeit des  
Fehlers (BGH)

Geschäftsraumiete; Schönheitsreparaturen nach  
Fristenplan (KG)

Persönliche Verhinderung des Mieters; Auszug  
(OLG Düsseldorf)

Arztpraxisräume; Widerspruch gegen die  
Fortsetzung des befristeten Vertrags;  
Verlängerungsklausel (OLG Düsseldorf)

Schilderpräger; Exzess im Konkurrenzkampf der  
Mieter; fristlose Kündigung (OLG Karlsruhe)

Räumungsverfügung nach beendetem Mietverhältnis  
(OLG Düsseldorf)

Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltung der  
Mietsache; Besitzwille; fehlende Schlüssel zum  
Mietobjekt (OLG Düsseldorf) **175**

Veränderungen und Verschlechterungen der  
Mietsache; Renovierung; Anspruchsverjährung;  
Verjährungshemmung durch Verhandlungen (BGH) **176**

Mietvorauszahlung durch Herstellungsleistung;  
Kündigung des Zwangsverwalters (OLG Düsseldorf) **178**

**151** Insolvenzeröffnungsverfahren; Betreten der Wohn-  
und Geschäftsräume des Schuldners durch den  
Sachverständigen; Steuerforderung des Gläubigers  
(BGH) **179**

**152** Gaststätte; Verpachtung des Gaststättenbetriebs;  
Feuerversicherung; Gefahrerhöhung;  
Diskothekennutzung; Leerstand; Leistungsfreiheit  
(BGH) **181**

**155** Gewerbemieträume; Versicherungsvertrag;  
Gefahrerhöhung durch Gebäudeleerstände  
(BGH – nur Leits.) **183**

**156** Luftfahrzeug-Miete bzw. Charter; Repräsentant  
des Kaskoversicherungsnehmers (BGH) **183**

**157** Rechtsanwaltszulassung; Vermögensverfall im  
Bauträger- und Hausverwalterengagement (BGH) **184**

**159** Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc. **185**

## Teileigentum

**160** Müllcontainer des Mieters von Teileigentumsräumen  
auf Gemeinschaftsflächen; Mischwaren-Ladengeschäft;  
Zahlungsanspruch gegen den Teileigentümer;  
Warenanlieferung (OLG Düsseldorf) **190**

**162** Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc. **191**

## Wettbewerb

**165** Verbandsklage; Verbraucherverband;  
Werbeschreiben; Datenschutz; Verbraucherschutz  
(OLG Hamburg – nur Leits.) **193**

**168** Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc. **193**

## Besteuerung

**169** Vermietung, Verpachtung; Einkünfte aus  
Gewerbebetrieb; Steuerhinterziehung;  
(unechte) Betriebsaufspaltung; Strohmännerverhältnis;  
strafverfahrensbeendende Absprachen (BGH) **194**

**172** BMF-Schreiben: Umsatzbesteuerung in der  
Bauwirtschaft **196**

**173** Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc. **196**

## Magazin

**174** Politik und Recht **197**

**175** Impressum **188**

## GuT

### **Gewerbemiete und Teileigentum**

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

## GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)  
(9,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

**Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte**  
(je 1,50 EUR zzgl. 2,- EUR Versandpauschale zzgl. MwSt)  
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn  
Telefax: 0228 / 47 09 54 · e-mail: info@prewest.de

**Achtung: Wichtiger Hinweis an die Leser auf Seite 199!**

Jürgen Michael Schick, Vizepräsident Verband Deutscher Makler, Vizepräsident Immobilienverband Deutschland (IVD), Berlin

## Geeint in die Zukunft

### Der Immobilienverband Deutschland (IVD) versteht sich als die Stimme des Immobilienmarktes

Über Jahre wurde verhandelt und gerungen. Am Ende stand der ganz überwiegende Wille nach Gemeinsamkeit. Mit überwältigender Mehrheit haben sich Ende August 2004 in Berlin die Mitglieder des RDM Ring Deutscher Makler und des VDM Verband Deutscher Makler für eine Verschmelzung der beiden Verbände zum Immobilienverband Deutschland (IVD) ausgesprochen. Präsident des IVD wird Johannes-Peter Henningsen (bisher Präsident RDM), sein Stellvertreter ist Uwe Lutter (Präsident des VDM). Mit der Fusion und Neustrukturierung zweier traditionsreicher Maklerverbände ist der Weg frei für eine moderne, schlanke und schlagkräftige Berufsorganisation, die sich als Interessenvertretung und Netzwerk von Immobilienmaklern, Bauträgerunternehmen, Wohnungsunternehmen, Immobilienverwaltern, Finanzierern und Sachverständigen versteht.

Für die Immobilienwirtschaft ist das ein wichtiger Schritt hin zur mehr Professionalität, für eine bessere Interessenvertretung der Immobilienwirtschaft in der Öffentlichkeit und gegenüber der Politik. Es ein Schritt zur Verwirklichung wichtiger berufspolitischer und immobilienwirtschaftlicher Ziele. Und es ist ein wichtiger Beitrag, die Zersplitterung der Verbandslandschaft in der Immobilienwirtschaft zu beenden.

Der Immobilienverband Deutschland (IVD) ist für seine mehr als 6000 Mitgliedsunternehmen die standespolitische Interessenvertretung bei Politik, Wirtschaft, Kammern, Presse, Verbänden, Verbrauchern etc. und erster Ansprechpartner in allen berufspolitischen sowie -praktischen Fragen.

Die Leitidee des IVD ist der wirtschaftliche Interessenausgleich zwischen den am Immobilienverkehr beteiligten Partnern. Die Immobilienmakler und -verwalter sind die gerechten Vermittler zwischen den Interessen der Beteiligten. Dies setzt sowohl beim Makler als auch beim Verwalter ein qualifiziertes Wissen voraus, erfordert rechtliches Absichern von Absprachen und macht Verbraucherschutz notwendig.

Um den Aus- und Fortbildungsinteressen der Mitgliedsunternehmen und aller am Immobilienmarkt tätigen Unternehmen gerecht werden zu können, hat der IVD eigene Akademien. An den Studienorten Freiburg, Saarbrücken, Berlin und Rostock bietet er berufsbegleitende Aus- und Fortbildung an, z. B. zum Immobilien-Fachwirt (IHK) aber auch zum Diplom-Betriebswirt (Diplome der Akademien). Die Akademien sind staatlich anerkannte Ergänzungsschulen. Das Lehrangebot wird ständig erweitert und aktualisiert. In den Immobilienwirtschaftsmagazinen „Allgemeine Immobilien Zeitung“ und „Der Grundbesitz“ werden vom IVD monatlich aktuelle Marktentwicklungen, Rechtsprechung, Steuertipps, Immobilienprojekte, Internetanwendungen und die entscheidenden Hinweise für alle Berater in immobiliennahen Dienstleistungen etc. wiedergegeben. Auch Kunden und Verbraucher finden hier viele interessante Anregungen.

Der Immobilienverband Deutschland (IVD) versteht sich als die Stimme des Immobilienmarktes und arbeitet gezielt an einer Politik „pro Immobilie“. Die Immobilienwirtschaft benötigt einen funktionierenden Markt ohne einengende Ge-

setze und Reglementierungen. Die sozialstaatliche Wohnungswirtschaft mit ihrer Mischung aus Förderung und Reglementierung ist nach Ansicht des Immobilienverbandes Deutschland (IVD) am Ende. Das Grundübel im Immobiliensektor ist, dass es bisher keinen Markt gibt, der den Namen wirklich verdient. Nur in einem weitgehend freien Immobilienmarkt kann es einen dauerhaft befriedigenden Ausgleich von Angebot und Nachfrage geben. Zahlreiche Gesetze und Vorschriften sind auf ihre Zukunftsfähigkeit zu überprüfen bzw. abzuschaffen. Das Mietrecht ist in Deutschland grundlegend zu reformieren und von ideologischem Ballast zu befreien. Dabei ist von einem gleichberechtigten Interessenausgleich von Mietern und Vermietern auszugehen. Die Regelung des § 5 Wirtschaftsstrafgesetzbuch zur sogenannten „Mietpreisüberhöhung“ ist nicht mehr zeitgemäß und gehört abgeschafft. Es ist grundsätzlich falsch, Immobilientransaktionen zur Grundlage der Besteuerung zu machen. Nicht der Grundstücksverkehr darf besteuert werden, sondern der laufende wirtschaftliche Ertrag aus einer Immobilie. Insofern ist die Grunderwerbsteuer zumindest von 3,5 Prozent auf zwei Prozent zurückzuführen. Hohe steuerliche Transaktionskosten behindern die Fungibilität des Immobilienmarktes und verhindern Investitionen.

Erste Themen des Immobilienverbandes Deutschland (IVD) sind u. a. die Überprüfung des geltenden Provisionsystems in Deutschland. Um dem hohen Anspruch des Immobilienverbandes Deutschland (IVD) an seine Mitglieder Wirkung zu verleihen, gibt sich der IVD einen Ehrenkodex mit Verhaltensregeln und verbindliche Maßgaben für die zusammengeschlossenen Unternehmen aus den verschiedenen Sektoren der immobiliennahen Dienstleistungen. Der IVD versteht sich als Interessenvertretung der am Markt tätigen Unternehmen und steht als Schlichtungsstelle und Ansprechpartner für Verbraucherbelange im Sinne des Verbraucherschutzes zur Verfügung.

Der Immobilienmarkt braucht Verlässlichkeit. Der Lebenszyklus einer Immobilie ist auf Jahrzehnte angelegt. Das hat die Politik nach Ansicht des Immobilienverbandes Deutschland (IVD) in den letzten Jahren massiv vernachlässigt. Sprunghafte Änderungen des Steuerrechts oder rückwirkende Gesetzesänderungen verunsichern Investoren und Nachfrager nachhaltig und bewirken einen Investitionsattentismus, der volkswirtschaftlich von großem Schaden für unser Land ist. Im Sinne einer wichtiger werdenden kapitalgedeckten Vorsorge muss die Berücksichtigung der Immobilie als bedeutender Teil der privaten Altersvorsorge neu geregelt werden.

Der Immobilienverband Deutschland (IVD) bereitet seine Mitglieder in Zukunft noch besser auf den Markt vor. Qualifizierung steht an erster Stelle. Ein steigendes Ausbildungsniveau wird die Akzeptanz der Dienstleistungen der Marktakteure erhöhen. Akademien und Schulungsangebote sorgen für professionelle Marktteilnehmer. Gut ausgebildete Dienst-

leister sind konkreter Verbraucherschutz. Die Zertifizierung der Mitglieder in qualitativer und fachlicher Hinsicht wird an Bedeutung gewinnen.

Der Immobilienmarkt in Deutschland benötigt mehr Transparenz. Vergleichszahlen und Marktdaten sowie die Etablierung von Benchmarks und Indizes für Preise, Kosten und Renditen erhöhen die Planbarkeit von Investitionen. Die Mitglieder des Immobilienverbandes Deutschland (IVD) machen täg-

lich den Markt. Somit ist der IVD die Stimme des Immobilienmarktes. Die neue Research-Abteilung des IVD trägt Sorge für aktuelle Marktanalysen und -Berichte. Mehr Transparenz erfordert auch die Leistungserbringung in den einzelnen Sektoren der immobiliennahen Dienstleistungen. Klare Leistungskataloge und Berufsbilder ermöglichen den gezielten Einsatz von IVD-Unternehmen in allen Belangen rund um die Immobilie.

## Gewerbemiete

**§§ 187, 558 a. F., 548, 598, 606 BGB  
Leihe; Airbus-Luftfahrzeug zu Testzwecken;  
Abgrenzungen des Gebrauchüberlassungsvertrags**

**Die körperliche Zugriffsmöglichkeit des Entleiher auf die Leihsache ist kein konstitutives Merkmal des Leihvertrages. Ist der Entleiher auf eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit nicht angewiesen, weil die beabsichtigte Nutzung von ihm anderweitig sichergestellt wird, so schließt die mangelnde sachenrechtliche Beziehung die Annahme eines Leihvertrages nicht aus.**

(BGH, Urteil vom 28. 7. 2004 – XII ZR 153/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin zu 1 macht als Haftpflicht- und Kaskoversicherer der Klägerin zu 2 Schadensersatz aus übergegangenen, die Klägerin zu 2 aus eigenen Ansprüchen wegen einer Kollision geltend, die sich anlässlich einer Testfahrt mit einem Airbus der Klägerin zu 2 auf dem Flughafengelände der Beklagten ereignet hat.

Mit Vertrag vom 14. Februar 2000 verpflichtete sich die Klägerin zu 2, der Beklagten zu Testzwecken Luftfahrzeuge zur Verfügung zu stellen. § 1 der zwischen der Klägerin zu 2 und der Beklagten getroffenen Vereinbarung lautet:

„Vertragsgegenstand

1. Die Luftverkehrsgesellschaft stellt der FMG für das Projekt „IRFI – International Runway Friction Index“ (Bremsvorgänge/Friction Messungen) auf kontaminierten Betriebsflächen Luftfahrzeuge inklusive der Besatzung am 24. Februar 2000 ab ca. 21. 30 Uhr zur Verfügung.

2. Alle Rollvorgänge der Luftfahrzeuge sind vorab mit der Luftfahrzeugbesatzung zu besprechen. Die Luftfahrzeugbesatzung hat jederzeit das Recht, einen bestimmten Rollvorgang ohne Begründung abzulehnen.

3. ...“

§ 4 der Vereinbarung lautet:

„Kosten

1. Die Luftverkehrsgesellschaft stellt Flugzeug und Besatzung unentgeltlich zur Verfügung. ...“

Die Beklagte wollte am 24. Februar 2000 Brems- und Rollversuche auf Schneematsch durchführen lassen, um die Zahl der Unfälle bei winterlichen Bedingungen zu reduzieren. Beim ersten Test am 24. Februar 2000 rollte der von der Klägerin zu 2 zur Verfügung gestellte Airbus A-319 über die präparierte Teststrecke hinaus und kollidierte mit der Maschine einer anderen Luftverkehrsgesellschaft. Die Klägerin zu 1 ersetzte zusammen mit anderen Versicherern, die ihre Ansprüche an die Klägerin zu 1 abgetreten haben, der Klägerin zu 2 den an ihrem Flugzeug entstandenen Schaden in Höhe von 3 090 000 \$. Einen Anteil von 450 000 \$ mußte die Klägerin zu 2 als Eigenanteil selbst tragen.

Nach dem Unfall verhandelten die Parteien mit Unterbrechungen über den Ersatz des Schadens. Mit ihrer der Beklagten am 3. Juni 2002 zugestellten Klage hat die Klägerin zu 1 beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 3 090 000 \$ nebst Zinsen zu verurteilen und festzustellen, daß die Beklagte der Klägerin zu 1 alle künftigen Schäden zu ersetzen hat, die dieser im Zusammenhang mit den Beschädigungen des Airbus A-319 entstehen. Die Klägerin zu 2 hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 450 000 \$ zu verurteilen. Das Landgericht Landshut hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht München zugelassene Revision der Klägerinnen.

**Aus den Gründen:** Die aufgrund der Zulassung durch das Berufungsgericht statthafte und auch sonst zulässige Revision hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, es liege ein Leihvertrag vor. Eventuelle Schadensersatzansprüche der Klägerinnen seien nach §§ 606, 558 BGB a. F. verjährt. Die Zurverfügungstellung des Luftfahrzeuges nebst Besatzung zu Testzwecken sei ein Gebrauch des Flugzeugs. Eine unmittelbare Einwirkung der Beklagten oder der Tester sei hierfür nicht erforderlich. Unmittelbarer Besitz oder eine sachenrechtliche Beziehung der Entleiherin seien kein konstitutives Merkmal für ein Leihverhältnis. Das Gesetz setze lediglich voraus, daß dem Entleiher der Gebrauch der Sache gestattet werde. Das Merkmal Gebrauch in § 598 BGB sei schuldrechtlicher Natur und nach Sinn und Zweck der Regelung des Leihvertrages auszulegen. Das Erfordernis einer sachenrechtlichen Beziehung könne auch nicht aus den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 14. Juli 1970 (– VI ZR 203/68 – VersR 1970, 934) und vom 28. November 1984 (– VIII ZR 240/83 – JZ 1985, 386 [= WM 1985, 290]) entnommen werden.

Die unentgeltliche Überlassung des Bedienungspersonals führe nicht zu einem Auftrag oder einem Geschäftsbesorgungsvertrag. Durch sie werde der Vertrag nicht entscheidend geprägt. Zwar hätten die Beklagte bzw. die Tester über Ort, Art und Zeit der durchzuführenden Rollvorgänge bestimmt. Die Durchführung der Rollvorgänge sei für die Erhebung der signifikanten Daten auch erforderlich gewesen und von der Beklagten erwartet, aber von der Klägerin zu 2 nicht geschuldet worden, weil die Luftfahrzeugbesatzung einen Rollvorgang jederzeit gemäß § 1 Nr. 2 Satz 2 der Vereinbarung ohne Begründung ablehnen können. Die Notwendigkeit der Rollvorgänge für die Durchführung der Tests und ihre Besprechung mit der Flugzeugbesatzung änderten bei Berücksichtigung des Gesamtcharakters der Vereinbarung nichts daran, daß sich weder die Klägerin zu 2 noch das Bedienungspersonal bindend zur Durchführung bestimmter Rollvorgänge verpflichtet hätten. Deshalb liege ein Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrag nicht vor.

Die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 606 BGB habe einen Tag nach Beendigung des Gebrauchs (25. Februar 2000) zu laufen begonnen, sei mit Zugang des Schreibens der Be-

klagten vom 23. März 2000 unterbrochen (richtig: gehemmt) worden, nach Abbruch der Verhandlungen mit Schreiben der Beklagten vom 30. April 2001 weitergelaufen, am 3. August 2001 erneut unterbrochen und mit Zugang des Schreibens vom 28. Dezember 2001 weitergelaufen. Im März 2002 sei Verjährung eingetreten.

2. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Nach der gesetzlichen Regelung in § 598 BGB liegt ein Leihvertrag vor, wenn der Verleiher dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich gestattet. In der Regel wird der Verleiher dem Entleiher den unmittelbaren Besitz an der Sache übertragen. Ein konstitutives Element des Leihvertrages ist die Besitzverschaffung aber nicht (MünchKomm/Voelskow BGB 3. Aufl. §§ 535, 536 Rdn. 41). Denn der Leihvertrag setzt lediglich voraus, daß dem Entleiher der Gebrauch der Sache gestattet wird. Dazu ist zwar meistens, aber nicht notwendigerweise die Übergabe (Besitzverschaffung) der Leihsache erforderlich (einhellige Meinung; vgl. zum entsprechenden Problem beim Mietvertrag BGH, Urteil vom 1. Februar 1989 – VIII ZR 126/88 – NJW-RR 1989, 589 [= WM 1989, 229]; Staudinger/Emmerich BGB (2003) § 536 Rdn. 15). Maßgebend ist, ob der Vertragszweck die Übergabe erfordert oder nicht.

b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, daß die Leihe zwar keinen unmittelbaren Besitz, aber eine sachenrechtliche Beziehung des Entleihers zum Objekt der Leihe voraussetze, aufgrund dessen er ein Zugriffsrecht auf die Sache erhalte; der (nicht besitzende) Entleiher müsse auf die Sache in irgendeiner Weise einwirken können, sei es, daß er – bei Grundstücken – den Zutritt oder – bei beweglichen Sachen – den Zugriff auf die Sache erhalte.

Weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck der Bestimmung verlangen eine körperliche Zugriffsmöglichkeit auf die Sache. Entscheidend ist allein, daß der Entleiher die Sache für seine Zwecke nutzen kann. Die Gestattung des Gebrauchs ist, worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist, nichts anderes als die Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit. Ist der Entleiher auf eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit nicht angewiesen, weil die beabsichtigte Nutzung von ihm anderweitig sichergestellt wird, so schließt die mangelnde sachenrechtliche Beziehung die Annahme eines Leihvertrages nicht aus. Welche Einwirkungsmöglichkeiten der Entleiher erhalten muß, bestimmt sich allein nach der vertraglichen Vereinbarung (vgl. Staudinger/Emmerich BGB a. a. O. Rdn. 15).

Im vorliegenden Fall sollte die Klägerin zu 2 der Beklagten ein Flugzeug samt Personal so zur Verfügung stellen, daß diese absprachegemäß die beabsichtigten Rolltests durchführen bzw. durchführen lassen konnte. Daß die Entleiherin die Maschine nicht selbst bedienen konnte und durfte, steht nicht entgegen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts konnte die Beklagte über Ort, Zeit und Art der durchzuführenden Roll- und Bremsvorgänge bestimmen. Deshalb durfte das Berufungsgericht zu Recht von einer Überlassung zum Gebrauch ausgehen.

c) Ohne Erfolg beruft sich die Revision auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. Juli 1970 (– VI ZR 203/68 – VersR 1970, 934 ff.) und vom 28. November 1984 (– VIII ZR 240/83 – JZ 1985, 386 ff. [= WM 1985, 290]). Soweit sie meint, der Bundesgerichtshof habe für die Annahme einer Leihe eine sachenrechtliche Beziehung des Entleihers zum Gegenstand der Leihe verlangt, beruht ihre Auffassung auf einem unzutreffenden Verständnis dieser Entscheidungen. Im Urteil vom 14. Juli 1970 (Tiefklärerfall) hat der Bundesgerichtshof entschieden, bei Gestellung von Geräten mit Bedienungspersonal sei das Bedienungspersonal in aller Regel nicht mehr Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe des Vermieters, sondern des Mieters, weil es nunmehr dessen Weisungen unterworfen sei (BGH, Urteil vom 14. Juli 1970 a. a. O.

S. 935). Damit ist aber lediglich zum Ausdruck gebracht, daß in solchen Fällen jedenfalls ein Mietvertrag vorliegt. Daß das Bedienungspersonal stets Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfe des Mieters sein müsse, mithin Besitzdiener des Mieters, über den der Mieter als Herr den Gebrauch erlange, hat der Bundesgerichtshof nicht gefordert. Mit Urteil vom 28. November 1984 wurde ein Mietvertrag verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag bejaht, weil ein Kran mit Kranführer zur Verfügung gestellt werden sollte und die „eigentliche Tätigkeit des Krans“ und die Sicherheit der Einsatzstelle in die ausschließliche Verantwortung des Übernehmers gestellt wurden. Auch dort hat der Bundesgerichtshof keine Mindestvoraussetzungen für eine Gebrauchsüberlassung im Sinne von § 535 BGB bzw. § 598 BGB aufgestellt, insbesondere keine sachenrechtliche Beziehung gefordert, sondern lediglich eine Abgrenzung zwischen Dienst- bzw. Werkvertrag und einem Mietvertrag in Verbindung mit einer Dienstverschaffungspflicht vorgenommen. Er hat entschieden, daß das Schwergewicht nicht in der Herstellung eines Werkes oder in der Leistung von Diensten, sondern in der Überlassung zum Gebrauch lag. Fehlende Feststellungen, daß der Beklagten die Sorge für die Obhut des Luftfahrzeuges oblag, stehen deshalb entgegen der Auffassung der Revision der Annahme eines Leihvertrages nicht entgegen. Im übrigen kann nicht zweifelhaft sein, daß die Beklagte als Betreiberin des Flughafens in ähnlicher Weise für die Sicherheit der Einsatzstelle verantwortlich war wie der Bauunternehmer für die Baustelle. Insoweit sind beide Fälle vergleichbar.

d) Soweit die Revision meint, eine sachenrechtliche Beziehung sei schon deshalb erforderlich, weil ansonsten Gebrauchsüberlassungsverträge wie Miete oder Leihe nicht mehr von Dienst-, Auftrags- und Werkverträgen abgegrenzt werden könnten, bei denen der Dienstnehmer, Auftragnehmer oder Werkunternehmer eigene Werkzeuge, Hilfsmittel oder sonstige Gegenstände zur Erbringung der geschuldeten Vertragsleistung einsetze, kann auch dem nicht gefolgt werden. Denn nach gefestigter Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 28. November 1984 a. a. O.) kommt es, wie bereits erwähnt, für die Abgrenzung von Mietvertrag/Leihvertrag einerseits und Dienstvertrag, Auftrag und Werkvertrag andererseits entscheidend darauf an, ob über die Überlassung der Sache samt Bedienungspersonal hinaus noch die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. in erster Linie die Leistung von Diensten geschuldet ist. Ist dies der Fall und wird das Gesamtverhältnis insgesamt von dieser Leistung geprägt, dann finden die vom Gesetz vorgesehenen Regeln dieser besonderen Vertragstypen Anwendung. Liegt dagegen – wie hier – der Schwerpunkt auf der Pflicht zur Überlassung der Sache, gelten die Vorschriften über die Leihe/Miete. Ob neben der Überlassungspflicht weitere Verpflichtungen bestehen und welche Pflichten gegebenenfalls überwiegen, hat der Tatrichter im Wege der Auslegung festzustellen.

e) Das Berufungsgericht hat die Vereinbarung vom 14. Februar 2000 dahin ausgelegt, daß die Klägerin zu 2 nicht zur Durchführung der Rollvorgänge verpflichtet gewesen sei, sondern lediglich das Flugzeug samt Besatzung hierfür zur Verfügung stellen mußte und hat deshalb das Hauptgewicht der von der Klägerin zu 2 zu erbringenden Leistung in der Überlassung des Flugzeuges gesehen. Die gegen diese Auslegung vorgebrachten Rügen der Revision bleiben ohne Erfolg.

aa) Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Sie kann vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht (BGHZ 150, 32, 37).

bb) Solche revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen, und sie liegen auch nicht vor.

(1) Nach Auffassung der Revision ist die Begründung widersprüchlich und die Ableitung denkgesetzlich nicht zwingend, soweit das Berufungsgericht eine vertragliche Verpflichtung der Klägerin zu 2 deshalb ablehne, weil die Besatzung nach § 1 Nr. 2 der Vereinbarung vom 14. Februar 2000 einen Rollvorgang jederzeit habe ablehnen können. Näher liege es, in der genannten Vertragsbestimmung eine Aufhebung des auftragsrechtlichen Weisungsrechts zu sehen. Es verstoße gegen die Denkgesetze, wenn Indiztatsachen, die sich zwanglos mit dem gegensätzlichen Vortrag beider Parteien vereinbaren ließen, nur mit dem Vortrag einer Partei für vereinbar gehalten würden, somit die Ambivalenz nicht erkannt werde.

Damit kann die Revision nicht durchdringen. Das Berufungsgericht ist nicht von einer einzig möglichen Auslegung des Vertrages ausgegangen. Es hat lediglich – zu Recht – die Vereinbarung für eindeutig angesehen, daß die Luftfahrzeugbesatzung jederzeit einen Rollvorgang ohne Begründung ablehnen konnte. Aus dieser Regelung hat es dann den – möglichen – Schluß gezogen, daß sich die Klägerin zu 2 nicht zur Durchführung der Rollvorgänge verpflichtet habe und deshalb kein Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrag vorliege. Diese Auslegung ist nicht nur möglich, sondern auch naheliegend. Wenn die von der Klägerin zu 2 gestellte Besatzung konkret verlangte Rollvorgänge ohne Begründung ablehnen konnte, kann schwerlich ein bestimmter Arbeitserfolg geschuldet sein.

(2) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es widerspreche der Lebenserfahrung anzunehmen, die Durchführung der Rollvorgänge werde von der Beklagten zwar erwartet, gleichwohl sei eine vertraglich bindende Verpflichtung der Klägerin zu 2 zu verneinen. Das Berufungsgericht unterstelle das unvernünftige Ziel, das Scheitern der Versuche in Kauf zu nehmen; die Parteien vereinbarten aber stets ein vernünftiges Ergebnis.

Der behauptete Widerspruch liegt nicht vor. Die Revision erkennt, daß die Klägerin zu 2 der Beklagten das Flugzeug unentgeltlich überlassen hat. Wenn sie sich unter diesen Umständen nicht endgültig verpflichtete, sondern die letzte Entscheidung über die Durchführung der von der Beklagten gewünschten Rollvorgänge – nicht zuletzt aus Sicherheitsgründen – ihrer Flugzeugbesatzung überlassen wollte, andererseits die Beklagte damit einverstanden war, weil sie keine günstigeren Bedingungen erzielen konnte, so ist diese Auslegung durchaus naheliegend (zur Bedeutung der Bezahlung einer Leistung für die Annahme eines Werkvertrages vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 1970 a. a. O. II 2 a).

(3) Zu Unrecht meint die Revision, wenn aus dem Recht, einen Rollvorgang abzulehnen, die Verneinung einer vertraglichen Pflicht überhaupt folge, dann gelte dies auch für die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung. Ihre Auffassung, mit der Verweigerung der Rollvorgänge entfallende nämlich auch jede Gebrauchsmöglichkeit, trifft nicht zu. Die – generelle – Verpflichtung, der Beklagten ein Flugzeug zu Testzwecken zur Verfügung zu stellen, entfällt nicht deshalb, weil die Flugzeugbesatzung nach § 1 Nr. 2 der Vereinbarung jederzeit das Recht hatte, einen bestimmten Rollvorgang abzulehnen. Die Klägerin zu 2 mußte das Flugzeug bereitstellen unabhängig davon, ob und in welchem Umfang die Besatzung – später – einzelne Rollvorgänge ablehnte.

(4) Schließlich beruft sich die Revision ohne Erfolg darauf, das Berufungsgericht habe die Entstehungsgeschichte der Vereinbarung vernachlässigt, so daß die Auslegung auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage beruhe; die Beklagte habe sich mit der Bitte an die Klägerin zu 2 gewandt, am 24. Februar 2000 an Bremsversuchen teilzunehmen. Die Bitte um

Teilnahme spreche dagegen, daß der Zweck der angebotenen Verträge sich lediglich in der Überlassung des Gebrauchs an dem Fahrzeug habe erschöpfen sollen. Vielmehr habe die Vornahme der Rollvorgänge durch die Zweitklägerin als für die Datenerhebung erforderlich und notwendig ganz im Vordergrund gestanden.

Es liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, das Berufungsgericht habe nicht erkannt, daß die Initiative für die Bremsversuche von der Beklagten ausgegangen sei, und damit Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen. Letztlich ersetzt die Revision die Auslegung des Berufungsgerichts durch ihre eigene. Das ist ihr im Revisionsverfahren verwehrt.

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Verjährungsfrist am 25. Februar 2000 zu laufen begonnen habe (§ 187 Abs. 1 BGB). Zwar ist unklar, ob das Berufungsgericht § 558 Abs. 2 BGB a. F. oder § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB angewendet hat (es zitiert auf S. 5 § 558 BGB a. F., auf S. 8 § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist aber unschädlich, da beide Bestimmungen übereinstimmend die Verjährung des Anspruchs des Vermieters wegen Verschlechterung der Mietsache mit dem Zeitpunkt beginnen lassen, zu dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält.

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Klägerin zu 2 den Besitz am Flugzeug nicht verloren hatte und deshalb ein Rückhalt im Sinne der genannten Bestimmungen nicht in Betracht kam. Noch in der Revisionsinstanz vertritt die Klägerin zu 2 die Auffassung, daß die Beklagte nicht Besitzerin des Flugzeuges gewesen, sondern dieses im Besitz der Klägerin zu 2 verblieben sei. Wurde dem Entleiher der Besitz aber nicht verschafft, so beginnt die Verjährung, sobald der Entleiher den Gebrauch der Leihsache beendet und der Verleiher davon erfährt.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, eine „Rückgabe“ der Leihsache setze nach ständiger Rechtsprechung eine Veränderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters voraus. Soweit sie sich insoweit auf die Senatsentscheidung vom 19. November 2003 (– XII ZR 68/00 – NJW 2004, 774 [= GuT 2004, 13 = WM 2004, 21]) beruft, beruht ihre Auffassung auf einem unzutreffenden Verständnis dieser Entscheidung. Der Senat hat dort für den Beginn der Verjährung nicht einen Besitzwechsel zwischen Mieter und Vermieter verlangt. Zwar wird ein Mietverhältnis in der Regel damit enden, daß der Mieter dem Vermieter den unmittelbaren Besitz an der Mietsache verschafft. Entscheidend für den Beginn der Verjährung ist aber nicht die Rückgabe durch den Mieter, sondern nur, daß der Vermieter in die Lage versetzt wird, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen zu machen, und daß der Mieter mit Kenntnisnahme des Vermieters den Besitz vollständig und unzweideutig aufgibt, weil das Mietverhältnis sonst sein tatsächliches Ende nicht findet. Hat aber – wie hier – der Verleiher den unmittelbaren Besitz und die tatsächliche Sachherrschaft nie verloren, endet das Leihverhältnis, wenn der Entleiher den Gebrauch der Leihsache einstellt und der Verleiher davon erfährt.

Entgegen der Auffassung der Revision kommt es für die Anwendung des § 558 BGB a. F. nicht darauf an, ob der geltend gemachte Schaden am Mietobjekt/ Leihobjekt selbst entstanden ist. Es reicht aus, daß die Beschädigung der überlassenen Sache zu weiteren Sachschäden geführt hat (Senatsurteil vom 6. November 1991 – XII ZR 216/90 – NJW 1992, 687 [= WM 1992, 71]). Alleinige Voraussetzung ist nur, daß der Schaden in innerem Zusammenhang mit der Nutzung des Leihobjektes steht (Gramlich in: Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. VI Rdn. 12). Auch gebietet es der mit § 558 BGB a. F. verfolgte Gesetzeszweck, eine beschleunigte Abwicklung des Gebrauchsüberlassungs-

verhältnisses zu erreichen, die typischerweise mit einem vertraglichen Schadensersatzanspruch konkurrierenden gesetzlichen Schadensersatzansprüche sowie gleichgerichtete Ansprüche, z. B. aus Eigentum oder ungerechtfertigter Bereicherung oder ähnlichem, der kurzen Verjährung zu unterwerfen (Gramlich a. a. O. Rdn. 15 m.w.N.). Erfasst ist daher auch der Anspruch auf Ersatz aller künftigen Schäden, die aus dem fraglichen Zusammenstoß der beiden Flugzeuge auf dem Rollfeld herrühren.

Entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß das Schreiben des Versicherers der Beklagten vom 30. April 2001 die Unterbrechung der Verjährung beendet hat. Die tatrichterliche Würdigung, daß die Beklagtenseite mit diesem Schreiben die Verhandlungen abgebrochen hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

**§ 269 BGB; Art. 5 LugÜ**  
**Lugano-Übereinkommen; Hotelschiff-Charter;**  
**Erfüllungsort für Mietzinsansprüche; Sitz des Mieters**

**1. Erfüllungsort für Mietzinsansprüche aus der Nutzung eines Hotelschiffs ist mangels abweichender Vereinbarung nicht der Sitz des Vermieters, sondern der Sitz des Mieters (hier: Sitz in der Schweiz).**

**2. Die Einzahlungen der Miete auf einem Bankkonto am Sitz des Vermieters begründen nicht den „Erfüllungsort tatsächlich erbrachter Leistungen“ für nachfolgende Mieten.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. 7. 2004 – I-24 U 253/03)

**Zum Sachverhalt:** Die bei Vertragsschluss und jetzt im Inland ansässige Klägerin (GmbH) und die bei Vertragsschluss und jetzt in der Schweiz ansässige Beklagte, eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, schlossen am 17. Juni 1998 einen Mietvertrag (MV) über ein Hotelschiff. Die Laufzeit des Vertrags endete mit Ablauf des 31. Juli 2002. Die Beklagte, die das Schiff vereinbarungsgemäß in Bremen übernommen, in die Niederlande verlegt, dort betrieben und wieder zurückgegeben hat, hat die vereinbarte Miete (2000 DM/Tag mit monatlicher Fälligkeit am ersten Tag des Vormonats) bis einschließlich April 2002 gezahlt. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Miete vom 1. Mai bis 31. Juli 2002 in Höhe von (92 Tage × 2000 DM/Tag = 184 000 DM) 94 077,36 € (richtig: 94 077,71 €). Zur Zahlungsweise haben die Parteien nur das Folgende vereinbart (§ 3 Satz 5 MV):

„Die Charterraten werden auf das Konto der [Klägerin] bei der Raiffeisenbank Emmerich eG ... überwiesen“.

Abweichend von dieser Regelung hat die Beklagte zuletzt die Miete vereinbarungsgemäß auf ein Konto der Klägerin bei einem in Wesel ansässigen Kreditinstitut überwiesen.

Die Klägerin nimmt die Beklagte bei dem für Wesel zuständigen Landgericht Duisburg auf Zahlung in Anspruch. Sie ist der Auffassung, die inländischen Gerichte seien international zuständig, weil Wesel als Erfüllungsort für die von der Beklagten eingegangene Zahlungsverpflichtung vereinbart worden sei.

Die Beklagte hat u. a. geltend gemacht, dem angerufenen Gericht fehle die internationale Zuständigkeit. Erfüllungsort der umstrittenen Geldschuld sei der Ort ihrer Niederlassung bei Vertragsschluss, so dass sie nur vor dem örtlich zuständigen Gericht in der Schweiz in Anspruch genommen werden könne.

Das Landgericht hat durch das angefochtene Zwischenurteil festgestellt, dass es international und örtlich zur Ver-

handlung und Entscheidung des Rechtsstreits zuständig ist. Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung unverändert das Ziel der Abweisung der Klage als unzulässig.

**Aus den Gründen:** B. Das zulässige Rechtsmittel ist begründet. Die inländischen Gerichte sind für die Entscheidung des Rechtsstreits international nicht zuständig.

I. Mit Blick auf den Sitz der Beklagten in der Schweiz, die nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaften ist, ist maßgeblich für die Beantwortung der Frage nach dem international zuständigen Gericht das zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz geltende Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ). Es ist in der Bundesrepublik am 1. März 1995 in Kraft getreten (BGBl II 221) und im Verhältnis zur Schweiz seit deren Beitritt am 1. September 1997 (BGBl 1998 II 56) anzuwenden.

II. Gemäß Art. 2 Abs. 1, 53 Abs. 1 LugÜ kann eine Gesellschaft, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, nur vor den Gerichten dieses Staates verklagt werden, es sei denn, das Luganer Übereinkommen sehe einen davon abweichenden (ausschließlichen oder besonderen) Gerichtsstand vor. Das bedeutet für den Streitfall, dass die Beklagte mit Blick auf ihren Sitz im Vertragsstaat Schweiz grundsätzlich nur vor Schweizer Gerichten in Anspruch genommen werden kann. Da das Luganer Abkommen auch keinen davon abweichenden Gerichtsstand eröffnet, ist das angerufene inländische Gericht nicht zuständig.

1. Ein ausschließlicher Gerichtsstand, insbesondere ein solcher gemäß Art. 16 Nr. 1a LugÜ ist nicht gegeben. Diese Bestimmung begründet einen ausschließlichen Gerichtsstand für Miet- und Pachtsachen nur, wenn Gegenstand des Vertrags eine unbewegliche Sache, insbesondere ein Grundstück ist. Die entgeltliche Überlassung eines Schiffs zur Nutzung wird nicht erfasst, weil das Schiff eine bewegliche Sache ist. Offen bleiben kann die Frage, ob ein registriertes Schiff, das gemäß §§ 1 ff. SchiffsRG, § 870 ZPO und §§ 162 ff. ZVG nach materiellem deutschen Recht wie ein Grundstück behandelt wird, auch eine unbewegliche Sache im Sinne des Art. 16 Nr. 1a LugÜ darstellt (so Geimer, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Anm. A1 Art. 22 Rn. 47). Das hier umstrittene Schiff war nach dem Vortrag der Klägerin bei Vertragsschluss nicht registriert.

2. Die Parteien haben nach dem vorgetragenen Vertragsinhalt keine Regelung über den Gerichtsstand getroffen. Das angerufene inländische Gericht ist auch nicht gemäß Art. 18 LugÜ zuständig geworden. Eine Zuständigkeit nach dieser Bestimmung tritt nur ein, wenn sich die Beklagte zur Sache eingelassen hätte, ohne die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gleichzeitig zu rügen (vgl. dazu BGH MDR 2004, 707 m.w.N.). Die Beklagte hat noch vor der Einlassung zur Sache (Schriftsatz vom 27. Januar 2003) mit Schriftsatz vom 6. Januar 2003 die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gerügt. Dass sie dann auch gleichsam hilfsweise zur Sache Stellung genommen hat, ist unschädlich (BGH a. a. O.).

3. Der Gerichtsstand des Vermögens, wie er durch § 23 ZPO eröffnet sein könnte, ist kein nach dem Luganer Übereinkommen zulässiger Gerichtsstand. Der Gerichtsstand des belegen Vermögens ist gemäß Art. 3 Abs. 2, 3. Spiegelstrich LugÜ ausdrücklich ausgeschlossen.

4. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist das angerufene Gericht auch nicht gemäß Art. 5 Nr. 1, 1. Halbs. LugÜ als Gericht des Erfüllungsorts zuständig.

a) Nach dieser Bestimmung kann bei Ansprüchen aus einem Vertrag Klage auch vor dem Gericht des Ortes erhoben werden, an dem die umstrittene Verpflichtung zu erfüllen ist. Die Beantwortung der Frage, wo eine Verpflichtung erfüllt

werden muss, beantwortet nicht das Luganer Übereinkommen als interstaatlicher prozessrechtlicher Vertrag, sondern das anwendbare materielle Recht. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass die Frage nach dem Erfüllungsort nicht vertragsautonom, sondern nach dem internationalen Privatrecht des Staates, dessen Gericht angerufen worden ist (Gerichtsstaat), zu beantworten ist (EuGH NJW 1977, 491 <Tessili>; vgl. auch BGH NJW-RR 2003, 192 m.w.N.).

Einschlägig ist Art. 28 Abs. 2 EGBGB. Danach ist mangels einer Rechtswahl (vgl. Art. 27 EGBGB) das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die Niederlassung der Partei befindet, die die nach dem Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat. Geht es wie hier um einen Mietvertrag, erbringt der Vermieter die den Vertrag charakterisierende Leistung, nämlich die Überlassung des Gebrauchs. Die Frage nach dem Erfüllungsort ist demnach nach materiellem deutschem Recht zu beantworten (BGH a. a. O.). Erfüllungsort in diesem Sinne ist gemäß § 269 BGB der Ort, an dem der Schuldner die von ihm geschuldete Leistungshandlung vorzunehmen hat (Leistungsort), und nicht der Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt (Palandt/Heinrichs, BGB, 6. Aufl., § 269 Rn. 1; Soergel/Siebert/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 269 Rn. 2; BGH NJW-RR 2003, 192).

b) Gewerbliche Mietschulden sind, wie andere Geldschulden auch, gemäß § 269 Abs. 1, 2 BGB an dem Ort zu erbringen (Leistungsort), an welchem der Schuldner bei Vertragsschluss seine gewerbliche Niederlassung hat, es sei denn, die Parteien haben einen davon abweichenden Erfüllungsort vereinbart oder ein solcher ergibt sich aus den Umständen bei Vertragsschluss, insbesondere aus dem Charakter des Schuldverhältnisses (BGH NJW 1988, 1914). Erfüllungsort für die hier umstrittenen Geldschulden ist mangels abweichender Vereinbarung oder besonderer Umstände nicht der inländische Sitz der Klägerin, sondern der ausländische Sitz der Beklagten.

aa) Zu Unrecht folgt das Landgericht der unrichtigen Auffassung der Klägerin, Wesel sei als (inländischer) Erfüllungsort deshalb maßgeblich, weil die Beklagte vereinbarungsgemäß die geschuldeten Mietraten auf ein Konto einzahle und einzuzahlen habe, das die Klägerin bei einem an diesem Ort ansässigen Kreditinstitut unterhalte. Dabei übersieht das Landgericht, dass diese Vertragsklausel der Beklagten als Geldschuldnerin nur das Kosten- und Verlustrisiko der Geldübermittlung an den Ort der kontoführenden Stelle auferlegt (Schickschuld). Damit ist in Anlehnung an § 270 Abs. 1 BGB lediglich bestimmt, dass der Zahlungsort, also der Ort, an dem der Leistungserfolg einzutreten hat, sich an dem Ort befindet, an dem das kontoführende Kreditinstitut seinen Sitz hat. Ein von § 269 Abs. 1 BGB abweichender Erfüllungsort wird damit im Zweifel nicht vereinbart, wie dem § 270 Abs. 4 BGB zu entnehmen ist. Nach dieser Bestimmung wird durch die Vereinbarung eines vom Leistungsort/Erfüllungsort abweichenden Zahlungsorts nicht die gesetzliche Regelung des § 269 Abs. 1 und 2 BGB über den gesetzlichen Erfüllungsort an der Niederlassung des (Geld)Schuldners etwas geändert.

bb) Auch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Mietvertrags über bewegliche Sachen ergibt sich kein von § 269 Abs. 2 BGB abweichender Erfüllungsort/Leistungsort, wie er etwa für das Ladengeschäft (BGH MDR 2003, 402), den Arbeitsvertrag (BAG NZA 2003, 339) und den Bauwerksvertrag (BGH NJW 1986, 935) angenommen wird. Der Mietvertrag über bewegliche Sachen ist kein Vertragstyp, der im Vergleich zu sonstigen gegenseitigen Verträgen Besonderheiten aufweist, die eine Bestimmung des Leistungsorts abweichend von § 269 Abs. 1, 2 BGB erfordern könnte (BGH NJW 1988, 1914 zum Mietvertrag und jüngst – unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung – BGH NJW 2004, 54 und BB 2004, 910 zum Anwaltsvertrag).

c) Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin schließlich darauf, Art. 5 Nr. 1a LugÜ eröffne den Gerichtsstand nicht nur an dem Ort, an dem eine Leistung rechtlich zu erfüllen ist, sondern auch an dem Ort, an dem sie tatsächlich erbracht worden ist, also dort, wo sie die Gegenseite mit Erfüllungswirkung angenommen habe. Im Streitfall geht es um ein solches Verlangen nicht. Die Klägerin verlangt nicht Leistungen zurück, die sie als Erfüllung angenommen hat (vgl. zu diesem Fall Bay-ObLG RIW 1992, 862 und Geimer, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Anm. A1, Art. 5 Rn. 142 f.). Sie verlangt vielmehr die vertraglich fälligen Leistungsraten. In diesem Zusammenhang spielt es keine Rolle, dass die Beklagte in der Vergangenheit Zahlungen zu Gunsten des inländischen Kontos der Klägerin erbracht hat. Abgesehen davon, dass – wie bereits ausgeführt worden ist – der Zahlungsort nicht mit dem Erfüllungsort verwechselt werden darf, sind die früheren Zahlungsvorgänge für die hier umstrittenen Leistungen irrelevant. Die Miete ist eine Schuld, die rätierlich mit jedem Monat der Gebrauchüberlassung neu entsteht (BGH NJW 1990, 1785; 2001, 2251; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 314 Rn. 2). Leistungsraten, die in der Vergangenheit erbracht worden sind, sagen deshalb nichts aus über den Erfüllungsort der künftigen Leistungsraten.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 535, 387 BGB**  
**Aufrechnungsverbot; Kautionsrückzahlungsanspruch bei streitigen Forderungen des Vermieters**

**Ein Aufrechnungsverbot in einem gewerblichen Mietvertrag, wonach die Aufrechnung des Mieters mit anderen als anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Forderungen ausgeschlossen ist, ist auch auf den Kautionsrückzahlungsanspruch anzuwenden, wenn die Gegenforderungen des Mieters weder anerkannt noch unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. 6. 2004 – I-10 U 145/03)

**Aus den Gründen:** 1. Den Klägerinnen steht gegenüber der Beklagten unstreitig für die Monate November 2002 bis Januar 2003 ein Anspruch auf Zahlung von Mietzins bzw. Nutzungsentschädigung in Höhe von insgesamt 6652,73 € zu.

