

Gewerbemiete Und Teileigentum

1-2/05

5. Jahrgang

Heft 20 · Januar/Februar 2005

S. 1-44

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

K. F. Wiek:

**Die Unterzeichnung eines langfristigen
Mietvertrages für eine GbR**

Gewerbemiete

Schriftform (OLG Nürnberg; OLG Köln)

Bürgschafts- und Mithaftungsverträge (BGH)

Nebenkostenabrechnung (OLG Düsseldorf)

**Mietminderung, Aufrechnung,
Zurückbehaltung im Konkurs des Vermieters
(OLG Rostock)**

**Differenzmietzins bei Weitervermietung
(OLG Karlsruhe)**

**Verkehrssicherung einer gemieteten
Schankanlage**

(OLG München – mit Anm. Fellner)

Zweck der Zwangsverwaltung (BGH)

Teileigentum

**Hotelbetrieb in der Wohnanlage;
Jahresabrechnung (BayObLG)**

Wettbewerb

Unterbevollmächtigter III (BGH)

Besteuerung

BMF-Schreiben: Ansparabschreibungen

Magazin

Inhalt

Beiträge

K. F. Wiek,

Die Unterzeichnung eines langfristigen Mietvertrages für eine GbR

Gewerbemiete

Gewerberaumiete; Schriftform; Anwaltskanzlei-Stempel auf Mieterseite mit einer Unterschriftsleistung (OLG Nürnberg)

Gewerberaumiete; Schriftform; GbR als Vermieterin; Stempel der GbR und Unterzeichnung eines Mitgesellschafters (OLG Köln)

Gewerbemiete, Pacht; Bürgschafts- und Mithaftungsverträge; Sittenwidrigkeit; Altenpflegeheim (BGH)

Gewerberaumiete; deklaratorisches Vertragsanerkennnis; Staffelmietvereinbarung; Geschäftsgrundlage; Absinken des allgemeinen Mietniveaus (BGH)

Nebenkostenabrechnung; Verwirkung; Einkaufszentrum (OLG Düsseldorf)

Gewerbemiete; Nebenkostenabrechnung bei Wechsel des Eigentümers und Vermieters (BGH)

Geschäftsraummiete; Aufrechnung mit dem Mietzinsanspruch gegen den Anspruch der Masse auf das Betriebskostenguthaben (BGH)

Büroräume; Mangel des öffentlichrechtlichen Gebrauchshindernisses (OLG Düsseldorf)

Ladenlokal; Mangel; Minderfläche; Aufrechnungsbeschränkung nach Vertragsende (OLG Düsseldorf)

Gewerberaumiete; Mietminderung, Aufrechnung, Zurückbehaltung bei Konkurs des Vermieters (OLG Rostock)

Gewerberaumiete; persönliche Verhinderung; Differenzmietzins bei Weitervermietung (OLG Karlsruhe)

Spätaussiedler-Übergangsheim im Gebäude; Obhutspflicht des Hauptmieters; Schädigung durch Dritte außerhalb des Mietgebrauchs; Beweislast (OLG Düsseldorf)

Gewerberaumiete; fristlose Kündigung wegen Wasserschadens; Beweislast für die Schadensursache (BGH)

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47 63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de> e-mail: info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 1/2005.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Am Quirinushof 20, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54, Telefax 0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de, Internet: www.kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20, e-mail: koch-druckerei@t-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 8,50 €, Doppelheft 15,00 €, jew. zzgl. MwSt. und 1,50 € Versandpauschale. Abonnementpreis: 95,23 € (einschl. 9,- € Versand und 6,23 € MwSt), zahlbar zu Beginn des Abonnementszeitraumes. Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres. Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 380 500 00), Konto 36 207 645.