Die Beklagte beruft sich gegenüber diesem Anspruch der Klägerinnen ausschließlich auf die von ihr erklärte Aufrechnung mit umstrittenen Gegenforderungen (Kautionsrückzahlungsanspruch in Höhe von 3039,57 € wegen angeblich unberechtigter Inanspruchnahme der Kautions durch die Klägerinnen für Nebenkosten/Schadensersatzanspruch in Höhe von 2145,19 € / weiterer Kautionsrückzahlungsanspruch in Höhe von 255,65 € wegen der Fernbedienungen der Rolltore / weiterer Kautionsrückzahlungsanspruch in Höhe von 1081,32 €, weil die Klägerinnen die Kautions auch insoweit zu Unrecht wegen einer Öllieferung in Anspruch genommen haben sollen). Damit hat sie jedoch keinen Erfolg.

In § 2 Ziffer 4 Satz 3 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Mietvertrag vom 12. 10. 1999 haben die Parteien nämlich ein Aufrechnungsverbot vereinbart, ohne dass insoweit Wirksamkeitsbedenken bestehen. Demnach ist der Beklagten nur die Möglichkeit eröffnet, mit anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aufzurechnen. Diese Einschränkung erstreckt sich auch auf Nutzungschadigungsansprüche nach Beendigung des Mietverhältnisses und Rückgabe des Mietobjekts (vgl. z. B. Bub/Treier/Bub, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rdn. 429 m.w.N.) und ist ebenfalls auf den Kautionsrückzahlungsanspruch anzuwenden (so z. B. Geldmacher in DWW 2003, 214 m.w.N.). Die Beklagte ist demnach mit der von ihr erklärten



Aufrechnung ausgeschlossen, weil die von ihr geltend gemachten Aufrechnungsforderungen weder anerkannt, unstreitig noch rechtskräftig festgestellt sind.

2. Die von der Beklagten hilfsweise beantragte Aussetzung des Verfahrens gemäß § 148 ZPO kommt ebenfalls nicht in Betracht. Die anderweitig (24 S 312/03 LG Düsseldorf) in der Berufungsinstanz anhängige Klage der Beklagten auf „Rückzahlung“ der von den Klägerinnen in Höhe von 3039,57 € angeblich zu Unrecht in Anspruch genommenen Kautions ist für den vorliegenden Rechtsstreit nicht vorgreiflich, weil die mit dem vermeintlichen Anspruch auf Zahlung von 3039,57 € unterlegte Aufrechnung der Beklagten aus den Erwägungen zu Ziffer 2 unbeachtlich ist.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 138, 535 a. F., 581 a. F. BGB  
Ermittlung der ortsüblichen Pacht;  
Pachtzinsüberhöhung**

**a) Zur Ermittlung der ortsüblichen Pacht anhand vergleichbarer Pachtobjekte (im Anschluß an Senatsurteile BGHZ 141, 257 ff. [= WM 1999, 527]; vom 13. Juni 2001 – XII ZR 49/99 – NJW 2002, 55 [= GuT 2002, 9]; und vom 10. Juli 2002 – XII ZR 314/00 – NZM 2002, 822).**

**b) Zur Frage des Rückschlusses auf eine verwerfliche Gesinnung des Verpächters bei einer auffälligen Überhöhung des Pachtzinses.**

(BGH, Urteil vom 30. 6. 2004 – XII ZR 11/01)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger (Pächter) verlangt vom Beklagten (Verpächter) die Rückgewähr angeblich überzahlten Pachtzinses.

Der Beklagte verpachtete mit Vertrag vom 29. Dezember 1993 dem Kläger auf vier Jahre eine Ladenfläche von ca. 15 m<sup>2</sup> am Busbahnhof in L. zum Betrieb eines Döner-Kebab-Standes. Der Pachtzins betrug monatlich 4500 DM nebst einer „Verwaltungskostenpauschale“ von 200 DM zuzüglich gesetzlicher MWSt. Für die Nebenkosten – außer den Stromkosten, die der Kläger zu tragen hatte – zahlte der Kläger dem Beklagten eine monatliche Pauschale von 200 DM. Der dem Kläger verpachtete Stand ist Teil einer ca. 180 m<sup>2</sup> umfassenden Gaststätte, die der Beklagte seinerseits für monatlich 10 500 DM netto zuzüglich Nebenkosten von monatlich 540 DM von einem Pächter angepachtet und zu deren Ausbau er sich verpflichtet hatte. Der Kläger hat seinem Vorpächter 120 000 DM bezahlt; ein Teilbetrag von 15 000 DM entfiel hierbei auf die Übernahme von zwei Geldspielautomaten. Der Kläger betrieb den Dönerstand vom 1. Januar 1994 bis einschließlich Februar 1996. Von seinem Nachfolger erhielt er 100 000 DM.

Der Kläger meint, die vereinbarte Pacht sei sittenwidrig überhöht gewesen; angemessen wäre eine Pacht von monatlich netto 1200 DM. Er fordert vom Beklagten den Unterschiedsbetrag von 3500 DM zwischen der vereinbarten Pacht von 4700 DM (4500 DM zuzüglich 200 DM Verwaltungskostenpauschale) und 1200 DM für die Pachtzeit von 26 Monaten in Höhe von insgesamt 91 000 DM (3500 DM × 26) zurück.

Das Landgericht Stuttgart hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zur ortsüblichen Pacht den Beklagten zur Rückzahlung von 75 315,50 DM verurteilt. Dabei ist es von einer monatlichen ortsüblichen Pacht für den Dönerstand entsprechend den Ausführungen der Sachverständigen in Höhe von 1679,25 DM einschließlich eines Inventaranteils von 51,75 DM ausgegangen. Diesem Betrag hat es 124 DM hinzugerechnet, weil der Kläger nach den vorgelegten Unterlagen angeblich in dieser Höhe monatlich Provisionen aus den Geldspielautomaten einnehme. Nach Auffassung des Land-

gerichts muß sich der Kläger monatlich insgesamt 1803,25 DM anrechnen lassen. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat die Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die angenommene Revision des Beklagten, mit der er die Abweisung der Klage erstrebt.

**Aus den Gründen:** Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I. Das Berufungsgericht hat den Pachtvertrag wegen eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung unter Bejahung des subjektiven Tatbestands als sittenwidrig und nichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB angesehen. Hierbei hat es sich auf ein Sachverständigengutachten gestützt, in dem für den Dönerstand eine ortsübliche Marktpacht durch Vergleich mit der ortsüblichen Miete für Ladengeschäfte ermittelt wurde, und hierzu ausgeführt: Zwar habe die Sachverständige ihrem Gutachten nicht die erzielten Mieten/Pachten für andere vergleichbare Objekte zugrunde gelegt. Da der streitgegenständliche Dönerstand jedoch keine Aufenthaltsmöglichkeiten habe, sei es naheliegend und zutreffend, Ladenmieten – und nicht Gaststättenpachten – als Vergleichsgrundlage heranzuziehen. Zwar gehe es mit der Sachverständigen davon aus, daß Döner- bzw. Imbißstände einen Teilmarkt im Rahmen des Marktes für Laden- und Verkaufsfächen bildeten. Über diesen Teilmarkt, der zudem stark abgeschottet sei, gebe es jedoch keine allgemeinen Erhebungen. Die wenigen, in etwa vergleichbaren Objekte, welche der Sachverständigen aus ihrer Tätigkeit bekannt seien, seien als Vergleichsgrundlage nicht verwertbar, da die Sachverständige nachvollziehbar bekundet habe, daß die ihr bekannten Pachten unterschiedlich hoch und für jeweils unterschiedliche Zeiträume abgeschlossen seien. Deswegen könnten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil vom 28. April 1999 – XII ZR 150/97 – NJW 1999, 3187, 3190 [= WM 1999, 527]) andere Erfahrungswerte – hier also die marktübliche Miete für Ladengeschäfte – herangezogen werden. Diese habe die Sachverständige ohne MWSt und Nebenkosten mit 1803,25 DM ermittelt und eingehend begründet. Der vertraglich vereinbarte Pachtzins von 4700 DM (4500 DM zuzüglich 200 DM Verwaltungskostenpauschale) übersteige daher den ortsüblichen Pachtzins von 1803,25 DM um ca. 160%. Ob deswegen eine verwerfliche Gesinnung des Beklagten bereits zu vermuten sei, könne dahinstehen. Denn es sei aufgrund anderer Umstände erwiesen, daß der Beklagte aus verwerflicher Gesinnung gehandelt habe. Er habe nämlich die gesamte Gaststättenfläche von ca. 180 m<sup>2</sup> einschließlich der an den Kläger verpachteten Teilfläche für einen monatlichen Pachtzins von 10 500 DM angepachtet. Selbst bezahle er also nur ca. 58 DM pro m<sup>2</sup>, vom Beklagten fordere er hingegen 303 DM pro m<sup>2</sup>. Damit habe sich dem Beklagten aufdrängen müssen, daß die zwischen den Parteien vereinbarte Pacht sittenwidrig überhöht gewesen sei, zumal der Beklagte gewußt habe, daß der Kläger an seinen Vorpächter 120 000 DM bezahlt habe. An dieser Beurteilung ändere auch nichts, daß der Beklagte die Gaststätte habe ausbauen sowie einrichten und somit erhebliche Investitionen habe tätigen müssen. Der Kläger könne daher vom Beklagten nach Bereicherungsrecht die Rückzahlung der Pacht von 26 Monaten in Höhe von 122 200 DM (4700 DM × 26) abzüglich der vom Kläger in dieser Zeit erlangten Gebrauchsvorteile von 46 884,50 DM (1803,25 DM × 26), somit 75 315,50 DM, verlangen.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Zu Unrecht rügt allerdings die Revision, daß das Urteil insoweit nicht mit Gründen versehen sei (§§ 286, 551 Nr. 7 ZPO a. F.), als das Oberlandesgericht die Verwaltungspau-

schale von 200 DM dem vereinbarten Pachtzins von 4500 DM hinzuzähle und somit von einem Nettopachtzins von insgesamt 4700 DM ausgehe. Vielmehr bedurfte dies keiner weiteren Begründung, weil das Berufungsgericht insoweit in zulässiger Weise (§ 543 Abs. 1 ZPO a. F.) auf das landgerichtliche Urteil verwiesen hat und darüber hinaus der Beklagte in seiner Berufungsbegründung selbst ausdrücklich die Auffassung des Landgerichts, die Verwaltungspauschale sei Teil der Nettopacht, gebilligt hat.

2. Die Revision macht jedoch mit Erfolg geltend, daß das Berufungsgericht bei Ermittlung der ortsüblichen Pacht nicht auf die ortsübliche Miete für Laden- und Verkaufsflächen, sondern auf die ortsübliche Pacht für vergleichbare Döner- oder andere Imbißstände hätte abstellen müssen.

Zutreffend ist allerdings der Ansatz des Berufungsgerichts, daß ein Vertrag als wucherähnliches Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Mißverhältnis zueinander stehen und weitere sittenwidrige Umstände hinzutreten, z. B. eine verwerfliche Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten (BGHZ 141, 257, 263 [= WM 1999, 527]). Bei gewerblichen Pachtverträgen liegt ein auffälliges Mißverhältnis schon dann vor, wenn die vereinbarte Pacht um knapp 100% höher ist als der objektive Marktwert der Gebrauchsüberlassung (vgl. Bub, in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rdn. 715 a. m. N.). Marktwert ist der übliche Wert, der für eine vergleichbare Leistung auf dem Markt zu zahlen ist. Bei Pachtverhältnissen ist demnach der Marktwert der Nutzungsüberlassung regelmäßig anhand des Pachtzinses zu ermitteln, der für vergleichbare Objekte erzielt wird.

Gegen diesen Grundsatz hat das Oberlandesgericht verstoßen, indem es die ortsübliche Pacht für den streitgegenständlichen Dönerstand durch den Vergleich mit der ortsüblichen Miete für Laden- und Verkaufsflächen ermittelt hat. Zwar ist nach allgemeinen Grundsätzen die Wahl einer bestimmten Bewertungsmethode regelmäßig dem – insoweit sachverständig beratenen – Tatrichter vorbehalten. Seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (vgl. BGHZ a. a. O., 264). Dies ist hier der Fall. Das Oberlandesgericht hat Objekte miteinander verglichen, die nicht vergleichbar sind. Es ist, wie die Sachverständige, mit Recht davon ausgegangen, daß Döner- und Imbißstände einen eigenen Teilmarkt bilden, von denen der Markt für Ladengeschäfte und Verkaufsflächen zu unterscheiden ist. Daraus aber folgt, daß die ortsübliche Miete für Ladengeschäfte und Verkaufsflächen nicht aussagekräftig ist für die ortsübliche Pacht für Imbiß- oder Dönerstände. Zu Unrecht beruft sich das Oberlandesgericht in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Senats in BGHZ a. a. O., 263. Dort hat der Senat zwar ausgeführt, daß, wenn ausnahmsweise vergleichbare Objekte nicht zur Verfügung stünden, gegebenenfalls andere Erfahrungswerte heranzuziehen seien. Der Senat hat jedoch hinzugefügt, daß in einem solchen Fall nicht auf die Ermittlung des objektiven (Verkehrs-) Wertes zu verzichten ist und der Maßstab der Orts- bzw. Marktüblichkeit nicht verlassen werden darf. Genau dies aber hat das Oberlandesgericht getan, indem es nicht vergleichbare Miet- bzw. Pachtobjekte miteinander verglichen hat. Auf diese Weise läßt sich die orts- bzw. marktübliche Pacht für ein bestimmtes Objekt nicht ermitteln.

Allerdings hat dies im vorliegenden Fall nicht zur Folge, daß der Kläger beweisfällig geworden wäre. Zwar mag es richtig sein, daß der Markt für die Verpachtung von Imbißständen abgeschottet ist und der von den Vorgerichten beauftragten Sachverständigen nur wenige Pachten vergleichbarer Objekte bekannt gewesen sind. Das Berufungsgericht war deswegen aber nicht davon entbunden, eine Schätzung der Marktmiete – gegebenenfalls auch mit einer erheblichen Bandbreite

– herbeizuführen. Hätte die Sachverständige sich hierzu außer Stande gesehen, hätte das Berufungsgericht notfalls einen anderen Sachverständigen beauftragen müssen, der mit der konkreten Marktsituation vertraut und deswegen zumindest in der Lage ist, den Marktwert der Gebrauchsüberlassung von Imbißständen zu schätzen (vgl. Senatsurteile vom 13. Juni 2001 – XII ZR 49/99 – NJW 2002, 55, 56 [= GuT 2002, 9] und vom 10. Juli 2002 – XII ZR 314/00 – NZM 2002, 822, 823).

Das Berufungsurteil ist deswegen aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die erforderlichen Beweise erhebt.

3. Für das weitere Verfahren wird folgendes zu beachten sein:

a) Hinsichtlich der Frage, ob die Möglichkeit der Aufstellung von Spielautomaten pachterhöhend wirkt oder nicht, kommt es jedenfalls nicht darauf an, daß gerade der Kläger, in dessen Einnahme-Überschußrechnung für 1994 allerdings Einnahmen aus Provisionen in Höhe von über 4300 DM enthalten sind, wie das Berufungsgericht meint, mit den Spielautomaten kaum Gewinne erzielt hat. Vielmehr ist entscheidend, ob die genannte Möglichkeit üblicherweise im Marktwert der Pacht erfaßt ist oder nicht. Diese Frage müßte vom Sachverständigen geklärt werden. Dieser hätte auch darzulegen, um welchen Betrag sich die ortsübliche Pacht gegebenenfalls erhöht, wenn die Möglichkeit, Automaten aufzustellen, hinzukommt. Nicht sachgerecht erscheint jedenfalls das Vorgehen des Landgerichts. Dieses hat die von der Sachverständigen ermittelte ortsübliche Pacht von 1679,25 DM monatlich um die angeblich vom Kläger im Monat durchschnittlich eingespielten Provisionen von 124 DM erhöht, so daß es zu einem Betrag von monatlich 1803,25 DM gelangt ist, von dem das Oberlandesgericht fälschlicherweise annahm, es handle sich um den von der Sachverständigen ermittelten Marktwert ohne Berücksichtigung der aufgestellten Spielautomaten.

b) Sollte das Oberlandesgericht erneut zu dem Ergebnis kommen, daß die Pacht für den Dönerstand auffällig überhöht war, so kann deswegen nicht von vornherein vermutet werden, der Beklagte habe aus verwerflicher Gesinnung gehandelt. Vielmehr ist bei gewerblichen Pachtverhältnissen angesichts der für die Vertragsparteien bestehenden Bewertungsschwierigkeiten im Rahmen der Prüfung, ob aus einem auffälligen Mißverhältnis auf die Nichtigkeit des Geschäfts geschlossen werden kann, regelmäßig eine tatrichterliche Würdigung erforderlich, ob das auffällige Mißverhältnis für den Begünstigten erkennbar war. In diesem Zusammenhang wird das Oberlandesgericht Schlüsse aus dem Verhältnis zwischen der vom Beklagten selbst zu erbringenden Pacht für die Gesamtfläche (Gaststätte und Dönerstand) und der an ihn vom Kläger zu zahlenden Pacht für den Dönerstand nur ziehen können, wenn es die für die Gaststätte ortsübliche Pacht ermittelt und dabei auch die vom Beklagten übernommenen Investitionsverpflichtungen angemessen berücksichtigt.

c) Das Berufungsgericht wird ohne weitere Aufklärung aus dem Umstand, daß der Beklagte die Zahlung des Klägers an seinen Vorpächter in Höhe von 120 000 DM kannte, nicht auf eine verwerfliche Gesinnung des Beklagten bei Abschluß des Pachtvertrags schließen können. Der Zweck der Zahlung ist vom Oberlandesgericht nicht festgestellt worden. Sie kann, wie die Revision zu Recht rügt, auch deswegen erfolgt sein, weil sich der Kläger und sein Vorpächter über eine besondere Wirtschaftlichkeit des übertragenen Geschäfts einig waren. Schließlich wird das Oberlandesgericht auch nicht auf die Tatsache abstellen können, daß die Parteien im Pachtvertrag ursprünglich eine Staffelmiete vorgesehen hatten. Denn diese

Regelung haben sie anscheinend zu einem späteren Zeitpunkt wieder abbedungen, worin auch eine Bestätigung des Geschäfts liegen könnte (§ 141 BGB).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 535 BGB

#### Auslegung der gewerbemietvertraglichen Zahlungspflichten; Nettomiete plus Mehrwertsteuer

**Zur Auslegung einer Vereinbarung, nach der der Mieter neben der Nettomiete die „jeweils gültige Mehrwertsteuer“ zu zahlen hat, wenn die Option des Vermieters zur Steuerpflicht unwirksam ist, so daß die Vermietung tatsächlich steuerfrei bleibt.**

(BGH, Urteil vom 28. 7. 2004 – XII ZR 292/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten im Rahmen eines gewerblichen Mietverhältnisses über die (Rück-)Zahlung von Mehrwertsteuer.

Die P. GbR, deren Gesellschafter u. a. die Beklagten sind, vermietet mit Vertrag vom 22. Dezember 1997 in einem von ihr neu errichteten Gebäude Praxisräume mit Stellplätzen an die Radiologische Praxisgemeinschaft GbR (im folgenden: R. GbR), deren Mitglieder – darunter der Kläger – Ärzte sind. In § 6 Nr. 1 des Vertrages wurde ein Nettomietzins von 17 749,77 DM festgelegt. Nach § 6 Nr. 9 des Vertrages hatte die Mieterin außerdem eine bestimmte Nebenkostenvorauszahlung sowie anteilige Verwaltungskosten zu zahlen. In § 6 Nr. 10 des Vertrages heißt es:

„Der Mieter hat neben dem Mietzins die jeweils gültige Mehrwertsteuer zu zahlen. Dies gilt auch für obige Nebenkosten und Verwaltungskosten. Der Mieter wird nach dem zehnten Vertragsjahr von der Zahlung der Mehrwertsteuer auf den Mietzins entbunden, sofern sie für ihn zu diesem Zeitpunkt nicht wegen einer Berechtigung zum Vorsteuerabzug zum durchlaufenden Posten wird. Die Verpflichtung zur Zahlung der Mehrwertsteuer auf die Nebenkosten bleibt jedoch bestehen.“

Die R. GbR hat in der Zeit von April 1998 bis Juli 2000 zusätzlich zur Nettomiete und den Nebenkosten Umsatzsteuer in Höhe von 93 351,83 DM an die Vermieterin gezahlt. Seit August 2000 zahlt sie nur noch die Nettobeträge.

Der Kläger, der Gesellschafter der R. GbR ist, verlangt mit Ermächtigung seiner Mitgesellschafter von den Beklagten die Rückzahlung der bezahlten Umsatzsteuer in Höhe von 93 351,83 DM an die R. GbR. Die Beklagten verlangen ihrerseits vom Kläger im Wege der Widerklage die Zahlung von Umsatzsteuer für die Zeit von August 2000 bis April 2001 in Höhe von rechnerisch unstreitig 30 775,32 DM an die Vermieterin, wozu sie von dieser ermächtigt sind.

Das Landgericht Düsseldorf hat der Klage unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung der Vermieterin stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat auf die Berufung der Beklagten das landgerichtliche Urteil abgeändert, die Klage abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 15 735,15 € (= 30 775,32 DM) an die Vermieterin verurteilt. Gegen dieses Urteil richtet sich die zugelassene Revision des Klägers, mit der er die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

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

Das Oberlandesgericht meint, die Zahlungen der Mieterin seien aufgrund der Regelung in § 6 Nr. 10 des Mietvertrages mit Rechtsgrund erfolgt. Zwar seien Mietverträge über Grund-

stücke gemäß § 4 Nr. 12 a UStG grundsätzlich steuerfrei; auch hätten, was jedoch dahingestellt bleibe, die Voraussetzungen für eine Option zur Steuerpflicht seitens der Vermieterin nicht vorgelegen. Die Vereinbarung in § 6 Nr. 10 des Vertrages sei aber auch in diesem Falle, was die Steuerpflicht betreffe, nicht gemäß § 134 BGB, § 9 Abs. 2 UStG nichtig. Die Durchsetzung des in § 9 Abs. 2 UStG normierten Optionsverbots möge zwar mittels einer Nichtigkeitssanktion erreicht werden. Das genüge jedoch für die Annahme eines Verbotsgesetzes im Sinne von § 134 BGB nicht. Das Gesetz müsse vielmehr die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäftes erfordern, weil der Gesetzeszweck nicht anders erreicht werden könne. § 14 Abs. 3 UStG sehe aber als Folge einer gegen die Bestimmung des UStG verstoßenden Umsatzsteuerberechnung lediglich die Abführung der steuerrechtlich zu Unrecht erhobenen Steuer an das Finanzamt vor. Unter diesen Umständen könne die Unwirksamkeit der Mietzinsvereinbarung der Parteien nicht festgestellt werden. Gegen § 9 Abs. 2 UStG verstoße § 6 Nr. 10 Satz 1 des Vertrages schon deswegen nicht, weil es sich insoweit um eine Individualvereinbarung handle. Der Vertrag könne auch nicht über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dahingehend angepaßt werden, daß der Mieter nur den mehrwertsteuerfreien Mietzins zu zahlen habe. Die Mietparteien hätten sich nämlich nach dem Vortrag des Klägers hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 9 UStG nicht in einem gemeinsamen Irrtum befunden. Vielmehr habe der Kläger ausdrücklich die Behauptung der Vermieterin in Abrede gestellt, daß der R. GbR bei Abschluß des Mietvertrages das Finanzierungskonzept unter Einschluß der Mehrwertsteuer erläutert worden sei.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hätte nicht dahinstehen lassen dürfen, ob der Verzicht der Vermieterin auf die Steuerbefreiung nach der Übergangsvorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 3 UStG wirksam war oder nicht.

1. Das Oberlandesgericht hat allerdings § 6 Nr. 10 des Mietvertrages insoweit rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet dahingehend ausgelegt, daß die R. GbR während der ersten zehn Jahre des Mietvertrages Mehrwertsteuer auf den Nettomietzins einschließlich der Neben- und Verwaltungskosten auch dann zahlen sollte, wenn sie selbst nicht vorsteuerabzugsberechtigt sein sollte. Dies ergibt sich, wie das Oberlandesgericht zu Recht ausführt, aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut des dritten Satzes der Klausel. Die Mehrwertsteuerpflicht der Vermietungsumsätze auf zehn Jahre entsprach dem Interesse der Vermieterin, die auf diese Weise die auf die Herstellungskosten des Mietobjekts bezahlte Mehrwertsteuer selbst wiederum als Vorsteuer nach Abzug der von ihr vereinnahmten Steuer auf ihre Vermietungsumsätze in vollem Umfang erstattet erhalten hätte (§§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 15 a Abs. 1 Satz 2 UStG).

Angesichts der Steuerfreiheit der Ausgangsumsätze der Mieterin nach § 4 Nr. 14 UStG tritt dieser gewünschte steuerrechtliche Erfolg jedoch nur dann ein, wenn die Vermieterin aufgrund der Übergangsvorschrift in § 27 Abs. 2 Nr. 3 UStG (Beginn der Errichtung des Gebäudes vor dem 11. November 1993; Fertigstellung vor dem 1. Januar 1998) noch nach § 9 Abs. 1 UStG wirksam zur Steuerpflicht optieren konnte. Das Oberlandesgericht hat jedoch dahinstehen lassen, ob die Voraussetzungen für eine solche Option erfüllt waren oder nicht. Dies hat es damit begründet, daß die genannte Klausel so auszulegen sei, daß die Mieterin der Vermieterin auch dann Mehrwertsteuer auf den Mietzins zahlen müsse, wenn der Vermietungsumsatz nach dem Gesetz steuerfrei sein sollte.

2. Diese Auslegung ist rechtsfehlerhaft. Zwar ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Ermittlung des Inhalts und der Bedeutung von Individualvereinbarungen

grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Die Auslegung durch den Tatrichter kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf geprüft werden, ob der Auslegungsvollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehlern beruht (vgl. BGHZ 150, 32, 37 m. N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Das Oberlandesgericht legt seiner Auslegung eine unzutreffende Auffassung der einschlägigen steuerlichen Vorschriften zugrunde und gelangt auf diese Weise zu einem unvertretbaren Auslegungsergebnis.

Bei Auslegung einer Individualvereinbarung ist nach §§ 133, 157 BGB vom Wortlaut auszugehen (vgl. BGHZ 124, 39, 44). Nach dem Wortlaut der Vereinbarung aber schuldet die Mieterin neben der Nettomiete die jeweils gültige Mehrwertsteuer. Ist jedoch der Vermietungsumsatz, wie vom Berufungsgericht angenommen, steuerfrei, existiert insoweit keine „gültige Mehrwertsteuer“.

Ob ein Umsatz steuerpflichtig ist oder nicht, richtet sich allein nach dem Umsatzsteuergesetz. Die Parteien haben nicht die Möglichkeit, einen nach dem Gesetz steuerbaren, aber steuerfreien Umsatz durch Vereinbarung steuerpflichtig zu machen. Dies steht nicht zu ihrer Disposition. Eine gleichwohl getroffene Vereinbarung geht deswegen ins Leere, so daß sich die vom Oberlandesgericht geprüfte Frage eines Verstoßes gegen § 134 BGB nicht stellt.

Allerdings geht das Oberlandesgericht offenbar davon aus, die Vermieterin sei nach § 14 Abs. 3 UStG a. F. zur Zahlung von 16% Mehrwertsteuer auf die Nettoentgelte gegenüber den Finanzbehörden verpflichtet, weil sie diese Steuer entsprechend § 6 Nr. 10 des Vertrages von der Mieterin erhebe. Dies ist schon deshalb unzutreffend, weil die genannte Klausel keine Rechnung nach § 14 Abs. 3 oder Abs. 2 UStG a. F. darstellt, so daß die genannten Vorschriften nicht zur Anwendung kommen. Vielmehr ist für eine Rechnungsstellung u. a. erforderlich, daß die Mehrwertsteuer in ihr betragsmäßig ausgewiesen wird (vgl. Wagner in Sölch/Ringleb Umsatzsteuer § 14 c UStG Rdn. 20). Dies ist jedoch in § 6 Nr. 10 des Vertrages nicht geschehen.

Darüber hinaus verstieße die Meinung des Oberlandesgerichts, die Mieterin habe der Vermieterin die Mehrwertsteuer zu ersetzen, welche diese allein im Fall einer Rechnungsstellung an das Finanzamt abführen müsse, gegen den Grundsatz der interessengerechten Auslegung von Parteivereinbarungen. Denn der Mieterin stünde trotz Zahlung dieser Steuer ein Vorsteuerabzug nicht zu. Auch die Vermieterin bliebe wegen des Wortlauts des § 15 Abs. 2 UStG, nach dem steuerfreie Umsätze vorsteuerschädlich sind, vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen (vgl. EuGH Slg. 1989, 4227 Rdn. 19, wonach das in der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie vorgesehene Recht auf Vorsteuerabzug sich nicht auf eine Steuer erstreckt, die ausschließlich deshalb geschuldet wird, weil sie in der Rechnung ausgewiesen ist; Wagner a. a. O. Rdn. 50; Sontheimer NJW 1997, 693, 697; a. A. Stadie in Rau/Dürriecher/Flick/Geist Umsatzsteuergesetz 8. Aufl. § 14 Rdn. 416, der den Vorsteuerabzug aus Billigkeitsgründen zulassen will). Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Parteien eine Vereinbarung schließen wollten, die sie beide benachteiligte und nur den Fiskus begünstigte. Im übrigen aber liegt auf der Hand, daß die Mietvertragsparteien den vom Gesetzgeber bewußt herbeigeführten Ausschluß der Option zur Steuerpflicht nicht dadurch umgehen können, daß sie unrichtige Mehrwertsteuerrechnungen ausstellen.

Der Senat ist somit an die Auslegung des Berufungsgerichts nicht gebunden. Er kann jedoch die Auslegung nicht selbst vornehmen. Denkbar ist nämlich zum einen, daß die Auslegung ergeben wird, die Mieterin habe über die Nettzahlung

gen hinaus an die Vermieterin keine Leistungen mehr zu erbringen, da der Umsatz im ganzen, also auch hinsichtlich der Stellplätze sowie der Neben- und Verwaltungskosten, eine einheitliche steuerfreie Vermietungsleistung darstellt, weshalb keine gesetzliche Mehrwertsteuer anfällt und diese somit auch nicht geschuldet wird. Die Mieterin hätte dann in der Vergangenheit, soweit sie die Mehrwertsteuer bezahlt hat, diese ohne Rechtsgrund geleistet. Zum anderen ist noch zu prüfen, ob Zahlungsansprüche der Vermieterin über die vereinbarten Nettoentgelte hinaus unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen (vgl. BGH Urteil vom 19. Juni 1990 – XI ZR 280/89 – WPM 1990, 1322, 1323; Urteil vom 14. Januar 2000 – V ZR 416/97 – NJW-RR 2000, 1652; Urteil vom 28. Februar 2002 – I ZR 318/99 – NJW 2002, 2312). Dabei wird es im wesentlichen darauf ankommen, ob die Mietvertragsparteien, wie dies die Beklagten behaupten, die Höhe der Miete unter Berücksichtigung der (später fehlgeschlagenen) Option der Vermieterin zur Steuerpflicht und der damit verbundenen Steuervorteile (vgl. dazu Jatzek in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III A Rdn. 176 ff.) ausgehandelt haben oder ob lediglich ein einseitiger Kalkulationsirrtum der Vermieterin vorliegt, dessen Folgen sie alleine zu tragen hat.

Das Berufungsurteil ist deswegen aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Dabei wird das Berufungsgericht vorweg zu prüfen haben, ob die Option der Vermieterin zur Steuerpflicht nach den Übergangsvorschriften wirksam war. Sollte sich erweisen, daß die Option unwirksam war, wird den Beklagten im Rahmen der dann zu prüfenden ergänzenden Vertragsauslegung Gelegenheit zu geben sein, gegebenenfalls konkret vorzutragen, welche Vorstellungen die Vertragsparteien bei der Festlegung des Mietzinses hatten, insbesondere auch welche finanziellen Nachteile die Vermieterin infolge der Steuerfreiheit des Vermietungsumsatzes im Vergleich zur Steuerpflicht bezüglich des Mietobjekts erlitten hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 242, 276 BGB; c. i. c.  
Gewerbemieträume; Tiefgarage;  
angemessene Höhe der Betriebskostenvorauszahlungen**

**Allein der Umstand, daß die vom gewerblichen Vermieter verlangte Betriebskostenvorauszahlung die später entstandenen Kosten deutlich unterschreitet, führt noch nicht zur Annahme einer Verletzung der Aufklärungspflicht. Eine solche ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände, die einen Vertrauenstatbestand beim Mieter begründen, zu bejahen (im Anschluß an BGH Urteil vom 11. Februar 2004 – VIII ZR 195/03 – NJW 2004, 1102 [= WM 2004, 201]).**

(BGH, Urteil vom 28. 4. 2004 – XII ZR 21/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht gegen die Beklagte rückständige Betriebskosten in einer Gesamthöhe von 864 688,20 DM nebst Zinsen geltend. Mit ihrer Hilfswiderklage begehrt die Beklagte Schadensersatz in gleicher Höhe.

Mit Vertrag vom 3. März 1994 mietete die Beklagte von der Rechtsvorgängerin der Klägerin die Tiefgarage des C. in H. Das Mietverhältnis begann mit der Eröffnung des C. im November 1995. Die monatliche Miete betrug 95 000 DM netto. Darüber hinaus verpflichtete sich die Beklagte zur anteiligen Übernahme bestimmter Betriebskosten. Diese sollten – sofern nicht direkt zuzuordnen – entsprechend dem Verhältnis des Einheitswertes der Tiefgarage zu dem Einheitswert des gesamten C. auf die Beklagte umgelegt werden. Die Beklagte hat hierauf vereinbarungsgemäß monatliche Vorauszah-

lungen in Höhe von 5000 DM zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer geleistet, über die vermierterseits kalenderjährlich abzurechnen war. Die von der Klägerin innerhalb vertraglicher Frist erstellten Betriebskostenabrechnungen ergaben folgende mit der Klage geltend gemachten Nachforderungen:

November und Dezember 1995

(Abrechnung vom 3. September 1998): 50 631,68 DM

1996 (Abrechnung vom 3. September 1998): 374 765,43 DM

1997 (Abrechnung vom 3. Juni 1999): 238 097,33 DM

1998 (Abrechnung vom 21. Dez. 1999): 201 193,76 DM

Die Beklagte verweigert die Zahlung im wesentlichen mit der Begründung, die Rechtsvorgängerin der Klägerin habe bei Vertragsschluß angegeben, sie rechne mit monatlichen Nebenkosten in Höhe von ca. 5000 DM. Wäre ihr bekannt gewesen, daß die tatsächlichen Betriebskosten die voraussichtlichen um das vier- bis sechsfache übersteigen würden, hätte sie den Vertrag nicht geschlossen. Darüber hinaus erhebt sie Einwendungen gegen die Höhe der Abrechnungen.

Das Landgericht Halle hat der Klage durch Versäumnisurteil stattgegeben, das es nach Einspruch der Beklagten aufrecht erhielt; die Hilfswiderklage wies es ab. Die Berufung der Beklagten führte zur Klagabweisung. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung erstrebt.

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

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin habe gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Nachzahlung von Betriebskosten. Dem Vermieter sei die Geltendmachung eines solchen Anspruchs verwehrt (§ 242 BGB), wenn bei vereinbarter Nebenkostenvorauszahlung die sich aus der Abrechnung ergebenden Nachforderungen den Vorauszahlungsbetrag wesentlich übersteigen und besondere Umstände hinzutreten. Ein derartiger besonderer Umstand liege hier darin begründet, daß die geltend gemachte Nachforderung die Vorauszahlungen um das fünf- bis sechsfache übersteige. Bei einem derartig auffälligen Mißverhältnis könne sich ein erfahrener gewerblicher Vermieter nicht darauf berufen, er habe die tatsächlichen Kosten nicht zutreffend einschätzen können, weil das Objekt erst zeitgleich mit Beginn des Mietverhältnisses eröffnet worden sei. Dementsprechend räume die Klägerin ausdrücklich ein, ihrer Rechtsvorgängerin seien die auf das gesamte Objekt voraussichtlich entfallenden tatsächlichen Betriebskosten bekannt gewesen. Soweit sie einwende, ihrer Rechtsvorgängerin sei wegen der damals noch nicht bekannten Einheitswerte der auf die Tiefgarage entfallende Betriebskostenanteil nicht bekannt gewesen, helfe ihr dies nicht weiter. Selbst wenn man unterstelle, daß die Rechtsvorgängerin der Klägerin tatsächlich davon ausgegangen sei, die Tiefgarage werde nicht zu 33,05%, sondern nur zu 10% am Einheitswert des Gesamtgebäudes beteiligt sein, hätte festgestanden, daß die tatsächlichen Betriebskosten die Vorauszahlungen zumindest um das zwei- bis dreifache übersteigen würden. Hierauf hätte die Rechtsvorgängerin der Klägerin die Beklagte nach Treu und Glauben hinweisen müssen. Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Festsetzung der zu geringen Betriebskostenvorauszahlungen auf dem ausdrücklichen Wunsch der Beklagten beruht hätte oder ihr bewußt gewesen sei, daß die tatsächlichen Betriebskosten die Vorauszahlungen um ein Vielfaches übersteigen würden. Beides habe jedoch die Beweisaufnahme nicht ergeben.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Prüfung nicht stand.

Gegen die angefochtene Entscheidung bestehen schon deshalb Bedenken, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die Einwendungen der Beklagten

zur Höhe der fraglichen Abrechnungen begründet sind. Denn ohne Kenntnis der Höhe der tatsächlich auf die Beklagte entfallenden Betriebskosten läßt sich nicht beurteilen, in welchem Umfang die geleisteten Vorauszahlungen die Höhe der später angefallenen Betriebskosten unterschreiten. Das kann jedoch auf sich beruhen.

Die Beklagte ist nach dem zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrag verpflichtet, bestimmte Betriebskosten des gesamten Mietobjekts anteilig zu tragen. Sie hat hierauf monatliche Vorauszahlungen und erforderlichenfalls die sich aus der jährlichen Endabrechnung ergebenden Nachzahlungen an die Klägerin zu leisten. Den eingeklagten Betriebskostennachforderungen stehen dem Grunde nach keine Einwendungen der Beklagten entgegen. Insbesondere kann die Beklagte von der Klägerin weder ganz noch teilweise Befreiung von der Klagforderung oder Vertragsanpassung aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo; vgl. jetzt §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB n. F.) verlangen. Der Geltendmachung dieser Nachforderungen steht auch nicht der Einwand von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts fällt der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine schuldhaft Verletzung von Aufklärungspflichten vor oder während des Mietvertragsabschlusses nicht zur Last. Ein Schadensersatzanspruch gegen die Rechtsvorgängerin der Klägerin aus culpa in contrahendo, den die Beklagte entsprechend § 404 BGB auch der Klägerin entgegengehalten könnte, besteht daher nicht.

a) Dem Vermieter obliegt grundsätzlich eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Mieter hinsichtlich derjenigen Umstände und Rechtsverhältnisse mit Bezug auf die Mietsache, die – für den Vermieter erkennbar – von besonderer Bedeutung für den Entschluß des Mieters zur Eingehung des Vertrages sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann (Senatsurteil vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – ZIP 2000, 887, 892 [= WM 2000, 593]; vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Februar 1978 – V ZR 122/75 – DB 1978, 979). Das Bestehen bzw. der Umfang der Aufklärungspflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Person des Mieters und dessen für den Vermieter erkennbarer Geschäftserfahrenheit oder Unerfahrenheit (BGHZ 96, 302, 311; Senatsurteil vom 16. Februar 2000 a. a. O.). Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter das Vertragsrisiko abzunehmen und dessen Interessen wahrzunehmen. Der Mieter muß selbst prüfen und entscheiden, ob der beabsichtigte Vertrag für ihn von Vorteil ist oder nicht. Es ist seine Sache, sich umfassend zu informieren und zu klärungsbedürftigen Punkten in den Vertragsverhandlungen Fragen zu stellen. Unterläßt er dies, hat er keinen Anspruch auf Schadensersatz (vgl. BGH, Urteile vom 16. September 1981 – VIII ZR 161/80 – NJW 1982, 376 und vom 26. November 1986 – VIII ZR 260/85 – NJW 1987, 909, 910). Stellt der Mieter Fragen oder macht der Vermieter von sich aus Aussagen in bezug auf das Mietobjekt, so müssen dessen Angaben richtig und vollständig sein (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 1996 – V ZR 173/95 – NJW-RR 1997, 144).

Dies zugrundegelegt, hat die Rechtsvorgängerin der Klägerin keine Aufklärungspflichten verletzt.

b) Allein der Umstand, daß die Rechtsvorgängerin der Klägerin Vorauszahlungen auf die Betriebskosten verlangt hat, die in ihrer Höhe die tatsächlichen Kosten deutlich unterschreiten, ohne die Beklagte hierauf hinzuweisen, führt nicht zur Annahme einer Aufklärungspflichtverletzung. Eine solche Pflichtverletzung des Vermieters ist nur dann zu bejahen, wenn besondere Umstände gegeben sind. Derartige besondere Umstände können etwa zu bejahen sein, wenn der Vermieter dem Mieter bei Vertragsschluß die Angemessenheit der Nebenkosten ausdrücklich zugesichert oder diese bewußt zu

niedrig bemessen hat, um den Mieter über den Umfang der tatsächlichen Mietbelastung zu täuschen und ihn auf diese Weise zur Begründung eines Mietverhältnisses zu veranlassen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 – VIII ZR 195/03 – NJW 2004, 1102 [=WM 2004, 201]). Solche Umstände, die einen Vertrauenstatbestand für die Beklagte bzw. eine Aufklärungspflicht der Rechtsvorgängerin der Klägerin hätten begründen können, liegen hier nicht vor.

aa) Die Beklagte hat zwar behauptet, die Rechtsvorgängerin der Klägerin habe ihre Aufklärungspflicht verletzt, indem sie bei Vertragsschluß unzutreffend angegeben habe, sie rechne mit monatlichen Nebenkosten in Höhe von ca. 5000 DM. Das Berufungsgericht, das die hierfür benannte Zeugin vernommen hat, konnte jedoch dahingehende Feststellungen nicht treffen. Die Beklagte nimmt dies hin.

bb) Die Tatsache, daß die Höhe der anfallenden Betriebskosten regelmäßig von besonderer Bedeutung für die Kalkulation und damit für den Entschluß des Mieters zur Eingehung des Mietvertrages ist, begründete hier nicht die Pflicht der Rechtsvorgängerin der Klägerin, von sich aus ihre Einschätzung über die tatsächliche Höhe der Betriebskosten mitzuteilen.

Die Beklagte hat den Mietvertrag geschlossen, obwohl ihr die Höhe der Betriebskosten nicht bekannt war. Sie hat daher bewußt ein ausschließlich in ihrer Sphäre liegendes Risiko übernommen. Da es aber ausschließlich Sache der Beklagten war, sich selbst zu vergewissern, ob der Mietvertrag für sie von Vorteil ist, mithin die Tiefgarage rentabel betrieben werden kann, durfte die Rechtsvorgängerin der Klägerin annehmen, daß die Beklagte über die Höhe der Betriebskosten nachfragt, falls sie hierauf Wert legt (vgl. BGH, Urteil vom 26. November 1986 a. a. O.).

cc) Die Rechtsvorgängerin der Klägerin musste hier auch nicht erkennen, die Beklagte gehe aufgrund der im Mietvertrag getroffenen Abrede über die Vorauszahlungen auf die Betriebskosten davon aus, die Betriebskosten würden eine bestimmte Höchstgrenze nicht überschreiten.

Die Höhe der vereinbarten Vorauszahlungen schafft noch keinen Vertrauenstatbestand für die Gesamthöhe der Betriebskosten. Denn der Vermieter ist nicht verpflichtet, überhaupt oder in einer gewissen Mindesthöhe Vorauszahlungen auf die Betriebskosten zu verlangen (vgl. zur Wohnraummiete BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 a. a. O. m.w.N.; vgl. auch Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. Rdn. 528; Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., §§ 535, 536 Rdn. 274). Das gilt für die Gewerberaumiete nicht minder. Der Mieter darf daher nicht ohne weiteres davon ausgehen, der Vermieter habe sich bei Vereinbarung der Betriebskostenvorauszahlungen ungefähr am erwarteten Abrechnungsergebnis orientiert (a.A. Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rdn. 392).

Zwar mag der Vermieter mit der Abrede über die Betriebskostenvorauszahlung regelmäßig das Ziel verfolgen, nicht mit gegebenenfalls beträchtlichen Beträgen in Vorleistung treten zu müssen. Dieser Beweggrund findet aber in der bloßen Vorauszahlungsabrede keinen Niederschlag. Denn die Vereinbarung einer Vorauszahlung bedeutet lediglich, daß dem Mieter bei der Abrechnung die vorausgezählten Beträge gutzubringen sind; eine dem Vermieter zurechenbare Aussage über die Gesamthöhe oder den Höchstbetrag der tatsächlich anfallenden Betriebskosten kommt ihr nicht zu.

Im Streitfall kommt hinzu, daß im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für beide Parteien unklar war, mit welchem Anteil die Beklagte für die Betriebskosten des Gesamtobjekts aufzukommen hat. Darüber hinaus handelt es sich hier um eine Erstvermietung, wobei der Vertragsschluß bereits vor Fertigstellung des Mietobjekts erfolgte. Aus Sicht der Beklagten blieb somit zumindest ungewiß, ob die Rechtsvorgängerin der

Klägerin hinreichend sichere Kenntnisse besaß, um die ungefähre Höhe der auf die Beklagte entfallenden Betriebskosten zu ermitteln. Auch deshalb konnte die Beklagte nicht darauf vertrauen, die vereinbarten Vorauszahlungen werden die Gesamthöhe der Betriebskosten in etwa erreichen.

2. Schließlich steht der Klagforderung nicht der Einwand von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen.

Wie bereits ausgeführt, hat die Rechtsvorgängerin der Klägerin weder eigene Pflichten verletzt noch hat sie für die Beklagte einen Vertrauenstatbestand über die Höhe der Betriebskosten geschaffen. Sonstige Umstände, die die Geldtendmachung der Betriebskostennachforderungen als treuwidrig erscheinen ließen, sind nicht ersichtlich.

3. Das Berufungsurteil ist demnach aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht – wie bereits erwähnt – keine Feststellungen zur Berechtigung der streitigen Positionen aus den eingeklagten Abrechnungen getroffen hat. Die Hilfswiderklage gilt nur für den Fall der wenigstens teilweisen Stattgabe der Klage als erhoben. Über sie kann also nicht vor Entscheidung über die Klage befunden werden. Die Sache ist daher insgesamt an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 307, 535 BGB; § 9 AGBG; Art. 9 GG**  
**Einkaufszentrum; Beitrittspflicht und Beitragspflicht**  
**zur Werbegemeinschaft**

**1. Eine Beitrittspflicht des gewerblichen Mieters in einem Einkaufszentrum zu einer Werbegemeinschaft kann formularvertraglich nicht wirksam vereinbart werden.**

**2. Grundsätzlich wirksam ist aber eine formularvertraglich vorgesehene Beitragspflicht aller gewerblichen Mieter unabhängig vom Beitritt zur Werbegemeinschaft. Dies gilt auch dann, wenn die Beitragshöhe im Mietvertrag nicht bestimmt ist, sondern von der Gemeinschaft bestimmt werden soll.**

**3. Die Revision wird zugelassen.**

(OLG Hamburg, Urteil vom 21.1.2004 – 4 U 100/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Werbegemeinschaft in einem Einkaufszentrum, verlangt von der Beklagten, dass diese den Beitritt zu ihr erklärt, und begehrt die Zahlung von pauschalen Werbegemeinschaftsbeiträgen für den Zeitraum ab Gründung der Klägerin im November 2001 bis zum 31. Dezember 2002. Sie stützt sich dabei auf § 19 Nr. 1 des zwischen der Beklagten und der Vermieterin geschlossenen Mietvertrags vom 8. 12. 1990, der folgenden Wortlaut hat:

„Der Mieter verpflichtet sich, auf Verlangen des Vermieters einer Werbegemeinschaft beizutreten. Details werden vom Vermieter festgelegt. Die Kosten werden gem. den Flächen lt. § 8 des Mietvertrages abgerechnet. Der Vermieter ist berechtigt, aus berechtigtem Anlass einen anderen Schlüssel zu bestimmen. ...“

Das Landgericht Hamburg hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.

Die in § 19 Nr. 1 Satz 1 des Mietvertrags formularmäßig vorgesehene Beitrittspflicht zu einer Werbegemeinschaft ist unwirksam. Zwar ist diese Vertragsklausel nicht schon nach §§ 3 AGBG, 305 c Abs. 1 BGB unwirksam. Gemeinsame Werbung gehört bei Einkaufszentren zum üblichen Vermarktungskonzept (Lindner-Figura, NZM 1999, 738; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasing-

rechts, 8. Aufl., Rdn. 714). In gewerblichen Mietverträgen über Mietobjekte in Einkaufszentren sind Abreden über die gemeinsame Werbung deshalb jedenfalls derzeit nicht ungewöhnlich (so schon OLG Hamm, 6.10.1992, GE 1999, 314; ebenso LG Berlin NZM 2001, 338; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II, Rdn. 501 a; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 6. Aufl., Rdn. 5412; anderer Ansicht noch OLG Düsseldorf ZMR 1993, 469; LG Erfurt NZM 1999, 763). Dies entspricht der Kenntnis des Senats von einschlägigen Mietverträgen. Auch die konkrete Bestimmung über die gemeinsame Werbung in § 19 des vorliegenden Mietvertrags ist nicht überraschend. Ihr ist ein eigener Paragraph mit unterstrichener Überschrift gewidmet, der im Wesentlichen ohne weiteres zu verstehen ist. Dessen Kenntnisnahme ist deshalb insbesondere auch vom durchschnittlichen Interessenten an einschlägigen Mietobjekten zu erwarten, ein der Klausel innewohnender Überraschungseffekt ist nicht erkennbar.

Die Regelung der gemeinsamen Werbung in § 19 Nr. 1 des Mietvertrags enthält aber eine den Geboten von Treu und Glauben zuwiderlaufende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners (§§ 9 Abs. 1 AGBG, 307 Abs. 1 S. 1 BGB), die in der Beitrittspflicht zu einer Werbegemeinschaft auf Verlangen des Vermieters liegt. Zur Durchführung und Finanzierung der für den Betrieb eines Einkaufszentrums im Interesse von allen Beteiligten angemessenen Werbung bedarf es einer solchen Beitrittspflicht nicht. Zwar mag die Gründung einer Werbegemeinschaft der Mieter eine zweckmäßige Organisationsform für die gemeinsame Werbung sein, will der Vermieter diese nicht in eigener Regie durchführen. Auch mag die Beitrittsmöglichkeit zu einer Werbegemeinschaft wegen der damit verbundenen Mitbestimmungsrechte dem Interesse der Mieter in der Regel eher entsprechen, als eine bloße Umlage der Kosten der vom Vermieter durchgeführten Werbemaßnahmen. Eine auf freiwilliger Grundlage gebildete Werbegemeinschaft kann ihren Zweck jedoch auch ohne den Beitritt aller Mieter erfüllen, wenn nur die Umlage der zweckentsprechenden Kosten auf alle Mieter durch vertragliche Regelungen sichergestellt ist.

Die über eine derartige angemessene Regelung erheblich hinausgehende Zwangsmitgliedschaft ist bedenklich (so auch Wolf/Eckert/Ball Rdn. 714; anderer Ansicht: Bub/Treier II Rdn. 501 a; Fritz, Gewerberaummietrecht, 2. Aufl., Rdn. 127 a; Schmid Rdn. 5413; LG Berlin NZM 2001, 338; offen gelassen vom BGH NJW 1979, 2304 f.), da sie gewichtige Interessen des Mieters verletzen kann. Insbesondere ist die durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete Entscheidungsfreiheit tangiert, einer privaten Vereinigung beizutreten oder auch fernzubleiben (vgl. Sachs/Höfling, Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 9 Rdn. 21 m. N.). Dabei kann dahingestellt bleiben, inwieweit die grundgesetzliche Gewährleistung auch unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung hat (vgl. dazu Sachs/Höfling a. a. O. Rdn. 29). Jedenfalls zeigt sich an ihr das Gewicht des hier formularvertraglich eingeschränkten Mieterinteresses (so auch LG Erfurt NZM 1999, 763 f.). Zudem sind bei der Abwägung nach Treu und Glauben die Grundrechte generell mit zu berücksichtigen (Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 9 Rdn. 113, 141).

Für den hier eingetretenen Fall der Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist zudem auf mögliche weitreichende Haftungskonsequenzen einer Zwangsmitgliedschaft hinzuweisen (vgl. nur Palandt/Sprau, BGB, 63. Aufl., § 714 Rdn. 11 bis 23), die bei einer bloßen Umlage der zweckentsprechenden Kosten nicht auf den Mieter durchschlagen können. Der zur Rechtfertigung der Beitrittspflicht angeführte Gesichtspunkt, es stehe dem Mieter frei, den Mietvertrag abzuschließen und damit die Pflicht zum Beitritt zur Werbege-

meinschaft zu begründen (Lindner-Figura NZM 1999, 739), ist gegenüber Formalklauseln nicht stichhaltig, da er jede Inhaltskontrolle ausschließen würde.

2. Die Berufung der Beklagten ist letztlich auch begründet, soweit sie sich gegen den Zahlungsanspruch der Klägerin gemäß dem Klagantrag zu 2) wendet.

a) Zwar ist trotz Unwirksamkeit der in § 19 Nr. 1 S. 1 des Mietvertrags vorgesehenen Beitrittspflicht die dort in S. 3 vorgesehene Umlegung der Kosten auf die Mieter entsprechend den Mietflächen wirksam. Auch wenn Satz 1 gänzlich entfällt, bleibt für die Auslegung von S. 3 angesichts der Überschrift (Werbegemeinschaft) erkennbar, dass es sich um die Kosten der gemeinsamen Werbung einer Werbegemeinschaft für das Einkaufszentrum handelt, zumal da letzteres wiederholt Gegenstand einzelner Regelungen des Mietvertrags ist (z. B. § 18). Außerdem verstößt die Regelung in S. 1 nur im Verhältnis zum Verwendungsgegner gegen §§ 9 Abs. 1 AGBG, 307 Abs. 1 S. 1 BGB, weshalb sie im Übrigen gültig bleibt (vgl. Düsseldorf NJW-RR 2000, 279, 284; Palandt/Heinrichs Vorbemerkung vor § 307 Rdn. 12 a. E.), hier mit dem Inhalt, dass der Mieter berechtigt ist, einer vom Vermieter gegründeten Werbegemeinschaft beizutreten. Zum gleichen Ergebnis führt eine ergänzende Vertragsauslegung, da gesetzliche Vorschriften gemäß §§ 6 Abs. 2 AGBG, 306 Abs. 2 BGB fehlen und die ersatzlose Streichung von Satz 1 keine interessengerechte Lösung ist (vgl. allgemein Palandt/Heinrichs § 306 Rdn. 7). Es wäre dann nämlich aufgrund von S. 3 eine allein vom Vermieter durchgeführte Werbung auf Kosten der Mieter möglich, also ohne deren in Satz 1 implizierten Mitwirkungsrechte.

Gegen die formularvertragliche Vereinbarung einer Beitrittspflicht aller Mieter zu den Kosten einer Werbegemeinschaft in einem Einkaufszentrum unabhängig vom Beitritt zu dieser bestehen keine Bedenken, solange alle Mieter potentiell von der mit den Beiträgen finanzierten Werbung profitieren (Wolf/Eckert/Ball Rdn. 714; a. A. OLG Düsseldorf ZMR 1993, 769). Im Falle des Nichtbeitritts ist die Beitrittspflicht mangels vorangegangener Pflichtverletzung nicht als Vertragsstrafe zu bewerten (anders Lindner-Figura a. a. O. S. 739).

Die Auslegung von § 19 Nr. 1 des Mietvertrags, insbesondere die Bezugnahme auf die „Kosten“ in Satz 3 sowie auf die „Werbegemeinschaft“ in der Überschrift und in Satz 1 ergibt, dass die Bestimmung der Beitragshöhe durch die Mitglieder der Werbegemeinschaft erfolgen soll. Auch dagegen bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Allerdings hat das OLG Düsseldorf bei einer vergleichbaren Klausel einen Verstoß gegen § 10 Nr. 4 AGBG (§ 308 Nr. 4 BGB) angenommen, der auch im Rahmen von § 9 Abs. 1 AGBG (§ 307 Abs. 1 BGB) beachtlich sei (zustimmend: Bub/Treier II Rdn. 501 a; Lindner-Figura a. a. O.; Wolf/Eckert/Ball Rdn. 715). Ein Verstoß gegen das Verbot des Änderungsvorbehalts gemäß § 10 Nr. 4 AGBG ist jedoch nicht erkennbar, da sich dieses nur auf Änderungen der versprochenen Leistung des Klauselverwenders bezieht. Für Änderungen des Entgelts wäre die Regelung des § 11 Nr. 1 AGBG (§ 309 Nr. 1 BGB) einschlägig, die aber im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen nicht gilt.

Zu Recht hat das OLG Hamm bei der Bewertung der nahezu gleichen Klausel allein auf das Transparenzgebot abgestellt und unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH vom 16.1.1985 (NJW 1985, 853) darauf hingewiesen, dass an die Bestimmtheit der Beitragsregelung keine unerfüllbaren oder unzumutbaren Anforderungen gestellt werden dürfen. Wegen der unsicheren Entwicklung der zukünftigen Verhältnisse, der der jeweilige Werbeaufwand im Interesse aller Beteiligten angemessen Rechnung tragen müsse, sei die Bezugnahme auf die Festlegungen der Beitragshöhe durch die Werbegemeinschaft ausreichend, auch im Hinblick auf die Einflussmöglichkeit des jeweiligen Mieters durch den jederzeit möglichen

Beitritt zu der Gemeinschaft (Urteil vom 6. 10. 1992, GE 1999, 314). Dem ist zuzustimmen. Ein weiteres Korrektiv (vgl. BGH a. a. O. S. 854) gegen unangemessene Festlegungen seitens der Werbegemeinschaft ergibt sich aus dem Umstand, dass es sich bei den Werbekostenbeiträgen um Mietnebenkosten handelt (vgl. OLG Celle ZMR 1999, 238, 240), für deren Umlegbarkeit jedenfalls im Falle des Nichtbeitritts zur Werbegemeinschaft der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gilt (vgl. dazu allgemein § 560 Abs. 5 BGB; Schmid Rdn. 1053 ff.; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 560 Rdn. 71 ff.). Für dessen Einhaltung hat der Mieter entsprechende Kontrollrechte, die auch bei Festsetzung oder Erhöhung von Pauschalbeiträgen gegeben sind (vgl. Schmid Rdn. 2114).

Schließlich bestehen auch gegen den in § 19 Nr. 1 S. 3 bezeichneten Maßstab der Kostenabrechnung („gem. den Flächen lt. § 8 des Mietvertrages“) keine Bedenken. Der gleiche Umlegungsmaßstab ist für die Heizungs- und Nebenkosten in §§ 9 Ziff. 6, 10 Ziff. 1 und 2 des Mietvertrags festgelegt. Etwaige Auslegungsprobleme bei Leerstand sind lösbar (vgl. Schmid Rdn. 4010 ff.; Schmidt-Futterer/Langenberg § 556 a Rdn. 34 ff.) und führen entgegen der Meinung des Landgerichts Erfurt (a. a. O.) nicht zu fehlender Transparenz im Sinne von §§ 9 Abs. 1 AGBG, 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

b) Die Klägerin kann die geltend gemachten Zahlungsbeiträge jedoch nicht mehr verlangen, da ihr (oder der Vermieterin) nach § 19 Nr. 1 S. 3 des Mietvertrags die Abrechnung der Kosten obliegt und nach Ablauf von mehr als einem Jahr seit dem Ende der hier maßgeblichen Beitragsjahre 2001 und 2002 nunmehr Abrechnungsreife eingetreten ist. Danach können rückständige Vorauszahlungen nicht mehr verlangt werden, sondern lediglich der Abrechnungssaldo (Bub/Treier III Rdn. 46; Schmidt-Futterer/Langenberg § 556 Rdn. 455). Eine Abrechnung hat die Klägerin jedoch nicht vorgelegt. Auf diesen Gesichtspunkt hat die Beklagte zu Recht in der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

Zwar ist die Satzung der Klägerin möglicherweise dahin auszulegen, dass eine Beitragspauschale zu entrichten ist. Für die Beklagte ist insoweit jedoch der Mietvertrag vorrangig, da hier ausdrücklich eine Abrechnung vorgesehen ist.

3. Die Revision wird zugelassen, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 ZPO).

Mitgeteilt von Dr. Bischoff, Hamburg

**Hinw. d. Mitteilers:** Az. der Revision: XII ZR 39/04.

**§§ 276, 537 a. F. BGB**  
**Einkaufszentrum; Gewerberaummiete;**  
**Zusicherung der Vollvermietung**

**Zur Frage, ob von der Zusicherung der Vollvermietung eines Einkaufszentrums ausgegangen werden kann, wenn die Parteien den gegenwärtigen Vermietungszustand in die Präambel des Mietvertrags aufgenommen haben.**

(BGH, Urteil vom 26. 5. 2004 – XII ZR 149/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung eines Mietvertrages und rückständigen Mietzins.

Die Klägerin mietete von der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit schriftlichem Vertrag vom 3./10. März 1992 792,56 m<sup>2</sup> Gewerberaum im Einkaufszentrum „L.“ in J. zu einem monatlichen Mietzins von 22 DM/m<sup>2</sup> (= 17 436,32 DM) auf die Dauer von 13 Jahren.

In der Präambel des Vertrages heißt es:

„Der Vermieter vermietet in J. ein Einkaufszentrum, bestehend aus einem Baumarkt mit Gartencenter mit einer Ver-

kaufsfläche von mindestens 5000 m<sup>2</sup>, ein Lebensmittelmarkt mit einer Fläche von ca. 1000 m<sup>2</sup> und einem weiteren Fachmarkt von ebenfalls etwa 1000 m<sup>2</sup>.

Innerhalb dieses Einkaufszentrums mietet die Firma R. eine Fläche für einen Schuhmarkt zu folgenden Bedingungen: ...“

Seit 15. Dezember 1994 betrieb die Klägerin im Einkaufszentrum einen Schuhmarkt. Das Einkaufszentrum war voll vermietet und entsprechend der Präambel belegt. Ab 1997 stand das Einkaufszentrum zum Teil leer. Insgesamt waren drei Mieter, darunter die Unternehmen, die den Lebensmittelmarkt und den Baumarkt betrieben hatten, ausgezogen. Mit Vertrag vom 23./27. Juli 1998 trat die Beklagte als Nachfolgerin der Vermieterin in den Mietvertrag ein.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 1998 forderte die Klägerin die Beklagte zur Wiederherstellung der vertraglichen Belegungssituation bis 31. Januar 1999 auf und drohte die fristlose Kündigung des Mietvertrages für den Fall an, daß das vereinbarte Belegungskonzept nicht nachgewiesen werde. Am 4. Februar 1999 kündigte die Klägerin den Mietvertrag zum 28. Februar 1999 und zog zu diesem Zeitpunkt aus. Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 4. August 2000 wiederholte die Klägerin die fristlose Kündigung.

Die Klägerin hat die Feststellung begehrt, daß das Mietverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 4. Februar 1999 zum 28. Februar 1999, hilfsweise durch die wiederholte Kündigung vom 4. August 2000 zum 31. August 2000 beendet worden sei. Hilfsweise hat sie die Feststellung begehrt, daß die Monatsmiete für das Mietverhältnis ab 1. März 1999, hilfsweise ab 1. September 2000, (im Wege der Vertragsanpassung) 6768,36 DM (netto) betrage. Die Beklagte hat widerklagend die Zahlung von 328 460,55 DM nebst Zinsen verlangt. Das Landgericht Gera hat die Klage abgewiesen und der Widerklage antragsgemäß stattgegeben. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Auf die Anschlußberufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Jena die Klägerin zur Zahlung von weiteren 212 460,13 € verurteilt. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

**Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Nichtauslastung (fehlende Vollvermietung) eines Einkaufszentrums sei kein Fehler im Sinne von § 537 BGB a. F. (§ 536 BGB n. F.) der an einen einzelnen gewerblichen Mieter vermieteten Gewerbeeinheit. Die ab 1997 nicht der Präambel entsprechende Belegungssituation des „L.“ betreffe nicht die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes, sondern das allgemeine Verwendungsrisiko für eine Mietsache, das grundsätzlich beim Mieter liege. Diese Risikoverteilung ändere sich nicht dadurch, daß die angemieteten Räume in einem Einkaufszentrum lägen und beide Vertragsparteien bei Abschluß des Mietvertrages von einer bestimmten Belegungssituation ausgegangen seien. Zu einer Risikoteilhabe des Vermieters komme es nur in Ausnahmefällen. Dies erfordere eine eindeutige vertragliche Regelung, die hier fehle. Die Präambel enthalte eine solche Abänderung der üblichen Risikoverteilung nicht. Die Beschreibung des Einkaufszentrums in der Präambel bedeute lediglich, mit welchen Mietern das Einkaufszentrum zu diesem Zeitpunkt betrieben werden solle. Die Zusicherung einer Vollvermietung mit der Folge, daß sich der Vermieter am unternehmerischen Risiko des Mieters beteiligen wolle, lasse sich bei sachgerechter Auslegung auch unter Einbeziehung der Präambel nicht herleiten. Nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte habe die Klägerin nicht von einer Beteiligung der Vermieterin am unternehmerischen Risiko des Mieters ausgehen dürfen.

Die Vollvermietung eines Einkaufszentrums und die Art der Belegung stelle auch keine Eigenschaft im Sinne von § 537



Abs. 2 BGB a. F. dar. Die Art der Belegung des Einkaufszentrums habe weder etwas mit der Beschaffenheit der an die Klägerin vermieteten Fläche zu tun, noch hafte der Mietsache dadurch ein bestimmter Zustand an. Insoweit fehle es bei der in der Präambel liegenden „Beschreibung“ an einer zusicherungsfähigen Eigenschaft. Eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage scheide wegen des hier der Klägerin obliegenden Geschäftsrisikos aus.

Die Klägerin könne sich auch nicht auf die Verletzung einer vorvertraglichen oder vertraglichen Nebenpflicht berufen. Eine Aufklärungspflicht über das Sonderkündigungsrecht der anderen Mieter habe bei Abschluß des Vertrages nicht bestanden. Ein Vertragspartner brauche den anderen über den Inhalt der Verträge mit dritten Vertragspartnern nicht aufzuklären. Ein Recht der Klägerin auf Abschluß eines Mietvertrages, der inhaltlich den Verträgen mit anderen Mietern entsprochen hätte, habe nicht bestanden.

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

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß es keinen Mangel der Mietsache darstellt, wenn das Einkaufszentrum nicht während der gesamten Laufzeit des Mietvertrages voll vermietet ist. Auch die Annahme, daß die Vollvermietung des Einkaufszentrums nicht als zusicherungsfähige Eigenschaft i. S. von § 537 Abs. 2 BGB a. F. angesehen werden kann, ist nicht zu beanstanden. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714 ff. [=WM 2000, 593]). Auch die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hat das Berufungsgericht zu Recht abgelehnt, weil der Mieter das Verwendungsrisiko zu tragen hat. Das alles stellt die Revision nicht in Frage.

b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Beklagte hafte wegen Verschuldens bei Vertragsschluß, weil sie in der Präambel die Vollvermietung zugesichert habe.

aa) Zutreffend geht die Revision allerdings davon aus, daß dem Mieter dann, wenn der Anwendungsbereich der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht betroffen ist und auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage aus Rechtsgründen nicht zum Zuge kommen, ein Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluß zustehen kann. Dieser kann Grund für eine fristlose Kündigung – unter Heranziehung des § 554 a BGB a. F. – sein. Der Anspruch wäre nicht durch die Sonderregelungen ausgeschlossen, da diese – wie dargelegt – hier nicht eingreifen. Ein solcher Anspruch setzt hier aber voraus, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten der Klägerin unter Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht schuldhaft unzutreffende Informationen in Bezug auf das Mietobjekt erteilt hat (BGH a. a. O. 1718).

bb) Ohne Rechtsverstoß konnte das Berufungsgericht hier jedoch davon ausgehen, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten der Klägerin weder in der Präambel noch sonst im Mietvertrag eine Vollvermietung über die gesamte Laufzeit des Mietvertrages zugesichert, sondern lediglich den Vermietungszustand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beschrieben hat.

Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Dessen Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen worden ist und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis führt, auch wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint oder sogar näher liegt. Die Auslegung durch die Tatrichter kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine

Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht (Musielak/Ball ZPO 3. Aufl. § 546 Rdn. 5 m.w.N. aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Fn. 4). Solche revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen, und sie liegen auch nicht vor.

Die Revision macht geltend, wenn mit der Präambel lediglich der Vermietungszustand bei Abschluß des Mietvertrages habe beschrieben werden sollen, dann wäre im Text das Perfekt gewählt worden („hat vermietet“) und nicht – wie geschehen – das Präsens („vermietet“), das hier auch futurisch verstanden werden könne. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe damit geworben, daß das Objekt mit einem Baumarkt, Lebensmittelmarkt und einem weiteren Fachmarkt betrieben werde, und damit die erwartete Attraktivität des Einkaufszentrums durch konkrete Angaben über Bestandteile des Einkaufszentrums herausgestellt. Daß sie damit für die gesamte Laufzeit des Mietvertrages die Vollvermietung zusichern wollte, mußte das Berufungsgericht der Präambel indes nicht entnehmen. Die Benutzung des Präsens zwingt nicht zu einer solchen Auslegung. Die Annahme des Berufungsgerichts, es handle sich um die bloße Beschreibung der Mietsituation zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ohne jegliche Garantie, daß diese Situation auf Dauer bestehen bleibe, ist rechtlich möglich und damit revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht durfte bei seiner Auslegung auch berücksichtigen, daß im Vertrag die Rechtsfolgen für den Fall einer Änderung der Belegungssituation nicht ausgesprochen sind. Seine Annahme, damit habe die Klägerin nach Treu und Glauben nicht von einer Änderung der gesetzlichen Risikoverteilung ausgehen dürfen, enthält ebenfalls keinen revidierbaren Auslegungsfehler. Letztlich versucht die Revision lediglich, ihre Auslegung an die Stelle der des Berufungsgerichts zu setzen. Das ist ihr aber verwehrt. Aus dem Vortrag der Klägerin lassen sich auch keine mündlichen Zusicherungen für eine Vollvermietung entnehmen (vgl. BGH a. a. O. 1718).

c) Ohne Erfolg macht die Revision schließlich Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung geltend. Soweit sie sich hierbei auf die Behauptung stützt, daß zwischenzeitlich alle einzelhandelsrelevanten Mieter ausgezogen seien und die Beklagte sich nicht um eine Neuvermietung der geräumten Ladenflächen bemühe und bis heute keinerlei Initiative zur Neuvermietung der leerstehenden Flächen ergriffen habe, kann sie damit nicht gehört werden. Denn dazu fehlt es an ausreichendem Vortrag der Klägerin in den Vorinstanzen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Anm. d. Red.:** Zur Risikoverteilung zwischen den Parteien von Gewerbemietverträgen in Einkaufszentren vgl. Ostermann, GuT 2003, 39.

### § 535 BGB

#### Parkhaus; Verwendungsrisiko des Mieters; Geschäftsgrundlage; Stadtplanung

**Zur Frage der Verlagerung des Verwendungsrisikos vom Mieter auf den Vermieter unter dem Gesichtspunkt einer über das übliche Maß hinausgehenden Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, wenn ein Parkhaus nicht in dem erwarteten Umfang frequentiert wird.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. 2. 2004 – I-10 U 73/03)

**Zum Sachverhalt:** Mit Vertrag vom 5. 2. 1997 vermietete die B.-GmbH & Co. Objektverwaltungs KG der Beklagten das auf dem Grundstück H-Straße zu errichtende Parkhaus, das über ca. 440 Stellplätze verfügen sollte, nebst Außenanlagen, Zugängen, Zufahrten u. ä. Rechtsnachfolgerin der Vermieterin ist die T.-GmbH & Co. KG. Der Nettomietzins wurde mit

52 800 DM monatlich vereinbart und erhöhte sich aufgrund mehrerer Änderungsvereinbarungen schließlich auf 63 941,80 DM einschließlich Umsatzsteuer. Hinzu kam eine monatliche Nebenkostenvorauszahlung von 2992,80 DM einschließlich Umsatzsteuer, so dass sich die monatliche Gesamtbelastung der Beklagten auf 66 934,60 DM belief.

Die Übergabe des Parkhauses erfolgte am 13.11.1998, die Inbetriebnahme des gleichzeitig errichteten benachbarten Multiplex-Kinos am 16.12.1998.

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin die Beklagte aufgrund einer Vereinbarung vom 7.9./14.9./10.10.2001 aus abgetretenem Recht nach der Rechtsnachfolgerin der eingangs bezeichneten Vermieterin auf Zahlung restlichen Mietzinses für den Zeitraum vom 16.12.1998 bis zum 31.12.2000 in Höhe von insgesamt 585 433,24 DM = 299 327,26 € in Anspruch. Hinzu kommen kapitalisierte Zinsen in Höhe von 89 136,33 DM = 45 574,68 €, so dass sich die Klageforderung auf insgesamt 344 901,94 € zuzüglich Zinsen beläuft.

Die Beklagte hat mit der Begründung Klageabweisung begehrt, die Geschäftsgrundlage des Mietvertrages vom 5.2.1997 sei teilweise entfallen, so dass der Vermieterin über die insgesamt geleisteten Zahlungen hinaus keine weitergehenden Mietzinsansprüche zustünden, die an die Klägerin hätten abgetreten werden können. Der im Rahmen der Vermietung des streitgegenständlichen Parkhauses erwartete Umsatz von jährlich 1 108 224 DM habe infolge unzureichender Auslastung bei weitem nicht erreicht werden können, weil vor allem infolge von Versäumnissen der Stadt D. bei der Bewirtschaftung des öffentlichen Parkraums im Umfeld des Mietobjekts und schlechter Verkehrsführung insbesondere die Besucher des Multiplex-Kinos ihre Fahrzeuge anderweitig abgestellt hätten. Im Hinblick darauf sei sie – die Beklagte – im Umfang der einbehaltenen Beträge zur Minderung des Mietzinses berechtigt, weil die ordnungsgemäße Parkraumbewirtschaftung im Bereich der in Rede stehenden Tiefgarage Vertragsgrundlage gewesen sei.

Die Klägerin hat geltend gemacht, sie habe für Umsatzeinbußen der Beklagten nicht einzustehen.

Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht Düsseldorf die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 344 901,94 € nebst 5% Zinsen aus 251 121,64 € und 5% Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz aus weiteren 48 205,62 € seit dem 15.5.2002 verurteilt. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin, deren Aktivlegitimation von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen werde, könne innerhalb des streitgegenständlichen Anspruchszeitraums den vollen, der Höhe nach unstreitigen Mietzins von 299 327,26 € verlangen. Mangels Vorhandenseins eines Mangels und Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft stehe der Beklagten kein Minderungsrecht zu. Auch unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sei sie nicht berechtigt, den vereinbarten Mietzins zu kürzen. Dabei könne dahinstehen, ob ihre Umsatzerwartungen oder die Annahme, die Stadt D. werde verstärkt Verkehrskontrollen durchführen und die Grundflächen um das Multiplex-Kino sperren, überhaupt Geschäftsgrundlage geworden sei. Der Nichteintritt der diesbezüglichen Erwartungen falle nämlich in den Risikobereich der Beklagten. Daran ändere auch nichts die Tatsache, dass die diesbezüglichen Erwartungen der Vermieterseite bekannt gewesen und von ihr sogar geteilt worden seien. Dass vorliegend ausnahmsweise die Vermieterin das wirtschaftliche Risiko der schlechten Auslastung des Parkhauses und der damit verbundenen Umsatzeinbußen habe tragen sollen, lasse sich weder dem Vertrag vom 5.2.1997 entnehmen noch könne eine solche Annahme aus sonstigen Umständen des Vertragsschlusses hergeleitet werden. Insbesondere sei die Beklagte nicht in

einer Weise in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt worden, dass daraus gefolgert werden könne, die Vermieterin habe das unternehmerische Risiko für den Parkhausbetrieb übernommen. Schließlich sei der Anspruch der Klägerin auf Mietzinsnachzahlung nicht dadurch verwirkt, dass sie auf die Kürzungen der Beklagten lange nicht reagiert habe. Diese habe nämlich nicht dargetan, dass sie sich darauf eingestellt habe, dass die Klägerin ihre Ansprüche nicht mehr geltend machen werde.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt, soweit sie zur Zahlung von mehr als 130 327,26 € nebst Zinsen in Höhe von 18 157,64 € sowie Zinsen vom 15.5.2002 bis zum 25.4.2003 in Höhe von 5% aus 111 945,10 € sowie in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz aus 18 382,08 € verurteilt worden ist. Dazu wiederholt und ergänzt sie ihr Vorbringen erster Instanz. Die von ihr vorgenommene Übersendung zweier Schecks über insgesamt 191 060,99 € am 25.4.2003, deren Wertstellung am 19.5.2003 erfolgt ist, diene erklärtermaßen der Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil. Hilfsweise beantragt der Beklagte, den Rechtsstreit unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils in die erste Instanz zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt unter Wiederholung und Vertiefung ihres früheren Vorbringens, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. Deren ergänzendem Vorbringen tritt sie entgegen.

**Aus den Gründen:** I. Die zulässige Berufung der Beklagten ist sachlich nicht gerechtfertigt. Ihre Verurteilung zur Zahlung von insgesamt 344 901,94 € ist auch unter Berücksichtigung ihres zweitinstanzlichen Vorbringens nicht zu beanstanden. Lediglich der Zinsauspruch des angefochtenen Urteils bedurfte im Hinblick auf die Zahlung der Beklagten vom 19.5.2003 in Höhe von insgesamt 191 060,99 € der Korrektur.

Der Senat teilt die eingehenden, nachvollziehbaren und überzeugenden Erwägungen des Landgerichts, die insgesamt keinen Rechtsfehler erkennen lassen und zum richtigen Ergebnis führen. Sie halten auch den Berufungsangriffen stand. Es bedarf daher lediglich einer kurzen Zusammenfassung der entscheidungserheblichen Gesichtspunkte insbesondere im Hinblick auf das ergänzende Berufungsvorbringen der Beklagten. Insoweit gilt folgendes:

1. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist auch weiterhin außer Streit, so dass sich Ausführungen hierzu erübrigen.

2. Die Klageforderung ist der Höhe nach ebenfalls unstreitig. Die Beklagte stellt nicht in Frage, dass restlicher Mietzins für die Zeit vom 16.12.1998 bis zum 31.12.2000 in Höhe von insgesamt 299 327,26 € und kapitalisierte Zinsen in einer Größenordnung von 45 574,68 €, insgesamt also 344 901,94 € offenstehen. Die Übersendung von Schecks über insgesamt 191 060,99 € und deren Gutschrift am 19.5.2003 hat nicht zu einer teilweisen Tilgung der Klageforderung geführt, weil sie ausdrücklich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt ist.

3. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter grundsätzlich letzterer das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt (vgl. statt aller BGH NJW 1981, 2405, 2406). Es fällt daher in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen. Für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage ist daher in der Regel kein Raum, wenn es sich darum handelt, dass sich Erwartungen nicht erfüllt haben, die diesem Verantwortungsbereich zuzurechnen sind, und zwar selbst dann nicht, wenn diese Erwartungen beim Vertragsschluss vom Vermieter geteilt worden sind (so zum Beispiel BGH NJW 1979, 1818 m.w.N.). Die vorstehend ge-

kennzeichnete Risikoverteilung schließt demnach grundsätzlich für den Mieter die Möglichkeit aus, sich bei der Verwirklichung dieses Risikos auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Etwas anderes gilt allenfalls in *extremen* Ausnahmefällen, in denen eine unvorhergesehene Entwicklung mit unter Umständen existenziell bedeutsamen Folgen eintritt (so ausdrücklich BGH NJW 2000, 1714, 1716 [= WM 2000, 593]). Ein solcher extremer Ausnahmefall ist vorliegend in Übereinstimmung mit dem landgerichtlichen Urteil nicht gegeben.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt die Auslegung des Mietvertrages vom 5. 2. 1997 nicht, dass die Parteien die übliche Risikoverteilung in der Weise geändert haben, dass die Vermieterin das Geschäftsrisiko der Beklagten ganz oder teilweise übernommen hätte, so dass eine Klageforderung lediglich in Höhe eines Betrages von 130 327,26 € gerechtfertigt wäre. Vielmehr geht der Umstand, dass das von der Beklagten betriebene Parkhaus nicht in der erwarteten Weise frequentiert wurde, so dass es zu erheblichen Umsatzeinbußen kam, ausschließlich zu deren Lasten. Die vertragliche Ausgestaltung und die Begleitumstände des Vertragsschlusses bieten keine konkreten Anhaltspunkte für eine Risikoverlagerung zu Lasten der Vermieterin, weil die Beklagte über das übliche Maß hinaus in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt worden wäre. Die Regelungen, auf die sie sich insoweit beruft, sind bei Vermietungen der vorliegenden Art keineswegs ungewöhnlich und hatten daher nicht zur Folge, dass die Vermieterin ein eigenes unternehmerisches Risiko übernommen hätte, aus dem ein Recht zur Minderung des Mietzinses unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage hergeleitet werden könnte (vgl. auch dazu BGH a. a. O. Seite 1717).

Das der Beklagten in § 5 Ziffer 4 des Mietvertrages vom 5. 2. 1997 für den Fall, dass „das Kino“ seinen Betrieb „ganz oder größtenteils“ einstellte, eingeräumte Kündigungsrecht beinhaltet keine derart gravierende Einschränkung ihrer unternehmerischen Gestaltungsfreiheit, dass sich die Klägerin die mit dem Nichterreichen der erwarteten Besucherzahlen verbundenen Umsatzeinbußen entgegenhalten lassen müsste. Das ergibt sich gerade daraus, dass dieser Fall im Gegensatz zu dem der völligen oder überwiegenden Betriebseinstellung gerade nicht vertraglich geregelt worden ist, was darauf hindeutet, dass es insoweit bei der üblichen Risikoverteilung sein Bewenden haben sollte. Darüber hinaus verblieben der Beklagten genügend Möglichkeiten, auf unzureichende Besucherzahlen des Kinos in geeigneter Weise zu reagieren und den damit verbundenen Umsatzeinbußen entgegenzuwirken.

Die in § 4 Nr. 3 des Mietvertrages vorgesehenen Öffnungszeiten sind in einem vergleichbaren Umfeld ebenfalls gebräuchlich und darüber hinaus im Rahmen der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung eines Parkhauses sachbezogen. Auch sie waren daher von vornherein nicht geeignet, die Beklagte über Gebühr in ihrer unternehmerischen Gestaltungsfreiheit zu beeinträchtigen und eine vom Normalfall abweichende Risikoverteilung zu rechtfertigen.

Dies gilt auch insoweit, als sich die Beklagte auf die Regelungen des Garagenzuschussvertrages zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Stadt D. beruft, dessen Bestimmungen nach § 4 Nr. 4 des Mietvertrages „ergänzend gelten“ sollten. Diese Regelungen tragen vorwiegend den Interessen und Bedürfnissen der Stadt D. Rechnung, die sich aus der Zahlung eines verlorenen Zuschusses von 2 625 000 DM ergeben, der der Errichtung des Multiplex-Kinos und von ca. 650 Stellflächen diene und damit die Schaffung des von der Beklagten betriebenen Mietobjekts erst ermöglichte. Dass diese im Gegenzug gewisse Einschränkungen hinnehmen musste, ergab sich aus der Natur der Sache, war von vornherein vorgesehen und wurde dementsprechend von der Beklagten akzeptiert. Dass diese damit eine vom Normalfall extrem ab-

weichende Bindung eingegangen wäre, die allein eine Risikoverlagerung zu Lasten der Klägerin rechtfertigen könnte, ist auch nicht andeutungsweise erkennbar. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, dass der Abschluss des Garagenzuschussvertrages geeignet gewesen wäre, die Ertragssituation nachteilig zu beeinflussen. Dementsprechend macht die Beklagte selbst nicht geltend, auch nur den Versuch unternommen zu haben, im Hinblick auf damit verbundene Beeinträchtigungen auf die Vereinbarung eines niedrigeren Mietzinses hinzuwirken. Sie hat vielmehr mangels gegenteiliger Anhaltspunkte den tatsächlich vereinbarten Mietzins in Kenntnis des Garagenzuschussvertrages hingenommen. Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist es daher insbesondere ohne Bedeutung, dass die Beklagte innerhalb des Anspruchszeitraums „so gut wie keine“ Dauerparkmietverträge hat abschließen können. Entsprechendes gilt auch insoweit, als sie bei der Bemessung des Mietentgelts der Zustimmung der Stadt D. bedurfte. Dass diese den diesbezüglichen Vorschlägen jemals die Zustimmung versagt hätte, macht die Beklagte zudem selbst nicht geltend. Ebenso wenig lässt ihr Vorbringen erkennen, dass sich die Stadt D. der einvernehmlichen Einführung einer Abendpauschale jemals widersetzt hätte. Die bloße Möglichkeit, die Beklagte in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit einzuschränken, hatte noch keine derartige Bindung zur Folge, dass eine (teilweise) Verlagerung des Verwertungsrisikos auf die Klägerin geboten wäre. Die Möglichkeiten der Beklagten, auf die schlechte Auslastung des Parkhauses „betriebswirtschaftlich zu reagieren“, waren auch unter Berücksichtigung der ihr auferlegten Einschränkungen nicht in einem Maße begrenzt, dass es gerechtfertigt wäre, der Klägerin unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage lediglich einen geringeren als den vereinbarten Mietzins zuzubilligen.

Dass die gemeinsamen Umsatzerwartungen, die – wie ausgeführt – für sich allein eine Risikoverlagerung nicht zu bewirken vermögen, vorliegend ausnahmsweise zu einer solchen geführt hätten, hat das Landgericht zutreffend verneint. Die Tatsache, dass die Vermieterin 70% des den Jahresnettomietzins von 1,2 Millionen DM übersteigenden Betrages erhalten sollte, rechtfertigt nicht die Annahme, dass ihr weniger als der vereinbarte Mietzins deswegen zustehen sollte, weil die von dem Architekten A. unter dem 15. 5. 1996 auf ca. 1,1 Millionen DM geschätzten Mieteinnahmen nicht erreicht wurden. Dies gilt um so mehr, als der Anspruchszeitraum innerhalb der sogenannten Anlaufphase des von der Beklagten betriebenen Parkhauses lag, innerhalb derer regelmäßig niedrigere Einnahmen erzielt werden, als dies dauerhaft geschieht. Dies wird dadurch bestätigt, dass inzwischen die Einnahmeentwicklung ausweislich des Testats der Steuerberaterin J. vom 8. 11. 2000 auch nach Einschätzung der Beklagten zufriedenstellend verläuft. Entscheidend ist jedoch, dass die Vertragsparteien zwar von gewissen Einnahmeverstellungen ausgegangen sind, gleichwohl jedoch keine Vereinbarung für den Fall getroffen haben, dass sich diese Erwartungen (zunächst) nicht erfüllten. Es kann demnach keine Rede davon sein, dass die Parteien einen bestimmten Umsatz zur Grundlage der Vereinbarung des Mietzinses gemacht hätten, dessen Nichterzielung Anlass zu dessen Herabsetzung sein könnte.

Dass die Beklagte schließlich nach § 7 Abs. 3 und 4 des Mietvertrages zur Mitteilung der von ihr erzielten Umsätze verpflichtet ist, findet seine Erklärung darin, dass die Vermieterin, wie ausgeführt, an einem 1,2 Millionen DM übersteigenden Umsatz zu beteiligen ist. Dagegen ist diese Regelung erkennbar hinsichtlich einer etwaigen Verlagerung des Geschäftsrisikos ohne jede Aussagekraft.

4. Hinsichtlich des vom Landgericht verneinten Vorliegens des Verwirkungstatbestandes hat die Beklagte keine neuen Gesichtspunkte aufgezeigt. Insbesondere hinsichtlich des sogenannten Umstandsmoments lassen sich daher keine hinrei-

chenden Feststellungen treffen. Darüber hinaus fehlt es aber auch bereits an dem für das Vorliegen des Verwirkungstatbestandes zunächst erforderlichen Zeitmoment. Der streitgegenständliche Anspruchszeitraum endete, wie bereits mehrfach erwähnt, am 31. 12. 2000. Mit Schreiben vom 6. 11. 2001 hat die Klägerin unter Fristsetzung bis zum 15. 11. 2001 Mietzinsansprüche in Höhe von 599 781,29 DM per 15. 10. 2001 geltend gemacht, nachdem bereits unter dem 28. 3. 2000 seitens der Vermieterin rückständige Mietzinsen in Höhe von 528 201,21 DM angemahnt worden waren, wobei ausweislich der Formulierung „bekanntlich“ die Rückstände auch anderweitig Gegenstand früherer Gespräche oder früherer Korrespondenz gewesen waren. Bei einem derart kurzen Zeitraum kann indes keine Rede davon sein, dass die Beklagte darauf hätte vertrauen können, dass sich die Klägerin mit den tatsächlich geleisteten Zahlungen zufrieden geben und keine Nachforderungen mehr stellen werde.

5. Die Änderung des Zinsauspruchs des landgerichtlichen Urteils trägt der Wertstellung von Schecks über insgesamt 191 060,99 € am 19. 5. 2003 Rechnung.

Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 535, 536, 537 a. F., 307 BGB; § 9 AGBG  
Gewerberäume; Mietminderungsausschluss-Klausel  
bei Umweltstörungen**

**Eine Formulklausel, wonach eine Minderung der Miete ausgeschlossen ist, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z. B. Verkehrsumleitung, Straßensperrungen, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw.), die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird (z. B. Umsatz- und Geschäftsrückgang), ist nicht nach § 9 AGBG (a. F.)/§ 307 BGB (n. F.) unwirksam.**

(OLG Hamburg, Urteil vom 2. 4. 2003 – 4 U 57/01)

**Aus den Gründen:** 1. Der Ausschluss einer Mietminderung nach Maßgabe der Formulklausel des § 16 Mietvertrag ist nach Ansicht des Senats wirksam auch im Hinblick auf § 9 AGBG (a. F.).

Grundsätzlich sieht § 537 Abs. 3 BGB a. F. bei der gewerblichen Miete die Möglichkeit einer Beschränkung der Minderung vor, woraus sich zugleich ergibt, dass eine solche Beschränkung nicht ohne weiteres mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist (OLG München ZMR 1987, 16; vgl. auch Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rdn. 518; Erman/Jendrek, BGB, 10. Aufl., § 537 Rdn. 28; Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Aufl., § 537 Rdn. 104). Die Kardinalpflichten des Vermieters, die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen und sie in diesem zu erhalten (§ 536 a. F.), werden von § 16 Mietvertrag nicht angetastet. Das gilt auch für die Verpflichtung, nicht zu vertretende Beeinträchtigungen zu beseitigen. Bei auch nur leicht fahrlässiger Verletzung einer dieser Pflichten bleibt die Minderung möglich. Auch die uneingeschränkte Möglichkeit der fristlosen Kündigung gemäß § 542 a. F. sowie die unangetastete Befreiung von der Mietzahlungspflicht bei vollständiger Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache lassen die Beschränkung des Minderungsrechts in § 16 Mietvertrag nicht als übermäßig belastend erscheinen. Bei den beispielhaft genannten Umweltfehlern wird der Ausschluss der Minderung u. U. noch durch den Anspruch auf Abtretung eines nachbarschaftlichen Ausgleichsanspruchs gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB teilweise ausgeglichen.

Die in § 16 des Mietvertrags angeordnete partielle Verlagerung der Vergütungsgefahr stellt auch keine Missachtung

des Prinzips der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung dar. Vergleichbare Verlagerungen der Vergütungsgefahr auf den Leistungsgläubiger kennt das BGB in §§ 446, 447, 644, 645, 324 Abs. 2 (a. F.) / 326 Abs. 2 (n. F.).

Dementsprechend wird der Ausschluss der Minderung bei Störungen der Versorgung mit Wärme, Strom, Gas oder Wasser oder Störungen der Entwässerung, die nicht vom Vermieter zu vertreten sind, für zulässig erachtet (BGH WM 1976, 152 = ZMR 1976, 279; Bub/Treier II Rdn. 518; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 7. Aufl., § 537 Rdn. 306). Wenn die vorliegende Klausel möglicherweise einen weitergezogenen Kreis von Störungen erfasst, ist dies kein entscheidender Unterschied. Im übrigen rechtfertigt das Gebot enger Auslegung von Haftungsausschlussklauseln eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 16 Mietvertrag auf Umweltfehler. Hierfür sprechen die beispielhaft aufgezählten Gefahrenquellen und die ebenfalls beispielhaft genannten typischen Folgen derartiger Mängel.