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

Verkehrssicherungspflicht des Betreibers einer gemieteten Schankanlage (OLG München – mit Anm. Fellner)	21
Gaststättenräume; Räumungsanspruch des Grundstückserwerbers (BGH)	21
Räumungsvollstreckung; Untermiete von Geschäftsräumen; Durchsetzung erneuter Einweisung (BGH)	23
Zweck der Zwangsverwaltung; Bestandserhaltung des Grundstücks und des Nutzungskonzepts (BGH)	24
Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc.	26

Teileigentum

Hotelbetrieb in der Wohnanlage; Jahresabrechnung; Nachvollziehbarkeit (BayObLG)	29
Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc.	30

Wettbewerb

Abwehr des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs; Unterbevollmächtigter III; Prozesskosten (BGH)	31
Kurzfassungen/Leitsätze Wettbewerb etc.	33

Besteuerung

BMF-Schreiben: Ansparabschreibungen; wesentliche Erweiterung des Betriebs	34
Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc.	35

Magazin

Politik und Recht	36
Bücher und Veröffentlichungen	44

Vorläufiges Register Jahrgang 2004, Hefte 14–19

Das Register kann als Datensatz ab 1. März 2005 kostenfrei angefordert werden (info@prewest.de)

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)

Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung zu gewerblichen Zwecken.

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

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

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

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

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

Die Unterzeichnung eines langfristigen Mietvertrages für eine GbR

I. Neue Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH¹ zu den Anforderungen an die Schriftform bei Unterzeichnung eines langfristigen Mietvertrages für eine GbR (§§ 550, 126 BGB) hat allenthalben Unsicherheiten und Rätselraten hervorgerufen. Die gesetzliche Schriftform gemäß § 126 Abs. 1 BGB verlangt, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet wird. Bei Unterzeichnung durch einen Vertreter muss zur Wahrung der Schriftform bei seiner Unterschrift ein die Vertreterstellung kennzeichnender Zusatz angegeben werden oder aus dem Text der Urkunde „irgendwie“ erkennbar sein, dass die Erklärung für den Vertretenen gelten soll². Zwei neue Entscheidungen des OLG Naumburg und OLG Dresden bezeichnen die gegensätzlichen Positionen in dem Meinungsstreit, der im Wesentlichen zu einem Auslegungstreit darüber geworden ist, wie die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats zu verstehen ist.

Nach dem Urteil des OLG Naumburg vom 7.9.2004³ ist bei einem Mietvertragsschluss durch eine GbR die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt, wenn entweder sämtliche Gesellschafter den Mietvertrag unterschreiben oder bei Unterschriftsleistung durch nur einen Gesellschafter dessen Unterschrift mit einem die Vertretung der anderen Gesellschafter ausweisenden Zusatz versehen wird oder die Mietvertragsurkunde in sonstiger Weise den ausdrücklichen Hinweis enthält, dass der unterzeichnende Gesellschafter zugleich seine Mitgesellschafter vertritt.

Demgegenüber folgt nach dem Urteil des OLG Dresden vom 31.8.2004⁴ aus der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR⁵, dass zur Wahrung der Schriftform die Unterzeichnung des Mietvertrages für die GbR durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter ausreicht, wobei es genügt, wenn sich dessen Handeln für die GbR nach den allgemeinen Grundsätzen des § 164 Abs. 2 BGB aus den Umständen ergibt, was namentlich bei einem beigelegten Stempelaufdruck mit dem Namen der GbR in der Unterschriftenzeile der Fall ist. Auch nach dem Urteil des OLG Köln vom 14.12.2004⁶ ist die Schriftform bei Unterzeichnung durch nur einen Gesellschafter eingehalten, wenn nach der Mietvertragsurkunde keine Zweifel daran bestehen, dass der unterzeichnende Gesellschafter als Vertreter der Vertragspartei GbR gehandelt hat. Der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH liegen nach Meinung des 22. Zivilsenats des OLG Köln Sonderfälle zugrunde, in denen entweder über die Vertragsparteien Unsicherheit herrschte⁷ oder die Unterzeichnung durch einen Gesellschafter im möglichen Widerspruch zu einer sich aus dem Vertrag ergebenden Möglichkeit einer abweichenden Vertretungsregelung stand⁸.