Die Wirksamkeit des § 16 Mietvertrag ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil am Ende des Vertrags unter der Überschrift „sonstige Vereinbarungen“ gemäß § 22 Abs. 4 ein weiterer partieller Ausschluss der Mietminderung vorgesehen ist für Fälle erforderlicher Umbauarbeiten im oder am Hause. Falls es sich dabei um eine allgemeine Geschäftsbedingung handeln sollte, dürfte diese als überraschend und unangemessen gemäß §§ 3 und 9 AGBG (a. F.) unzulässig sein. Jedenfalls fehlt es an einem Summierungseffekt, der einen Sachzusammenhang beider Regelungen in dem Sinne voraussetzt, dass die beiden Klauseln in der konkreten Anwendung nicht nur ausnahmsweise kumulativ zusammenfallen (Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 9 Rdn. 132, 133; vgl. auch BGH NJW 1993, 532 [= WM 1993, 175]; NJW 1995, 254 [= WM 1995, 28]).

2. Die Voraussetzungen des Minderungsausschlusses gemäß § 16 des Mietvertrags sind im vorliegenden Fall gegeben. Die Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück hatte die Klägerin nicht zu vertreten, da sie nicht Eigentümerin dieses Grundstücks war. Schon der Wortlaut des § 16 nennt derartige Bauarbeiten als Beispiel eines vom Vermieter nicht zu vertretenden Umstandes. Dass im vorliegenden Fall ausnahmsweise eine andere Sicht angebracht sei, ist aus dem Schreiben der Klägerin vom 8. 7. 1999 nicht ersichtlich.

Wenn die Klägerin aufgrund ihres Stiftungszwecks u. a. die Eigentümerin des Nachbargrundstücks, eine Innung, förderte und deshalb Bindungen zu ihr vorhanden waren, bedeutet dies nicht, dass über deren Bautätigkeit die Klägerin mitentscheiden konnte. Dass die Klägerin möglicherweise nicht alle ihr durch ihre Fördertätigkeit zur Verfügung stehenden Druckmittel einsetzte, um die Bauarbeiten zu verhindern, kann nicht als ein Verschulden gegenüber der Beklagten und ihren Mitmiethern bewertet werden. Welchen Einfluss die Klägerin auf Zeitpunkt und Ablauf der Bauarbeiten hätte nehmen sollen, hat die Beklagte nicht im einzelnen ausgeführt.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist nicht ersichtlich, dass die Nutzbarkeit des Mietobjekts im Zeitraum vom 10. 3. 2000 bis Ende April 2000 durch die Bauarbeiten nicht nur beeinträchtigt, sondern gänzlich aufgehoben war. Selbst wenn dies für einzelne Stunden oder Tage zu bejahen sein sollte, würde das doch nicht für den Gesamtzeitraum gelten. Allerdings ergibt sich nicht einmal aus den Protokollen gemäß den Anlagen B 8 und B 10, dass die Beklagte ihren Betrieb in den Mieträumen an den insgesamt 8 Berichtstagen gänzlich einstellen musste. Für die übrigen Tage hat die hierzu vom Landgericht gehörte Zeugin nur im großen und ganzen das gleiche Maß an Belästigungen bestätigt und Schwankungen eingeräumt. Auch aus der Aussage des Zeugen ist keine durchgängige gänzliche Unbenutzbarkeit der von ihm genutzten Räu-

me in dem hier fraglichen Zeitraum zu entnehmen. Dementsprechend hat auch das Landgericht nur eine Beeinträchtigung der Nutzbarkeit angenommen, nicht aber deren Aufhebung.

3. Da eine Minderung des Mietzinses mithin nicht in Betracht kommt, kann die Klägerin den vollen Mietzins bis zur Beendigung des Mietverhältnisses verlangen. Nach Wirksamwerden der Kündigung zum 14. 4. 2000 bis zum 18. 4. 2000 schuldet die Beklagte Nutzungsentschädigung im Sinne von § 818 Abs. 2 BGB, weil sie die Schlüssel für das Mietobjekt nicht vorher zurückgegeben oder deren Rückgabe angeboten hat und deshalb von einer Nutzung bis zu diesem Tage auszugehen ist.

Für die Zeit danach ist eine Nutzung seitens der Beklagten nicht mehr ersichtlich. Die Klägerin hat nicht bestritten, dass ihr die Schlüssel am 18. 4. 2000 telefonisch angeboten worden sind. Ein Anspruch aus § 557 Abs. 1 a. F. BGB kommt nicht in Betracht, da das Mietobjekt der Klägerin nicht vorenthalten wurde. Mit ihrem Schreiben vom 13. 4. 2000 hatte sie der Kündigung widersprochen und damit zu erkennen gegeben, dass sie zur Rücknahme nicht gewillt sei (Bub/Treier/Scheuer V A Rdn. 70; Schmidt-Futterer/Gather § 557 Rdn. 17).

Da der anteilige Mietzins für die Zeit vom 1. bis 18. 4. 2000 DM 5444,36 beträgt und hiervon die Nebenkostenguthaben der Beklagten von insgesamt DM 233,39 abzuziehen sind, ergibt sich eine begründete Klagforderung von DM 5210,97.

Mitgeteilt von Dr. Bischoff, Hamburg

**§ 537 BGB a. F.**  
**Wohnungsmängel im gewerblichen**  
**Zwischenmietverhältnis; Unerheblichkeit eines Fehlers**

**a) Bei einer gewerblichen Zwischenmiete von Wohnungen zum Zwecke der Weitervermietung sind Umstände, die die Wohnungstauglichkeit beeinträchtigen, i. d.R. auch als Mängel des Zwischenmietverhältnisses im Verhältnis Hauptvermieter zu Zwischenmieter anzusehen. Ob diese Mängel dort als erheblich bzw. unerheblich i. S. des § 537 Abs. 1 Satz 2 a. F. BGB einzustufen sind, hängt insbesondere von der Größenordnung des gewerblichen Zwischenmietverhältnisses ab.**

**b) Als unerheblich i. S. von § 537 Abs. 1 Satz 2 a. F. BGB ist ein Fehler insbesondere dann anzusehen, wenn er leicht erkennbar ist und schnell und mit geringen Kosten beseitigt werden kann, so daß die Geltendmachung einer Minderung gegen Treu und Glauben verstieße.**

(BGH, Urteil vom 30. 6. 2004 – XII ZR 251/02)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht rückständige Miete aus einem gewerblichen Mietvertrag geltend.

Mit Generalmietvertrag vom 9. August 1983 und Nachtrag vom 9. August 1989 vermietete sie an die B. GmbH eine Wohnanlage, bestehend aus 13 Wohnungen mit einer Gesamtfläche von 1.336,13 m<sup>2</sup> auf die Dauer von 30 Jahren zu einer Monatsmiete von zuletzt 23.064,25 DM. Die Vermietung erfolgte zur Weitervermietung zu Wohnzwecken. Anstelle des Mieters trat die Beklagte in den Mietvertrag ein.

Nach einer gemeinsamen Besichtigung der Wohnanlage übersandte die Beklagte der Hausverwalterin der Klägerin mit Schreiben vom 21. März 2000 eine Mängelliste. Am 2. Juni 2000 forderte die Beklagte durch ihren Prozeßbevollmächtigten unter Hinweis auf Besichtigungen vom 12. April und 2. Mai 2000 die Beseitigung der Mängel und kündigte eine Minderung des Nettomietzinses um 10% an. Mit Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 22. November 2000 und eigenem Schreiben vom 23. Februar 2001 rügte die Beklagte weitere Mängel.

Die Beklagte zahlte für März 2000 eine Miete in Höhe von 20 097,78 DM, für Juni bis November 2000 von jeweils 18 472,99 DM und für Dezember 2000 von 9 290,43 DM. Die Klägerin hat den Differenzbetrag zur vollen Miete in Höhe von 29 666,47 DM für März 2000, von jeweils 4 591,26 DM für Juni bis November 2000 und von 13 773,82 DM für Dezember 2000, insgesamt 44 287,85 DM, geltend gemacht. Das Landgericht Berlin hat – unter Berücksichtigung einer Minderung in Höhe von jeweils 2 306,42 DM wegen Ausfalls der Heizung in den Monaten Oktober und November 2000 – der Klage in Höhe von 39 675,01 DM nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

**Aus den Gründen:** Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine weitergehende Minderung, als vom Landgericht zuerkannt, sei nicht hinreichend dargetan. Die Beklagte wehre sich nicht mehr gegen die Höhe der Miete für März 2000, sondern mache Minderung für vorangegangene Zeiträume geltend. Insoweit kämen lediglich Bereicherungsansprüche in Betracht, mit denen aufgerechnet werden könne. Es sei aber zweifelhaft, ob die Beklagte die Aufrechnung erklärt habe. Selbst wenn man ihre Ausführungen dahin verstehe, bleibe eine Aufrechnung ohne Erfolg. Die Minderung der Mieten im Rahmen eines oder mehrerer ihrer Untermietverhältnisse müsse nicht automatisch zu einer Minderung des Generalmietzinses führen. Das Erfordernis der Tauglichkeit der Mietsache habe im Generalmietvertrag der Parteien einen anderen Inhalt als im Verhältnis zwischen der Beklagten und ihren Untermietern. Während die Wohnräume den Untermietern zum Wohnen vermietet worden seien, habe die Beklagte das gesamte Objekt zum Zwecke der Untervermietung und Gewinnerzielung gemietet. Nur soweit im Rahmen dieser Zweckbestimmung Tauglichkeitsbeschränkungen erheblich seien, könnten sie zu einer Minderung der Mietansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten führen. Soweit die Untermieter den Mietzins ungehindert zahlten, liege kein Mangel der Mietsache im Verhältnis der Parteien des Generalmietvertrages vor.

Die Beklagte habe im Rahmen ihrer Minderung für die Zeit zwischen Dezember 1998 und November 1999 im einzelnen vorgetragen, welche Untermieten in welcher Höhe jeweils gemindert worden seien. Selbst bei berechtigter Minderung der Untermieten sei damit nicht automatisch die Minderung der Generalmiete in derselben Höhe berechtigt gewesen, weil die Wesentlichkeitsgrenze bei den einzelnen Wohnungsmietverhältnissen anders liege als beim Generalmietvertrag. Eine Minderung von wenigen hundert DM erreiche die Wesentlichkeitsgrenze nicht. Schon deshalb bestünden die möglicherweise zur Aufrechnung gestellten Bereicherungsansprüche nicht. Die Minderungen des Untermieters Kö. für Dezember 1998, März 1999 und Oktober 1999 in Höhe von 200 DM, 200 DM und 150 DM und der Untermieterin Ki. für Oktober 1999 in Höhe von 374,32 DM reichten nicht aus. Anders könne es sich für den Monat Januar 1999 verhalten, da insoweit Minderungsbeträge in Höhe von 403,07 DM (Untermieterin Ko.), von 650 DM (Untermieter Kn.), 436,23 DM (Untermieter Kö.) und von 421,46 DM (Untermieterin Ki.) geltend gemacht würden. Da die Klägerin im einzelnen bestreite, daß die Minderungen diesen Grad erreichten, erscheine das Vorbringen der Beklagten unsubstantiiert. Wann die Störfälle im einzelnen eingetreten seien, werde lediglich bezüglich der Untermieterin Ko. vorgetragen. Bezüglich der übrigen Untermieter fehle es an jeder Darlegung, an welchen Tagen es zu den Störungen gekommen sei. Aber auch für die Untermieterin Ko. sei kein hinreichender Vortrag ersichtlich,

welche Störungen im einzelnen bestanden hätten, insbesondere welche Temperaturen erreicht worden seien. Selbst wenn für die Zeit vom 23. bis 25. Januar 1999 ein Totalausfall der Heizungs- und Warmwasseranlage angenommen werde, genüge die dadurch berechnete Minderung von ca. 150 DM nicht, um die Wesentlichkeitsgrenze zu erreichen. Das könne auch nicht angenommen werden, wenn der angeblich der Untermieterin Ko. zuerkannte Betrag 403,47 DM ausgemacht habe.

Die Mietzinsansprüche für Juni bis Dezember 2000 seien nicht wegen Unvermietbarkeit der Wohnungen im 1., 3. und 4. Obergeschoß, jeweils links, gemindert. Soweit sich die Beklagte auf Mängel an den Einbauküchen und Bädern berufe, sei nur die Ansehnlichkeit der Wohnungen betroffen. Soweit eine mangelnde Funktion geltend gemacht werde, sei das Vorbringen unsubstantiiert. Der Vortrag, bei den Einbauschränken seien die Türen zu den Hängeschränken „verhangen“ und nicht mehr im Lot, die Schubkästen gingen aus dem Leim, seien verkantet und schwer gängig, betreffe letztlich Wertungen, die keinen sicheren Aufschluß über die mangelnde Funktionstüchtigkeit der Einrichtungsgegenstände zuließen. Es komme hinzu, daß die Mängel nicht ausreichend gemäß § 545 BGB angezeigt worden seien. Soweit die Beklagte rüge, daß die Entlüftungsanlagen der Bäder und Gästetoiletten kaum noch funktionstüchtig seien und der Sog der Anlagen fast nicht mehr wahrnehmbar sei, fehle dem Vortrag ebenfalls Substanz; es müsse dargetan werden, was an den Entlüftungsanlagen kaputt sei. Jedenfalls fehle es auch insoweit an einer ordnungsgemäßen Anzeige gemäß § 545 BGB. Bei den in den leerstehenden Wohnungen gerügten Feuchtigkeitflecken handle es sich nicht um Funktionsmängel, sondern allenfalls um ästhetische Mängel. Diese müsse die Beklagte im Rahmen der Schönheitsreparaturen beheben, da nicht vorgetragen werde, daß die Feuchtigkeit nach wie vor in das Mauerwerk eindringe, nachdem diese Fenster überarbeitet worden seien. Soweit sich die Beklagte auf Setzungsrisse berufe, könne ebenfalls nicht davon ausgegangen werden, daß die Erheblichkeitsgrenze des § 537 BGB überschritten werde. Die Beklagte behaupte selbst nicht, die Wohnung im 3. Obergeschoß habe allein wegen der dort befindlichen Setzungsrisse nicht weitervermietet werden können. Für die Wohnung im 3. Obergeschoß rechts komme hinzu, daß die Untermieter keine Minderung geltend gemacht hätten. Davon hänge aber nach § 8 des Generalmietvertrages die Minderung seitens der Beklagten gegenüber der Klägerin ab. Aus dem gleichen Grunde scheitere eine Minderung wegen der angeblichen Mängel an den Außenfenstern zur B.-Straße, an der Fassade und an den Außenanlagen des Grundstücks. Der Wasserschaden am 17. November 2000 in der Wohnung der Untermieter E. sei mangels anderer Anhaltspunkte darauf zurückzuführen, daß der Abfluß durch die Untermieter nicht hinreichend gewartet worden sei. Die nicht fachgerechte Verbauung des Ablaufes sei der Beklagten anzulasten, da diese nach unbestrittenem Vortrag der Klägerin das Bad selbst habe modernisieren lassen. Deshalb könne dahingestellt bleiben, ob Fußboden und Wände besser hätten isoliert werden müssen.

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

1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß es sich um zwei verschiedene Mietverträge handelt, für die jeweils eigene – nicht notwendig identische – Regelungen gelten (vgl. Kraemer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. III A Rdn. 1032). Rechtlich ist das zwischen dem Eigentümer und dem Zwischenvermieter bestehende Mietverhältnis als Hauptmietverhältnis zu bewerten, während das Mietverhältnis zwischen dem Zwischenvermieter und dem Endnutzer als Untermietverhältnis anzusehen ist. Für das Hauptmietverhältnis gelten grundsätzlich die Vorschriften über die gewerbliche Miete.

Beim Untermietverhältnis kommt es darauf an, ob die Räume vom Zwischenvermieter zu Wohn- oder zu Gewerbe-zwecken vermietet werden (Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 8. Aufl. § 540 Rdn. 15).

Gewährleistungsrechte des Endmieters führen nicht automatisch zu Gewährleistungsrechten des Zwischenvermieters, da die Vereinbarungen des Zwischenvermieters mit dem Endmieter von denjenigen des Vermieters mit dem Zwischenmieter abweichen können. So kann z. B. die Kenntnis des Zwischenvermieters von Mängeln zum Gewährleistungsausschluß führen, während dem Endmieter solche Ansprüche zustehen. Umgekehrt können dem Zwischenvermieter Gewährleistungsrechte zustehen, während sie dem Endmieter wegen dessen Kenntnis zu versagen sind. Erfolgt die Zwischenvermietung – wie hier – aber zur Weitervermietung zu Wohnzwecken, so werden Umstände, die die Wohnungstauglichkeit beeinträchtigen, regelmäßig auch Mängel des Zwischenmietverhältnisses sein.

2. Davon zu trennen ist die weitere Frage, ob ein „wesentlicher“ Mangel des Mietobjektes im Wohnraummietverhältnis automatisch auch zu einem solchen im gewerblichen Zwischenmietverhältnis führt. Nach Auffassung der Revision ist das der Fall, denn der Mangel an einer Wohnung könne nicht allein deshalb gewährleistungsrechtlich unbeachtlich sein, weil der Eigentümer an den Zwischenvermieter nicht nur diese eine – mangelhafte –, sondern gleichzeitig andere – mangelfreie – Wohnungen zur Weitervermietung vermietet habe. Ob diese Auffassung generell zutrifft und ob ein im Wohnraummietverhältnis als wesentlich anzusehender Mangel im gewerblichen Zwischenmietverhältnis aufgrund der dort gegebenen Größenordnungen als geringfügig eingestuft werden muß, kann offen bleiben. Das Berufungsgericht hat nämlich bei seiner Bewertung nur einen geringen Teil der hier geltend gemachten Mängel herangezogen, den überwiegenden Teil aber teils – zu Unrecht – als unsubstantiiert, teils unter Verkennung der Darlegungslast oder unter Übergehung von zu beachtenden Beweisangeboten unberücksichtigt gelassen. Die von der Beklagten geschilderten Mängel der einzelnen Wohnungen wären, ihr Vorliegen unterstellt, so erheblich, daß trotz Mangelfreiheit des größeren Teils der insgesamt vermieteten 13 Wohneinheiten nicht mehr von einer unerheblichen Minderung der Tauglichkeit ausgegangen werden kann.

Zwar handelt es sich bei der Frage, ob die Tauglichkeit der Mietsache nur unerheblich gemindert ist, um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der dem Tatrichter einen im Revisionsverfahren nur eingeschränkt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum eröffnet. Die Überprüfung ist hier aber möglich, weil das Berufungsgericht von einem unzutreffenden Verständnis des unbestimmten Rechtsbegriffes „unerheblich“ ausgegangen ist. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung des § 537 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. Dieser wurde durch das zweite Mietrechtsänderungsgesetz vom 14. Juli 1964 (BGBl I S. 457) eingeführt. Bis zum Inkrafttreten dieser Änderung unterschied § 537 BGB a. F. bei den Gewährleistungspflichten des Vermieters nicht zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln (wie bei den Gewährleistungspflichten des Verkäufers nach § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F.). Der Unterschied wurde in den Motiven damit begründet, daß bei der Miete – anders als beim Kauf – jeder vom Vermieter zu vertretende Mangel als Mangel einer zugesicherten Eigenschaft zu beurteilen sei; daher sei es „inkonsequent“, die Gewährleistungspflicht des Vermieters wegen nicht erheblicher Mängel in irgendeiner Weise zu erleichtern. Diese dogmatisch konsequente, aber nicht interessengerechte Regelung haben Rechtsprechung und Schrifttum bald negiert und die Geltendmachung eines ganz geringfügigen Mangels als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen. Das 2. Mietrechtsänderungsgesetz hat insoweit kein neues Recht geschaffen, sondern nur richterliches Gewohnheitsrecht bestätigt

und dadurch die Parallele zum Kaufrecht hergestellt. Als unerheblich ist ein Fehler insbesondere dann anzusehen, wenn er leicht erkennbar ist und schnell und mit geringen Kosten beseitigt werden kann, so daß die Geltendmachung einer Minderung gegen Treu und Glauben verstieße (MünchKomm/Volskow BGB 3. Aufl. § 537 Rdn. 4 m.w.N.; Kraemer a. a. O. Rdn. 1353; für neues Recht vgl. Erman/Jendrek BGB 11. Aufl. § 536 Rdn. 16).

3. Bei Zugrundelegung dieser Bewertungsgrundsätze kann die Entscheidung des Kammergerichts keinen Bestand haben.

a) Mietzinsanspruch für März 2000:

aa) Die Beklagte mindert die Miete für März 2000 nicht, sondern verweigert die Bezahlung aufgrund von Minderungen für die Monate Dezember 1998, Januar, März und Oktober 1999 wegen Ausfalls der Heizung und der Warmwasserversorgung. Das Berufungsgericht durfte nicht offen lassen, ob in der Zahlungsverweigerung durch die Beklagte eine Aufrechnung mit Bereicherungsansprüchen zu sehen ist, denn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommen Bereicherungsansprüche aufgrund berechtigter Minderungen in Betracht. Das Funktionieren der Heizung ist in den Wintermonaten und in der Übergangszeit von erheblicher Bedeutung für die Gebrauchstauglichkeit einer Wohnung. Die Annahme eines geringfügigen Mangels ist nur bei sehr kurzem Heizungsausfall oder bei vorübergehend geringfügiger (1 °C) Unterschreitung der erforderlichen Heizleistung möglich. Auch eine Warmwasserversorgung rund um die Uhr gehört im Regelfall zur Gebrauchstauglichkeit einer Mietwohnung (vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid a. a. O. § 536 Rdn. 47, 220).

bb) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht beachtet.

Es ist von einem Totalausfall der Heizung in der Wohnung Ko. an drei Tagen im Januar 1999 ausgegangen und hat den Mangel mit 150 DM bewertet. Demgegenüber rügt die Revision zu Recht, daß die Beklagte einen Totalausfall der Heizung und Warmwasserversorgung für die Wohnung Ko. an 14 Tagen im Januar 1999 behauptet und unter Beweis gestellt hat. Das Berufungsgericht überspannt die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Darlegung, wenn es bei einem Totalausfall der Heizung und Warmwasserversorgung im Januar Ausführungen über die Höhe der erreichbaren Raumtemperatur und die Ursache des Heizungsausfalles vermißt. Zumindest hätte es, falls es nähere Angaben für erforderlich erachtete, die Beklagte darauf hinweisen müssen (§ 139 ZPO).

Zu Recht rügt die Revision auch, das Berufungsgericht habe die Heizungsausfälle im Monat Januar bei den Untermietern Kn., Kö. und Ki. zu Unrecht nicht berücksichtigt. Die Beklagte hat vorgetragen, daß die für die Wohnung Ko. näher geschilderten Heizungsausfälle im Januar 1999 auch die Wohnungen dieser Untermieter betroffen habe. Damit war ausreichend klargestellt, an welchen Tagen die Ausfälle gewesen sein sollen. Wenn das Berufungsgericht weiteren Sachvortrag dazu für erforderlich hielt, an welchen Tagen im Jahre 1999 die Heizungen ausgefallen waren, dann hätte es, was die Revision zu Recht rügt, im Rahmen seiner Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) darauf hinweisen müssen, da nicht ohne weiteres einsichtig ist, daß es auf die datumsmäßige Angabe der Ausfalltage ankommen konnte.

Ähnliches gilt auch für die Heizungsausfälle beim Untermieter Kö. für Dezember 1998, März 1999 und Oktober 1999 sowie für die Untermieterin Ki. vom 1. bis 13. Oktober 1999.

b) Auch den Vortrag der Beklagten zu den für die Monate Juni bis Dezember 2000 geltend gemachten Mängeln der leerstehenden Wohnungen, die für das Revisionsverfahren als zutreffend zu unterstellen sind, durfte das Berufungsgericht nicht übergehen.

aa) Die Beklagte hat unter Beweisantritt vorgetragen, daß die Einbauküchen in den leerstehenden Wohnungen im 1. Obergeschoß links, im 3. Obergeschoß links und im 4. Obergeschoß links nach mehr als 17 Jahren abgenutzt und wirtschaftlich verbraucht gewesen seien. Die Farbe an den Oberflächenbeschichtungen sei verblaßt gewesen. Die Bereiche der Türgriffe und der Umleimungen an den Außenkanten sei abgegriffen und verschlissen gewesen. Abplatzungen und Ablösungserscheinungen der Oberflächenbeschichtung seien im gesamten Einbauküchenbereich sichtbar gewesen. Im Bereich der Arbeitsplatte bei den Anschlüssen zum Spülbecken seien Quellerscheinungen zu sehen gewesen, durch die Abnutzung der Scharniere seien die Türen zu den Hängeschränken verhangen und nicht mehr im Lot gewesen. Die Schubkästen seien aus dem Leim gegangen, hätten auf den abgenutzten Führungsschienen verkantet und seien schwer gängig gewesen.

Diesen Vortrag durfte das Berufungsgericht nicht als unsubstantiiert abtun. Zu Recht macht die Revision geltend, daß die Beschreibung von Mängeln auch auf sprachliche Grenzen stößt. Die Schilderung der Einbauküchen durch die Beklagte legt eine schlechtere Vermietbarkeit zumindest nahe, zumal gerade optische Beeinträchtigungen, wenn es – wie hier – um die Vermietbarkeit geht, sich als Mangel erweisen können (Schmidt-Futterer/Eisenschmid a. a. O. § 536 Rdn. 185 m.w.N.). Das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung fällt nicht in die Darlegungslast des Mieters. Es ist Aufgabe des Tatrichters, sich durch Augenschein oder mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens zu überzeugen, ob und in welchem Umfang der geschilderte Zustand der Küchen die Weitervermietbarkeit der Wohnungen beeinträchtigte (Senatsurteil vom 27. Februar 1991 – XII ZR 47/90 – NJW-RR 1991, 779, 780 [= WM 1991, 544]).

Die Hilfsbegründung, diese Mängel seien nicht ausreichend gemäß § 545 BGB a. F. angezeigt worden, trägt die Entscheidung des Berufungsgerichts schon deshalb nicht, weil die Klägerin sich darauf nicht berufen hat. Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß es Sache des Vermieters ist, zu den Voraussetzungen des § 545 Abs. 2 BGB a. F. vorzutragen (Palandt/Weidenkaff BGB 60. Aufl. § 545 Rdn. 11). Im übrigen hat die Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen, daß sie diese Mängel geltend gemacht hat. Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß die Behauptung im Schreiben vom 21. März 2000, es sei erneut die Instandsetzung der Küche in den leerstehenden Wohnungen erörtert worden, nicht anders verstanden werden könne.

bb) Die Behauptung der Beklagten, daß die Entlüftungsanlage der Bäder und Gästetoiletten kaum noch funktionsuntüchtig und der Sog der Anlage fast nicht mehr wahrnehmbar seien, durfte das Berufungsgericht nicht mit der Begründung ablehnen, dem Vortrag fehle die Substanz, weil nicht dargetan sei, was an der Entlüftungsanlage kaputt sei. Der Mieter kommt seiner Darlegungslast nach, wenn er auf die Funktionsuntüchtigkeit einer Anlage hinweist. Die Ursache der Mängel zu erforschen oder gar Beseitigungsmöglichkeiten aufzuzeigen, ist nicht erforderlich (Senatsurteil vom 27. Februar 1991, a. a. O., S. 780 [= WM a. a. O.]). Die Beklagte hat Beweis dafür angeboten, daß die Mangelhaftigkeit der Bäder und Gästetoiletten der Klägerin am 21. März 2000 und am 26. Januar 2001 angezeigt worden ist.

## GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

(9,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

**Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte**  
(je 1,50 EUR zzgl. 2,- EUR Versandpauschale zzgl. MwSt)

cc) Zu Recht wendet sich die Revision auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die durch die mangelhaften Fenster verursachten Feuchtigkeitsflecken rechtfertigten keine Mietminderung, weil sie im Wege der Schönheitsreparaturen vom Mieter hätten beseitigt werden müssen. Ausweislich der tatrichterlichen Feststellungen handelte es sich bei den Wasserflecken nicht um durch vertragsgemäßen Gebrauch entstandene, sondern um vom Vermieter zu vertretende Mängel. Diese unterfallen aber nicht dem Begriff der Schönheitsreparaturen (Palandt/Weidenkaff BGB 62. Aufl. § 535 Rdn. 41 m.w.N.) und müssen deshalb nicht von der Beklagten als Mieterin beseitigt werden.

dd) Bedenken bestehen auch in der Vorgehensweise des Berufungsgerichts, soweit es die geltend gemachten Setzungsrisse im Mauerwerk der leerstehenden Wohnungen, die Wasserdurchlässigkeit der Fenster und die Risse in der Fassade als unerheblich gewertet hat. Die Beklagte hatte unter Beweisanztritt vorgetragen, in der leerstehenden Wohnung im 3. Obergeschoß hätten erhebliche Setzungsrisse in Form von Treppenrissen von ca. 1,5 m × 1 m Ausmaß vorgelegen, und zwar an der linken Wand des Wohnzimmers sowie im vierten Zimmer der Wohnung an der linken und rechten Wandseite. Darüber hinaus habe sich ein Treppenriß in der Trennwand zum Gebäuderücksprung und im gesamten Fliesenpiegel der Küche sowie in der Wand zum Flur über die gesamte Höhe der Wand befunden. Sämtliche Fenster des Mietobjektes zur B.-Straße seien aufgrund mangelhafter Reparaturarbeiten undicht geworden. Darüber hinaus hat die Beklagte zahlreiche Schäden an der Außenfassade sowie an den Außenanlagen geltend gemacht und Mängel ins Detail gehend geschildert. Ohne Beweiserhebung durften die behaupteten Mängel nicht als unerheblich eingestuft werden. Dies liefe auf eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung hinaus.

Auch die Begründung, weil die Untermieter S. und St. keine Minderung geltend gemacht hätten, scheidet gemäß § 8 des Generalmietvertrages eine Minderung der Beklagten aus, hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. § 8 des Generalmietvertrages lautet:

„Der Vermieter übergibt die Mieträume im Neubauzustand. Die Mieterin erkennt diesen Zustand als den vertragsgemäßen ausdrücklich an, sofern die Nutzer Schadensersatz oder Mietminderung gegenüber dem Mieter nicht durchsetzen können.“

Es ist nicht ersichtlich, daß nach dieser Regelung Minderungsansprüche der Beklagten von der erfolgreichen Durchsetzung seitens der Untermieter gegen sie abhängen sollten. Das Berufungsgericht läßt nicht erkennen, wie es zu dieser Auslegung gelangt ist. Damit ist eine Überprüfung nicht möglich. Der Senat hält eine solche Auslegung auch nicht für naheliegend.

ee) Mit Erfolg beruft sich die Beklagte auch darauf, das Berufungsgericht habe nicht ohne Beweiserhebung eine Minderung für den am 17. November 2000 eingetretenen Wasserschaden ablehnen dürfen. Die Beklagte hatte unter Beweisanztritt vorgetragen, daß Ursache dieses Wasserschadens die fehlende Naßzellenisolierung des Fußbodens und der Wände des Badezimmers der Untermieter E. sei. Diesen Vortrag hat die Klägerin bestritten und die Schadensursache in einer nicht fachgerechten Renovierung seitens des Untermieters gesehen. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht seinem Urteil nicht die Sachdarstellung der Klägerin ohne Beweiserhebung zugrunde legen dürfen.

4. Der Rechtsstreit muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit die erforderlichen Beweise erhoben werden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 536, 326 BGB a. F.; § 9 AGBG  
Geschäftsraummiete;  
Schönheitsreparaturen nach Fristenplan**

**Eine Schönheitsreparaturklausel in einem Geschäftsraummietvertrag ist entsprechend der Rechtsprechung des BGH zum Wohnraummietrecht auszulegen. Es gilt daher auch ohne Angaben die Fristenregelung in § 7 des Mustermietvertrages 1976 und wegen des Umfangs der Arbeiten § 28 Abs. 4 Satz 5 der 2. Berechnungsverordnung.**

**Der Fristenplan gilt auch für das Streichen der Türen, der Fenster und der Heizungsrohre. Der Nachweis, dass die Durchführung der Arbeiten nicht notwendig ist, steht dem Mieter gleichwohl zu.**

(KG, Urteil vom 29. 3. 2004 – 8 U 286/03)

**Aus den Gründen:** Der Wirksamkeit der Regelung steht auch nicht entgegen, dass die Parteien keinen Fristenplan vereinbart haben. Denn beim Fehlen eines ausdrücklichen Fristenplans ist der Vertrag nach der Verkehrssitte dahin auszulegen, dass die auch dem Vortrag des Beklagten zugrunde liegenden Fristen in § 7 des Mustermietvertrages 1976 heranzuziehen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Oktober 1984, VIII ZR 1/84, BGHZ 92, 363, 368 = NJW 1985, 480 [= WM 1985, 46]). Denn insoweit handelt es sich um die üblichen Renovierungsfristen. Dass es im vorliegenden Fall um Gewerberäume geht, ändert an der Zugrundelegung dieser Frist nichts. Denn es ist nichts dafür ersichtlich und von den Klägern auch nicht vorgetragen, dass insoweit eine andere Verkehrssitte gelten würde. Diese Auslegung führt dann aber entgegen der Auffassung des Beklagten auch dazu, dass die Fristen erst mit dem Beginn des Mietverhältnisses zu laufen beginnen.

Die verwandten Klauseln sind auch nicht deshalb unwirksam, weil diese nicht festlegen, was unter den durchzuführenden Schönheitsreparaturen zu verstehen ist. Auch insoweit ist im Wege der Auslegung von der bestehenden Verkehrssitte auszugehen, dass mit Schönheitsreparaturen die in § 28 Absatz 4 Satz 5 der II. Berechnungsverordnung aufgeführten Arbeiten zu verstehen sind (vgl. BGH, a. a. O.).

Das Landgericht hat [...] auch zu Recht die Kosten für das Streichen der Türen, der Fenster und der Heizungsrohre angesetzt. Denn die üblichen Renovierungsfristen gehen davon aus, dass auch insoweit üblicherweise Abnutzungsspuren entstehen, die zu beseitigen sind, selbst wenn es sich insoweit nur um das Nachdunkeln der Farbe handelt. Soweit das LG Köln (WM 1997, 434) eine andere Auffassung vertritt, teilt der Senat diese nicht.

Die geltend gemachten Beträge sind auch nicht um die Mehrwertsteuer zu bereinigen. Es kann dahinstehen, ob die Kläger die Durchführung der Arbeiten überhaupt durchführen wollen. Auch wenn sie allein abstrakt aufgrund des Kostenvoranschlags Schadensersatz geltend machen, steht ihnen der darin enthaltene Mehrwertsteuerbetrag zu. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 14. November 1994, 8 U 3194/94, GE 1995, 109; Urteil vom 9. Juli 1990, 8 U 193/89), von der abzurücken es auch angesichts der geänderten Rechtslage keinen Grund gibt. Der Beklagte kann sich insoweit auch nicht auf § 249 Absatz 2 Satz 2 BGB in der Fassung des 2. Schadensrechtsänderungsgesetzes vom 19. Juli 2002 berufen. Denn diese Fassung gilt erst ab dem 1. August 2002 und ist auf Schadensfälle, die wie hier vor dem 31. Juli 2002 eingetreten sind, nicht anwendbar, vgl. Art. 229 § 8 EGBGB.

Die Zulassung der Revision kommt nicht in Betracht. Dies gilt auch, soweit der Senat eine andere Auffassung als das Landgericht Köln (WM 1997, 434) vertritt. Denn diese Entscheidung steht nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Mitgeteilt von RiKG Dr. Müther, Berlin



**§ 537 BGB****Persönliche Verhinderung des Mieters; Auszug**

**Ist der Mieter endgültig ausgezogen, kann er sich wegen der Gebrauchsüberlassung an einen Dritten nicht auf § 537 Abs. 2 BGB berufen.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. 2. 2004 – I-10 U 103/03)

**Aus den Gründen:** Der Beklagte ist auch für den Zeitraum vom 21. 1. bis zum 29. 2. 2000 zur Zahlung des vereinbarten Mietzinses von monatlich 4100 DM, insgesamt also 5466,67 DM = 2795,06 € verpflichtet. Auf die Regelung des § 552 Satz 3 BGB a. F. = § 537 Abs. 2 BGB n. F. kann er sich nicht mit Erfolg berufen. Eine Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses wegen Gebrauchsüberlassung an einen Dritten kommt nur in Betracht, wenn der Mieter einen Besitzwillen hat. Dies ist jedoch, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, dann nicht der Fall, wenn er – wie vorliegend der Beklagte – endgültig ausgezogen ist (vgl. z. B. BGH NJW 1993, 1645 [= WM 1993, 346]; OLG Düsseldorf WM 1994, 469; KG ZMR 1999, 705 [= WM 1999, 364 KL]; Palandt/Weidenkaff, 63. Aufl., § 537 BGB Rdn. 12; Bub/Treier/Scheuer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., V A Rdn. 5 b). Der Beklagte konnte darüber hinaus auch nicht aus nachvollziehbaren Gründen von der Beendigung des Mietverhältnisses mit der Klägerin ausgehen, weil das Vertragsende einvernehmlich auf den 29. 2. 2000 festgesetzt worden war. Darauf, ob das streitgegenständliche Mietobjekt vor diesem Zeitpunkt „in einer den Tatbestand des § 552 BGB a. F. erfüllenden Art und Weise ... beendet wurde“, kommt es somit nicht mehr an.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 535, 564 a. F., 242 BGB****Arztpraxisträume; Widerspruch gegen die Fortsetzung des befristeten Vertrags; Verlängerungsklausel**

**Der den Mietvertragsparteien vorbehaltenen Widerspruch gegen die Fortsetzung des befristeten Mietvertrags über Räume für eine Arztpraxis gemäß einer Verlängerungsklausel kann vom Vermieter auch geltend gemacht werden, wenn die in der Vertragssituation angelegten Härten eintreffen werden.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. 2. 2004 – I-24 U 228/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien stritten über die Beendigung eines Mietverhältnisses für eine Arztpraxis sowie einen zukünftigen Räumungsanspruch.

Die Kläger sind Vermieter der im 1. Obergeschoss des Hauses Nr. 3 gelegenen Teileigentumseinheit Nr. 2 nebst Kellerraum Nr. 2, der Teileigentumseinheit Nr. 3 nebst Kellerraum Nr. 3 sowie des durch einen Wanddurchbruch verbundenen Raums im Hause Nr. 1. Der Beklagte ist Mieter der bezeichneten Räume. Die Miete für die Gesamtfläche beläuft sich auf 4000,00 DM (2045,17 €) monatlich.

In dem Mietvertrag ist unter Nr. 2 vereinbart, dass das Mietverhältnis am 31. 12. 2003 endet und sich um jeweils 5 Jahre verlängert, wenn eine der Parteien nicht spätestens 6 Monate vor Ablauf der Mietzeit einer Verlängerung der Mietzeit schriftlich widerspricht.

Mit Schreiben vom 21. 1. 2000 kündigten die Kläger das Mietverhältnis unter Berufung auf Nr. 2 des Mietvertrages zum 31. 12. 2003. Mit Schreiben vom 17. 10. 2002 wiesen sie erneut auf die Beendigung des Mietverhältnisses hin und forderten den Beklagten zur Abgabe einer Erklärung bis zum 31. 10. 2002 auf, dass dieser die Mieträume fristgerecht zum

31. 12. 2003 zurückgeben werde. Mit Schreiben vom 6. 11. 2002 wurde die Erklärungsfrist bis zum 13. 11. 2002 verlängert. Mit Schreiben vom 26. 11. 2002 wurde dem Beklagten erneut eine Frist, diesmal bis zum 10. 12. 2002, eingeräumt, die entsprechende Erklärung abzugeben.

Der Beklagte gab die geforderte Erklärung nicht ab. Mit Schreiben vom 22. 4. 2003 machte er die Verlängerung des Mietvertrages um weitere fünf Jahre geltend.

Die Kläger vermieteten die Mieträumlichkeiten zum 1. 1. 2004 an einen Dritten weiter. Sie haben vorgetragen: Ein Umzug sei dem Beklagten nicht unzumutbar. Lediglich die Inneneinrichtung der Praxis sei vom ihm eingebracht worden.

Der Beklagte hat vorgetragen: Ihm stehe ein Optionsrecht auf Verlängerung des Mietvertrages zu, welches er mit Schreiben vom 22. 4. 2003 geltend gemacht habe. Es habe bei Eröffnung der Praxisräume im Jahre 1994 Einvernehmen zwischen den Parteien bestanden, dass eine Praxissituation auf Dauer geplant werde und es sei nicht vorgesehen gewesen, das Mietverhältnis nach Ablauf der festgelegten Vertragsdauer zu beenden.

Die Beendigung des Mietverhältnisses sei ihm auch nicht zumutbar. Er habe erhebliche Investitionen in das Mietobjekt getätigt. Insbesondere sei gemeinschaftlich mit einem im Haus tätigen Internisten eine Röntgenanlage im Keller installiert worden und die Praxiseinrichtung sei auf die Räumlichkeiten zugeschnitten. Es sei ihm nicht möglich, andere geeignete Praxisräume zu finden. Ein Umzug sei mit Kosten in Höhe von 500 000,00 € verbunden, die er nicht aufbringen könne.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung des Beklagten ist nicht begründet. Das Landgericht [Kleve] hat zu Recht die Feststellung getroffen, dass das Mietverhältnis der Parteien zum 31. Dezember 2003 endet und dass der Beklagte verpflichtet ist, zu diesem Zeitpunkt das Mietobjekt geräumt heraus zu geben.

I. Das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsbegründung bietet keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung.

1. Das Landgericht hat die Räumungsverpflichtung nicht unter Verstoß gegen § 308 ZPO ausgesprochen. [...] Die weitere Voraussetzung für den Ausspruch nach § 257 BGB, die Besorgnis der künftigen Nichterfüllung (vgl. Zöllner/Greger, ZPO, 24. Aufl., § 257 Rdnr. 6 m. w. N.), ist hier aufgrund des Verhaltens des Beklagten eindeutig gegeben.

2. Der Beklagte meint ferner zu Unrecht, das Landgericht habe die Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. Dezember 2003 nicht feststellen dürfen.

a) Unabhängig davon, dass nach den vorgelegten Unterlagen und dem Vorbringen der Parteien erhebliche Zweifel bestehen, ob überhaupt ein schriftlicher Mietvertrag zustande gekommen ist, ergibt sich aus der von den Parteien zitierten maßgeblichen Passage, dass das Mietverhältnis am 31. Dezember 2003 endet und es sich nur verlängert, wenn eine der Parteien nicht spätestens 6 Monate vor Ablauf der Mietzeit einer Verlängerung schriftlich widerspricht. Diesen schriftlichen Widerspruch haben die Kläger mit ihrem Schreiben vom 21. Januar 2000, in dem sie überdies ausdrücklich ihre Kündigung erklärt haben, in rechtlich wirksamer Weise erhoben. Folglich musste die einseitige Optionserklärung des Beklagten vom 22. April 2003 ins Leere gehen (vgl. Senat MDR 2002, 1429 = ZMR 2002, 910 [= WM 2002, 606 = GuT 2003, 19 KL]).

b) Der Beklagte hat demgegenüber behauptet, es habe Einvernehmen zwischen den Parteien darüber bestanden, dass die Ausübung der Praxis auf Dauer geplant werde. Dieses behauptete Einverständnis steht aber dem Inhalt des Mietvertrages nicht entgegen; denn eine grundsätzliche Planung kann auch wieder geändert werden, wofür überdies die vorzeitige Ausstiegsklausel zu Gunsten des Beklagten in § 2 Abs. 2 des

mitgeteilten Vertragstextes spricht. Auch die weitere Behauptung des Beklagten, es sei nicht vorgesehen gewesen, das Mietverhältnis nach Ablauf der festgelegten Vertragsdauer zu beenden, ist nicht anders zu beurteilen; denn auch das schließt nicht aus, dass jede Partei im Laufe der Zeit anderen Sinnes wird. Im Übrigen wären dieses Vorbringen und die Beweisangebote hierzu gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.

Gleiches gilt für die Behauptung des Beklagten, die Parteien hätten die o.g. Klausel vom Vertragstext abweichend dahin verstanden, dass der Beklagte einseitig eine Verlängerung von 5 Jahren verlangen könne. Überdies hat er nicht mitgeteilt, wodurch dieses Verständnis zum Ausdruck gekommen ist. Ohne solche Erklärungen kann die Behauptung aber nicht nachvollzogen werden und ist auch keiner Beweisaufnahme zugänglich.

Die vom Beklagten weiter aufgeführten äußeren Umstände sprechen ebenfalls nicht, jedenfalls nicht zwingend, für eine zu seinen Gunsten bestehende einseitige Verlängerungsbefugnis; denn Investitionen und eine mit einem Dritten gemeinsam benutzte Röntgenanlage erscheinen auch für eine Mietdauer von 10 Jahren sinnvoll (in der Röntgenvereinbarung ist übrigens nur von einer Dauer von zunächst 5 Jahren die Rede).

c) Schließlich sind die Kläger nicht aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gehindert, sich auf die Beendigung des Mietvertrages zum 31. Dezember 2003 zu berufen. Derjenige, der unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen die Kündigung eines Miet- oder Pachtvertrages erklärt, verstößt grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben im Sinne einer unzulässigen Rechtsausübung (vgl. Senat in ZMR 2002, 585 = NJW-RR 2002, 1139 [= GuT 2002, 82]). Dasselbe gilt für einen Vermieter, der sich – wie hier – auf das Auslaufen eines knapp 10 Jahre währenden Mietvertrages beruft.

Besondere Umstände, die hier ausnahmsweise eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht dargelegt:

Entgegen der Meinung des Beklagten konnte er trotz der Kündigung vom 21. Januar 2000 nicht davon ausgehen, dass die Kläger dieses Vorgehen nicht aufrecht erhalten würden. Ein vorheriges Umbesinnen in einem anderen, vergleichsweise wenig bedeutsamen Punkt (hier: Abzug von 20 % der Aufzugswartungskosten) lässt nicht darauf schließen, dass dies auch bezüglich des Vertragsendes der Fall sein würde. Das gilt erst recht angesichts der auf das Auslaufen des Mietverhältnisses am 31. Dezember 2003 abzielenden klägerischen Schreiben vom 17. Oktober und 6. November 2002.

Die hohen, mit einem Umzug verbundenen Kosten lassen die Kündigung ebenfalls nicht als mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar erscheinen; denn diese würden immer zu irgendeinem Zeitpunkt anfallen, wenn das Mietverhältnis nicht auf unabsehbare Zeit fortgesetzt wurde, wovon der Beklagte selbst bei einem einmaligen einseitigen Optionsrecht nicht ausgehen konnte.

Des weiteren greift auch nicht der vom Beklagten angeführte Umstand durch, innerhalb von 1½ Jahren ließen sich keine geeigneten Ersatzräume finden. Zu berücksichtigen ist, dass er bereits ab Januar 2000, also fast 4 Jahre vor dem Auslaufen des Mietverhältnisses, den Endzeitpunkt kannte. Wenn er sich dann weder rechtzeitig um neue Räumlichkeiten bemühte, noch Verhandlungen mit den Klägern über eine Verlängerung über den 31. Dezember 2003 hinaus aufnahm, evtl. zu anderen Konditionen, z. B. zu einem höheren Mietzins, so kann dies nicht zu Lasten der Vermieter gehen. Wenn ihm eine Weiterführung des Mietvertrages so unverzichtbar erschien, wie er es nun in der Berufungsbegründung darstellt, so hätte es nahe gelegen, den Klägern ein besonders günstiges Angebot zu machen und nicht darauf zu bauen, ein vom Mietvertragstext nicht gedecktes einseitiges Optionsrecht durchsetzen zu können.

II. [...] 4. [Die] weiteren Voraussetzungen für eine Be schlussentscheidung (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO) liegen vor; denn die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung, weil nur die Umstände des Einzelfalles für die Entscheidung wesentlich sind.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 535 a. F., 626, 242 BGB  
Schilderpräger; Exzess im Konkurrenzkampf der  
Mieter; fristlose Kündigung**

**Verschafft sich der Mieter gewaltsam den Zutritt in die an eine Konkurrentin überlassenen Mieträume, um dort Gegenstände auszuräumen, kann dem Vermieter unter Berücksichtigung seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber der Mieterin die Vertragsfortsetzung mit dem Mieter nicht zugemutet werden.**

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. 3. 2001 – 9 U 110/00)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Mietvertrages sowie auf Erfüllung in Anspruch. Der Beklagte bestreitet das Zustandekommen eines Mietvertrages. Die Klägerin unterhält ein bundesweites Filialnetz zur Herstellung von Autoschildern. Am 27. 9./15. 10. 1996 schlossen die Parteien für das Objekt K einen „Mietvertrag“. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat das Zustandekommen eines Mietvertrages verneint.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Mit Schriftsatz vom 2. 11. 2000 hat der Beklagte fürsorglich den Mietvertrag mit der Klägerin fristlos gekündigt. Diese Kündigung wird darauf gestützt, dass zwischen der Klägerin und dem Rechtsvorgänger der Beklagten ein Konkurrenzkampf entbrannt sei, in dessen Verlauf der Geschäftsführer der Klägerin in einen von einem Dritten angemieteten Prägeraum durch gewaltsames Öffnen, Zerstören des Türschlosses und Inbesitznahme des Generalschlüssels eingedrungen sei und die Gegenstände ausgeräumt habe. Diesen auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 5. 10. 1999 gestützten Sachverhalt hat die Klägerin nicht bestritten.

**Aus den Gründen:** Die Berufung der Klägerin hatte nur Erfolg, soweit sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung bis zum Zugang der fristlosen Kündigung der Beklagten beansprucht. Durch die Kündigung vom 15. 4. 1999 wurde der Mietvertrag nicht beendet. Hingegen wurde das Mietverhältnis durch die fristlose Kündigung des Beklagten mit Schriftsatz vom 2. 11. 2000 mit Zugang dieser Kündigung am 5. 11. 2000 beendet.

Diese fristlose Kündigung war berechtigt, da der Beklagte einen wichtigen Grund zur Kündigung hatte. In K musste die Klägerin die Prägestelle neben der Prägestelle der A. betreiben. Gerade in Bezug auf die Konkurrenzsituation der Klägerin und der A. setzt dies ein korrektes Verhalten der beiden zueinander voraus. Dieses erforderliche Verhältnis hat die Klägerin schwerwiegend dadurch zerstört, dass ihr Geschäftsführer unstreitig an einem anderen Ort gewaltsam in einen der A. vermieteten Prägeraum eingedrungen ist, das Türschloss zerstört, den Generalschlüssel in Besitz genommen und Gegenstände ausgeräumt hat. Dieses Verhalten ihres Geschäftsführers muss sich die Klägerin gemäß §§ 35, 43 GmbHG, 31 BGB zurechnen lassen. Es kann dahinstehen, ob die Klägerin hiermit auch ihr aus dem Mietverhältnis obliegende Verpflichtungen verletzt hat und deshalb § 554 a BGB anwendbar ist, denn unabhängig hiervon besteht der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass ein Dauerschuldverhältnis entspre-

chend § 626 BGB und aufgrund des § 242 BGB aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden kann. Die Verfehlung der Klägerin gegenüber dem anderen Mieter des Beklagten ist so schwerwiegend, dass dem Beklagten unter Berücksichtigung seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber der A. als seiner Mieterin nicht zugemutet werden kann, das Mietverhältnis mit der Klägerin fortzuführen. Da somit der Beklagte nach dem 5.11.2000 nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung an die Klägerin verpflichtet war, kann das Vorenthalten der Mietsache nach diesem Zeitraum keinen Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 326 BGB begründen.

Mitgeteilt vom 9. Zivilsenat des OLG Karlsruhe in Freiburg

**§§ 935, 940 ZPO; § 546 BGB**  
**Räumungsverfügung nach beendetem Mietverhältnis**

**Die Einstellung der Mietzinszahlung und die Weigerung des Mieters, die Mieträume herauszugeben, rechtfertigen ohne weitere Umstände nicht den Erlass einer Räumungsverfügung.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. 6. 2004 – I-24 W 36/04)

**Aus den Gründen:** Das zulässige Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht die begehrte Leistungsverfügung versagt.

I. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt gemäß §§ 935, 940 ZPO die Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs und eines Verfügungsgrundes voraus.

Einen Verfügungsanspruch, nämlich einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch aus § 546 Abs.1 BGB nach beendetem Mietverhältnis, hat die Verfügungsantragstellerin (nachfolgend Antragstellerin genannt) glaubhaft gemacht. Einen Verfügungsgrund hat sie indes nicht schlüssig vorgetragen. Ein solcher liegt gemäß §§ 935, 940 ZPO dann vor, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei im Hauptsacheverfahren vereitelt oder wesentlich erschwert wird (Sicherungsverfügung) oder wenn zur Verhinderung von Gewalt, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus sonstigen gleichwertigen Gründen vor der Entscheidung des Streits im Hauptsacheverfahren eine einstweilige Regelung eines Rechtsverhältnisses erforderlich ist (Regelungsverfügung).

1. Eine Sicherungsverfügung scheidet schon deshalb aus, weil dem umstrittenen Anspruch auf Herausgabe des (bebauten) Grundstücks nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin durch die schlichte Herausgabeverweigerung der Antragsgegnerin keine Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung im Hauptsacheverfahren droht.

2. Aber auch eine Regelungsverfügung ist nicht erforderlich. Die Antragsgegnerin hat den Besitz an der Mietsache nicht durch verbotene Eigenmacht, sondern durch Besitzüberlassung der Antragstellerin erlangt. Der bloße Ablauf des Mietvertrags und die Weigerung der Antragsgegnerin, die Sache an die Antragstellerin herauszugeben, macht den Besitz zwar unberechtigt, aber nicht fehlerhaft im Sinne des § 858 BGB. Zur Abwendung wesentlicher Nachteile kann dann eine einstweilige Verfügung erlassen werden, wenn über die bloße Herausgabeverweigerung und fortgesetzte Nutzung der Sache hinaus Rechtsnachteile drohen. Das ist etwa dann der Fall, wenn der unberechtigte Besitzer die Sache in einer vom Vertrag nicht mehr gedeckten Weise nutzt und der Sachsubstanz aus diesem Grunde konkrete Gefahr droht. Die schlichte Weiterbenutzung der Sache im Rahmen des Vertragszwecks, die die Antragstellerin hier (nur) beklagt, reicht dafür nicht aus (Senat, Beschluss v. 4.1.1999 – 24 W 93/98 – n.v.; OLG Düsseldorf – 11. Zivilsenat – MDR 1995, 635; OLG Köln ZIP

1988 [445, Red.]; OLG Hamm OLGR Hamm 1992, 351; OLG Dresden MDR 1998, 305; OLG Celle ZMR 2000, 752; OLG Brandenburg MDR 2001, 1185 und OLGR Brandenburg 2001, 387; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 935 Rn.13 und § 940 Rn. 8 Stichw. „Herausgabe“).

An dieser Beurteilung vermag auch nichts der Umstand zu ändern, dass die Antragsgegnerin die Mietsache nutzt, ohne die dafür fällig werdende Nutzungsentschädigung (§ 546a Abs.1 BGB) zu leisten, dass der Antragstellerin darüber hinaus Schaden droht, weil sie (mangels Leistung der Antragsgegnerin) ihren eigenen Verpflichtungen gegenüber der finanzierenden Bank und mangels Rückgabe der Mietsache ihrer Besitzverschaffungspflicht gegenüber dem Grundstückserwerber nicht nachkommen kann (so aber in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung OLG Rostock OLGR Rostock 2001, 560). Die einstweilige Verfügung dient nicht dem Vermögens-, sondern nur dem Schutz eines Individualrechts, das hier in Gestalt des Anspruchs auf Herausgabe der Mietsache durch das verweigernde Verhalten der Antragsgegnerin nicht gefährdet ist. Würde die einstweilige Verfügung zum Schutz des Vermögens eingesetzt, wie es das OLG Rostock (a. a. O.) für richtig hält, müsste die Herausgabe auch stets an den Gläubiger und nicht an den Sequester angeordnet werden. Denn die Herausgabe an den Sequester hinderte den Gläubiger gleichermaßen daran, die Mietsache zu verwerten, worauf es der Antragstellerin aber gerade ankommt. Es käme stets zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs und nicht nur zu dessen Sicherung, wie es der ratio legis der §§ 935, 940 ZPO entspricht.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs.1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung richtet sich gemäß § 3 ZPO, §§ 16 Abs.1, 20 Abs.1 GKG nach dem Wert der Hauptsache, ohne dass ein Abschlag zu machen ist. Das beruht darauf, dass die Antragstellerin hier nicht nur die Sicherung des Herausgabeanspruchs, sondern dessen Befriedigung verfolgt (Zöller/Hergert, a. a. O., § 3 Rn. 16 Stichw. „Einstweilige Verfügung“/„Herausgabe“; OLG Köln OLGR Köln 1999, 336). Dementsprechend ist gemäß § 25 Abs. 2 Satz 2 GKG die davon abweichende Streitwertfestsetzung im angefochtenen Beschluss von Amts wegen abzuändern.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§ 546a BGB**  
**Nutzungsentschädigung wegen**  
**Vorenthaltung der Mietsache;**  
**Besitzwille; fehlende Schlüssel zum Mietobjekt**

**Einem Vermieter, der sich nach Beendigung des Mietverhältnisses monatelang nicht darum bemüht, sämtliche Schlüssel zum Mietobjekt zu erhalten, um sich Zugang zu diesem zu verschaffen, steht kein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung gemäß § 546a BGB zu.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.6.2004 – I-10 U 3/04)

**Aus den Gründen:** Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme war das streitgegenständliche Mietobjekt im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses der Parteien nicht vollständig geräumt. [...] Der Untermieter Z. hat bekundet, er habe erst im Juli/August 2002 geräumt. Dies geht zu Lasten des Beklagten in seiner Eigenschaft als Mieter mit der Folge, dass dem Kläger nach § 546 a BGB bis zum letztgenannten Zeitpunkt Nutzungsentschädigung in Höhe der vereinbarten Miete zuzubilligen ist.

Nach Angaben des Zeugen Z. hat dieser auch in der Folgezeit den Schlüssel zu den von ihm genutzten Lagerflächen behalten, so dass der Klägerin der Zugang nicht möglich war. Dieser ist auch zuzugeben, dass die mangelnde Rückgabe

sämtlicher Schlüssel grundsätzlich der Annahme entgegensteht, der Mieter habe seine Rückgabepflichtung erfüllt (vgl. z. B. OLG Hamm NZM 2003, 26).

Gleichwohl kann die Klägerin über den 31. 8. 2002 hinaus keine Nutzungsentschädigung beanspruchen. Sie hat unstrittig zu keinem Zeitpunkt die Rückgabe der Schlüssel von dem Beklagten selbst und auch nicht von dem Zeugen Z. verlangt, um die von diesem zwischenzeitlich geräumte Halle betreten zu können. Insbesondere hat auch der Hausmeister S. keinerlei Schritte unternommen, seine Kontrollmaßnahmen auf das Halleninnere auszudehnen. Dabei handelt es sich entgegen der Annahme des Landgerichts [Düsseldorf] nicht um eine Frage mitwirkenden Verschuldens gemäß § 254 BGB, die im Rahmen des § 546 a BGB in der Tat ohne Bedeutung ist. Das Verhalten der Klägerin und ihres Angestellten S. lässt jedoch unmissverständlich erkennen, dass ihnen nicht daran gelegen war, in die in Rede stehende Halle zu gelangen. Ein Vermieter, der sich monatelang nicht darum bemüht, sämtliche Schlüssel zum Mietobjekt zu erhalten, um sich Zugang zu diesem zu verschaffen, verfügt indes nicht über den im Rahmen des § 546 a BGB erforderlichen Besitzwillen, der Voraussetzung für die Annahme eines Vorenthaltens im Sinne dieser gesetzlichen Regelung und damit für die Gewährung einer Nutzungsentschädigung ist (so schon BGH NJW 1983, 112; vgl. außerdem die Nachweise bei Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 546 a BGB Rdn. 8). Die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung an die Klägerin endete somit mit der Räumung durch den Zeugen Z., die nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme spätestens als am 31. 8. 2002 erfolgt anzusehen ist.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**Hinw. d. Red.:** Zur Schlüsselrückgabe in Erfüllung der Rückgabepflicht vgl. noch OLG Hamburg WM 2004, 471.

### §§ 326, 558, 852 BGB a. F.

#### Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache; Renovierung; Anspruchsverjährung; Verjährungshemmung durch Verhandlungen

**a) Zur Umwandlung des Erfüllungsanspruchs auf Rückgabe der Mietsache in renoviertem Zustand in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.**

**b) Zur Hemmung der Verjährung nach § 558 a. F. BGB durch Vertragsverhandlungen in analoger Anwendung des § 852 Abs. 2 a. F. BGB.**

(BGH, Urteil vom 12. 5. 2004 – XII ZR 223/01)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen unterbliebener Renovierung und Reparaturen nach Beendigung eines Mietvertrages sowie Entschädigung für entgangene Miete. Die Beklagte beruft sich demgegenüber auf Verjährung.

Am 21. November 1984 schloß die „Fa. S. B.“ mit der Beklagten einen Mietvertrag über eine neu errichtete Lagerhalle. Unterzeichnet wurde der Vertrag durch R. B., den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Klägerin. Die Beklagte verpflichtete sich in einer Zusatzvereinbarung, das Objekt bei Beendigung des Mietvertrages gleichwertig renoviert zurückzugeben. Der Mietvertrag endete am 31. Mai 1994, nachdem die Beklagte einer weiteren Verlängerung vertragsgemäß rechtzeitig widersprochen hatte.

Auf die am 26. Januar 1995 eingegangene und am 2. Februar 1995 zugestellte Klage hat das Landgericht Würzburg, das eine Hemmung der Verjährung wegen Verhandlungen der Parteien angenommen hat, die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz wegen der geltend gemachten Renovierungskosten verurteilt und die Klage im übrigen (hinsichtlich des

Mietausfalls) abgewiesen. Nachdem der Senat das die Berufung der Beklagten als unzulässig verwerfende Urteil des Berufungsgerichts OLG Bamberg auf die Revision der Beklagten aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat, hat das Berufungsgericht die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Hiergegen richtet sich die angenommene Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten scheidet der Klagsanspruch nicht bereits an der Aktivlegitimation. Vielmehr ist das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, daß die Klägerin aktivlegitimiert sei, weil der Mietvertrag sich als unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft nicht auf eine – nicht existente – Einzelfirma des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH der Klägerin, sondern auf die Klägerin bezogen habe. Die in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO a. F.).

2. Das Berufungsgericht vertritt jedoch abweichend vom Landgericht die Ansicht, der Erfüllungsanspruch der Klägerin auf Rückgabe des Mietobjekts in gleichwertig renoviertem Zustand sei zum Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung (§ 326 Abs. 1 BGB) am 22. Dezember 1994 bereits verjährt gewesen. Die am 1. Juni 1994, dem Tag nach Rückgabe des Mietobjekts, in Lauf gesetzte Sechsmonatsfrist des § 558 Abs. 1 BGB (a. F.) sei allenfalls in der Zeit vom 26. August bis 12. September 1994 (= 18 Tage) durch Verhandlungen der Parteien gemäß § 852 Abs. 2 BGB gehemmt gewesen. Die normalerweise am 30. November 1994 endende Verjährungsfrist sei deshalb am 18. Dezember 1994 und damit vor Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in den Schadensersatzanspruch abgelaufen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Lauf der Verjährung vom 1. Juni 1994 bis 10. Juni 1994 nicht gehemmt gewesen, weil Verhandlungen in dieser Zeit nicht stattgefunden hätten. Die Verjährung habe überhaupt erst ab dem Beginn ihres Laufs, nämlich dem 1. Juni 1994, gehemmt werden können. Soweit im Schreiben der Beklagten vom 26. Mai 1994 davon die Rede sei, die Angelegenheit der Renovierung und Schönheitsreparaturen werde zur Zeit geprüft, habe dies für die Zeit ab 1. Juni 1994 keine Bedeutung. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der Klägervertreter an die Beklagte vom 1. Juni 1994, wonach der Justitiar der Beklagten beim Übergabetermin am 31. Mai 1994 erklärt habe, zu Verhandlungen – noch – nicht bevollmächtigt zu sein.

Insoweit hält die Entscheidung des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

a) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß die Verjährung des geltend gemachten Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung (§ 326 Abs. 1 BGB a. F.) sich nach § 558 BGB a. F. richtet und erst mit dessen Entstehung beginnt (BGHZ 107, 179, 182, 184 [= WM 1989, 376]; Senatsurteil vom 9. Februar 2000 – XII ZR 202/97 – NZM 2000, 547). In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Schadensersatzanspruch erst am 22. Dezember 1994 entstehen konnte, nachdem die gemäß § 326 Abs. 1 BGB a. F. erforderliche Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung durch die endgültige Erfüllungsverweigerung der Beklagten mit Schreiben vom 9. September 1994 entbehrlich geworden war und die Klägerin ihr Wahlrecht mit Schreiben vom 21. Dezember 1994, das der Beklagten am 22. Dezember 1994 zugegangen ist, ausgeübt hatte. In diesem Schreiben hatte die

Klägerin die Beklagte aufgefordert, die zur Beseitigung der vom Gutachter festgestellten Schäden erforderlichen Kosten von 79 490 DM zu zahlen.

b) Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, daß Voraussetzung für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch gemäß § 326 Abs. 1 BGB a. F. ist, daß der Erfüllungsanspruch zum Zeitpunkt der Umwandlung in den Schadensersatzanspruch noch nicht verjährt war. Denn mit der Verjährung des Erfüllungsanspruchs endet der Verzug der Beklagten, weil sie danach berechtigt ist, die Leistung gemäß § 222 Abs. 1 BGB a. F. zu verweigern (BGHZ 104, 6, 11 [=WM 1988, 272]; 142, 36, 41).

c) Das Berufungsgericht hat weiter zutreffend angenommen, daß sich die Verjährung des Erfüllungsanspruchs auf Renovierung des Mietobjekts nach § 558 BGB a. F. (§ 548 BGB n. F.) richtet und mit der Rückgabe des Mietobjekts am 1. Juni 1994 (§§ 558 Abs. 2 i. V. mit 187 BGB a. F.) begonnen hat. Es hat auch nicht verkannt, daß die Verjährung dieses Anspruchs in entsprechender Anwendung von § 852 Abs. 2 BGB a. F. durch Verhandlungen gehemmt wird. § 852 Abs. 2 BGB a. F. ist eine Ausprägung des allgemeinen Rechtsgedankens, der zum Schadensersatz Verpflichtete dürfe nicht dadurch einen Vorteil erlangen, daß der Berechtigte sich auf Verhandlungen eingelassen hat. Die Rechtsklarheit erfordert für alle Ansprüche, die der kurzen Verjährung des § 558 BGB a. F. unterliegen, somit auch für ausschließlich vertraglich begründete Ansprüche, eine entsprechende Anwendung des § 852 Abs. 2 BGB a. F. (BGHZ 93, 64, 68–70 [=WM 1985, 290]; BGH Urteil vom 4. Februar 1987 – VIII ZR 355/85 – NJW 1987, 2072, 2073 [=WM 1987, 154]).

d) Als rechtsfehlerhaft erweist sich jedoch die weitere Beurteilung des Berufungsgerichts, die regulär am 30. November 1994 abgelaufene Verjährung sei durch Verhandlungen der Parteien allenfalls für einen Zeitraum von 18 Tagen in der Zeit vom 26. August 1994 bis 12. September 1994 gemäß § 852 Abs. 2 BGB a. F. gehemmt gewesen, weshalb der Erfüllungsanspruch am 19. Dezember 1994 verjährt sei.

aa) Der Begriff der Verhandlung im Sinne des § 852 Abs. 2 BGB a. F. ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weit zu verstehen. Es genügt dafür jeder Meinungsaustausch über den Schadensfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Verhandlungen schweben daher schon dann, wenn der Inanspruchgenommene Erklärungen abgibt, die dem Geschädigten die Annahme gestatten, der Verpflichtete lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung von Schadensersatzansprüchen ein. Nicht erforderlich ist, daß dabei eine Vergleichsbereitschaft oder eine Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird (BGH Urteile vom 4. Februar 1987 a. a. O.; vom 20. Februar 2001 – VI ZR 179/00 – NJW 2001, 1723; vom 8. Mai 2001 – VI ZR 208/00 – NJW-RR 2001, 1168, 1169; vom 31. Oktober 2000 – VI ZR 198/99 – VersR 2001, 108, 110). Ein Abbruch von Verhandlungen muß – abgesehen von dem Fall des „Einschlafenlassens“ der Verhandlungen – wegen seiner Bedeutung für die Durchsetzbarkeit der geltend gemachten An-

sprüche durch klares und eindeutiges Verhalten zum Ausdruck gebracht werden (BGHZ 93, 64, 67 [=WM 1985, 290]; BGH Urteil vom 30. Juni 1998 – VI ZR 260/97 – NJW 1998, 2819, 2820).

bb) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet, soweit es abweichend vom Landgericht davon ausgeht, die Verjährung sei in der Zeit vom 1. Juni bis 10. Juni 1994 nicht durch Verhandlungen gehemmt gewesen.

Die Parteien hatten vor Verjährungsbeginn über die von der Klägerin geforderten Renovierungsarbeiten korrespondiert. Die Beklagte hatte zuletzt mit Schreiben vom 26. Mai 1994 der Klägerin mitgeteilt, daß sie die Berechtigung der geforderten Renovierungsarbeiten zur Zeit prüfe. Damit hat die Beklagte, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, ihre Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, sich auf eine Erörterung über die Ansprüche einzulassen. Die begonnenen Verhandlungen sieht das Berufungsgericht dadurch als beendet an, daß der Justitiar der Beklagten im Übergabetermin am 31. Mai 1994 erklärt habe, er sei noch nicht zu Verhandlungen über eine gütliche Einigung bevollmächtigt. Diese Äußerung kann schon vom Wortlaut her nicht als endgültiger und klarer Abbruch der Verhandlungen verstanden werden. Die Worte „noch nicht“ bringen vielmehr zum Ausdruck, daß zwar nicht jetzt, wohl aber später weiterverhandelt werden solle. Darin liegt gerade keine endgültige Beendigung der Verhandlungen. Aber auch die vom Berufungsgericht versäumte Gesamtschau der Äußerung des Justitiars und des kurz zuvor verfassten Schreibens der Beklagten vom 26. Mai 1994 zeigen, daß die Beklagte sich am Tag der Übergabe, dem 31. Mai 1994, im Stadium der Prüfung der Ansprüche befand und noch keine verbindlichen Erklärungen abgeben wollte.

Die Klägerin war deshalb aufgrund des Schreibens der Beklagten vom 26. Mai 1994 zumindest bis zum Ablauf der von ihr selbst mit Schreiben vom 1. Juni 1994 der Beklagten bis zum 7. Juni 1994 gesetzten Äußerungsfrist zu der Annahme berechtigt, die Beklagte lasse sich jedenfalls auf Erörterungen über die Berechtigung von Schadensersatzansprüchen ein. Der Lauf der Verjährung war somit ab deren Beginn, dem 1. Juni 1994, bis zum 7. Juni 1994, gehemmt (§ 205 BGB a. F.).

Die Verjährung war darüber hinaus, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, in der Zeit vom 26. August 1994 bis 12. September 1994 gehemmt. Die Beweiswürdigung des Landgerichts, die das Berufungsgericht nicht in Frage stellt, ist nicht zu beanstanden. Danach hat der Justitiar der Beklagten beim Ortstermin mit dem Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren am 26. August 1994 die Verhandlungsbereitschaft der Beklagten zum Ausdruck gebracht. Diese Bereitschaft ist erst durch die endgültige Ablehnung sämtlicher Ansprüche durch das Schreiben der Beklagten vom 9. September 1994, das der Klägerin am 12. September 1994 zugegangen ist, beendet worden.

Die sechsmonatige Verjährungsfrist des Erfüllungsanspruchs, die am 1. Juni 1994 begonnen hat, war somit in der Zeit vom 1. Juni 1994 bis 7. Juni 1994 und vom 26. August 1994 bis 12. September 1994 gehemmt und ist deshalb erst am 25. Dezember 1994, drei Tage nach Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, abgelaufen. Die für den Schadensersatzanspruch mit seiner Entstehung am 22. Dezember 1994 in Lauf gesetzte neue Verjährungsfrist von sechs Monaten ist durch die Klageerhebung am 26. Januar 1995 rechtzeitig unterbrochen worden.

3. Da das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – zur Berechtigung der einzelnen Schadensersatzposten keine Feststellungen getroffen hat, war die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

## Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter [www.zvab.com](http://www.zvab.com)  
Pfad: Antiquariate–Antiquariatsname→Prewest

Telefax: 02 28 / 47 09 54,

e-mail: [antiquariat@prewest.de](mailto:antiquariat@prewest.de)

**§§ 574 a. F., 566c, 1124 BGB; § 57b ZVG**  
**Mietvorauszahlung durch Herstellungsleistung;**  
**Kündigung des Zwangsverwalters**

**Zu den Voraussetzungen für das Vorliegen einer gegenüber dem Zwangsverwalter unwirksamen Vorausverfügung über den Mietzins.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.11.2003 – I-10 U 59/03)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Zwangsverwalter über den Grundbesitz W.-Straße, als dessen Eigentümer die Herren F. und T. im Grundbuch eingetragen sind.

Mit Vertrag vom 4. 5. 1998 vermietete die F. und T.- Grundstücksgemeinschaft an den Beklagten das Hochgebäude zzgl. einer Lagerhalle auf dem eingangs beschriebenen Grundbesitz für die Dauer von 15 Jahren zzgl. einer fünfjährigen Option. Unter § 18 dieses Vertrages befindet sich ein handschriftlicher Zusatz vom 13. 8. 1998 mit folgendem Wortlaut:

„Miet- und Nebenkosten frei. Vertrag für die Laufzeit nicht kündbar.“

In einer Anlage C zum Vertrag vom 4. 5. 1998 heißt es außerdem:

„Bei Nichteinhaltung des vorliegenden Vertrages erstattet der Vermieter dem Mieter ... alle Kosten für die geleistete Konzeption, Realisation und Organisation der Vermietung von ca. 7600 m<sup>2</sup> gemäß marktüblicher Provision. ...“

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt der Kläger den Beklagten auf Mietzins bzw. Nutzungsentschädigung in Höhe von monatlich 712,07 € für die Zeit ab November 2000 nebst Zinsen in Anspruch, nachdem er das Mietverhältnis mit Schreiben vom 30. 8. 2001 wegen Zahlungsrückstand fristlos gekündigt hatte. Außerdem begehrt er die Räumung und Herausgabe des streitgegenständlichen Mietobjekts.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er macht geltend, er habe mit den ursprünglichen Vermietern vereinbart, für die Dauer der Vertragslaufzeit von bis zu 20 Jahren von der Verpflichtung zur Zahlung von Mietzins entbunden zu sein. Damit habe ein Ausgleich dafür geschaffen werden sollen, dass er umfangreiche Leistungen erbracht habe, die erst dazu geführt hätten, dass die Industriebrache W.-Straße durch die Ansiedlung von Künstler- und Gewerbebetrieben wieder habe nutzbar gemacht werden können. Die mielfreie Nutzung sei deswegen vereinbart worden, weil die Vermieter seinerzeit nicht in der Lage gewesen seien, einen unmittelbaren finanziellen Ausgleich zu schaffen. Hilfsweise rechnet der Beklagte mit einem Erstattungsanspruch aufgrund von ihm erbrachter Bauleistungen auf.

Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht Düsseldorf den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung rückständiger Miete/Nutzungsentschädigung für die Zeit von November 2000 bis November 2002 i. H. v. 17 801,75 € (25 × 712,07 €) und zur Räumung sowie Herausgabe des streitgegenständlichen Mietobjekts verurteilt. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, eine eventuelle schuldrechtliche Vereinbarung, die den Beklagten zur unentgeltlichen Nutzung des in Rede stehenden Mietobjektes berechtige, sei dem Kläger gegenüber nach den §§ 148, 57b ZVG unwirksam.

**Aus den Gründen:** I. Die zulässige Berufung des Beklagten ist auch sachlich gerechtfertigt. Dem Kläger steht weder ein Zahlungs- noch ein Räumungs- und Herausgabeanspruch gegenüber dem Beklagten zu. Die Klage unterliegt vielmehr insgesamt der Abweisung, so dass das landgerichtliche Urteil keinen Bestand haben kann.

1. Der Beklagte macht zutreffend geltend, entgegen der Annahme des Landgerichts handele es sich bei der mit seinen

Vermietern getroffenen Vereinbarung der mielfreien Nutzung des streitgegenständlichen Mietobjekts nicht um eine Vorausverfügung über den Mietzins im Sinne des § 1124 Abs. 2 BGB, die gegenüber dem Klägers als Zwangsverwalter nach § 57b ZVG in Verbindung mit § 574 BGB a. F. unwirksam sei.

Eine derartige Vorausverfügung über den Mietzins ist nämlich nur dann gegeben, wenn sie auf einen bereits bestehenden Mietzins einwirkt. Sie setzt also die Existenz einer Mietzinsforderung gegen den Schuldner voraus, auf die durch ein Rechtsgeschäft Einfluss genommen wird (so ausdrücklich BGH WM 2003, 510 f.). Daher ist es nicht ausreichend, wenn die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von Mietzins von vorn herein abbedungen oder begrenzt ist.

Der letztgenannte Fall, in dem der Zwangsverwalter die von den Vertragsparteien getroffene Vorausverfügung gegen sich gelten lassen muss, so dass er im Falle der Vereinbarung mielfreier Nutzung an der Geltendmachung von Mietzins gehindert ist, ist vorliegend gegeben. Zwar ist der handschriftliche Vermerk in § 18 des Mietvertrages vom 4. 5. 1998 „Miet- und Nebenkosten frei. Vertrag für die Laufzeit nicht kündbar“ erst am 13. 8. 1998 und damit *nachträglich* eingefügt worden. Diese Regelung wiederholt indes lediglich eine inhaltlich gleichlautende Vereinbarung innerhalb des Mietvertrages selbst, wie sich zweifelsfrei daraus ergibt, dass dessen § 3, der das Einfügen eines bestimmten Mietzinses vorsah, ersatzlos gestrichen worden ist. Diese Annahme wird bestätigt durch das Schreiben der Vermieter vom 27. 4. 1998, wonach der *noch abzuschließende* Mietvertrag „mietfrei“ sein sollte. Schließlich ist es im gleichen Sinne zu verstehen, wenn es in der Anlage C zum Mietvertrag heißt, im Falle der „Nichteinhaltung des ... Vertrages“ würden dem Beklagten „alle Kosten für die geleistete Konzeption, Realisation und Organisation der Vermietung“ erstattet. Dies alles lässt entgegen den Erwägungen des angefochtenen Urteils mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, dass die vom Beklagten im Vorfeld erbrachten Leistungen von *Anfang an* dadurch abgegolten werden sollten, dass ihm das Mietobjekt auf die Dauer der Mietzeit kostenfrei zur Nutzung überlassen werden sollte. Wenn eine gegenüber dem Zwangsverwalter unwirksame Vorausverfügung über den Mietzins grundsätzlich auch dann in Betracht kommt, wenn die Mietzinsforderung und das auf sie einwirkende Rechtsgeschäft in demselben Vertrag begründet worden sind, ist bei der hier zur Beurteilung stehenden Fallgestaltung die vom Bundesgerichtshof für notwendig erachtete Unterscheidung zwischen der Vorausverfügung und der Vereinbarung, die den Mietzins erst dem Grunde und der Höhe nach entstehen lässt, nicht möglich. Schließlich greift auch der Zweckgedanke der §§ 574 a. F. (= 566c n. F.), 1124 BGB, den Erwerber eines Mietgrundstücks vor dem Verlust des Mietzinsanspruchs zu schützen, in Fällen der vorliegenden Art nicht ein. Darauf, ob eine gegenüber dem Kläger als Zwangsverwalter unwirksame Vorausverfügung über den Mietzins auch deswegen zu verneinen ist, weil dieser im Mietvertrag vom 4. 5. 1998 nicht nach periodischen Zeitabschnitten bemessen worden ist (vgl. dazu z. B. BGHZ 37, 346 ff. und 137, 106 ff. = NJW 1998, 595 ff. [= WM 1998, 104]), kommt es daher nicht einmal an.

2. War der Beklagte entsprechend den vorstehenden Ausführungen zur Zahlung von Mietzins nicht verpflichtet, erweist sich mangels Zahlungsrückstandes die Kündigung des Klägers vom 30. 8. 2001 und damit der ihm vom Landgericht zuerkannte Räumungs- und Herausgabeanspruch als unbegründet.

II. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**Art. 13, 19 GG; §§ 4, 5, 6, 21 InsO; § 402 ZPO  
Insolvenzeröffnungsverfahren; Betreten der Wohn-  
und Geschäftsräume des Schuldners durch den  
Sachverständigen; Steuerforderung des Gläubigers**

a) Das für Rechtsmittel im Insolvenzverfahren geltende Enumerationsprinzip schließt eine sofortige Beschwerde des Schuldners nicht aus, die sich gegen eine dem Gesetz fremde, in den grundrechtlich geschützten räumlichen Bereich des Schuldners eingreifende Maßnahme wendet.

b) Das Insolvenzgericht ist im Eröffnungsverfahren nicht befugt, den mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragten Sachverständigen zu ermächtigen, die Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen.

c) Gegen eine entsprechende Anordnung steht dem Schuldner auch dann die sofortige Beschwerde zu, wenn sich die Hauptsache erledigt hat; in diesem Fall kann mit dem Rechtsmittel die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung beantragt werden.

(BGH, Beschluß vom 4. 3. 2004 – IX ZB 133/03)

**Zum Sachverhalt:** Der Schuldner ist Rechtsanwalt. Der Gläubiger beantragt, wegen einer von ihm errechneten Steuerforderung von mindestens 38 886,56 € das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners zu eröffnen. Dieser bestreitet die Höhe der behaupteten Forderung.

Das Insolvenzgericht [AG Köln] hat mit Beschluß vom 22. Januar 2003 die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Aufklärung des Sachverhalts angeordnet und den Sachverständigen ermächtigt, die Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners zu betreten, soweit dies zur Aufklärung der Vermögensverhältnisse des Schuldners erforderlich ist, sowie dem Schuldner auferlegt, dem Sachverständigen Einsicht in seine Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten und ihm alle zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Auf Anregung des Sachverständigen hat das Insolvenzgericht am 16. April 2003 diesen zum vorläufigen Insolvenzverwalter ernannt und zugleich angeordnet, daß Verfügungen des Schuldners nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Drittschuldnern wurde die Zahlung an den Schuldner verboten; der vorläufige Verwalter ist ermächtigt, Forderungen des Schuldners einzuziehen. Weiter wurde ihm gestattet, Auskünfte über die Vermögensverhältnisse des Schuldners bei Dritten einzuholen und dessen Geschäftsräume, soweit zur Aufklärung der Vermögensverhältnisse erforderlich, zu betreten. Außerdem hat der Schuldner ihm Einsicht in seine Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten sowie alle Auskünfte zu erteilen, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind.

Das Landgericht Köln hat die gegen den Beschluß vom 22. Januar 2003 eingelegte sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen und das Rechtsmittel gegen den Beschluß vom 16. April 2003 als unbegründet zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Schuldners.

**Aus den Gründen:** II. Das teilweise gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsmittel hat nur zu einem geringen Teil Erfolg; im übrigen ist es als unzulässig zu verwerfen.

1. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des Insolvenzgerichts vom 22. Januar 2003 weitgehend zu Recht als unzulässig behandelt. Das Rechtsmittel richtet sich gegen Maßnahmen des Insolvenzgerichts im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht nach § 5 InsO. Für solche, die Entscheidung über den Insolvenzantrag lediglich vorbereitende richterliche Anordnungen sieht die Insolvenzordnung

kein Rechtsmittel vor. Sie sind daher – wie schon nach früher geltendem Recht – im allgemeinen nicht beschwerdefähig (§ 6 Abs. 1 InsO; vgl. auch BGH, Beschl. v. 2. Juli 1998 – IX ZB 33/98, ZIP 1999, 319). Räumt die Insolvenzordnung ein Rechtsmittel nicht ein, ist auch die Rechtsbeschwerde gegen die vom Landgericht erlassene Entscheidung unstatthaft (vgl. BGHZ 144, 78, 82).

a) Diese Regel bedarf jedoch der Einschränkung, soweit die Anordnung des Insolvenzgerichts in das Grundrecht des Betroffenen auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) eingegriffen hat. In diesen Fällen erfordert das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung des Eingriffs.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind auch Gerichte als öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG einzuordnen, sofern sie Aufgaben außerhalb des spruchrichterlichen Bereichs übernehmen (BVerfGE 96, 27, 39 ff.; 104, 220, 231 ff.; 107, 395, 406). Dazu gehört auch die richterliche Tätigkeit im Insolvenzverfahren (BGH, Urt. v. 2. April 1959 – III ZR 25/58, NJW 1959, 1085). Zwar handelt der Richter dort ebenfalls in voller Unabhängigkeit; er nimmt aber, funktional gesehen, einen typischen Eingriff vollziehender Gewalt vor, den das Gesetz aus rechtsstaatlichen Gründen nicht der Exekutive überlassen hat. Die Eingriffe in das Recht auf Freiheit (Art. 104 GG) sowie auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) hat das Grundgesetz dem Richter vorbehalten. Wegen der den Betroffenen besonders beeinträchtigenden Wirkungen solcher Anordnungen folgt aus der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG, daß ihm die Möglichkeit offenstehen muß, die Maßnahme durch ein Rechtsmittel überprüfen zu lassen (BVerfGE 96, 27, 39 f.; 107, 395, 406).

In welcher Weise die richterliche Überprüfung zu erfolgen hat, steht grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers, der insbesondere die Interessen der Verfahrensbeteiligten sowie die Belange der Rechtssicherheit zu berücksichtigen hat (vgl. zum Rechtsschutz bei richterlichen Verstößen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör BVerfGE 107, 395, 411 f.). Enthält die für die Entscheidung maßgebliche Verfahrensordnung keine ausdrückliche Regelung, hat der Richter jedoch zunächst zu prüfen, ob Normen vorhanden sind, die bei verfassungskonformer Auslegung einen sachgerechten Weg zur Wahrung des erforderlichen Rechtsschutzes weisen. Das ist im hier zur Entscheidung stehenden Fall zu bejahen.

bb) Das Enumerationsprinzip des § 6 Abs. 1 InsO beschränkt die Anfechtungsmöglichkeiten auf die in der Insolvenzordnung ausdrücklich vorgesehenen Fälle. Die Regelung bezieht sich damit schon begrifflich nur auf solche Maßnahmen, die nach Wortlaut, Inhalt und Zweck des Gesetzes überhaupt in Betracht kommen können. Für diese Anordnungen gilt, daß allein die ausdrücklich bezeichneten einem Rechtsmittel zugänglich sind. Liegt die gerichtliche Maßnahme dagegen von vorneherein außerhalb der Befugnisse, die dem Insolvenzgericht von Gesetzes wegen verliehen sind, fehlt es an einer insolvenzrechtlichen Regelung, auf die sich das Enumerationsprinzip beziehen könnte.

Die Insolvenzordnung hat dem Insolvenzrichter, wie im einzelnen noch auszuführen ist (vgl. unten c), nicht die Möglichkeit eröffnet, einen Sachverständigen zu ermächtigen, Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners gegen dessen Willen zu betreten. Eine solche Befugnis ist dem Gesetz fremd. Richterliche Anordnungen dieses Inhalts erweisen sich damit als objektiv willkürliche Maßnahmen, für die es an jeder rechtlichen Grundlage fehlt. Die sich nur auf die geregelten Fälle beziehende Vorschrift des § 6 Abs. 1 InsO schließt es nicht aus, dem von einer solchen generell unzulässigen Maßnahme Betroffenen ein Rechtsmittel zu eröffnen.

Im Insolvenzverfahren ist dies allgemein die sofortige Beschwerde. Dieses Rechtsmittel steht dem Schuldner gegen die Anordnung einer Sicherungsmaßnahme im Insolvenzeröffnungsverfahren zu (§ 21 Abs. 1 Satz 2 InsO). Zu diesen Maßnahmen gehört die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO), der von Gesetzes wegen berechtigt ist, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen (§ 22 Abs. 3 InsO). Die Wohnräume des Schuldners darf der vorläufige Insolvenzverwalter aufgrund dieser gesetzlichen Ermächtigung nur betreten, soweit darin ein Teil des Geschäftsbetriebes des Schuldners stattfindet (HKInsO/Kirchhof, 3. Aufl. § 22 Rn. 58). Der in § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke, dem Schuldner Schutz gegen ihn besonders belastende Sicherungsmaßnahmen zu gewähren (vgl. Kübler/Prütting/Pape, InsO § 21 Rn. 11 ff.), rechtfertigt es, den Grundsatz, daß vorbereitende Maßnahmen des Insolvenzgerichts im Sinne des § 5 InsO nicht rechtsmittelfähig sind, verfassungskonform einzuschränken. Soweit das Insolvenzgericht mittels einer dem Sachverständigen erteilten Befugnis in den Bereich der Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners eingreift, ist dieser daher – entgegen der vom OLG Köln (NZI 2001, 598) vertretenen Auffassung – berechtigt, dagegen analog § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO im Wege der sofortigen Beschwerde vorzugehen. Im übrigen bleibt es dabei, daß die Anordnung des Sachverständigengutachtens nicht beschwerdefähig ist.

b) Das ursprüngliche Rechtsschutzziel des Beschwerdeführers hat sich allerdings dadurch erledigt, daß das Sachverständigengutachten inzwischen erstattet ist. Da bei Eingriffen in den durch Art. 13 GG besonders geschützten Bereich sich nach dem Verfahrensablauf eine gerichtliche Entscheidung, die eine rechtswidrige Anordnung rechtzeitig aufhebt, nur selten erlangen läßt, ist dort auch in den Fällen prozessualer Überholung des Begehrens ein Rechtsschutzinteresse des Betroffenen anzuerkennen, die Rechtswidrigkeit der Anordnung feststellen zu lassen (BVerfGE 96, 27, 40; 104, 220, 232 ff.). Die sofortige Beschwerde des Schuldners blieb daher statthaft, soweit er sich dagegen wandte, daß der Sachverständige die Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners betreten und dort Nachforschungen zur Aufklärung von dessen Einkommens- und Vermögensverhältnissen anstellen durfte. Das Landgericht hätte daher infolge der Erledigung der Hauptsache den Antrag des Schuldners im Sinne eines auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gerichteten Begehrens auslegen und sodann prüfen müssen, ob das Insolvenzgericht in diesem Punkt seine gesetzlichen Befugnisse überschritten hat.

c) Die Rechtsbeschwerde ist insoweit zur Fortbildung des Rechts und zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zulässig (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und hat auch Erfolg.

Die dem Gutachter analog § 21 Abs. 1, § 22 Abs. 3 InsO erteilte Ermächtigung, die Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen, war rechtswidrig. Die Insolvenzordnung räumt dem Sachverständigen im Eröffnungsverfahren keine Sonderrechte ein. Er hat daher nur die in §§ 402 ff. ZPO normierten Befugnisse (§ 4 InsO), darf also die Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners nur mit dessen Einverständnis betreten (HK-InsO/Kirchhof, 3. Aufl. § 5 Rn. 13; MünchKomm-InsO/Ganter, § 5 Rn. 36; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 5 Rn. 13, 15; a. A. Wessels DZWIR 1999, 230, 231 f.). Die in den §§ 21, 22 InsO vorgesehenen, im übrigen grundsätzlich auf die Geschäftsräume des Schuldners beschränkten Maßnahmen kann das Insolvenzgericht nur zugunsten des vorläufigen Insolvenzverwalters treffen. Die dem Richter obliegende Amtsermittlungspflicht wird dadurch nicht unzumutbar beeinträchtigt. Behindert der Schuldner die Arbeit des Sachverständigen, wird in der Regel Veranlassung bestehen, einen vorläufigen Insolvenzverwalter einzusetzen.

Demzufolge hat der Senat die Rechtswidrigkeit der ohne Rechtsgrundlage ergangenen Anordnung im Beschluß vom 22. Januar 2003 festzustellen.

2. Soweit die Rechtsbeschwerde die Zurückweisung des gegen den Beschluß vom 16. April 2003 gerichteten Rechtsmittels betrifft, ist sie unzulässig, weil dieser Teil der angefochtenen Entscheidung weder grundsätzliche Bedeutung hat noch eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert (§ 574 Abs. 2 ZPO).

a) Das Landgericht hat den Insolvenzantrag des Gläubigers schon deshalb für zulässig gehalten, weil der Schuldner eine Verbindlichkeit von knapp 5000 € einräumt. Die von ihm angebotene Abtretung eines titulierten Anspruchs auf Lieferung eines fabrikneuen VW-Beetle hat das Insolvenzgericht aus fallbezogenen Gründen nicht als ausreichende Sicherheit angesehen. Die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene Frage, welche Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Gläubigeranspruchs (§ 14 InsO) zu stellen sind, war folglich für die Entscheidung des Landgerichts nicht erheblich. Einen sonstigen Zulassungsgrund vermag die Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang nicht aufzuzeigen.

b) Die dem vorläufigen Insolvenzverwalter erteilten Befugnisse, die sich, entgegen der Darstellung im angefochtenen Beschluß des Landgerichts, nicht auf die Wohnräume des Schuldners erstreckten, sind durch § 22 Abs. 3 InsO gedeckt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorschrift im Hinblick auf Art. 13 Abs. 2 GG sind nicht ersichtlich. Die Prüfung, ob das Insolvenzgericht bei Erlass der getroffenen Anordnung den Rahmen des ihm zustehenden Ermessens, insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, beachtet hat (vgl. dazu HK-InsO/Kirchhof, a. a. O. § 21 Rn. 9; Uhlenbruck, a. a. O. § 21 Rn. 3, 43), beschränkt sich auf die Würdigung des Einzelfalls und betrifft keine Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung. Wie der Senat in dieser Sache bereits im Beschluß vom 16. Oktober 2003 zum Antrag des Schuldners auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ausgeführt hat (NZI 2004, 29, 30), verletzt der Schuldner mit der Verpflichtung, Auskunft über Honorarforderungen und eingehende Mandantengelder zu erteilen, nicht die ihm obliegende Schweigepflicht. Honorarforderungen von Steuerberatern sind grundsätzlich pfändbar; sie gehören zur Insolvenzmasse (BGHZ 141, 173, 176 ff.). Das gleiche gilt für Gebührenforderungen von Rechtsanwälten. Aus diesem Grunde müssen die betreffenden Forderungen schon in der Einzelvollstreckung genau nach Namen und Anschrift des Drittschuldners sowie nach dem Grund der Forderung bezeichnet werden (BGHZ 141, 173, 178). In der Insolvenz ist dies erst recht erforderlich. Die dem vorläufigen Verwalter verliehenen Befugnisse verletzen daher weder ein durch die Verfassung geschütztes Recht des Rechtsanwalts noch Grundrechte seiner Mandanten. Diese sind dadurch hinreichend geschützt, daß der Insolvenzverwalter die auf diese Weise gewonnenen Kenntnisse nur verwerten darf, soweit dies zur Erfüllung der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Auch unter diesem Gesichtspunkt hat die Sache somit weder grundsätzliche Bedeutung noch bietet sie Veranlassung zu einer Fortbildung des Rechts.