Ein atypischer Sachverhalt liegt auch dem Urteil des OLG Nürnberg vom 5.8.2004⁹ zugrunde. Auch dort ergaben sich Unklarheiten unmittelbar aus der Vertragsurkunde, die unter Verwendung eines Kanzleistempels nur von einem Anwalt aus einer Sozietät unterschrieben war. Über die in dem verwendeten Stempel aufgeführten Personen hinaus waren in dem

Mietvertrag aber noch weitere Personen als Mieter genannt. Da nach Urkundenlage unklar war, ob auch die im Stempel nicht aufgeführten Personen durch den Unterzeichnenden vertreten wurden, hat das OLG Nürnberg die Wahrung der Schriftform verneint.

II. Unvollständige Vertragsurkunde

Nach der Rechtsprechung des BGH muss sich bei einem langfristigen Mietvertrag mit Beteiligung einer GbR aus der Vertragsurkunde ergeben, „wer für die GbR unterschrieben hat, in welcher Funktion er unterschrieben hat und ob seine Unterschrift ausreicht, die GbR zu binden“¹⁰. Unterschreibt für die GbR nur ein Gesellschafter ohne weiteren Zusatz, so ist nach Ansicht des BGH die Schriftform nicht gewahrt, da „jedenfalls nicht auszuschließen <sei>, dass vorgesehen war, auch das andere Mitglied oder die anderen Mitglieder sollten die Urkunde unterschreiben und dass deren Unterschrift noch fehlt“¹¹. Der Anschein eines fehlerhaften Vertreterhandelns reicht aus. Der gesetzliche Regelfall ist nach §§ 709, 714 BGB die Gesamtvertretung. Hiernach muss ein Gesellschafter, der einen langfristigen Mietvertrag für die GbR allein unterzeichnet, in der Unterschriftenzeile durch einen Zusatz seine Alleinvertretungsbefugnis für die GbR klarstellen. Es reicht aber auch aus, wenn der unterzeichnende Gesellschafter im Vertragsrubrum als alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter bezeichnet ist.

III. Erwerberschutz

Eine unvollständige Vertragsurkunde, in der möglicherweise noch eine oder mehrere Unterschriften für eine Vertragspartei fehlen, ist gewiss ein erheblicher Formmangel, wenn Rechtsfolge des Formmangels nach § 125 BGB die Nichtigkeit ist. Nach § 550 BGB führt ein Formmangel aber nur dazu, dass der langfristige Vertrag als auf unbestimmte

1) Urteil vom 15.1.2003 – XII ZR 300/99, GuT 2003, 136; Urteil vom 16.7.2003 – XII ZR 65/02, GuT 2003, 209 m. Anm. Wiek, S. 207 <Vorinstanz: OLG Rostock GuT 2003, 138 m. Anm. Wiek>; Urteil vom 5.11.2003 – XII ZR 134/02, GuT 2004, 61.

2) RGZ 96, 286, 289 <in der Rspr. des XII. Zivilsenats, a. a. O., immer fehlerhaft aus dem 81. Band zitiert>.

3) NZM 2004, 825; ebenso Gerber/Eckert, Gewerbliches Miet- und Pachtrecht, 5. Aufl., Rdn. 44; Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 550 Rdn. 56. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat beim BGH das Aktenzeichen XII ZR 186/04.

4) NZM 2004, 826; ebenso Weitemeyer, ZMR 2004, 159 f.; Wiek, GuT 2003, 207. Die zugelassene Revision hat beim BGH das Aktenzeichen XII ZR 182/04.

5) BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = WuM 2001, 134.

6) GuT 2005, 5 <Vorinstanz: LG Köln, Urteil vom 24.6.2004 – 30 O 412/03>.