*Dokumentation, Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

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



3. Damit erledigt sich der erneute Antrag des Schuldners vom 11. Februar 2004, die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses auszusetzen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 23, 25 VVG; § 6 AFB 87**  
**Gaststätte; Verpachtung des Gaststättenbetriebs;**  
**Feuerversicherung; Gefahrerhöhung;**  
**Diskothekekennutzung; Leerstand; Leistungsfreiheit**

**Für die Frage der Leistungsfreiheit des Versicherers nach den §§ 23 Abs.1, 25 Abs.1 VVG ist die Gefahrenlage bei Abschluß des Versicherungsvertrages mit derjenigen zu vergleichen, die nach einer Veränderung der für die versicherte Gefahr maßgeblichen Umstände eingetreten ist. Dabei ist die jeweilige Gefahrenlage aufgrund einer Gesamtabwägung aller gefahrrelevanten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Wie die Versicherer bestimmte Umstände bewerten und wie sich diese Umstände auf die Prämiengestaltung auswirken, hat in diesem Zusammenhang zwar erhebliche Indizwirkung, ersetzt die vom Tatrichter geforderte eigene Gesamtabwägung aber nicht.**

(BGH, Urteil vom 5. 5. 2004 – IV ZR 183/03)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt vom beklagten Versicherer aus einer gebündelten Sachversicherung Ersatz für ein durch einen Brand am 12. Mai 1994 weitgehend zerstörtes Gaststättengebäude.

Das ursprünglich in Volkseigentum der DDR stehende Gaststättengrundstück wurde noch vor Inkrafttreten des Einigungsvertrages an private Erwerber verkauft, die es ihrerseits mit Kaufvertrag vom 19. März 1992 an eine aus den jetzigen Liquidatoren der Klägerin bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) weiterveräußerten. Mit Übergabe des Grundstücks (1. April 1992) vermietete die GbR dieses an die Klägerin, die es fortan bis zum Frühjahr 1994 nutzte. Die genannten Grundstückskaufverträge sind später nicht vollzogen worden, statt dessen wurde das Gaststättengrundstück 1998 an den früheren Rechtsträger, die Gemeinde, zurückverkauft.

Am 29. März 1993 hatte die Klägerin den Abschluß der gebündelten Sachversicherung beantragt. Auf einem ergänzenden Fragebogen für Gaststättenhotels, Vergnügungslökele und ähnliche Betriebe war zur Bestimmung der Art des zu versichernden Betriebes angegeben worden: Restaurant/Spiegelokal mit Tanz. Ergänzend ist vermerkt:

„Unregelmäßige Gesellschaftstanzveranstaltungen möglich (z. B. Klassentreffen, Brigadeabende, Seniorentreffen usw.), geschlossene Gesellschaften, eventuell 14-tägig? ist noch in Planung ohne Diskothek.“

Dem darauf mit Versicherungsbeginn am 1. April 1993 zustande gekommenen Vertrag liegen unter anderem die Allgemeinen Bedingungen für die Feuerversicherung (AFB 87) und die Sonderbedingungen für die gleitende Neuwertversicherung (SIGN 88) zugrunde.

Etwa ab Juni 1993 verpachtete die Klägerin den Gaststättenbetrieb. Der Pächter betrieb fortan eine Schankwirtschaft und nutzte die Gaststätte an Wochenenden auch als Diskothek. Allerdings lief der Diskothekenbetrieb nach dem Jahreswechsel 1993/94 aus, nachdem die Küche von den zuständigen Behörden wegen mangelnder Hygiene geschlossen und die Stromversorgung infolge unbezahlter Rechnungen eingestellt worden war. Der Pächter räumte das Objekt zum 31. März 1994, seither wurde das Gebäude nicht mehr genutzt.

Anfang April 1994 kam es zu zwei Einbrüchen in das leerstehende Gebäude, wobei die Täter Vandalismusschäden an

Fenstern und Türen hinterließen. Mehrfach wurden Fenster und Türen zu Sicherungszwecken vernagelt.

Nach dem Brand vom 12. Mai 1994 machte die Klägerin aus der Feuerversicherung einen auf 960 000 DM bezifferten Neuwertschaden geltend. Die Beklagte lehnte eine Regulierung ab und kündigte statt dessen das Versicherungsverhältnis mit Schreiben vom 3. Juni 1994 fristlos, weil die Klägerin mehrere Gefahrerhöhungen vorgenommen habe. Denn zur Zeit des Brandes sei die Gefahrenlage hinsichtlich des Feuerrisikos gemessen am Zustand zu Beginn des Versicherungsverhältnisses erheblich erhöht gewesen. Im Laufe des Jahres 1993 sei an Wochenenden eine Diskothek betrieben worden; Diskothekenbetriebe versichere sie wegen des hohen Risikos schon seit 25 Jahren nicht mehr. Der Niedergang des Gaststättenbetriebes habe sich bereits Monate vor Rückgabe des Objekts durch den Pächter abgezeichnet. Die Klägerin habe beabsichtigt, das Gebäude abzureißen, und es deshalb dem Verfall preisgegeben. Der Brand sei der Klägerin insoweit sehr gelegen gekommen. Im übrigen sei allenfalls der gemeine Wert des Gebäudes zu erstatten.

Dem hält die Klägerin entgegen, es sei geplant gewesen, das alte Gebäude aufzustocken und daneben einen Neubau (Bettenhaus) zu errichten. Einen Abriß des alten Gebäudes habe sie nicht beabsichtigt. Das Gebäude habe bis zum Brand auch viel zu kurz leer gestanden, um von einer Gefahrerhöhung zu sprechen. Überdies habe sie alles getan, um mögliche gefahrerhöhende Umstände auszuschalten. Der angebliche Zustand des Gebäudes sei im übrigen nicht kausal für den Brand, der Diskothekenbetrieb sei längst eingestellt gewesen.

Mit Urteil vom 15. Mai 1997 hat das Landgericht Potsdam die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG Brandenburg] hat am 25. März 1999 die Berufung der Klägerin mit der Begründung zurückgewiesen, der Versicherungsvertrag sei mangels eines in der Person der Klägerin, ihrer Gesellschafter und der von ihnen gegründeten GbR bestehenden versicherten Interesses gegenstandslos. Das beruhe darauf, daß die Genannten nicht Eigentümer des versicherten Objekts geworden seien und auch zu keiner Zeit eine gesicherte Erwerbsaussicht gehabt hätten.

Der Senat (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2000 – IV ZR 100/99 – VersR 2001, 53) hat dieses Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im nunmehr angefochtenen Berufungsurteil vom 26. Juni 2003 ist die Berufung der Klägerin erneut zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

**Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt wieder zur Aufhebung des Berufungsurteils. Der Senat macht von der Möglichkeit des § 563 Abs.1 Satz 2 ZPO Gebrauch und verweist die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts.

I. Das Berufungsgericht führt aus:

1. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß der Brand vom 12. Mai 1994 auf Veranlassung der Geschäftsführer der Klägerin gelegt worden sei oder sie den Versicherungsfall in anderer Weise vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hätten.

2. Leistungsfreiheit nach den §§ 23, 25 VVG, 6 Nr. 2 AFB 87 sei auch nicht schon dadurch eingetreten, daß das Gebäude leer gestanden habe und zunehmend verwahrlost sei. Denn zum einen stellten der Auszug bisheriger Bewohner und das bloße Leerstehenlassen eines Wohngebäudes oder Gewerbeobjekts nach der Rechtsprechung für sich genommen noch keine Gefahrerhöhung dar. Zum anderen handele es sich bei dem – nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erst ab April 1994 einsetzenden – Verrottungs- und Verwilderungsprozeß,

der insbesondere durch die während zweier Einbrüche verursachten Vandalismusschäden gekennzeichnet sei, nicht um eine gewollte Maßnahme des Versicherungsnehmers im Sinne von § 23 Abs. 1 VVG. Vielmehr habe die Klägerin sogar eine Reihe von Sicherungsmaßnahmen ergriffen (Bauzaun, behelfsmäßige Reparatur einer Fensterscheibe, Vernageln von Fenstern und Türen). Die ab April 1994 fortschreitende Verwahrlosung sei deshalb allein an den Regeln über die nicht veranlaßte Gefahrerhöhung (§§ 27 ff. VVG) zu messen. Die Klägerin habe zwar spätestens innerhalb einer Woche nach dem zweiten Einbruch die Beklagte über die erhöhte Gefahrenlage unterrichten müssen. Die Beklagte sei aber deshalb nicht leistungsfrei geworden, weil – wie das Berufungsurteil näher ausführt – der Versicherungsfall noch innerhalb der Monatsfrist des § 28 Abs. 1 VVG eingetreten sei.

3. Die Beklagte sei aber nach den §§ 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 VVG, 6 Nr. 4 AFB 87 leistungsfrei geworden, weil die Klägerin ihr eine gefahrerhöhende Betriebserweiterung, nämlich den Diskothekenbetrieb im zweiten Halbjahr 1993, nicht angezeigt habe.

Nach der Beweisaufnahme hätten die Geschäftsführer der Klägerin von der Änderung des Betriebes – Diskothekenveranstaltungen an mindestens zwei Wochenenden im Monat, manchmal auch an jedem Wochenende – Kenntnis gehabt. Es liege auf der Hand und sei im übrigen durch die Beweisaufnahme bestätigt, daß bei Diskotheken das Brandrisiko besonders groß sei. Wie ein Zeuge vom Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft anhand statistischen Materials glaubhaft bekundet habe, sei das Brandrisiko bei Diskotheken sowohl hinsichtlich der Schadenshöhe als auch der Schadenshäufigkeit signifikant höher als bei gewöhnlichen Gaststätten. Das habe nach den Angaben einer weiteren Zeugin aus der Versicherungswirtschaft zu deutlich höheren Prämienätzen und Jahresnettoprämien für Diskotheken geführt. Diese erhöhten Prämien würden auch dann noch erhoben, wenn eine Diskothek ihren Betrieb eingestellt habe. Denn auch die Stilllegung werde von den Versicherern als gefahrerhöhender Umstand bewertet. Diskotheken seien im übrigen im fraglichen Zeitraum nur noch von einer aus zehn Versicherungsgesellschaften bestehenden Zeichnungsgemeinschaft versichert worden. Der Gruppenleiter der Abteilung Sachversicherung der Beklagten habe insoweit glaubhaft bekundet, daß die Beklagte das Objekt bei Kenntnis der Diskothekenveranstaltungen nicht versichert hätte.

## II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht verkennt, daß weder die AFB 87 noch das Versicherungsvertragsgesetz an die Verletzung der Obliegenheit aus § 6 Nr. 4 AFB 87, eine Betriebsaufnahme oder -veränderung unverzüglich anzuzeigen, die Sanktion der Leistungsfreiheit des Versicherers knüpfen. Nur für den Fall, daß mit der Betriebsaufnahme oder -veränderung zugleich eine Gefahrerhöhung verbunden ist, verweist § 6 Nr. 4 AFB 87 auf die gesetzlichen Regelungen der §§ 23 bis 30 VVG. Grund für eine mögliche Leistungsfreiheit des Versicherers ist dann aber nicht die Verletzung der Anzeigepflicht, sondern die Gefahrerhöhung selbst (§§ 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 VVG, vgl. dazu Kollhoser in Prölss/Martin, VVG 26. Aufl. § 6 AFB 87 Rdn. 3).

2. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Denn auf der Grundlage der bisherigen tatrichterlichen Würdigung läßt sich nicht entscheiden, ob die Beklagte wegen der mit dem Diskothekenbetrieb möglicherweise verbundenen Gefahrerhöhung nach den §§ 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 VVG, 6 Nr. 2 AFB 87 leistungsfrei ist.

a) Es fehlt insoweit eine einzelfallbezogene Gesamtbewertung der für die Gefahranalyse maßgeblichen Umstände.

aa) Durch die Vorschriften über die Gefahrerhöhung (§§ 23 ff. VVG) soll das Gleichgewicht zwischen dem vom

Versicherer übernommenen Risiko und der vereinbarten Prämie erhalten werden; der Versicherer soll nicht gezwungen sein, am Versicherungsvertrag festzuhalten, obwohl das Verhältnis zwischen Prämie und Risiko nicht mehr der Risikolage entspricht, die er bei Abschluß des Versicherungsvertrags voraussetzen durfte. Dabei ist eine ganzheitliche Betrachtungsweise geboten. Es kommt nicht darauf an, ob einzelne neue Gefahrenquellen (hier der vorübergehende Diskothekenbetrieb) entstanden sind, sondern darauf, ob sich die Risikolage insgesamt gesehen erhöht hat (BGH, Urteil vom 6. Juni 1990 – IV ZR 142/89 – VersR 1990, 881 unter III; BGHZ 79, 156, 158, 159). Der Bundesgerichtshof hat beispielsweise mehrfach darauf hingewiesen, daß das Leerstehen eines Gebäudes in der Feuerversicherung keineswegs immer eine Gefahrerhöhung bedeutet, weil dadurch zwar manche neuen Gefahrenquellen entstehen, andere aber wegfallen (BGH, Urteil vom 6. Juni 1990 a. a. O. m. w. N.). Für die Frage der Leistungsfreiheit nach den §§ 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 VVG ist deshalb die Gefahrenlage bei Abschluß des Versicherungsvertrages mit derjenigen zu vergleichen, die nach einer Veränderung der für die versicherte Gefahr maßgeblichen Umstände eingetreten ist, wobei die jeweilige Gefahrenlage aufgrund einer Gesamtabwägung aller gefahrrelevanten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen ist. Dabei sind alle aus dem Parteivortrag ersichtlichen gefahrerheblichen Tatsachen in Betracht zu ziehen. Soweit gefahrerhöhenden Umständen gefahrvermindernde entgegenstehen, sind sie gegeneinander abzuwägen (sog. Gefahrkompensation, vgl. dazu BGHZ 79, 156, 158 m. w. N.; Martin, Sachversicherungsrecht 3. Aufl. N III Rdn. 18 ff.; Langheid in Römer/Langheid, VVG 2. Aufl. §§ 23–25 Rdn. 31 ff.; Prölss in Prölss/Martin, VVG 26. Aufl. § 23 Rdn. 15 – jeweils m. w. N.) Wie die Versicherer bestimmte Umstände bewerten und wie sich diese Umstände auf die Prämiengestaltung auswirken, kann zwar erhebliche Indizwirkung haben, die vom Tatrichter geforderte eigene Abwägung aber nicht ersetzen.

Aus der Entscheidung BGHZ 79, 156, 159, 160 ergibt sich nichts anderes. Zwar ist dort ausgeführt, wenn feststehe, daß sowohl gefahrerhöhende als auch gefahrvermindernde Umstände vorlägen, obliege es dem Versicherer, näher darzutun, welches Gewicht diesen Umständen zukomme und wie sie sich auf die Entwicklung der Gefahr ausgewirkt hätten. Der Versicherer müsse sich insbesondere darüber erklären, welche Erkenntnisse der Versicherungswirtschaft über die Feuergefährlichkeit von Diskotheken vorlägen und welche Folgerungen daraus für die Prämienbemessung gezogen würden. Auch sei darzulegen, wie vom versicherungstechnischen Standpunkt aus das Brandrisiko einer stillgelegten Diskothek in einem nicht benutzten und mangelhaft gesicherten Gebäude zu beurteilen sei. Erst danach sei eine Abwägung der gefahrerhöhenden und gefahrvermindernden Umstände möglich. Der Darlegungspflicht könne durch Vorlage der maßgeblichen Prämienrichtlinien genügt werden.

Diese Ausführungen beziehen sich aber erkennbar auf die Sachlage in dem dort entschiedenen Fall. Sie dürfen nicht dahin mißverstanden werden, daß sich die oben beschriebene Gesamtbewertung der gefahrerhöhenden und gefahrvermindernden Umstände regelmäßig schon in der Ermittlung der angesprochen versicherungstechnischen Daten erschöpft.

bb) Der vorliegende Fall ist dadurch gekennzeichnet, daß sich die Gefahrenlage mehrfach geändert hat. Insbesondere ist der vorübergehend über ein halbes Jahr an Wochenenden veranstaltete Diskothekenbetrieb vor dem Versicherungsfall eingestellt worden.

Eine Änderung der Gefahrenlage gegenüber der bei Vertragsschluß vorausgesetzten kann sich hier aus dem vorübergehenden, an den Wochenenden veranstalteten Diskothekenbetrieb ergeben. Eine dadurch möglicherweise eingetretene Gefahrerhöhung kann aber auch durch nachträglich eingetre-

tene Umstände entfallen, so etwa hier durch die Einstellung des Diskothekenbetriebes, es sei denn, daß trotz der Einstellung die Gefahren dieses Betriebes fortwirken oder neue gefahrrelevante Umstände hinzutreten. Deshalb kommt es im vorliegenden Fall darauf an, ob sich nach Einstellung des Diskothekenbetriebes ein Zustand erhöhter Gefahr gegenüber dem bei Vertragsschluß vorausgesetzten feststellen läßt.

Dem Berufungsurteil ist schon nicht zu entnehmen, welche Fallumstände das Berufungsgericht neben den ermittelten versicherungsstatistischen Daten in seine Gefahrbewertung einbezogen hat. Die Ausführungen stehen teilweise in einem nicht hinreichend aufgelösten Widerspruch zu der Aussage, das bloße Leerstehenlassen auch gewerblicher Gebäude begründe noch keine Gefahrerhöhung. Andererseits wird die Gefahr einer betriebenen Diskothek ohne weiteres mit derjenigen einer stillgelegten zumindest gleichgesetzt, wobei anscheinend der Leerstand als solcher hinsichtlich der Feuergefahr als dem Diskothekenbetrieb gleichwertig angesehen wird. In welchen Merkmalen einer Diskothek gefahrerhöhende Umstände gesehen werden und inwiefern die Sachlage nach Beendigung des Diskothekenbetriebs hinsichtlich der Feuergefahr gleichwertig sein soll (welche Gefahrumstände entfielen, wodurch werden sie kompensiert?), läßt das Berufungsgericht selbst dann nicht ausreichend erkennen, wenn man annimmt, es habe die an anderer Stelle des Urteils erörterten Umstände des Leerstandes erneut in seine Betrachtung einbezogen. Auch bleibt offen, ob und inwieweit sich die dargestellten allgemeinen Überlegungen zur Gefährdung einer Diskothek auf den konkreten Einzelfall, bei dem der Diskothekenbetrieb nur auf Wochenenden beschränkt war, übertragen lassen.

b) Gemäß § 25 Abs. 3, letzter Halbsatz VVG tritt Leistungsfreiheit des Versicherers nicht ein, wenn die Gefahrerhöhung weder Einfluß auf den Eintritt des Versicherungsfalls noch auf den Schadensumfang hatte. Die Beweislast für diesen Kausalitätsgegenbeweis liegt beim Versicherungsnehmer. Das Berufungsurteil prüft die Kausalitätsfrage nicht. Ersichtlich kann aber jedenfalls der Diskothekenbetrieb selbst den Brand im Mai 1994 nicht mehr begünstigt haben, weil der Betrieb schon zum Jahreswechsel 1993/94 eingestellt war und das Gebäude seit April 1994 leer stand. Da das Berufungsurteil nicht deutlich macht, worin der Grund für die Fortdauer einer erhöhten, vom früheren Diskothekenbetrieb ausgehenden Brandgefahr auch noch nach Betriebsschließung zu sehen sein soll, läßt sich die Kausalitätsfrage auch nicht aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe beantworten.

Daß die Beklagte nicht bereit war, einen Diskothekenbetrieb zu versichern, führt nicht weiter. Denn insoweit sind die Rechte des Versicherers durch das in § 24 VVG geregelte Kündigungsrecht gewahrt. Das Kausalitätserfordernis des § 25 Abs. 3 VVG bezieht sich allein auf die tatsächliche Frage, ob die Gefahrerhöhung den Eintritt des Versicherungsfalles oder den Schadensverlauf beeinflusst hat.

3. Soweit das Berufungsgericht Leistungsfreiheit der Beklagten gemäß § 28 Abs. 1 VVG verneint hat, dringt die Revisionserwiderung mit der Gegenrüge nicht durch. Selbst wenn die Anzeige des ersten Einbruchs in das Gebäude bei der Polizei bereits am 8. April 1994 erstattet wurde, handelte die Versicherungsnehmerin hier auch dann noch unverzüglich im Sinne des § 27 Abs. 2 VVG, wenn sie die Anzeige an den Versicherer erst nach kurzer Frist erstattete. Denn dem Versicherungsnehmer muß Gelegenheit verbleiben, die Gefahrenlage auch unter Prüfung möglicher noch durchzuführender gefahrmindernder Maßnahmen einzuschätzen. Insoweit ist die vom Berufungsgericht der Versicherungsnehmerin zugebilligte kurze Prüfungszeit, bis zu deren Ablauf die Anzeige gegenüber dem Versicherer noch als unverzüglich anzusehen ist, hier nicht zu beanstanden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### §§ 23, 28 VVG

#### Gewerbemieträume; Versicherungsvertrag; Gefahrerhöhung durch Gebäudeleerstände

**Zur Anzeigepflicht und zur Erhöhung der Gefahr eines Versicherungsfalles (Risikoerhöhung) durch Wasser- einbruch wegen eines Frostschadens oder Vernachlässigung dortiger Obhut, wenn um die versicherten Gewerbemieträume herum eine Leerstandssituation der übrigen, unvermieteten Gebäudeteile erwächst.**

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 23. 6. 2004 – IV ZR 219/03)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### §§ 6, 61 VVG

#### Luftfahrzeug-Miete bzw. Charter; Repräsentant des Kaskoversicherungsnehmers

**Zur Repräsentanteneigenschaft des Mieters eines kaskoversicherten Luftfahrzeuges.**

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 9. 6. 2004 – IV ZR 454/02)

**Aus den Gründen:** Die geltend gemachten Zulassungsgründe der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache liegen nicht vor.

Die behauptete Divergenz zwischen dem Urteil des Oberlandesgerichts Oldenburg (VersR 1998, 839) und dem Berufungsurteil ([OLG Hamburg] VersR 2002, 1507) besteht nicht. Eine die Zulassung der Revision begründende Abweichung liegt nur vor, wenn die anzufechtende Entscheidung ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, mithin einen (abstrakten) Rechtssatz aufstellt, der von einem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten und diese tragenden Rechtssatz abweicht (st. Rspr. des Bundesgerichtshofs, vgl. BGHZ 154, 288, 291). Die von der Beschwerde als Abweichung in diesem Sinne angeführten Unterschiede zwischen den Urteilen der beiden Oberlandesgerichte betreffen nicht die abstrakten rechtlichen Voraussetzungen der Repräsentanteneigenschaft, sondern den Bereich der tatrichterlichen Würdigung des Einzelfalles. In den rechtlichen Voraussetzungen der Repräsentanteneigenschaft stimmen beide Entscheidungen untereinander und mit der neueren Rechtsprechung des Senats dazu überein (BGHZ 122, 250, 252 ff.; vgl. ferner Senatsurteile vom 10. Juli 1996 – IV ZR 287/95 – VersR 1996, 1229 unter 2 b, 3 und vom 14. Mai 2003 – IV ZR 166/02 – r+s 2003, 367 unter II 2). Ob ein Dritter, der eine kaskoversicherte Sache des Versicherungsnehmers betreut oder im Rahmen eines Mietverhältnisses benutzt, damit die Risikoverwaltung übertragen bekommen hat und deshalb als Repräsentant des Versicherungsnehmers anzusehen ist, ist auch bei Luftfahrzeugen in erster Linie eine Frage tatrichterlicher Bewertung der gesamten Umstände eines Falles (vgl. Senatsurteil vom 14. Mai 2003 aaO). Diese Frage ist daher auch einer grundsätzlichen rechtlichen Klärung nicht zugänglich.

Einen symptomatischen Rechtsfehler mit Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr zeigt die Beschwerde nicht auf. Der Kläger hat – von den Beklagten nicht, jedenfalls nicht substantiiert bestritten – vorgetragen, daß er das Flugzeug trotz Vermietung an die T-GmbH weiterhin in erheblichem Umfang selbst benutzt hat, die Vercharterung deshalb mit ihm abgestimmt werden mußte und er sich ausschließlich selbst um den Zustand des Flugzeugs gekümmert hat (vgl. Urteil des Landgerichts S. 11 Abs. 1, Berufungserwiderung S. 5 letzter

Abs., Protokoll des Oberlandesgerichts S. 2). Bei dieser Sachlage ist schon ein einfacher Rechtsfehler bei der Ablehnung der Repräsentanteneigenschaft der T.-GmbH nicht erkennbar.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 14 BRAO**  
**Rechtsanwaltszulassung; Vermögensverfall im**  
**Bauträger- und Hausverwalterengagement**

**Zum Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wegen Vermögensverfalls infolge des Scheiterns des unternehmerischen Engagements im Bauträger- und Hausverwaltungsgeschäft.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 17.5.2004 – AnwZ (B) 21/03)

**Zum Sachverhalt:** Der Antragsteller war Geschäftsführer der M. Bauträger- und Verwaltungs GmbH sowie persönlich haftender Gesellschafter der Paul M. & Sohn KG Hausverwaltung. Über das Vermögen beider in B. niedergelassener Unternehmen wurde ein Insolvenzverfahren beantragt; die Anträge wurden mangels Masse abgelehnt. Daneben war und ist der Antragsteller als Rechtsanwalt in S. tätig. Mit Bescheid vom 11. Oktober 2002 widerrief die Antragsgegnerin die Zulassung des Antragstellers zur Rechtsanwaltschaft und als Rechtsanwalt beim Landgericht S. unter anderem wegen Vermögensverfalls.

Den hiergegen gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der Anwaltsgerichtshof mit Beschluß vom 4. März 2003 zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Antragsteller mit seiner sofortigen Beschwerde.

**Aus den Gründen:** II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 42 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 BRAO); es hat jedoch keinen Erfolg.

1. Unbegründet sind zunächst die Bedenken des Antragstellers hinsichtlich der Eigenschaft des Anwaltsgerichtshofs als unabhängiges Gericht und des von diesem eingeschlagenen Verfahrens.

Nach der ständigen Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG NJW 1969, 2192; 1978, 1795) als auch des Bundesgerichtshofs (vgl. zuletzt Beschl. v. 7. Oktober 2003 – AnwZ (B) 38/02, n.v.) handelt es sich bei dem Anwaltsgerichtshof um ein unabhängiges staatliches Gericht, dem die Zulassungstreitigkeiten der Rechtsanwälte gesetzlich zugewiesen sind.

Die dem Anwaltsgerichtshof zur Last gelegten Verfahrensmängel, insbesondere ein Verstoß gegen das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs, liegen nicht vor. Der Antragsteller wurde rechtzeitig durch Verfügung des Berichterstatters darauf hingewiesen, daß er seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen habe. Dem ist er bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Anwaltsgerichtshof nicht einmal im Ansatz nachgekommen. Selbst wenn das Verfahren des Anwaltsgerichtshofs insofern zu beanstanden wäre, hätte der Antragsteller im Beschwerdeverfahren ausreichend Gelegenheit gehabt, seinen Standpunkt zu verdeutlichen. Der Senat für Anwaltssachen des Bundesgerichtshofs ist ebenfalls eine Tatsacheninstanz. Der Antragsteller ist mit Verfügung der Vorsitzenden vom 30. September 2003 auf die Voraussetzungen für die Darlegung eines nachträglichen Wegfalls des Vermögensverfalls hingewiesen worden. Ein etwaiger Verstoß des Anwaltsgerichtshofs gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist dadurch geheilt worden.

2. Dem Antragsteller kann auch in der Sache nicht gefolgt werden.

a) Gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu widerrufen, wenn der Rechtsanwalt

sich in Vermögensverfall befindet. Ein Vermögensverfall liegt vor, wenn der Rechtsanwalt in ungeordnete, schlechte finanzielle Verhältnisse, die er in absehbarer Zeit nicht ordnen kann, geraten und außerstande ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Beweisanzeichen hierfür sind zum Beispiel die Erwirkung von Schuldtiteln und Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihn (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschl. v. 25. März 1991 – AnwZ (B) 73/90, BRAK-Mitt. 1991, 102; v. 21. November 1994 – AnwZ (B) 40/94, BRAK-Mitt. 1995, 126).

b) Bei Erlaß der angefochtenen Verfügung war ein Vermögensverfall gegeben. Dies ergibt sich zunächst aus dem eigenen Schreiben des Antragstellers an die B.'er Rechtsanwälte G. und Kollegen vom 27. August 2002. Darin hat sich der Antragsteller wie folgt geäußert:

„..., durch den vorgenannten Beschluß wurde ich verurteilt, ... 2530,89 € zu zahlen.

Ich bin dazu im Moment nicht in der Lage, weil ich ohne jegliches Einkommen bin und mich zunächst beruflich neu orientieren muß. Eine von mir abgegebene eidesstattliche Versicherung finden Sie anliegend in Kopie. Ich darf Sie bitten, auf die Dauer von 8 Wochen keine Vollstreckungsmaßnahmen zu ergreifen, diese würden nur erfolglos sein, aber meine Anwaltszulassung gefährden und mir dadurch die Möglichkeit nehmen, schnell wieder zu Einkommen zu kommen, um auch die Verpflichtung aus dem hier fraglichen Beschluß zu befriedigen.“

Dem Schreiben beigefügt war eine beglaubigte Abschrift einer notariellen Urkunde vom 24. Juni 2002, die eine „eidesstattliche Versicherung zur Vorlage bei der Landeshauptstadt S.“ enthielt. Bestandteil dieser eidesstattlichen Versicherung waren ein Vermögensverzeichnis und eine weitere mit „Selbstauskunft per 31.12.2001“ überschriebene Vermögensaufstellung. In dem Vermögensverzeichnis gab der Antragsteller an, daß er vermögenslos sei. Er habe keinerlei Einkommen und lebe von Unterhaltszahlungen der Ehefrau. Da sich sein Klientenstamm infolge der Bauträgertätigkeit verlaufen habe, arbeite seine Kanzlei nicht kostendeckend. In der Selbstauskunft bezifferte er sein Immobilienvermögen auf 116015,76 € und seine Verbindlichkeiten auf 10433002,30 €. Diese führte er hauptsächlich auf Bürgschaften für Bauträgerkredite zurück, wobei der Antragsteller bemerkte, in welcher Höhe sich seine Haftung konkretisiere, könne erst nach Verwertung der einzelnen Objekte festgestellt werden.

Der Vermögensverfall im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung ergibt sich außerdem aus dem Umstand, daß die WEG K.-Straße 21 und die GEZ wegen Forderungen von 2875 € und 235 € die Zwangsvollstreckung betrieben.

c) Der Vermögensverfall ist später nicht zweifelsfrei weggefallen.

Es sind acht neue Vollstreckungsaufträge bekannt geworden, und zwar von den Gläubigern WEG K.-Straße 21, Justizkasse B., Dr. K., R. & P. GmbH, V., WEG A.-Straße und Ku.-Immobilien. Die vollständige Erledigung sämtlicher Forderungen wurde nicht nachgewiesen.

Außerdem wurde am 7. Mai 2003 gegen den Antragsteller ein Insolvenzverfahren beantragt. Auch wenn der Antrag alsbald zurückgenommen wurde, weil der Antragsteller den Gläubiger befriedigt hat, zeigt dieser Vorgang, daß der Antragsteller ständig von Gläubigern bedrängt wird.

Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 25. Februar 2004 vorgetragen:

„Daß es immer wieder zu Vollstreckungsmaßnahmen gekommen ist (und vermutlich immer mal wieder vorkommen wird) erklärt sich daraus, daß angesichts der Vielzahl von Ein-

zelverbindlichkeiten ... nicht zu jedem Zeitpunkt jeweils genügend Geld vorhanden ist, um alle angefallenen Verpflichtungen fristgerecht zu tilgen.“

Von einer nachhaltigen Konsolidierung der Vermögensverhältnisse kann danach keine Rede sein.

Zwar hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 10. Mai 2004 Angaben zu seinen Verbindlichkeiten, seinem Aktivvermögen und zu den Aussichten einer Verständigung mit den Gläubigern gemacht. Danach belaufe sich das „Gesamtverpflichtungsvolumen“ auf 4 172 167,66 €. Dem stehe ein Aktivvermögen von 4 231 066 € gegenüber. Diese Zahlen kann der Senat seiner Entscheidung indes nicht zugrundelegen. Der Antragsteller hat eine Bürgenschuld gegenüber der A. Bank mit 0 € angesetzt, weil die Gläubigerin nicht nur durch anderweitige Sicherheiten (Grundschulden) voll abgesichert sei, sondern sich sogar eine „freie Spitze“ zu seinen Gunsten in Höhe von rd. 800 000 € ergebe, die sein Aktivvermögen vermehre. Das läßt sich mit dem vom Antragsteller selbst vorgelegten Schreiben der A. Bank vom 19. März 2004 nicht vereinbaren. Dort ist von einem „hohen zu erwartenden Ausfall“ die Rede. Schon deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Verbindlichkeiten durch Aktivvermögen geduldet sind, geschweige denn daß sich ein Überschuß ergibt. Im übrigen handelt es sich nicht um liquide Forderungen. Dies gilt insbesondere für die angebliche Forderung gegen die W. & M. GmbH i.H.v. 3,2 Mio. €. Belege hat der Antragsteller insoweit nicht vorgelegt. Zwar ist dieser an seine Gläubiger mit dem Vorschlag einer vergleichsweisen Einigung herantreten. Es haben jedoch nicht alle Gläubiger reagiert, so daß – jedenfalls derzeit – nicht davon ausgegangen werden kann, dem Antragsteller werde in absehbarer Zeit eine Beordnung seiner finanziellen Verhältnisse möglich sein.

Dem Antrag des Antragstellers, ihm eine weitere Frist zur Stellungnahme einzuräumen, war nicht stattzugeben. Er ist mit Verfügung vom 30. September 2003 auch darauf aufmerksam gemacht worden, daß die Beseitigung des Vermögensverfalls bis zum Termin zu belegen ist.

d) Der Vermögensverfall indiziert eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden. Daß sich dies in seinem Fall ausnahmsweise anders verhält, hat der Antragsteller nicht dargetan.

[Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren: 50 000,- EUR]

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

<b>Kurzfassungen/Leitsätze (KL)</b> <b>Gewerbemiete etc.</b>
-----------------------------------------------------------------

### §§ 195, 276, 278 a. F. BGB; § 161 HGB; §§ 253, 270, 207 a. F. ZPO – Geschlossener Immobilienfonds; Anlageprospekt; Klageschrift per Telefax

a) Beruht der wirtschaftliche Anlageerfolg eines geschlossenen Immobilienfonds allein auf der nachhaltigen Erzielung von Einnahmen aus der Vermietung oder Verpachtung des Anlageobjekts, so ist in dem Anlageprospekt deutlich auf mögliche, der Erreichbarkeit dieser Einnahmen entgegenstehende Umstände und die sich hieraus für die Anleger ergebenden Risiken hinzuweisen.

b) Wird die Übermittlung einer Klageschrift per Telefax aus vom Übersender nicht zu vertretenden Gründen unterbrochen und werden die fehlenden Seiten noch am selben Tag ebenfalls per Telefax übersandt, liegt dem Gericht eine die Erfordernisse des § 253 Abs. 2 ZPO erfüllende Klageschrift vor, auch wenn in der Folge die beiden Sendungen nicht zusammengeführt werden.

(BGH, Urteil vom 1. 3. 2004 – II ZR 88/02)

### § 328 BGB – Schutzbereich eines Vertrags; Gutachtenauftrag zur Grundstückswertermittlung

a) Bei der Prüfung der Frage, ob Dritte in den Schutzbereich eines Vertrages, der die Wertermittlung eines Grundstücks zum Gegenstand hat, einbezogen sind, gehören zum wesentlichen Auslegungstoff die in dem Gutachten enthaltenen Angaben über dessen Zweck und der sonstige Inhalt des Gutachtens, aber auch die eigenen Angaben des Gutachters zu Inhalt und Umständen der Auftragserteilung.

b) Als Dritte, die in den Schutzbereich eines Gutachtenauftrags zur Wertermittlung eines Grundstücks einbezogen sind, kommt auch eine namentlich nicht bekannte Vielzahl privater Kreditgeber oder Kapitalanleger in Betracht, wenn der Gutachter nach dem Inhalt des ihm erteilten Gutachtenauftrags wußte oder damit rechnen mußte, daß der Auftraggeber das Gutachten zur Erlangung von durch ein Grundpfandrecht an dem Grundstück gesicherten, in der Höhe begrenzten Krediten verwenden werde.

(BGH, Urteil vom 20. 4. 2004 – X ZR 250/02)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlicht in Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WM) 2004, 523.

### § 138 BGB; § 286 ZPO – Grundstückskauf; Sittenwidrigkeit; Kaufpreis und Verkehrswertermittlung

a) Ist die Ermittlung des Verkehrswerts eines Grundstücks im Wege des Vergleichswertverfahrens möglich, kann die Sittenwidrigkeit des Kaufs nicht daraus hergeleitet werden, daß ein anders ermittelter Wert in einem (auffälligen oder besonders groben) Mißverhältnis zum Kaufpreis stünde.

b) Bei der Ermittlung des Verkehrswerts einer zur Vermietung bestimmten Eigentumswohnung ist das Gericht nicht auf eine bestimmte Methode (hier: Ertragswertmethode) festgelegt.

(BGH, Urteil vom 2. 7. 2004 – V ZR 213/03)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung vollständig in WM 2004, 559.

### §§ 125, 313, 242 BGB a. F. – Zulässige Berufung auf den Formmangel eines Vertrages; Kaufvertrag über ein Firmengrundstück

Wird ein Vertrag trotz Verletzung gesetzlicher Formvorschriften über einen längeren Zeitraum hinweg als wirksam behandelt, so verstößt die Berufung auf den Formmangel nicht bereits dann gegen § 242 BGB, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung gegeben sind.

(BGH, Urteil vom 16. 7. 2004 – V ZR 222/03)

**Anm. d. Red.:** Vgl. BGH GuT 2004, 61 bei Schriftformmangel des Mietvertrags; OLG Düsseldorf nachstehend – I-24 U 264/03.

### § 273 BGB – Herausgabeanspruch; Zurückbehaltung wegen einer Gegenforderung

Ein Schuldner, der unberechtigt die Herausgabe einer Sache verweigert, verstößt gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wenn er sich gegenüber dem Herausgabeanspruch auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer Gegenforderung beruft, die erst infolge seiner Herausgabeverweigerung durch Aufwendungen auf die Sache entstanden ist.

(BGH, Urteil vom 8. 6. 2004 – X ZR 173/01)

### §§ 566, 126 BGB a. F. – Mietvertrag; Schriftform; Gegenzeichnung

Die Schriftform eines langfristigen Mietvertrages ist gewahrt, wenn die Vertragsbestimmungen in einem unterzeich-

neten Schreiben der einen Partei niedergelegt sind, das die andere – mit oder ohne einen das uneingeschränkte Einverständnis erklärenden Zusatz – ihrerseits unterzeichnet hat.

Der nochmaligen Unterzeichnung durch die eine Partei unterhalb der Gegenzeichnung der anderen bedarf es nicht (Aufgabe von RGZ 105, 60, 62).

Ob der Vertrag schon zuvor durch mündliche Einigung zustande gekommen war, durch die Gegenzeichnung zustande kommt oder es hierzu erst noch des Zugangs der Gegenzeichnung bedarf, ist für die Frage der Schriftform ohne Belang.

(BGH, Urteil vom 14. 7. 2004 – XII ZR 68/02)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WM) 2004, 534.

### §§ 550, 566 a. F., 242 BGB – Berufung auf den Formmangel des Mietvertrags

1. Haben die Parteien für den Fall mangelnder Form eines langfristigen Mietvertrags ihre jeweilige Mitwirkungspflicht zu ergänzender Beurkundung vereinbart, so ist die Kündigung einer Partei erst bei Scheitern der Beurkundung zulässig.

2. Bis dahin verstößt die sich auf den Formmangel berufende Partei gegen Treu und Glauben, wenn sie sich vom Vertrag lösen will.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. 5. 2004 – I-24 U 264/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Vgl. auch vorstehend BGH – V ZR 222/03.

### § 535 BGB – Umlagemaßstab zur Grundsteuer der Eigentumswohnung

Zur Anwendbarkeit einer Mietvertragsklausel, nach der für die Betriebskosten das Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen des Hauses als vereinbarter Umlagemaßstab gilt, auf eine zu entrichtende Grundsteuer.

(BGH, Urteil vom 26. 5. 2004 – VIII ZR 169/03)

**Ann. d. Red.:** Vollständige Veröffentlichung in WM 2004, 403.

### §§ 278, 536a, 538 a. F., 540, 549 a. F. BGB – Kette von Untervermietungen; Zahlungsverzug und fristlose Kündigung im Hauptmietverhältnis

1. Kündigt der Hauptvermieter das (hier: bis März 2006) befristete Hauptmietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des ersten Untervermieters und verlangt er von dem Endmieter die Herausgabe des Grundstücks, haftet der zweite Untervermieter dem dritten Untervermieter nur dann gemäß § 538 Abs. 1 BGB a. F. auf Schadensersatz (hier: entgangene Mieteinnahmen aus dem Vertrag mit dem Endmieter), wenn er den Rechtsmangel zu vertreten hat.

2. Der erste Untervermieter ist in Bezug auf die Gebrauchsüberlassungspflicht nicht Erfüllungsgehilfe des zweiten Untervermieters.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. 12. 2003 – I-10 U 86/03)

**Hinw. d. Red.:** Rkr. gem. Verwerfungsbeschluss des BGH v. 14. 7. 2004 – XII ZR 9/04. – Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 249, 278 BGB – Leasing; Haftung des Leasinggebers für Handeln des Lieferanten

1. Der Lieferant, durch den der Leasinggeber die Übergabe der Leasing Sache ausführen lässt, ist insoweit dessen Erfüllungsgehilfe.

2. Die Rechtsstellung des Lieferanten als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers endet regelmäßig mit der vollständigen Übergabe des Leasingobjekts an den Leasingnehmer.

3. Zur Schadensersatzpflicht des Leasinggebers, wenn ein von ihm an den Lieferanten zum Zwecke der Stilllegung des Leasingfahrzeugs übersandter Kraftfahrzeugbrief von dem Lieferanten zum Verkauf des Fahrzeugs genutzt wird.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. 6. 2004 – I-10 U 185/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 535 BGB – Unrichtige Übernahmebestätigung des Leasingnehmers; Schadensersatzpflicht

1. Zur Rechtsnatur einer unrichtigen Übernahmebestätigung (hier: über die Vollständigkeit von gelieferter Software für ein Ingenieurbüro) des Leasingnehmers.

2. Der Leasingnehmer kann sich bei Erteilung einer unrichtigen Übernahmebestätigung wegen mangelnder Wahrung der Interessen des Leasinggebers schadensersatzpflichtig machen, wenn dieser infolge der daraufhin geleisteten Kaufpreiszahlung (hier: wegen Insolvenz des Lieferanten) einen Schaden erleidet.

3. Zur Darlegungs- und Beweislast des Leasingnehmers für eine Vorteilsanrechnung durch Rücknahme des unvollständigen Leasingobjekts.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. 6. 2004 – I-10 U 22/04)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 535, 254 BGB – Unrichtige Übernahmebestätigung des Leasingnehmers; Schadensersatzpflicht

Hat der Leasinggeber den Leasingnehmer deutlich auf die Notwendigkeit einer wahrheitsgemäßen Übernahmebestätigung hingewiesen, so ist dieser dem Leasinggeber für eine unrichtige Übernahmebestätigung verantwortlich.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. 2. 2004 – I-24 U 214/03)

**Hinw. d. Red.:** Der Beschluss kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 535 BGB – Kfz-Leasing; gewerbliche Verwendung; Zahlungsverzug; Kündigungsschaden

Im Falle der außerordentlichen Kündigung eines Kraftfahrzeug-Leasingvertrages mit Kilometerabrechnung wegen Zahlungsverzugs des Leasingnehmers findet der vom Leasinggeber intern kalkulierte Restwert des Leasingfahrzeugs bei der konkreten Berechnung des Kündigungsschadens des Leasinggebers als Rechnungsposten für den hypothetischen Fahrzeugwert bei Vertragsende auch dann keine Berücksichtigung, wenn der Leasinggeber für den Fall der ordnungsgemäßen Beendigung des Leasingvertrages in Höhe des Restwertes eine Rückkaufvereinbarung mit dem Fahrzeughändler getroffen hat, von dem er das Leasingfahrzeug erworben hat.

(BGH, Urteil vom 14. 7. 2004 – VIII ZR 367/03)

### §§ 535, 307 BGB; § 9 AGBG – Kfz-Leasing; Frist zur Ausübung des Drittkäuferbenennungsrechts bei Barzahlungspflicht; Ermittlung des Händlereinkaufspreises

Die in den AGB eines Leasinggebers enthaltene Klausel „Kann bei Vertragsende keine Einigung über den Fahrzeugwert (Netto-Händlereinkaufspreis) erzielt werden, wird dem Leasingnehmer die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb von zwei Wochen ab Zugang des Sachverständigengutachtens ei-

nen Kaufinteressenten zu benennen, der innerhalb dieser Frist das Fahrzeug zu einem über dem Netto-Händlerverkaufspreis zzgl. Mehrwertsteuer liegenden Kaufpreis bar bezahlt und abnimmt.“ ist wegen unangemessener Benachteiligung des Leasingnehmers nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) unwirksam.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. 3. 2004 – I-24 U 193/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31.10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 197, 196 BGB a. F. – Leasing; Überzahlung; Verjährung

Der Rückzahlungsanspruch des Leasingnehmers wegen überzahlter Leasingraten unterfällt bei gewerblichem Leasing beweglicher Sachen der kurzen Verjährung des § 196 Abs. 1 Nr. 6 a. F. BGB.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12. 2003 – I-10 U 48/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31.10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 535 BGB; § 12 AKB – Kraftfahrzeugmiete; Haftungsfreistellung gegen Entgelt; Kleinlastwagen; Öleinfüllstutzen neben der Fahrerkabine

Die Haftungsfreistellung, die ein Kraftfahrzeugvermieter gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgelts bei Beschädigung des Fahrzeugs durch einfache Fahrlässigkeit gewährt, greift ungeachtet des Haftungsausschlusses in § 12 der Muster-AKB auch bei einem fahrlässigen Bedienungsfehler (hier: Fehler beim Betanken) ein.

(OLG Rostock, Urteil vom 9. 2. 2004 – 3 U 85/03)

### Art. 1 § 1 RBERG; § 134 BGB – Mietwagenunternehmen; Rechtsberatungsgesetz; Unfallschadenabwicklung

a) Für die Beurteilung der Frage, ob sich ein Geschäft als Teil einer nach dem Rechtsberatungsgesetz erlaubnispflichtigen Tätigkeit darstellt, kommt es nicht auf die äußere, formale Gestaltung der Rechtsbeziehung der Beteiligten an, sondern auf die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der von den Beteiligten dabei verfolgten Ziele.

b) Zur Wirksamkeit der auf Veranlassung eines Mietwagenunternehmens erfolgten Abtretung eines Schadensersatzanspruchs an ein zur Rechtsberatung zugelassenes Inkasobüro.

(BGH, Urteil vom 22. 6. 2004 – VI ZR 272/03)

### § 607 a. F. BGB – Eigenkapitalhilfe; Errichtung einer Tankstelle als Existenzgrundlage; Verpachtung und Verkauf der Tankstelle; Rückzahlung der Zinssubventionen

Zur Auslegung der Darlehensvertragsbedingungen der Deutschen Ausgleichsbank im Rahmen des Eigenkapitalhilfeprogramms.

(BGH, Urteil vom 13. 7. 2004 – XI ZR 12/03)

### § 652 BGB – Nachweismakler; Kongruenz des Erwerbsgeschäfts; Verschieben des Maklerkunden; Erwerb durch einen Dritten

Die wirtschaftliche Identität des beabsichtigten Vertrags mit dem tatsächlich abgeschlossenen kann beim Erwerb des nachgewiesenen Objekts durch einen Dritten bejaht werden, wenn zwischen dem Maklerkunden und dem Dritten enge persönliche oder wirtschaftliche Beziehungen bestehen. Dafür ist

nicht erforderlich, daß der Maklerkunde bewußt nur vorgehoben wurde.

(BGH, Urteil vom 8. 4. 2004 – III ZR 20/03)

**Anm. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 409. Vgl. OLG Koblenz WM 2004, 41 = GuT 2004, 103 KL.

### § 661a BGB – persönliche Haftung aus Gewinnzusage der GmbH

Der gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (hier: einer s.a.r.l. französischen Rechts) haftet nicht nach § 661a BGB persönlich für die Erfüllung einer von der Gesellschaft versandten Gewinnzusage oder vergleichbaren Mitteilung.

(BGH, Urteil vom 15. 7. 2004 – III ZR 315/03)

**Anm. d. Red.:** Zu § 661a vgl. BGH GuT 2004, 103 KL; grundlegend BGH GuT 2004, 20.

### § 675 BGB – Pflichten des Hausverwalters bei Auftragsvergabe

Zutreffend geht die Klägerin davon aus, dass die Beklagte zu 2. ihr insoweit zum Schadensersatz verpflichtet ist, als der Klägerin dadurch Nachteile entstanden sind, dass die Beklagte zu 2. auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Hausverwaltervertrages Aufträge zu überhöhten Preisen an die Firma F. erteilt hat. Die Haftung der Beklagten zu 2. ergibt sich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung des als entgeltliche Geschäftsbesorgung einzuordnenden Hausverwaltervertrages (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 63. Aufl., § 675 Rdnr. 25).

Es liegt auf der Hand, dass den Auftraggeber bei der Beurteilung der Frage, ob ihm gegen den Verwalter Schadensersatzansprüche zustehen, grundsätzlich nur die Endbeträge der jeweiligen Rechnungen interessieren. Ein Schadensersatzanspruch scheidet aus, wenn der vom Verwalter beauftragte Unternehmer zwar teilweise überhöhte Einzelpreise geltend macht, sein Angebot insgesamt aber die ortsüblichen Preise nicht überschreitet, da in diesem Fall ein Schaden des Grundstückseigentümers/Bauherrn nach der Differenzhypothese nicht feststellbar ist.

(KG, Urteil vom 13. 5. 2004 – 12 U 3/03)

### §§ 823, 847 a. F. BGB – Fürsorgepflicht des Betreibers einer Ski-Halle

Der Betreiber einer Ski-Halle verletzt die ihm gegenüber den Nutzern obliegende Fürsorgepflicht, wenn er es nach einem Zusammenstoß zwischen einem (hier: minderjährigen) Snowboarder und einer Skifahrerin unterlässt, die Personalien des anderen Unfallbeteiligten festzustellen, um ihr auf diese Weise die Geltendmachung von Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüchen zu ermöglichen.

Zur Darlegungslast der verletzten Skifahrerin für die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung des Betreibers für die Entstehung geltend gemachten Schadens.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12. 2003 – I-10 U 67/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31.10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 32 BJagdG – Jagdschaden; Wildschaden; hochwertiges Handelsgewächs; Spargelanbau

a) Eine Pflanze kann ihre Eigenschaft als Gartengewächs dadurch verlieren, daß in einem größeren Gebiet ihr feldmäßiger Anbau derart im Vordergrund steht, daß der gartenmäßige Anbau dort kaum noch eine Rolle spielt (Fortführung von BGH, Urteil vom 8. Mai 1957 – V ZR 150/55 – LM ZPO § 546 Nr. 25 = RdL 1957, 191). Dies gilt auch für Spargel.

b) Spargel ist kein hochwertiges Handelsgewächs im Sinne von § 32 Abs. 2 Satz 1 BJagdG.

(BGH, Urteil vom 22. 7. 2004 – III ZR 359/03)

### **§ 287 InsO n. F.; Art. 107 EGIInsO – Verbraucherinsolvenz; Übergangsrecht; Verkürzung der Wohlverhaltensphase**

Eine Verkürzung der Wohlverhaltensphase auf fünf Jahre nach der Übergangsvorschrift des Art. 107 EGIInsO ist in Insolvenzverfahren, die ab dem 1. Dezember 2001 eröffnet worden sind, nicht mehr möglich.

(BGH, Beschluss vom 13. 5. 2004 – IX ZB 274/03)

### **§ 70 VVG – Kündigung von Versicherungen durch den Ersterher oder sonstigen Grundstückserwerber; Monatsfrist**

a) Die Monatsfrist, innerhalb deren der Erwerber einer versicherten Sache die bestehenden Versicherungen kündigen kann (§ 70 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 VVG), beginnt grundsätzlich mit der Erfüllung des Eigentumserwerbstatbestandes, im Fall des Erwerbs eines Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung mit dem Zuschlagsbeschluss.

b) Soweit der Erwerber erst später Kenntnis von der Versicherung erlangt hat und die Kündigungsfrist erst von dieser Kenntnis an läuft (§ 70 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 VVG), genügt für den Fristbeginn die Kenntnis davon, daß bestimmte Risiken bei einem bestimmten Versicherer gedeckt sind.

(BGH, Urteil vom 28. 4. 2004 – IV ZR 62/03)

### **§ 5 BTOElt; § 21 AVBELtV – Stromlieferungsvertrag; Lebensmittelmarkt; Feststellung des anzuwendenden Tarifs**

Der Anspruch auf Ersatz des Schadens, den ein Stromkunde dadurch erleidet, daß das Energieversorgungsunternehmen unter Verstoß gegen § 5 BTOElt und unter Verletzung des Stromlieferungsvertrages die gebotene Leistungsmessung unterläßt und dem Kunden statt dessen unter Zugrundelegung eines nicht anwendbaren Tarifs höhere als die geschuldeten Stromkosten in Rechnung stellt, unterliegt nicht der zweijährigen Ausschlussfrist des § 21 Abs. 2 AVBELtV.

(BGH, Urteil vom 16. 6. 2004 – VIII ZR 248/03)

### **§ 6 AVBELtV – Überspannungsschäden**

Die in § 6 AVBELtV geregelte Beschränkung der Haftung eines Energieversorgungsunternehmens für Sach- und Ver-

mögensschäden, die ein Kunde durch Unregelmäßigkeiten in der Elektrizitätsbelieferung erleidet, erfaßt auch den Fall, daß nach einer Unterbrechung der Stromversorgung der 220-Volt-Anschluß des Kunden durch einen Mitarbeiter des Versorgungsunternehmens bei der Wiederaufnahme der Stromlieferung versehentlich mit dem 400-Volt-Netz des Versorgungsunternehmens verbunden wird und dadurch Überspannungsschäden an elektrischen Geräten des Kunden entstehen.

(BGH, Urteil vom 26. 5. 2004 – VIII ZR 311/03)

### **§ 2 HPflG – Kanalisation; Überschwemmung; Katastrophenregen; Jahrhundertregen**

Führt ein ganz ungewöhnlicher und seltener Starkregen (hier: Wiederkehrzeit von mehr als hundert Jahren) zu einem Rückstau in der Abwasserkanalisation und zu einem Wiederaustritt des Niederschlagswassers, kann sich die Gemeinde gegenüber der Anlagenhaftung aus § 2 HPflG auf höhere Gewalt berufen.

(BGH, Urteil vom 22. 4. 2004 – III ZR 108/03)

**Ann. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 410. Vgl. noch BGH WM 2004, 300 = GuT 2004, 103 KL.

### **§ 8 KAG NW; Art. 3 GG – Gewerbegrundstück; Hinterliegergrundstück; Kanalanschluss; Beitragspflicht**

1. Gewährt eine Entwässerungssatzung dem Eigentümer eines Hinterliegergrundstücks nur ein in das Ermessen der Gemeinde gestelltes Anschlussrecht, besteht keine eine Anschlussbeitragspflicht auslösende gesicherte Möglichkeit der Inanspruchnahme der Anlage.

2. Für ein noch nicht tatsächlich an die Anlage angeschlossenes Hinterliegergrundstück, das nicht dem Eigentümer des Vorderliegergrundstücks gehört, bewirken allein eine auf die Durchleitung bezogene Baulast oder bloße schuldrechtliche Verpflichtungen zur Duldung einer Durchleitung keine eine Anschlussbeitragspflicht auslösende gesicherte Möglichkeit der Inanspruchnahme der Anlage.

3. Bei einem tatsächlich hergestellten, zur Entwässerung notwendigen Anschluss eines Hinterliegergrundstücks an die Anlage besteht regelmäßig eine die Anschlussbeitragspflicht auslösende gesicherte Möglichkeit der Inanspruchnahme der Anlage, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die dieser Annahme entgegenstehen.

4. Eine Tiefenbegrenzung ist rechtlich nicht geboten.

---

## **Impressum**

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

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

Erscheinungsweise: zweimonatlich. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 € zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 39 € jährlich, einschl. MwSt. zzgl. 9,-€ Versandpauschale, zahlbar zu Beginn des Abonnementszeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen müssen mit einer Frist von 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres erfolgen. Bankverbindung: Sparkasse Bonn (BLZ 380 500 00), Konto 36 207 645.

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

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

Die persönlichen Beiträge werden nur unter der Voraussetzung angenommen, dass sie keiner weiteren Stelle zur Veröffentlichung angeboten werden. Nach Ablauf von zwei Jahren seit Veröffentlichung kann der Autor anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung erteilen, ein Honorar hieraus steht dem Autor zu. Die Abdruckgenehmigung ist auch dem Verlag mitzuteilen.

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

Nachdruck, fotomechanische Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.

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



5. Es ist satzungsrechtlich zulässig, Gewerbegrundstücke von einer ansonsten vorgesehenen Tiefenbegrenzung auszunehmen.

(OVG Münster, Urteil vom 2. 3. 2004 – 15 A 1151/02)

### § 24 StPO – Befangenheitsbesorgnis; Richter

Stellt das Bundesverfassungsgericht als „maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung“ (vgl. BVerfGE 40, 88 ff.) unanfechtbar fest, dass eine Entscheidung gegen das Willkürverbot verstoßen hat, erweckt bereits diese bloße Feststellung für einen betroffenen Angeschuldigten zumindest den Anschein, dass die vom Bundesverfassungsgericht beanstandete Entscheidung tatsächlich willkürlich gewesen sei.

(LG Hamburg, Beschluss vom 14. 7. 2004 – 620 Kls 5/04)

**Hinw. d. Red.:** Der Beschluss kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 91 ZPO – Auswärtiger Rechtsanwalt im Berufungsverfahren

Beauftragt eine vor einem auswärtigen Gericht klagende oder verklagte Partei einen an ihrem Wohnsitz oder Geschäftsort ansässigen Rechtsanwalt mit der Vertretung im Berufungsverfahren, sind die dadurch entstehenden Reisekosten erstattungsfähig, wenn die Beauftragung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung erforderlich ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich in zweiter Instanz nach denselben Grundsätzen wie in erster Instanz.

(BGH, Beschluss vom 6. 5. 2004 – I ZB 27/03)

**Anm. d. Red.:** Vgl. BGH GuT 2004, 133 KL; GuT 2004, 104 KL m.w. Hinw.

### §§ 178, 180 ZPO – Verwaister Geschäftsraum; (Ersatz-)Zustellung

Tritt eine Partei im Außenverhältnis im geschäftlichen Verkehr gegenüber Dritten ausschließlich unter einer bestimmten Geschäftsanschrift auf, so können ihr in einem solchen „Geschäftsraum“ selbst dann Sendungen wirksam (ersatz-) zugestellt werden, wenn sie an dieser Stelle tatsächlich kein Geschäft unterhält und dort nicht anzutreffen ist.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 10. 3. 2004 – 5 W 23/04)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 233 ZPO – Wiedereinsetzung; Telefaxübermittlung; Computer-Absturz

a) Wird ein Wiedereinsetzungsantrag auf die unerwartet lange Dauer einer Telefaxübermittlung gestützt, hat das Gericht die zum Vergleich vorgelegten Sendeberichte zu würdigen (vgl. BGH, Beschl. v. 1. Februar 2001 – V ZB 33/00, NJW-RR 2001, 916).

b) Ein auf einen vorübergehenden „Computer-Defekt“ oder „Computer-Absturz“ gestützter Wiedereinsetzungsantrag bedarf näherer Darlegungen zur Art des Defekts und seiner Behebung.

(BGH, Beschluss vom 17. 5. 2004 – II ZB 22/03)

### § 233 ZPO – Wiedereinsetzung; Postlaufzeiten gemäß Postuniversaldienstleistungsverordnung

a) Das Verschulden einer Partei oder ihres Prozeßbevollmächtigten schließt die Wiedereinsetzung nicht aus, wenn die Partei alle erforderlichen Schritte unternommen hat, die bei einem im übrigen normalen Geschehensablauf zur Fristwahrung geführt hätten (hier: Fehlschlagen einer beschleunigten Absendung bei gleichwohl rechtzeitiger Absendung).

b) Eine Partei darf (auch) nach Erlaß der Postuniversaldienstleistungsverordnung vom 15. Dezember 1999 (BGBl. I S. 4218) darauf vertrauen, daß werktags im Bundesgebiet auf-gegebene Postsendungen am folgenden Werktag im Bundesgebiet ausgeliefert werden. Anders liegt es nur, wenn konkrete Umstände vorliegen, welche die ernsthafte Gefahr der Fristversäumung begründen.

(BGH, Beschluss vom 13. 5. 2004 – V ZB 62/03)

**Hinw. d. Red.:** Vollständige Veröffentlichung in WM 2004, 412.

### § 329 ZPO – Zeitpunkt des Erlasses nicht zu verkündender Entscheidungen

Nicht zu verkündende Entscheidungen werden erlassen in dem Zeitpunkt, in dem das Gericht sich ihrer in einer der Verkündung vergleichbaren Weise entäußert hat. Dies setzt voraus, daß der Beschluß die Geschäftsstelle mit der unmittelbaren Zweckbestimmung verlassen hat, den Parteien bekannt gegeben zu werden.

(BGH, Urteil vom 1. 4. 2004 – IX ZR 117/03)

### § 771 ZPO; §§ 138, 854, 929 BGB – Drittwiderspruchsklage des Hotelbetreibers gegen Pfändungsmaßnahmen in Gegenstände der Hotelanlage des Schuldners; Hotelpacht

1. Der Besitz an beweglichen Sachen begründet nicht in jedem Fall ein die Veräußerung hindernendes Recht i.S.v. § 771 Abs. 1 ZPO. Hierzu bedarf es grundsätzlich noch eines Rechts zum Besitz.

2. Rein schuldrechtliche Ansprüche auf Verschaffung oder Belassung des Besitzes stellen ein die Veräußerung hindernendes Recht nur dar, wenn das obligatorische Recht geeignet ist, die Nichtzugehörigkeit der betreffenden Sache zum Vermögen des Schuldners zu begründen.

3. Daran fehlt es, wenn der Schuldner die von ihm betriebene Hotelanlage einem Dritten zwar auf der Grundlage eines „Pachtvertrages“ überläßt, dieser Vertrag jedoch als sog. Management-Vertrag ausgestaltet ist, bei dem zur Bewahrung erhaltener öffentlicher Zuschüsse das volle unternehmerische Risiko bei dem Schuldner verbleibt.

4. Ein Sicherungsübereignungsvertrag mit einer Übersicherung von 500% ist sittenwidrig und damit nichtig.

(OLG Rostock, Urteil vom 6. 5. 2004 – 1 U 183/02)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 91, 96, 494 a ZPO – Selbständiges Beweisverfahren; Erstattungs-fähigkeit der gerichtlichen Kosten

a) Die im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Gerichtskosten stellen gerichtliche Kosten des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens dar.

b) Über diese Kosten kann gegebenenfalls gemäß § 96 ZPO gesondert entschieden werden.

c) Die Erstattungs-fähigkeit der gerichtlichen Kosten des selbständigen Beweisverfahrens aufgrund des Kostenaus-spruchs im Urteil hängt nicht davon ab, ob das Beweisergebnis verwertet worden ist.

(BGH, Beschluss vom 24. 6. 2004 – VII ZB 34/03)

### §§ 3, 8, 11, 16 ZSEG; §§ 91, 104, 404, 407a, 413 ZPO; § 2 ARB – Parteikosten zur Vorbereitung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens

1. Lässt eine Partei auf Veranlassung des gerichtlich ernannten Sachverständigen zur Vorbereitung des Gutachtens

Hausfundamente freigraben, handelt es sich bei den dadurch verursachten Kosten nicht um Aufwendungen für Hilfskräfte des Sachverständigen.

2. Die dem Werkunternehmer gezahlte Vergütung kann daher nicht den Gerichtskosten zugerechnet werden, um sodann trotz des Unterliegens im Prozess eine Erstattung vom Rechtsschutzversicherer zu erlangen.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 28. 6. 2004 – 5 W 397/04)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 31.10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Vgl. noch OLG Koblenz GuT 2004, 132.

### § 24 ZwVerwVO – Zwangsverwaltervergütung

Die nach § 24 Abs. 1 Satz 1 ZwVerwVO in der Auslegung von BGHZ 152, 18 [= WM 2003, 57 KL] errechneten Grundbeträge sind für die Abrechnungszeiträume 2000 bis 2003 in der Regel um den Faktor 1,5 zu steigern, es sei denn, dies hät-

te wegen geringer Degression im Einzelfall ein Mißverhältnis zwischen der Tätigkeit des Verwalters und der so gesteigerten Vergütung zur Folge.

Die Hundertsätze für die einzelnen vermieteten oder verpachteten Teile eines Grundstücks sind auch innerhalb eines Abrechnungszeitraums nicht für jedes Miet- oder Pachtverhältnis, sondern nur für jedes Miet- oder Pachtobjekt besonders zu berechnen.

(BGH, Beschluss vom 25. 6. 2004 – IXa ZB 30/03)

**Anm. d. Red.:** Zur Vergütung des Insolvenzverwalters vgl. BGH GuT 2004, 68 KL.

**KL-Mitteleiter:** RiBGH Wellner, Karlsruhe; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; VRiKG Grieb, Berlin; Veröffentlichungskommission des OVG Münster; die Mitglieder der Großen Strafkammer 20 des LG Hamburg; die Mitglieder des 5. ZS des OLG Hamburg; RiOLG Weller, Koblenz.

## Teileigentum

### §§ 13, 14, 15 WEG

**Müllcontainer des Mieters von Teileigentumsräumen auf Gemeinschaftsflächen; Mischwaren-Ladengeschäft; Zahlungsanspruch gegen den Teileigentümer; Warenanlieferung**

**1. Der Mieter einer im Sondereigentum stehenden Wohnung oder eines Ladenlokals ist im gleichen Umfang wie der Eigentümer selbst berechtigt, das gemeinschaftliche Eigentum mit zu gebrauchen (hier: Anlieferung von Waren über das gemeinschaftliche Grundstück), soweit es mit der Nutzung der von ihm gemieteten Räume zusammen hängt.**

**2. Die Aufstellung eines Müllcontainers mit ca. 1000 l Inhalt geht über den jedem Wohnungseigentümer zustehenden Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums hinaus.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. 6. 2004 – I-3 Wx 97/04)

**Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten bilden die Wohnungseigentümergeinschaft. Der Beteiligte zu 7) ist Teileigentümer der Einheiten Nr. 7 und 8, bestehend aus einem Ladenlokal im Erdgeschoss und Räumen im Kellergeschoss. Diese Räume hatte der neben dem Beteiligten zu 7) weitere teilende erbbauberechtigte S. mit Vertrag vom 21. März 1970 an die Firma K. AG vermietet. In diesen Mietvertrag ist der Beteiligte zu 7) als neuer Eigentümer der Einheiten 7 und 8 mit Vertrag vom 4./7. Oktober 1971 eingetreten.

Die Mieterin der dem Beteiligten zu 7) gehörenden Räume benutzt seit langem eine ca. 21 m<sup>2</sup> große Teilfläche des zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Grundstücks zum Aufstellen eines etwa 1000 Liter fassenden Müllcontainers und zum Abstellen von zwei PKW. In dem Mietvertrag vom 21. März 1970 ist in § 2 lediglich bestimmt, dass der Mieterin für die Warenanlieferung die Verkehrsflächen des Mietgrundstücks unentgeltlich zur Verfügung stehen.

In einem Nachtrag vom 7./17. Juni 1991 zum Mietvertrag ist u. a. unter Ziffer 1 der Jahresmietzins ab 1. Oktober 1990 aufgrund der eingetretenen Indexveränderung gemäß der im Mietvertrag festgelegten Wertsicherungsklausel erhöht worden. Ferner ist unter Ziffer 5 der Mieterin die Genehmigung

erteilt worden, außerhalb des Objektes in der Nähe der Anlieferungstür einen Rollcontainer-Abstellplatz einzurichten (Größe: 21 m<sup>2</sup>).

Nachdem die Beteiligten zu 1) bis 6) über mehrere Jahre hinweg das Abstellen von zwei PKW und das Aufstellen des Müllcontainers durch die Mieterin des Beteiligten zu 7) hingenommen hatten, und sodann zunächst Auskunft und Rechnungslegung über die – nach ihrer Meinung – vom Beteiligten zu 7) seit 1. Januar 1997 eingenommenen Mieten bezüglich der von der Mieterin in Anspruch genommenen Teilflächen des gemeinschaftlichen Grundstücks verlangt hatten, haben sie nach Zurückweisung des Auskunftsanspruchs durch das Amtsgericht mit der Begründung, der Beteiligte zu 7) habe seiner Auskunftspflicht bereits genügt, von dem Beteiligten zu 7) die Zahlung von 6749,05 EUR nebst Zinsen gemäß der im Einzelnen aus dem Antrag ersichtlichen Zinsstaffelung verlangt. Der Beteiligte zu 7) ist dem Antrag mit der Begründung entgegengetreten, er habe keinen gesonderten Mietzins für die Nutzung der gemeinschaftlichen Grundstücksflächen durch seine Mieterin erlangt.

Das Amtsgericht Düsseldorf hat den Antrag der Beteiligten zu 1) bis 6) zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1) bis 6) ist beim Landgericht Düsseldorf ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer sofortigen weiteren Beschwerde bringen die Beteiligten zu 1) bis 6) vor, die Nutzung der gemeinschaftlichen Grundstücksflächen durch die Mieterin des Beteiligten zu 7) für die Anlieferung von Waren sowie das Aufstellen eines Containers und das Abstellen von PKW sei nicht durch § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG gedeckt. Dem Beteiligten zu 7) sei für die genannte Nutzung ein Entgelt zugeflossen, auch wenn in dem Mietvertrag ein „gesondertes Entgelt“ insoweit nicht ausgewiesen sei.

**Aus den Gründen:** II. 2. a) Das Landgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die in § 2 des Mietvertrages getroffene Vereinbarung, der Mieterin sollten für die Warenanlieferung die Verkehrsflächen des gemeinschaftlichen Grundstücks unentgeltlich zur Verfügung stehen, sich im Rahmen des jedem Wohnungseigentümer zustehenden Mitgebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums hält und es – entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) bis 6) – insoweit eines Mehrheitsbeschlusses der Wohnungseigentümer nicht bedurfte. Gemäß § 131 Abs. 1 WEG kann jeder Wohnungs-

eigentümer die in seinem Sondereigentum stehenden Gebäudeteile als Wohnung oder zu gewerblichen Zwecken nutzen oder auch vermieten oder verpachten. Er kann ferner das gemeinschaftliche Eigentum in den Grenzen seines Rechts nutzen, wobei die Grenzen durch das Gesetz (§§ 14, 15 WEG), die Teilungserklärung und die Gemeinschaftsordnung festgelegt worden sind. Dabei ist die Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums eine Funktion der Nutzung der im Sondereigentum stehenden Sache, sie hängt mit dieser zusammen. Jeder Wohnungseigentümer kann deshalb das gemeinschaftliche Eigentum nutzen, sofern er nicht dessen Zweckbestimmung verändert oder die übrigen Wohnungseigentümer an der ihnen ebenfalls zustehenden Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums hindert. Dies bedeutet, dass die Vermietung einer im Sondereigentum stehenden Wohnung oder im Sondereigentum stehender gewerblicher Räume den jeweiligen Mieter berechtigt, auch das gemeinschaftliche Eigentum mit zu gebrauchen, soweit es mit der Nutzung der von ihm gemieteten Räume zusammen hängt.

Ebenso wie der Beteiligte zu 7) – als Eigentümer – kann auch der Mieter der im Eigentum des Beteiligten zu 7) stehenden Räumlichkeiten die im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer stehenden Grundstücksflächen für die notwendige Anlieferung von Waren nutzen. Es liegt auf der Hand, dass zum Betrieb eines Geschäftes, in dem Nahrungs- und Genussmittel aller Art und andere Waren des täglichen Verbrauchs verkauft werden, die Möglichkeit der Anlieferung dieser Waren durch die verschiedenen Lieferanten gehört und das Befahren der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücksflächen entweder durch die anliefernden Fahrzeuge selbst oder aber mit kleineren Transportmitteln notwendig ist. Durch diese Anlieferung wird den übrigen Wohnungseigentümern die Mitbenutzung dieser Grundstücksflächen auch nicht unmöglich gemacht, das Recht zum Gebrauch wird ihnen nicht entzogen. Einer besonderen „Zustimmung“ der übrigen Wohnungseigentümer für die Nutzung zur Warenanlieferung über die Verkehrsflächen des gemeinschaftlichen Grundstücks bedurfte es somit nicht.

b) Bezüglich der Nutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks der Mieterin des Beteiligten zu 7) durch Aufstellung eines Containers und das Abstellen von Personenkraftwagen haben die Vorinstanzen übereinstimmend und rechtlich zutreffend angenommen, dass das Aufstellen eines Müllcontainers mit mehr als 1000 Liter Inhalt den Rahmen eines jedem Wohnungseigentümer zustehenden Mitgebrauchs des gemeinschaftlichen Grundstücks sprengt. Soweit der Beteiligte zu 7) darauf hinweist, dass beim Betrieb eines Einzelhandelsgeschäftes auch die Entsorgung von anfallendem Müll eine notwendige Folge ist und die Inanspruchnahme eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums durch Aufstellen eines Containers zum zulässigen Mitgebrauch gehöre, ist dem entgegenzuhalten, dass – selbst wenn auf den im Teileigentum stehenden gewerblichen Flächen – z. B. im Kellerbereich – ein Müllcontainer nicht aufgestellt werden könnte, es jedenfalls eines Beschlusses der Mehrheit der Wohnungseigentümer darüber bedürft hätte, ob und gegebenenfalls an welchem Ort des gemeinschaftlichen Grundstücks und in welcher Größe ein Müllcontainer aufgestellt werden durfte.

Diese – für einen möglichen Unterlassungsanspruch wesentliche – Frage kann hier letztlich dahinstehen, denn der von den Beteiligten zu 1) bis 6) geltend gemachte Zahlungsanspruch wäre nur dann begründet, wenn der Beteiligte zu 7) durch die seiner Mieterin überlassene Nutzung eines Teils des gemeinschaftlichen Grundstücks Einnahmen erzielt hätte, die als Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums allen Wohnungseigentümern zugestanden hätten.

Das ist nach den verfahrensfreier getroffenen Feststellungen der Vorinstanzen hier nicht der Fall. In dem bei den Akten befindlichen Mietvertrag vom 21. März 1970 ist we-

der von der Genehmigung zur Aufstellung eines Müllcontainers noch von der Möglichkeit, auf dem gemeinschaftlichen Grundstück Fahrzeuge abzustellen, die Rede. Vermietet sind lediglich das im Erdgeschoss befindliche Ladenlokal sowie die im Keller befindlichen Lagerräume. Der in dem Mietvertrag vereinbarte Mietpreis umfasst daher erkennbar nicht – auch nicht teilweise – die erst wesentlich später erfolgte Gestattung der Nutzung gemeinschaftlicher Flächen. Das Recht, einen Teil des gemeinschaftlichen Grundstücks als PKW-Abstellplätze zu nutzen, ist übrigens – worauf das Amtsgericht bereits zutreffend hingewiesen hat – der Mieterin des Beteiligten zu 7) zu keinem Zeitpunkt eingeräumt worden. Lediglich die Gestattung der Einrichtung eines Platzes zum Aufstellen eines Müllcontainers ist in dem Nachtrag zum Mietvertrag im Jahre 1991 ausdrücklich genannt.

Auch in diesem Nachtrag ist aber der Mietzins nicht mit Rücksicht auf die nunmehr zusätzlich erfolgte Genehmigung, einen Teil des Grundstücks für den Container zu nutzen, erhöht worden. Die erfolgte Anpassung des Mietzins beruhte allein auf der bereits im ursprünglichen Mietvertrag vereinbarten Index-Klausel. Der Beteiligte zu 7) hätte somit nach den vertraglichen Vereinbarungen mit der Firma K. AG den vereinbarten Mietzins erhalten, auch wenn auf dem gemeinschaftlichen Grundstück weder der Rollcontainer aufgestellt noch zwei Kraftfahrzeuge abgestellt worden wären.

Die sofortige weitere Beschwerde konnte danach keinen Erfolg haben.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Schütz, Hünxe

<b>Kurzfassungen/Leitsätze (KL)</b>
<b>Teileigentum etc.</b>

### **§ 10 WEG – Teileigentum „Bodenraum“; Nutzung als Ferienwohnung**

Bei der in der Teilungserklärung enthaltenen Bezeichnung „Bodenraum“ handelt es sich um eine verbindliche Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter dahin, dass dieser Raum nicht zum dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt ist. Eine Nutzung als Ferienwohnung, Gästezimmer oder auch als Büro oder Gewerberaum ist danach nicht möglich.

(OLG Schleswig, Beschluss vom 16. 6. 2004 – 2 W 49/04)

**Hinw. d. Red.:** Der Beschluss kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### **§§ 14, 15 WEG – Vermietung von Gemeinschaftsfläche an den Teileigentümer; Ausstellungsfläche**

Die Wohnungseigentümer können mehrheitlich die entgeltliche Überlassung eines angemessenen großen Teils der Gemeinschaftsfläche an einen Teileigentümer beschließen, der Ladenräume ebenerdig vermietet und die Fläche als Ausstellungsfläche nutzen lassen kann.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 10. 3. 2004 – 2 Wx 144/01)

**Hinw. d. Red.:** Der Beschluss kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### **§§ 10, 16, 27 WEG – Doorman/Conciergewachdienst in der Wohnanlage; Kostenbeteiligung der Teileigentümer; Verwalterkompetenz; Beschlusskompetenz**

1. Es bleibt offen, ob die Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung dem WEG-Verwalter wirksam die Bestimmung und die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels, etwa nach § 317 BGB, übertragen kann. Jedenfalls ist der Verwalter,

schon aus Gründen der Neutralität, berechtigt, die Bestimmung- und Änderungskompetenz (Öffnungsklausel) der Eigentümergemeinschaft zu überlassen.

2. Enthält die Teilungserklärung eine Öffnungsklausel zur Änderung des Kostenverteilungsschlüssels lediglich mit der Einschränkung der üblichen, angemessenen oder einfachen Kostenverteilung, ist ein Mehrheitsbeschluss über die Änderung nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung gerichtlich überprüfbar.

3. Es widerspricht angemessener Kostenverteilung, die erheblichen zusätzlichen Kosten einer aufwendigen rund um die Uhr Bewachung mit strenger Zugangskontrolle, die nach den räumlichen Gegebenheiten unmittelbar nur die Wohnungen betrifft, auch den Teileigentümern im Erdgeschoss aufzubürden, deren Zugänge direkt an der Straße liegen und unabhängig von dem bewachten Zugangssystem sind. Damit ist zugleich ein sachlicher Grund für die Nichtbeteiligung der Teileigentümer gegeben und die unbillige Benachteiligung der Wohnungseigentümer ausgeschlossen.

(KG, Beschluss vom 26. 7. 2004 – 24 W 31/03)

**Hinw. d. Red.:** Der Beschluss kann bis zum 31.10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 10, 14, 22 WEG – Aufzug im Hofbereich; bauliche Veränderung; Zustimmung des teilenden Eigentümers; Bindung des Sondernachfolgers

Verspricht der teilende Eigentümer dem Erwerber einer Ausbauwohnung im Dachgeschoss die Zustimmung zur Errichtung eines Aufzugs im Hofbereich im Kaufvertrag, nimmt die Gestattung aber nicht in den Kaufvertrag mit dem zweiten Wohnungserwerber auf, so muss zwar der teilende Eigentümer, nicht aber der Erwerber der zweiten Wohnung die Errichtung des Aufzuges dulden.

(KG, Beschluss vom 19. 7. 2004 – 24 W 318/02)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 23, 24 WEG – Eigentümerbeschluss; Fehlen eines Versammlungsprotokolls; Ladungsmangel

Weder die fehlende Angabe des Beschlussgegenstandes in der Einladung noch das Fehlen eines unterschriebenen Versammlungsprotokolls steht der Annahme entgegen, dass in der Wohnungseigentümerversammlung ein Mehrheitsbeschluss über die Kündigung des Verwaltervertrages zustande gekommen ist, der im Zweifel auch die Abberufung des Verwalters umfasst.

(KG, Beschluss vom 19. 7. 2004 – 24 W 45/04)

### § 25 WEG – Stimmrechtsvollmacht; beschränkter Personenkreis; Zurückweisung

Eigentümerbeschlüsse unterliegen nicht deshalb der Aufhebung wegen formeller Mängel der Beschlussfassung, weil

der Verwalter mit der Einladung Stimmrechtsvollmachten verschickt hat, ohne darauf hinzuweisen, dass nach der Teilungserklärung nur ein bestimmter Personenkreis bevollmächtigt werden darf, und ein Wohnungseigentümer in Unkenntnis der Teilungserklärung einen Dritten bevollmächtigt, der dann vom Verwalter von der Stimmabgabe ausgeschlossen wird.

(KG, Beschluss vom 26. 7. 2004 – 24 W 360/02)

**Hinw. d. Red.:** Der Beschluss kann bis zum 31.10.2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 21, 29 WEG – Haftpflichtversicherung für den Verwaltungsbeirat

Im Interesse der Gewinnung von Wohnungseigentümern für die Aufgaben des Verwaltungsbeirats widerspricht es regelmäßig nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, im Zusammenhang mit der konkreten Bestellung eines Verwaltungsbeirats als nähere Ausgestaltung des Beiratsvertrages den Abschluss einer Vermögensschadenshaftpflichtversicherung für den Beirat auf Kosten der Gemeinschaft zu beschließen.

(KG, Beschluss vom 19. 7. 2004 – 24 W 203/02)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### §§ 30, 22, 14 WEG; § 1 ErbbauVO – Wohnungserbbaurecht; bauliche Veränderungen

Der Wohnungserbbauberechtigte ist – ebenso wie ein Wohnungseigentümer – im Verhältnis zu den Mitberechtigten ohne deren Zustimmung zu beeinträchtigenden baulichen Umgestaltungen der gemeinschaftlichen Grundstücksfläche (Erbbaurechtsfläche) nicht befugt.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. 7. 2004 – I-3 Wx 190/04)

### § 2 AVBFernwärmeV – Anspruch des Fernwärmeunternehmens gegen die Wohnungseigentümer aus Energielieferungen

Ein konkludenter Vertragsschluss durch Entnahme von Energie kommt grundsätzlich nicht in Betracht, wenn bereits ein Vertragsverhältnis zwischen dem Versorgungsunternehmen und einem Dritten besteht, aufgrund dessen die Energielieferungen erbracht werden.

(BGH, Urteil vom 17. 3. 2004 – VIII ZR 95/03)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WM 2004, 354.

**KL-Mitteleiler:** RiOLG Schupp, Schleswig; VRiOLG Dr. Lassen, Hamburg; VRiKG Dr. Briesemeister, Berlin; Frau RiKG S. Kingreen, Berlin; RiOLG Dr. Schütz, Hünxe; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

## GuT-Einbanddecke

(Jahrgänge 2001–2003, Hefte 1–13)

(9,50 EUR zzgl. MwSt und Porto)

**Nachbestellung lieferbarer Einzelhefte**  
(je 1,50 EUR zzgl. 2,- EUR Versandpauschale zzgl. MwSt)

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn  
Telefax: 0228 / 47 09 54 · e-mail: info@prewest.de



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

# Wettbewerb

**§ 13 UWG; § 28 BDSG; § 2 UKlaG  
Wettbewerb; Verbandsklage; Verbraucherverband;  
Werbeschreiben; Datenschutz; Verbraucherschutz**

**1. Ein als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG anerkannter Verbraucherverband ist für eine Klage gegen ein Unternehmen, das in einem persönlich adressierten Werbeschreiben gegen die Pflicht verstößt, den Adressaten über sein Recht zum Widerspruch gegen die Verwendung seiner Daten zu belehren (§ 28 Abs. 4 S. 2 BDSG), nicht aktivlegitimiert. § 28 Abs. 4 S. 2 BDSG ist keine verbraucherschützende Norm i.S.d. § 2 Abs. 2 UKlaG.**

**2. Auch nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist keine Aktivlegitimation des Verbraucherverbandes gegeben. Bei einem Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG durch Verletzung von Normen außerhalb des UWG ist hierfür erforderlich, dass es sich wie bei § 2 UKlaG um verbraucherschützende Normen handelt.**

(OLG Hamburg, Urteil vom 9. 6. 2004 – 5 U 186/03)

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 5. ZS des OLG Hamburg

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31. 8. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

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

## § 1 UWG – Wettbewerb; Direktansprache am Arbeitsplatz

Es ist nicht wettbewerbswidrig, wenn ein Arbeitnehmer von einem Personalberater am Arbeitsplatz in einem zur ersten Kontaktaufnahme geführten Telefongespräch nach seinem Interesse an einer neuen Stelle befragt und diese kurz beschrieben wird.

Eine mit den guten Sitten im Wettbewerb nicht zu vereinbarende Störung des betrieblichen Arbeitsablaufs liegt vor, wenn sich der im Auftrag eines Wettbewerbers anrufende Personalberater bei einem solchen Gespräch darüber hinwegsetzt, daß der Arbeitnehmer daran kein Interesse hat, oder das Gespräch über eine knappe Stellenbeschreibung hinaus ausdehnt.

(BGH, Urteil vom 4. 3. 2004 – I ZR 221/01)

## § 1 UWG; §§ 1, 7 HWG – Barrabatt-Staffel bei Brillenkauf; Lauterkeit des Wettbewerbs

1. Die Ankündigung eines Barrabatts (hier: gestaffelt nach dem Lebensalter des Patienten) für den Kauf einer Brille verstößt gegen §§ 1, 7 HWG; die Brille (Fassung mit Gläsern) ist ein Medizinprodukt im Sinne des § 3 MedizinprodukteG (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1 a HWG).

Der Barrabatt gehört begrifflich zu den „Zuwendungen und sonstigen Leistungen“ (§ 7 HWG), durch die Neufassung des § 7 HWG ist frühere Verbotsausnahme (wegen § 1 Abs. 2 lit. b und c ZugabeVO) beseitigt worden.

2. Die Vorschrift des § 7 HWG hat eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion (§ 1 UWG).

(OLG Hamburg, Urteil vom 26. 2. 2004 – 3 U 142/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31.10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## § 3 UWG – Wettbewerb; Größter Online-Dienst

Zu den Voraussetzungen, unter denen Allein- und Spitzenstellungsberühmungen eines Online-Dienstes irreführend sind.

(BGH, Urteil vom 17. 6. 2004 – I ZR 284/01)

## § 3 ZPO – Abschreckender Streitwert; urheberrechtsverletzende Nutzung von Stadtplanausschnitten

Bei der Festsetzung des Streitwerts urheberrechtlicher Ansprüche kann auch der Gesichtspunkt einer wirkungsvollen Abschreckung künftiger gleichartiger Rechtsverstöße angemessen berücksichtigt werden.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 10. 3. 2004 – 5 W 3/04)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## Art. 5, 12 GG; § 1 UWG; § 6 BORA; § 43a BRAO – Wettbewerb; Anwaltskanzlei im Internet; sachliche Werbung; Sammelklage als Thematisierung der Werbung

1. Stellt sich eine Anwaltskanzlei im Internet als Spezialist für den Aktionärsschutz, insbesondere für Aktionäre eines bestimmten Unternehmens dar, handelt es sich um berufsbezogene Werbung im Sinne des § 43 b BRAO. Das Gebot der sachlichen Werbung wird weder durch die dabei geäußerte engagiert-informative Unternehmenskritik wegen des Kursverlustes der Aktien missachtet, noch im Hinblick auf die Vorbereitung eines Sammelverfahrens, zu dem ein sog. Erfassungsformular heruntergeladen werden kann.

2. Allein die direkte Thematisierung einer möglichen Sammelklage von Aktionären eines bestimmten Unternehmens im Internet ist noch keine auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtete Werbung.

(OLG Hamburg, Urteil vom 26. 2. 2004 – 3 U 82/02)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31.10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## § 13 UWG; § 1004 BGB – Wettbewerbsverhältnis des Rechtsanwalts zu Diensteanbietern

1. Ein Rechtsanwalt steht zu einem Netzbetreiber, der Dritten sog. Mehrwertdienste-Rufnummern anbietet, in keinem Wettbewerbsverhältnis. Ihm fehlt für die Geltendmachung eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs die Klagebefugnis.

2. Aus der sog. Störerhaftung ergibt sich nichts anderes, wenn die Rufnummern an einen sog. Re-Seller und von dort an einen (unbekannt gebliebenen) Telefax-Abrufdiensteanbieter weiter vermittelt werden und dieser Anbieter unaufgefordert auf anderem Wege Faxwerbeschreiben versendet für Telefax-Informationsbroschüren (u. a. mit juristischen Themen), die über die vermittelten Rufnummern abgerufen werden können. Zwischen jenem Anbieter und einem Rechtsanwalt besteht ebenfalls kein Wettbewerbsverhältnis.

(OLG Hamburg, Urteil vom 29. 4. 2004 – 3 U 204/03)

**Hinw. d. Red.:** Das Urteil kann bis zum 31.10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

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

# Besteuerung

**§ 370 AO; Art. 20 GG**  
**Vermietung, Verpachtung;**  
**Einkünfte aus Gewerbebetrieb; Steuerhinterziehung;**  
**(unechte) Betriebsaufspaltung; Strohmännverhältnis;**  
**strafverfahrensbeendende Absprachen**

**Der Tatrichter im Steuerstrafverfahren hat im Blick auf die steuerrechtlichen Vorschriften den Sachverhalt so zu ermitteln und im Urteil darzustellen, dass deutlich wird, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung oder zu einem ungerechtfertigten Steuervorteil geführt hat.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 9. 6. 2004 – 5 StR 579/03)

**Aus den Gründen:** Das Landgericht [München I] hat den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Der Schuldspruch umfaßt Einkommen-, Gewerbe-, Umsatz- und Körperschaftsteuerhinterziehungen in den Jahren 1993 bis 1996 in Höhe von insgesamt 8,9 Mio. DM, die dem Angeklagten als Geschäftsführer einer GmbH zur Last gelegt werden. Die Revision des Angeklagten, die auf die Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützt wird, hat mit der Sachrüge Erfolg.

I. Dem Urteil sind folgende Feststellungen zu entnehmen:

1. Der Angeklagte kaufte 1977 in München ein Grundstück für 500 000 DM, auf dem in der Folgezeit eine Tennisanlage mit Betriebsgebäuden errichtet wurde. Betreiber der Anlage war die T. GmbH, die das Grundstück seit dem 1. Januar 1979 vom Angeklagten gepachtet hatte. Der Angeklagte war Alleingeschäftsführer der GmbH; er bestimmte bis 1998 die Geschäftsabläufe. Im Handelsregister eingetragener Mehrheitsgesellschafter der T. GmbH war in den Jahren 1993 bis 1996 der Stiefvater des Angeklagten; über weitere Gesellschaftsverhältnisse sind keine Feststellungen getroffen.

Am 29. März 1993 veräußerte der Angeklagte das Grundstück an die B. AG für 15 Mio. DM; diese zahlte den Kaufpreis in zwei Tranchen am 3. Mai 1993. Auflassung und Eintragung der Käuferin in das Grundbuch erfolgten noch im ersten Halbjahr 1993; die Bank bilanzierte dementsprechend das Grundstück Ende 1993 in ihrem Anlagevermögen. Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahr gingen indes erst zum 1. Oktober 1994 auf die Käuferin über. Beginnend mit diesem Zeitpunkt pachtete nunmehr der Angeklagte das Grundstück von der B. AG und verpachtete es weiterhin an die von ihm bis 1998 geführte GmbH.

2. Steuerlich behandelte der Angeklagte in seinen für die Jahre 1993 bis 1996 abgegebenen Einkommensteuererklärungen die regelmäßigen Einnahmen aus dem Pachtvertrag mit der GmbH über das Grundstück als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Dementsprechend erfolgte die Veranlagung durch das Wohnsitzfinanzamt. Den Erlös aus der Veräußerung des Grundstücks an die B. AG behandelte der Angeklagte nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe als steuerfreie Verschiebung in der privaten Vermögenssphäre. Nach den Feststellungen wollte der Angeklagte „durch die von ihm gewählte Gesellschaftskonstruktion erreichen, daß die von ihm durch die entgeltliche Überlassung des Grundstücks an die T. GmbH erzielten Einnahmen als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung qualifiziert werden und nicht als Einkünfte aus Gewerbebetrieb“.

3. Darüber hinaus veranlaßte der Angeklagte für die GmbH in den Jahren 1994 bis 1996, daß Erlöse aus dem Restaurant-

betrieb, der zur Tennisanlage gehörte, nicht verbucht wurden. Die dadurch verschwiegenen Einnahmen wurden in der Folge weder in den Umsatzsteuererklärungen noch in den Gewerbe- und Körperschaftsteuererklärungen der GmbH für die betreffenden Jahre erfaßt. Auch erklärte der Angeklagte die von ihm vereinnahmten Beträge nicht in seinen eigenen Einkommensteuererklärungen.

4. Den Schuldspruch wegen Steuerhinterziehung in acht Fällen gründet das Landgericht auf folgende Erwägungen:

a) Der Angeklagte sei faktisch Mehrheitsgesellschafter der GmbH gewesen. Er allein habe entscheidenden Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft gehabt und habe „schalten und walten“ können, „wie es ihm beliebte“. Der „offizielle Mehrheitsgesellschafter“ der GmbH, der Stiefvater des Angeklagten, habe lediglich als Strohmänn die Anteile an der GmbH in den Jahren 1993 bis 1996 für den Angeklagten gehalten. Dies sei den Finanzbehörden nicht bekannt gewesen, so daß die tatsächlich vorliegende Betriebsaufspaltung dem Finanzamt gegenüber verschleiert worden sei. Steuerlich führe dies entsprechend dem Bericht nach Fahndungsprüfung einerseits bei der Einkommensteuer des Angeklagten für 1993 bis 1996 zu Mehreinkünften aus Gewerbebetrieb und aus Kapitalvermögen sowie zur entsprechenden Gewerbesteuerpflicht sämtlicher Einnahmen einschließlich des Veräußerungsgewinns aus dem Verkauf des Grundstücks. Andererseits seien dadurch bei der GmbH für die Jahre 1994 bis 1996 Körperschaft- und Gewerbesteuern hinterzogen worden. Die vom Angeklagten vereinnahmten Mehrerlöse aus dem Restaurantbetrieb seien als verdeckte Gewinnausschüttungen zu behandeln.

b) Grundlage für die Annahme einer steuerlich wirksamen Betriebsaufspaltung ist für das Landgericht das „glaubhafte Geständnis“ des Angeklagten. Dieser hatte zu Beginn der Hauptverhandlung eine – nach sieben Wochen in Untersuchungshaft verfaßte und nunmehr mit Einschränkungen versehene – Erklärung durch seine Verteidiger verlesen lassen, in der er ausführte, ihm sei klar gewesen, „daß die Betriebsgesellschaft vom Eigentümer des Grundstücks unabhängig sein mußte, damit keine Gewerbesteuern anfallen. Deshalb sei er auch nicht offizieller Gesellschafter des Ts. GmbH gewesen, habe aber tatsächlich die Geschicke der GmbH umfassend bestimmt, worüber er das Finanzamt bei seinen Steuererklärungen im Unklaren gelassen und billigend in Kauf genommen habe, Gewerbesteuern zu sparen.“

Diese Erklärung hat das Landgericht lediglich in tatsächlicher Hinsicht dahin überprüft, ob anlässlich der Betriebsprüfung für die Jahre 1985 bis 1987 der Sachverhalt der Außenprüferin gegenüber offengelegt worden war, sowie in rechtlicher Hinsicht, ob der Veräußerungsgewinn aus dem Verkauf des Grundstücks im Jahr 1993 oder 1994 zu erfassen und inwieweit mit diesem Vorgang etwa eine Betriebsaufgabe gemäß § 16 EStG verbunden war. Mit den steuerrechtlichen Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung hat sich das Landgericht nicht auseinandergesetzt.

5. Nach Erlass des hier angefochtenen Urteils hat der Bundesfinanzhof auf Nichtzulassungsbeschwerde des Angeklagten die entsprechende, denselben Sachverhalt betreffende Entscheidung des Finanzgerichts München (Urteil vom 19. März 2003, 9 K 715/02) aufgehoben und die Sache durch Beschluß vom 2. März 2004 (III B 114/03) an das Finanzgericht zurückverwiesen.

II. Der Schuldspruch hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Feststellungen lassen nicht erkennen, auf welchen steuerrechtlichen Grundlagen der Tatrichter zu dem Schluß gelangt ist, bei der vom Angeklagten gewählten rechtlichen Gestaltung handele es sich um eine Betriebsaufspaltung.

1. Die Rechtsanwendung zur Ausfüllung der strafrechtlichen Blankettnorm des § 370 Abs. 1 AO ist Aufgabe des Strafrichters. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Tatrichter im Blick auf die steuerrechtlichen Vorschriften den Sachverhalt so zu ermitteln und im Urteil darzustellen, daß deutlich wird, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung oder zu einem ungerechtfertigten Steuervorteil geführt hat. Die vom Gericht vorzunehmende Rechtsanwendung kann nicht dadurch ersetzt werden, daß auf Betriebs- oder Fahndungsprüfungsberichte und diesen zugrundeliegende steuerrechtliche Beurteilungen der Finanzverwaltung verwiesen oder zurückgegriffen wird (BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 5, 9; vgl. auch Harms NSTZ-RR 1998, 97 f., Harms/Jäger NSTZ-RR 2000, 129; NSTZ 2001, 181 jeweils m. N.; Harms in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 451). Die Ermittlung und Darstellung des steuerlich relevanten Sachverhalts sowie die daraus sich ergebende steuerrechtliche Beurteilung kann auch nicht durch den Verweis auf ein Geständnis des Angeklagten ersetzt werden. Lediglich die Darstellung der Berechnung der hinterzogenen Steuern kann als Teil der Rechtsanwendung dann verkürzt und ergebnisbezogen erfolgen, wenn der Angeklagte geständig und zudem sachkundig genug ist, die steuerlichen Auswirkungen seines Verhaltens zu erkennen (BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 2, 4, 8 und BGH wistra 2001, 22; Harms a. a. O. S. 455). Fehlt in einem Urteil die Angabe der beweisheblichen Tatsachen oder ist im Rahmen der Beweiswürdigung nicht dargelegt, wie der Tatrichter die Bemessungsgrundlagen selbst ermittelt hat, ist das Urteil lückenhaft und muß bereits auf die Sachrüge hin vom Revisionsgericht aufgehoben werden (vgl. Harms a. a. O. m. w. N.).

2. Gemessen daran kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

a) Das Landgericht hat die rechtlichen Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung, aus der es die steuerstrafrechtlichen Folgen ableitet, nicht dargelegt. Infolgedessen fehlt es an jeglichem Subsumtionsvorgang, mit dem die – im übrigen über das gesamte Urteil verstreuten – Feststellungen den rechtlichen Merkmalen zugeordnet werden, die das Landgericht gesellschaftsrechtlich und steuerrechtlich für relevant erachtet. Auf dieser Grundlage ist eine revisionsgerichtliche Nachprüfung nicht möglich, ob der Tatrichter von zutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.

b) Selbst wenn man unter Bedacht auf den Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe unterstellt, daß das Landgericht offenbar eine (unechte) Betriebsaufspaltung angenommen hat, bei der der erforderliche einheitliche geschäftliche Betätigungswille im Betriebs- und im Besitzunternehmen durch faktische Beherrschung gewährleistet ist (vgl. dazu: Schmidt, EStG 23. Aufl. § 15 Rdn. 802, 820, 825, 836 ff.), fehlt es dazu an nachprüfaren Feststellungen. So wird lediglich mitgeteilt, der Stiefvater des Angeklagten sei als Mehrheitsgesellschafter „Strohmann“ für den Angeklagten gewesen. Wer im übrigen Gesellschafter der GmbH war und welche vertraglichen Vereinbarungen dem zugrunde lagen, wird ebenso verschwiegen, wie es auch an der Darstellung fehlt, inwieweit zwischen dem Angeklagten und seinem Stiefvater ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis bestand, das den Begriff der „Beherrschung“ rechtfertigen könnte. Dies aber wäre erforderlich gewesen, weil nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs eine Betriebsaufspaltung durch tatsächliche Beherrschung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt. Wirtschaftlicher Druck aufgrund schuldrechtlicher Beziehungen reicht hierfür regelmäßig ebensowenig aus wie der Umstand, daß durch eine Person de facto jahrelang alle Entscheidungen in der Gesellschaft konfliktfrei im Sinne eben dieser Person getroffen worden sind (BFH BStBl II 2002, 771, 773; BFH/NV 2002, 777 f. m. w. N.). Es bedarf vielmehr für

die Annahme einer faktischen Beherrschung weiterer Umstände im Einzelfall, etwa der Feststellung, daß der Angeklagte in der Lage gewesen wäre, der Gesellschaft ihre wesentlichen unverzichtbaren Betriebsgrundlagen ohne weiteres zu entziehen (vgl. BFH BStBl II 2002, 771, 773). Der allgemeine Hinweis, der Angeklagte habe entscheidenden Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft gehabt und habe „schalten und walten können, wie es ihm beliebt“, reicht dafür nicht aus, zumal er in den Jahren seit 1978 alleiniger Geschäftsführer der GmbH war.

c) Auch der Hinweis, der Stiefvater des Angeklagten habe als Mehrheitsgesellschafter die Anteile als „Strohmann“ für den Angeklagten gehalten, führt nicht weiter.

Der Bundesfinanzhof hat in seinem denselben Sachverhalt betreffenden Beschluß vom 2. März 2004 (III B 114/03) dazu ausgeführt:

„Der Begriff ‚Strohmannverhältnis‘ wird mit unterschiedlichen Bedeutungen und Rechtsfolgen verwendet. Tritt jemand im Rechtsverkehr im eigenen Namen, aber im Innenverhältnis für einen anderen auf, treffen in der Regel den ‚Strohmann‘ zivilrechtlich und steuerrechtlich die Folgen aus den von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften, es sei denn, es handelt sich um ein nach § 41 Abs. 2 AO 1977 unwirksames Scheingeschäft (vgl. Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 8. Januar 1987 3 K 340/86, Entscheidungen der Finanzgerichte – EFG – 1987, 332, rechtskräftig, zur Strohmänngründung einer GmbH; BFH-Urteil vom 12. Juli 1991 III R 47/88, BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143, unter 2., zur Strohmänngründung einer KG; BFH-Beschluß vom 31. Januar 2002 V B 108/01, BFHE 198, 208, BFH/NV 2002, 835, zum Strohmänngeschäft bei der Umsatzsteuer).

Mit Strohmännverhältnissen werden aber auch sogenannte verdeckte Treuhandverhältnisse bezeichnet. Wird ein GmbH-Anteil nur treuhänderisch gehalten, hat dies bei einer wirksamen Treuhandvereinbarung zur Folge, daß der Treugeber nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO 1977 wirtschaftlicher Eigentümer der GmbH-Anteile ist (Hessisches FG vom 8. Februar 1993 – 4 K 6216/91, EFG 1994, 397, rechtskräftig; FG Münster vom 18. Dezember 2001 15 K 8610/98 E, EFG 2002, 301, rechtskräftig, mit Anmerkung von Fumi).

Ein zur abweichenden Zurechnung führendes (verdecktes) Treuhandverhältnis ist aber nur wirksam, wenn es eindeutig vereinbart und nachweisbar ist (BFH-Urteile vom 15. Juli 1997 VIII R 56/93, BFHE 183, 518, BStBl II 1998, 152; vom 20. Januar 1999 I R 69/97, BFHE 188, 254, Deutsches Steuerrecht – DStR – 1999, 973; vom 28. Februar 2001 I R 12/00, BFHE 194, 320, BStBl II 2001, 468, 470). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) ist überdies eine Treuhandabrede über einen Geschäftsanteil, die nach Gründung der GmbH vereinbart wird, zivilrechtlich nur wirksam, wenn sie notariell beurkundet wird. Nur der vor Beurkundung des Gesellschaftsvertrags geschlossene Treuhandvertrag unterliegt nicht dem Formzwang des § 15 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (BGH, Urt. vom 19. April 1999 – II ZR 365/97; BGHZ 141, 208, DStR 1999, 861).“

Mit diesen, auch im Steuerstrafverfahren zu beachtenden Grundsätzen hat sich das Landgericht nicht befaßt, so daß auch insoweit keine nachprüfaren Feststellungen getroffen worden sind. Dazu hätte das Landgericht – abgesehen von seiner ohnehin bestehenden Pflicht zur umfassenden Aufklärung des Sachverhalts – umso mehr Veranlassung gehabt, als der nicht in das Strafverfahren involvierte langjährige Steuerberater des Angeklagten als Zeuge in der Hauptverhandlung dabei blieb, die steuerliche Gestaltung sei unbedenklich, der Stiefvater des Angeklagten sei „echter Gesellschafter“ gewesen und habe „seine Rechte“ wahrgenommen. Insoweit wird es auch einer sorgfältigen Überprüfung der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen durch den neuen Tatrichter bedürfen (vgl. BGH NJW 2003, 1821, 1822 f.). Im übrigen wird im Hinblick auf

das beim Finanzgericht anhängige Verfahren auch die Möglichkeit einer Aussetzung nach § 396 AO in Betracht zu ziehen sein.

III. Da die Revision bereits mit der Sachrüge Erfolg hat, kommt es auf die vom Angeklagten erhobene Verfahrensrüge, die Grundsätze des fairen Verfahrens seien verletzt, nicht mehr an. Dennoch sieht der Senat Veranlassung zu folgenden Anmerkungen:

1. Der Angeklagte hat in der Hauptverhandlung eine Erklärung durch seine Verteidiger verlesen lassen, die das Landgericht als „Geständnis“ gewertet hat. Diesem „Geständnis“, das der Angeklagte – wie im Urteil ausdrücklich mitgeteilt – erkennbar nur äußerst ungern abgelegt hat, war folgendes vorgegangen: Nach Anklageerhebung und Eröffnungsbeschluss Ende 2002 hatten zwischen dem damaligen Verteidiger und Mitgliedern der Strafkammer erste Gespräche über mögliche Rechtsfolgen im Falle einer Verurteilung stattgefunden. Dabei wurde eine Bewährungsstrafe erörtert, indes nicht in Aussicht gestellt, andererseits darauf hingewiesen, daß nach Durchführung einer Beweisaufnahme ohne Geständnis und ohne vollständige Schadenswiedergutmachung eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Jahren möglich sei und der Spruchpraxis der Strafkammer entspreche. Im ersten in dieser Sache durchgeführten Hauptverhandlungstermin am 4. Februar 2003 wurde dem Angeklagten seitens der Strafkammer nunmehr angeboten, bei Geständnis und vollständiger Schadenswiedergutmachung eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren mit Bewährung zu verhängen.

Da der Angeklagte im Hinblick auf die beim Finanzgericht München anhängige Klage gegen die entsprechenden Steuerbescheide das ihm angesonene Geständnis nicht abgeben wollte, wurde die Hauptverhandlung zunächst ausgesetzt, um das Finanzgerichtsverfahren abzuwarten. Nachdem das Finanzgericht München durch Urteil vom 19. März 2003 die Klage abgewiesen hatte, erließ die Strafkammer am 25. März 2003 Haftbefehl gegen den (nicht vorbestraften) Angeklagten. Dieser befand sich in der Zeit vom 31. März 2003 bis 21. Mai 2003 in Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt München-Stadelheim. Die Aussetzung des Vollzugs erfolgte am 21. Mai 2003 durch das Oberlandesgericht München, nachdem der Angeklagte eine von seinem Verteidiger formulierte Erklärung vom 19. Mai 2003 vorgelegt hatte, die im wesentlichen seinem oben wiedergegebenen „Geständnis“ in der zweiten Hauptverhandlung entsprach.

Sowohl im Haftbeschwerdeverfahren als auch in der dienstlichen Stellungnahme zur Verfahrensrüge hat der Vorsitzende der erkennenden Strafkammer bestätigt, das Angebot von zwei Jahren Freiheitsstrafe mit Bewährung im Hinblick auf das zeitnah abgeschlossene, entsprechend beendete spektakuläre Steuerstrafverfahren gegen Boris Becker gemacht zu haben; indes sei bei fehlendem Geständnis eine Straferwartung von sechs Jahren Freiheitsstrafe nach der langjährigen Spruchpraxis der Strafkammer realistisch gewesen. Die Gründe des angefochtenen Urteils enthalten zu diesen Verfahrensvorgängen und zum Zustandekommen des „Geständnisses“ nichts.

2. Das Verhalten eines Gerichts, wie es hier erkennbar wird, ist mit dem rechtsstaatlichen Gebot, dem Angeklagten ein faires Verfahren zu garantieren, nur schwerlich zu vereinbaren. Zwar sind mittlerweile die dem deutschen Strafprozeß an sich fremden einverständlichen verfahrensbeendenden Absprachen Bestandteile des Strafverfahrens geworden; „deals“ gehören zur täglichen Praxis der Strafgerichte. Sie sind indes nur dann hinnehmbar, wenn sie im Rahmen eines geordneten Strafverfahrens mit Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligten unter Wahrung ihrer prozessualen Rechte bei hinreichender Beachtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes erfolgen (vgl. BGHSt 43, 195 ff.; BGH NJW 2004, 1396, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Wahrung der freien Willensentschließung des Angeklag-

ten (BGHSt 43, 195, 204). Nach ständiger Rechtsprechung darf deshalb im Rahmen von Verständigungsgesprächen nicht mit einer überhöhten Strafe gedroht werden oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils der Angeklagte zu einem Geständnis gedrängt werden (BGHSt a. a. O.).

Entsprechend diesen Grundsätzen dürfen die vom Gericht ernsthaft aufgezeigten Straf Grenzen nicht so weit auseinanderfallen, daß die Willensfreiheit des Angeklagten ungebührlich beeinträchtigt wird. Die Differenz zwischen zwei Jahren Freiheitsstrafe mit Aussetzung zur Bewährung und sechs Jahren Freiheitsstrafe ist nicht mehr mit der strafmildernden Wirkung von Geständnis und Schadenswiedergutmachung im Rahmen schuldangemessenen Strafens zu erklären (vgl. BGH StV 2002, 637, 639; Salditt StraFo 2003, 98). Dieses Vorgehen kann nur noch als massives Druckmittel zur Erwirkung eines verfahrensverkürzenden Geständnisses verstanden werden; die kaum nachvollziehbare Untersuchungshaftanordnung und -vollstreckung im vorliegenden Fall verstärkt diesen Eindruck (vgl. zum unangemessenen Einsatz von Untersuchungshaftvollzug bei Verständigungen BGH, Beschl. vom 20. April 2004 – 5 StR 11/04). Ein solches Verhalten ist rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### BMF-Schreiben vom 13. Juli 2004 (IV B 7 – S 7270 – 3/04), BStBl I S. 628

#### Merkblatt zur Umsatzbesteuerung in der Bauwirtschaft (USt M 2)

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird das „Merkblatt zur Umsatzbesteuerung in der Bauwirtschaft“ nach dem Stand Juli 2004 herausgegeben (Anlage). [vom Abdruck wird abgesehen]

Dieses Schreiben nebst Anlage steht ab sofort für eine Übergangszeit auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Umsatzsteuer – (<http://www.bundesfinanzministerium.de/Umsatzsteuer-.478.htm>) zum Download bereit.

### Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Steuerrecht etc.

#### § 4 EStG; § 22 UStG; § 147 AO – Aufzeichnungspflichten des Gewerbetreibenden

1. Auch nicht buchführungspflichtige Gewerbetreibende sind verpflichtet, ihre Betriebseinnahmen gemäß § 22 UStG i. V. m. §§ 63 bis 68 UStDV einzeln aufzuzeichnen.

2. Im Taxigewerbe erstellte Schichtzettel sind gemäß § 147 Abs. 1 AO 1977 aufzubewahren. Sie genügen den sich aus der Einzelaufzeichnungspflicht ergebenden Mindestanforderungen.

(BFH, Urteil vom 26. 2. 2004 – XI R 25/02)

Vorinstanz: FG Münster (EFG 2003, 45)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 599 –

#### § 4 EStG – Rechtsanwalt; Bewirtungskosten

Rechtsanwälte können die nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EStG erforderlichen Angaben zu Teilnehmern und Anlass einer Bewirtung in der Regel nicht unter Berufung auf die anwaltliche Schweigepflicht verweigern.

(BFH, Urteil vom 26. 2. 2004 – IV R 50/01)

Vorinstanz: FG München (EFG 2001, 1542)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 502 –



## §§ 7, 9 EStG – AfaA wegen wohnungseigentumsrechtlicher Nutzungsuntersagung

Wird im Verfahren nach dem WEG die Nutzung von erworbenen Gebäudeteilen als Wohnung untersagt, rechtfertigt dies keine AfaA, wenn sich darin ein dem Kaufobjekt von vornherein anhaftender Mangel zeigt und die Parteien des Kaufvertrages die Gewährleistung hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeiten der Sache ausgeschlossen haben.

(BFH, Urteil vom 14.1.2004 – IX R 30/02)

Vorinstanz: FG München (EFG 2002, 1159)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 592 –

## §§ 13, 15 EStG – Landwirtschaft; Eheleute in Mitunternehmerschaft; Pachtflächen

1. Von einer Mitunternehmerschaft zwischen Ehegatten in der Landwirtschaft ist auch dann auszugehen, wenn weder ein ausdrücklicher Gesellschaftsvertrag noch ein der Personengesellschaft wirtschaftlich vergleichbares Gemeinschaftsverhältnis vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn der land- und forstwirtschaftliche Grundbesitz entweder den Eheleuten gemeinsam oder ein erheblicher Teil des land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes jedem Ehegatten zu Alleineigentum oder Miteigentum gehört, die Eheleute in dem gemeinsamen Betrieb mitarbeiten und keine anzuerkennenden abweichenden Vereinbarungen über die Nutzung der Wirtschaftsgüter bestehen (ständige Rechtsprechung seit Urteil vom 30. Juni 1983 IV R 206/80, BFHE 138, 561, BStBl II 1983, 636).

2. Pachtflächen sind nicht geeignet, eine Ehegatten-Mitunternehmerschaft ohne ausdrücklichen Gesellschaftsvertrag zu begründen (Fortführung der Grundsätze des Senatsurteils vom 7. Oktober 1982 IV R 186/79, BFHE 136, 537, BStBl II 1983, 73).

(BFH, Urteil vom 22.1.2004 – IV R 44/02)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG (EFG 2002, 171)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 500 –

## §§ 8, 12 GewStG 1991 – Grundstücksvermietung an den Deponiebetreiber; Verfüllrecht als Wirtschaftsgut

Räumt ein Grundstückseigentümer einem Unternehmen zum Betrieb einer Deponie gegen Entgelt das Recht ein, das betreffende Grundstück mit Abfall zu verfüllen, wird das Grundstück und nicht ein vom Grund und Boden verselbständigtes Wirtschaftsgut „Auffüllrecht“ vermietet oder verpachtet, weshalb eine Hinzurechnung der gezahlten Beträge zum Gewinn des Deponiebetreibers aus Gewerbebetrieb und des Teilwerts des Verfüllrechts zum Einheitswert des Betriebsvermögens nach § 8 Nr. 7 Satz 1, § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 GewStG 1991 ausscheidet.

(BFH, Urteil vom 17.12.2003 – I R 99/01)

Vorinstanz: FG Köln (EFG 2002, 45)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 519 –

## §§ 28, 29, 31, 33 GewStG a. F. – Tagesgeschäfte im Kfz-Leasingunternehmen; Begriff Arbeitslohn

1. Zu den Geschäften, die der gewöhnliche Betrieb eines Kfz-Leasingunternehmens mit sich bringt (Tagesgeschäft), gehören nicht nur Anschaffung und Verleasung der Kfz, sondern auch die Beschaffung der notwendigen Refinanzierungsmittel.

2. Der Begriff der Arbeitslöhne für die Zerlegung des Gewerbesteuermessbetrags bestimmt sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten.

(BFH, Urteil vom 12.2.2004 – IV R 29/02)

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches FG (EFG 2002, 932)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 602 –

## §§ 2, 3 InvZulG 1996 – Investitionszulage; Vermietung des begünstigten Wirtschaftsguts

Der Anspruch auf Investitionszulage entfällt, wenn der Investor die begünstigten Wirtschaftsgüter längerfristig einem Betrieb zur Nutzung überlässt, der zu einer von der Zulagenförderung ausgeschlossenen Branche gehört.

(BFH, Urteil vom 19.2.2004 – III R 14/02)

Vorinstanz: FG des Landes Brandenburg (EFG 2002, 1112)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 570 –

# Magazin

## Politik und Recht

### Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 5. Juli 2004 eingegangenen Antworten der Bundesregierung (BT-Drs.15/3577)

31. Abgeordneter Stefan Müller (Erlangen) (CDU/CSU)

Beabsichtigt die Bundesregierung die **Einführung** von sogenannten **Immobilien-Investment-AGs**, z. B. vergleichbar mit US-amerikanischen Real Estate Investment Trusts, in Deutschland, und wie bewertet sie die Vorschläge der Initiative Finanzstandort Deutschland, zum Thema die „Einführung einer Immobilien-Invest-AG“ (Quelle: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 4/2004, S. 25/195)?

Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Dr. Barbara Hendricks vom 6. Juli 2004

Das Bundesministerium der Finanzen hat einen Forschungsauftrag „Staatliche Rahmenbedingungen für neue Assetklassen im internationalen Vergleich – Private Equity und REITs“ vergeben. In diesem soll untersucht werden, ob

sich in Deutschland die Schaffung einer neuen Form der indirekten Anlage in Immobilien nach dem Vorbild der US-amerikanischen Real Estate Investment Trusts (REITs) und vergleichbarer Regelungen, z. B. in Frankreich, empfiehlt. Zugleich hat das Bundesministerium der Finanzen eine Projektarbeitsgruppe zur Prüfung aller Voraussetzungen und Auswirkungen der Einführung REITs-ähnlicher Strukturen in Deutschland eingerichtet. Die Projektarbeitsgruppe wird ihren Abschlussbericht voraussichtlich Ende 2004 vorlegen. Erst danach wird die Bundesregierung entscheiden, ob sie ein Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung einer REITs-ähnlichen Anlageform in Deutschland einleiten wird.

Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland (IFD) zum Thema die „Einführung einer Immobilien-Invest-AG“ werden derzeit neben anderen in der Diskussion befindlichen Vorschlägen von der genannten Projektarbeitsgruppe geprüft. Die Bundesregierung kann eine Bewertung der IFD-Vorschläge erst nach Abschluss der Arbeiten der Projektarbeitsgruppe, d. h. voraussichtlich zu Beginn des Jahres 2005, vornehmen.

41. Abgeordneter Dr. Egon Jüttner (CDU/CSU)

In welchem Zeitraum sowie in welcher organisatorischen und inhaltlichen Ausgestaltung beabsichtigt die Bundesregierung die **Umsetzung** der EU-Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (**Energiepass**)?

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Gerd Andres vom 9. Juli 2004

Die Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden muss bis zum 4. Januar 2006 umgesetzt werden. Über die Ausgestaltung der Umsetzung hat die Bundesregierung noch keinen Beschluss gefasst.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 18. 6. 2004**

**Abrisskündigung gesetzlich regeln  
Leerstand als Kündigungsgrund für Abrisswohnungen  
bedarf der gesetzlichen Regelung**

Anlässlich der heutigen ersten Lesung des Gesetzentwurfes des Bundesrates zur Einführung des Leerstandes als Kündigungsgrund für Abrisswohnungen in das Mietrecht erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Verkehr, Bau- und Wohnungswesen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dirk Fischer MdB, und der zuständige Berichterstatter, Henry Nitzsche MdB:

Leerstand als Kündigungsgrund für Abrisswohnungen bedarf der gesetzlichen Regelung. Die ablehnende Haltung der rot-grünen Bundesregierung ist enttäuschend. Minister Stolpe spricht zwar regelmäßig über die großen Herausforderungen, die mit dem Stadtumbau verbunden sind, zieht aber nicht die richtigen Konsequenzen daraus. Über eine Million Leerstandswohnungen in den neuen Ländern erfordern zwingend staatliches Handeln. Die bisherigen Bemühungen reichen nicht aus.

Die Folgen des Bevölkerungsrückgangs in ostdeutschen Städten, aber inzwischen auch in Teilen Westdeutschlands, sind unübersehbar. Der Stadtumbau-West steht dabei erst in den Anfängen. Die gewonnenen Erkenntnisse aus dem schleppend begonnenen Stadtumbau-Ost sollten genutzt werden, damit der Stadtumbau-West schneller greifen kann. Neben den planungsrechtlichen Instrumenten und der finanziellen Förderung durch den Bund muss auch das Mietrecht an diese neuen Herausforderungen angepasst werden.

Die Umsetzung städtebaulicher Konzepte der Kommunen erfordert die Verfügbarkeit der einzelnen Gebäude für die Eigentümer. Der Wohnungsleerstand verteilt sich jedoch auf ganze Städte oder Stadtteile gleich den Löchern eines Schweizer Käses. Die derzeitige Gesetzeslage bringt den Mieter in eine Position, die es dem Vermieter oft unmöglich macht, den Mietvertrag einvernehmlich zu beenden. Der erforderliche und gesellschaftlich gewünschte Stadtumbauprozess wird dadurch erschwert, in einigen Fällen fast unmöglich. Dieser Missstand muss mit behoben werden.

Die Leerstandskündigung soll gesetzlich geregelt werden. Durch die eng formulierten Voraussetzungen bleibt der Mieterschutz gewahrt. Der Vermieter muss vergleichbaren und verfügbaren Wohnraum als Alternative nachweisen, das Gebäude muss bereits überwiegend leer stehen und die Gemeinde muss ein entsprechendes städtebauliches Konzept, das Rückbaumaßnahmen vorsieht, beschlossen haben.

Die rot-grüne Bundesregierung bemerkt richtig, dass die Rechtssprechung bereits die Abrisskündigung bejaht, sie ist damit jedoch nicht als gesicherte Rechtslage zu betrachten. Die Schlussfolgerung kann dann daher nur sein, dies einfach und für alle erkennbar im Mietrecht unmittelbar zu regeln. So würde mehr Rechts- und Planungssicherheit sowohl für den Mieter als auch für den Vermieter geschaffen werden. Rot-Grün darf sich nicht auf einen falsch ausgelegten und polemisierten Mieterschutz versteifen. Wir fordern eine objektive Debatte des Gesetzentwurfes im Deutschen Bundestag ein.

**Hinw. d. Red.:** Vgl. dazu kurzen Bericht in WM 2004, 454.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 14. 7. 2004**

**Rot-Grün konterkariert die kommunale Graffiti-Bekämpfung**

**Mit dieser Bundestagsmehrheit sind keine Fortschritte zu erzielen**

Zu den Folgen der Verzögerung einer wirksamen Strafrechtsänderung zur Einschränkung des Graffitiwesens durch die rot-grüne Bundesregierung erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Seit Jahren verzögert die Koalition eine Verbesserung der Rechtslage in der Graffiti-Bekämpfung. Dabei betragen die direkten Kosten zur Beseitigung von Graffiti-Schmierereien allein für die Städte und Gemeinden jährlich weit über 200 Mio. Euro, wobei die belassenen Schäden nicht eingerechnet sind.

Einzelne organisierte Gruppen vermarkten ihre Graffiti-Bildbände und Videofilme. In dieser Szene werden Claims abgesteckt. Ihre Kämpfe werden immer gewalttätiger. Allein in Berlin sind 3000 bis 4500 Sprayer in 150 Gruppen („Crews“) organisiert. Die Stadt sah sich deshalb bereits vor Jahren gezwungen, eine 36-köpfige Gemeinsame Ermittlungsgruppe aus Polizei und Bundesgrenzschutz „Graffiti in Berlin“ (GE GiB) einzusetzen.

Verheerend sind die sozialen und städtebaulichen Folgen dieses nur vermeintlich kleinen Missstands: ganze Straßenzüge, Plätze und Einrichtungen des öffentlichen Nahverkehrs bieten ein Bild der Verwahrlosung. Zahlreiche Straßenzüge entleeren sich und drohen zu Verslumpen – auch in Folge von Graffiti-Schmierereien.

Rot-Grün lässt die Städte, Gemeinden und Landkreise im Regen stehen. Diese versuchen mit großem Aufwand auf vielen Gebieten der Kommunalpolitik solchen innerstädtischen Entwicklungen entgegen zu steuern, beispielsweise in der Stadtentwicklung, in den Schulen, der Stadtteilarbeit auch mit Sport- und Kulturvereinen und Initiativen.

Die diesen Monat in inhaltlich unveränderter Form wiederholte Debatte über den Bericht des Rechtsausschusses zeigt, dass Rot-Grün ihre überholten ideologischen Fesseln noch immer nicht sprengen kann. Mit dieser Bundestagsmehrheit sind keine Fortschritte zu erzielen.

Heute stehen die Betroffenen genauso hilflos da wie vor fünfeinhalb Monaten, nach der letzten Aussprache im Bundestag und rund eineinhalb Jahre nach Einbringung der Gesetzentwürfe von CDU/CSU, FDP und des Bundesrates zur

**Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum  
Netzwerk GuT**

**Existenzgründer**

Sie verfügen über einiges Organisationsgeschick und haben auch einen Blick für wirtschaftliche, politische, rechtliche Zusammenhänge und kulturelle Hintergründe?

Sie schätzen es als kreative Persönlichkeit, selbständig vor Ort am Aufbau eines überregionalen Netzwerks mitzuarbeiten?

Ihre Aufgabe ist es, wirtschaftlich orientierte, nachhaltige Interessen in Ihrer Region zu würdigen und zu bündeln, Partnerschaften zu entwickeln, Konfliktlösungen im Netzwerk anzubieten.

Ihre aussagekräftige Kontaktaufnahme erbitten wir an  
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Herrn Ulrich von Schoenebeck  
Postfach 30 13 45 53193 Bonn

Änderung des Strafgesetzbuches. Der Schaden wächst derweil Tag für Tag und Monat für Monat; jeden Tag über eine halbe Mio. Euro, jeden Monat über 16 Mio. Euro.

Schluss damit! Wir fordern Rot-Grün auf, endlich Verantwortung zu übernehmen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16. 7. 2004**

#### **BMF-Schreiben zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist „Erste Hilfe-Maßnahme“**

#### **Nach Monaten der Verunsicherung Klarheit**

Anlässlich der Veröffentlichung des BMF-Schreibens zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung erklärt der finanzpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Michael Meister MdB:

Das heute veröffentlichte BMF-Schreiben zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung schafft nach Monaten der Verunsicherung Klarheit und mildert in vielen Fällen steuerliche Härten ab. Insbesondere für die sog. Rückgriffsfälle, in denen eine Bank einer Kapitalgesellschaft ein Darlehen gewährt, für das sich der Gesellschafter verbürgt, scheint im BMF-Schreiben eine wirtschaftlich vernünftige Lösung gefunden worden zu sein. Hierfür hatte sich die CDU/CSU-Bundestagsfraktion im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages stets eingesetzt.

Nach wie vor ist die CDU/CSU-Bundestagsfraktion jedoch der Auffassung, das eine massive Verunsicherung insbesondere der mittelständischen Unternehmen hätte vermieden werden können, wenn die Regierungsfractionen schon im Gesetzgebungsverfahren den Vorschlägen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion gefolgt wären. Bei einem anderen Eigen-/Fremdkapitalverhältnis und einem höheren Freibetrag wären zahlreiche Unternehmen gar nicht erst in den Anwendungsbereich der Vorschrift gefallen.

Es bleibt nun abzuwarten, ob mit dem BMF-Schreiben wirklich alle Probleme sachgerecht gelöst wurden. Sollte dies nicht der Fall sein, erwartet die CDU/CSU-Bundestagsfraktion, dass die Bundesregierung endlich ihre praxisfremde Haltung aufgibt und die bestehenden Probleme und Rechtsunsicherheiten mit einer klaren gesetzlichen Regelung, die berechnete wirtschaftliche Notwendigkeiten berücksichtigt, beseitigt.

**Hinw. d. Red.:** Das BMF-Schreiben kann bis zum 31. 10. 2004 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 7. 2004**

#### **City-Maut führt zu Attraktivitätsverlust der Innenstädte**

Zu der aktuellen Diskussion um die City-Maut, der Sorge vor dem Aussterben der Innenstädte und zu den eigentlichen Ursachen dieser Kontroverse erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Die eigentliche Ursache der Kontroverse um die City-Maut ist eine falsche Politik. Rot-Grün regiert die deutschen Kommunen in den finanziellen Ruin. Die ewige Umverteilung von einer Tasche in die andere und die ständige Übertragung von neuen Aufgaben ohne vernünftige Finanzierung durch die rot-grüne Koalition führen dazu, dass die Städte keine finanziellen Mittel für den Aufbau intelligenter Verkehrs- und Parkleitsysteme zu einer effektiveren Stauvermeidung haben. Die City-Maut dient nur dazu, die Autofahrer abzukassieren.

Nicht nur der ohnehin rückläufige Einzelhandel beobachtet daher mit Sorge die anhaltende Diskussion über eine City-Maut. Die vielerorts geplante Straßenbenutzungsgebühr für städtische Gebiete wird massiv in die Konkurrenzbeziehung zwischen inner- und außerstädtischen Standorten eingreifen.

Die Folgen für die Kommunen liegen auf der Hand: mangelnde Attraktivität, fehlende Anziehungskraft und Besucherrückgang. Die Maut als „Eintrittsgebühr“ würde damit nicht nur den Handel, sondern auch die Städte strafen. Letztlich verhindert die City-Maut auch keinen Verkehr, sondern verlagert ihn nur von den Städten in die Peripherie.

Die neuen Abzockideen und der fatale Rückgang der kommunalen Investitionen in den letzten zehn Jahren um 10 Mrd. Euro zeigen, dass die Kommunen immer weniger in der Lage sind, ihre städtebauliche Entwicklung umfassend zu steuern und die notwendige Infrastruktur für eine moderne Gesellschaft vorzuhalten.

Es wird Zeit, dass das Problem bei der Wurzel gepackt wird: Aufgaben, Einnahmen und Ausgaben der Kommunen müssen wieder in Einklang zueinander kommen. Eigenverantwortliche und starke Kommunen waren das Fundament des Erfolges der Bundesrepublik. Sie sind auch in Zukunft der Schlüssel zu Aufschwung und Wirtschaftskraft. Wir fordern die Bundesregierung auf, die dazu vorliegenden Konzepte der Union konstruktiv aufzugreifen.

#### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 535 vom 29. 7. 2004**

#### **Stiftung Baukultur nimmt Arbeit auf**

Anlässlich der Erklärung von Bundesbauminister Stolpe zur Gründung einer Bundesstiftung Baukultur erklärt Ursula Sowa, baukulturpolitische Sprecherin:

Die Weichen für die Stiftung Baukultur sind gestellt. Die jüngsten Äußerungen von Verkehrs- und Bauminister Manfred Stolpe stimmen freudig, wonach die Grundfinanzierung des Bundes für die Bundesstiftung Baukultur fest eingeplant ist. Im Haushaltsentwurf 2005 ist die vorgesehene Summe von zunächst 1,5 Millionen Euro bereitgestellt. Jetzt müssen wir darauf achten, dass die Mittelbereitstellung auch die Haushaltsberatungen übersteht.

Die Stiftung soll bereits Mitte nächsten Jahres ihre Arbeit aufnehmen. Für uns wird ein Schwerpunkt der Stiftungsaktivitäten darin liegen, die öffentlichen Beteiligungsstrukturen an Planungsprozessen zu verbessern. In diesem Feld geht es darum, Planende und Bürgerinnen und Bürger zusammenzuführen. Eine qualitätsvolle Baukultur ist nach unserer Überzeugung keineswegs in geheimen Zirkeln allein zu entwickeln,

### **Wichtiger Hinweis zum GuT-Bezug ab Januar 2005**

- Der Preis des Einzel-Jahresabonnements „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT), voraussichtlich 6 bis 8 Hefte bzw. ca. 200 bis 240 Seiten, beträgt in 2005 für Neuabonnenten 80,- EUR zzgl. 9,- Versand zzgl. gesetzlicher Umsatzsteuer (z. Zt. 7% = 6,23 EUR), insgesamt 95,23 EUR. Mengenrabatt auf Anfrage.
- Bei Zugehörigkeit zum „Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum“ („Netzwerk GuT“) ist die Lieferung der Zeitschrift Bestandteil des Leistungsangebots. Die Zugehörigkeit zum Netzwerk GuT bedarf der Lizenz. Lizenznehmer können Personen und Einrichtungen sein, die eine wirtschaftliche Entwicklung auf vernünftiger Grundlage begrüßen und mit ihren Kenntnissen fördern. Die Lizenz kostet 80,- EUR im Jahr 2005. Lizenzgeber: Prewest GmbH, Anschrift siehe Impressum (Seite 188). Näheres dazu wird in GuT Heft 19 (November/Dezember 2004) veröffentlicht.

# GUT

sondern bedarf eines breiten gesellschaftlichen Austauschs. Baukultur ist kein akademisches Spielfeld, sondern ein Bereich, der alle Bürgerinnen und Bürger angeht.

Ein überaus wichtiges Betätigungsfeld besteht in der Harmonisierung von Umweltschutz, Denkmalschutz und Neubau in den Städten. Hier gilt es, lebenswerte Stadträume weiterzuentwickeln und neu zu schaffen.

Darüber hinaus wird die Bundesstiftung die hohe Kompetenz und das anerkannte Know-how von Architektinnen und Architekten, von Ingenieurinnen und Ingenieuren und von Planenden in Deutschland international vermarkten und so zu einer Stärkung der Bauwirtschaft beitragen.

## BMJ-Newsletter vom 7. 7. 2004

### Neues Wettbewerbsrecht verkündet

Heute ist die Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) im Bundesgesetzblatt verkündet worden (einsehbar unter [www.bundesanzeiger.de](http://www.bundesanzeiger.de)). Das Gesetz tritt am 8. 7. 2004 in Kraft.

Das Gesetz liberalisiert das bisherige Wettbewerbsrecht und setzt die mit der Abschaffung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung begonnene Modernisierung der wirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen fort. „Den Wirtschaftsstandort Deutschland stärken und Verbraucherrechte sichern ist das Motto dieser Reform. Die Novelle schafft einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen der Wirtschaft und denen der Verbraucherinnen und Verbraucher“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Kernbereich der Liberalisierung ist die Aufhebung des Sonderversandungsverbots. Die bisherigen Vorschriften über Schlussverkäufe und Jubiläumsverkäufe (bisher § 7 UWG) und Räumungsverkäufe (bisher § 8 UWG) fallen weg. Rabattaktionen werden in einem weiteren Umfang als bisher zulässig. Sommer- und Winterschlussverkäufe werden auch nach der Reform des UWG weiterhin möglich sein, sogar in einem größeren Rahmen als bisher. Denn: Der Handel entscheidet selbst, ob und wann solche Sonderverkäufe stattfinden sollen. Er kann sie zeitlich flexibel und regional unterschiedlich gestalten und ist dabei auch nicht mehr auf den Verkauf von Saisonartikeln beschränkt.

Die Novelle des Wettbewerbsrechts unterstützt zudem die verbraucherfreundliche Politik der Bundesregierung. So ist die Telefonwerbung im privaten Bereich nur dann zulässig, wenn der Adressat zuvor eingewilligt hat. „Der Schutz der Privatsphäre muss hier Vorrang vor den Interessen einzelner Wirtschaftszweige haben. Anrufe zuhause sind nur dann zulässig, wenn der Adressat zuvor eingewilligt hat – etwa im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung. Sonst läuft der Verbraucherschutz leer“, sagte Zypries. Eine erhebliche Verbesserung des Verbraucherschutzes stellt auch der neu eingeführte Gewinnabschöpfungsanspruch dar. Wer zahlreiche Verbraucher vorsätzlich um kleine Beträge prellt und so zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern wettbewerbswidrige Gewinne erwirtschaftet, wird diese künftig nicht behalten können. Damit wird unseriösen Geschäftemachern das Handwerk gelegt und sichergestellt, dass sich vorsätzliche Unlauterkeit nicht lohnt.

## BMJ-Newsletter vom 25. August 2004

### Bundesregierung baut Rechtsschutz vor Gerichten aus

Die Bundesregierung hat heute einen Gesetzentwurf beschlossen, wonach künftig in den Fachgerichtsbarkeiten Rügen wegen der Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör geprüft werden.

„Mit diesem Gesetz wird der Rechtsschutz gegen die Verletzung von Verfahrensgrundrechten erheblich vereinfacht und verbessert: Wer künftig Grund zu der Annahme hat, dass ihm in einem Gerichtsverfahren nicht ausreichend rechtliches Gehör gewährt wurde, kann dies gerichtlich überprüfen lassen, ohne vor das Bundesverfassungsgericht ziehen zu müssen. So können Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Fachgerichte selbst sach- und zeitnah korrigiert werden. Das macht den Rechtsschutz in allen Verfahrensordnungen effektiver“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Dazu werden die Vorschriften über vorhandene Rechtsbehelfe ergänzt. Soweit Rechtsbehelfe nicht (mehr) zur Verfügung stehen, wird mit der Anhörungsrüge ein eigenständiger Rechtsbehelf geschaffen. Die Anhörungsrüge ist bei dem Gericht zu erheben, das die gerügte Entscheidung erlassen hat.

#### Ein Beispiel:

Das Oberverwaltungsgericht weist eine Beschwerde von Frau B. zurück, mit der sie sich gegen die Stilllegung ihres Bauvorhabens durch das Verwaltungsgericht wendet. Dabei hat das Oberverwaltungsgericht einen wichtigen Schriftsatz von Frau B. übersehen. Bisher konnte sich Frau B. dagegen nur mit der Verfassungsbeschwerde wehren. Künftig kann sie sich mit der Anhörungsrüge unmittelbar an das Oberverwaltungsgericht wenden. Das Gericht muss dann prüfen, ob ihm ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs unterlaufen ist und ob das Gericht anders entschieden hätte, wenn es den Schriftsatz gekannt hätte.

Mit dem Gesetzentwurf erfüllt die Bundesregierung einen Gesetzgebungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht hatte in einem Beschluss vom 30. April 2003 (<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/frames/2003/4/30>) festgestellt, dass die Verfahrensordnungen eine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit für den Fall vorsehen müssen, dass ein Gericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Regelungen werden ab dem 1. Januar 2005 gelten.