7) BGH GuT 2004, 61.

8) BGH GuT 2003, 209.

9) GuT 2005, 4 = MietRB 2004, 343 m. Anm. Bieber <das dort fehlerhaft angegebene Entscheidungsdatum 12.7.2004 war der letzte Verhandlungstermin>.

10) BGH GuT 2003, 136, 138 unter II b.

11) BGH GuT 2004, 61, 62 unter 3; GuT 2003, 209, 210 unter 3.

Zeit geschlossen gilt. Die Schriftform dient hier dem Erwerberschutz. Der Erwerber, der nach § 566 BGB in den Mietvertrag eintritt, soll vor einer längeren Bindung an lästige Vereinbarungen geschützt werden, die ihm mangels Einhaltung der Schriftform nicht bekannt waren¹². Im Anwendungsbereich des § 550 BGB können mit Rücksicht auf diesen Schutzzweck die Anforderungen an die Schriftform weniger streng sein als bei §§ 125, 126 BGB. Das hat der XII. Zivilsenat für die Formfreiheit der Zustimmung des Mieters zu einem Vermieterwechsel¹³ und die ausreichende „Gegenzeichnung“ einer Nachtragsvereinbarung¹⁴ bereits anerkannt.

§ 550 BGB verfolgt nicht den Zweck, es einem späteren Grundstückserwerber zu ermöglichen, sich allein anhand der Urkunde Gewissheit über das Zustandekommen oder den Fortbestand eines langfristigen Mietvertrags zwischen dem Veräußerer und dem Mieter zu verschaffen¹⁵. Das Interesse des Erwerbers, Klarheit zu erlangen, ob sein Veräußerer oder aber ein Dritter Vermieter des im Hause wohnenden Mieters ist, wird als solches in § 550 BGB nicht geschützt¹⁶. Daraus folgt aber auch, dass ein etwaiger Vertretungsmangel bei Vertragsschluss nicht in den Schutzbereich des § 550 BGB fällt¹⁷. Erforderlich ist die Offenlegung der Stellvertretung nur, um eine eindeutige Bestimmung der Vertragsparteien zu ermöglichen. Wenn im Vertragsrubrum die GbR als Vertragspartei bezeichnet ist, versteht es sich auch ohne weiteren Zusatz freilich von selbst, dass eine in der für die GbR vorgesehenen Unterschriftenzeile geleistete Unterschrift für sie erfolgt ist¹⁸.

IV. Organschaftliche Vertretung

Für die Unterzeichnung eines langfristigen Mietvertrags für eine GbR nimmt der XII. Zivilsenat allerdings nicht an, dass entsprechend dem besonderen Schutzzweck des § 550 BGB

ein sich aus der Unterzeichnung etwa ergebender Vertretungsmangel kein beachtlicher Formmangel sei. Vielmehr hat er seine Ansicht, dass ein fehlender Hinweis auf die Mitvertretung der anderen Gesellschafter im Anwendungsbereich des § 550 BGB formschädlich ist, als „ständige Rechtsprechung“ bezeichnet¹⁹. Dahinter steht noch das traditionelle Bild von einer nicht rechtsfähigen GbR, bei der die Gesellschafter Vertragspartner sind und bei Vertragsschluss in eigener Sache handeln²⁰. So liegen die Dinge heute noch bei der Erbengemeinschaft²¹. Auch im Ehegatten-Fall²², den der BGH ständig zitiert, bestand anders als bei der GbR auf Mieterseite eine Mietermehrheit. Bei einer rechtsfähigen GbR bedarf es aber keines Hinweises auf eine Mitvertretung der Mitgesellschafter, um das Handeln für die Vertragspartei zu offen zu legen. Der unterzeichnende Gesellschafter handelt nicht in eigener Sache und als rechtsgeschäftlicher Vertreter seiner Mitgesellschafter, sondern als Gesellschaftsorgan für die GbR²³. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob diese organschaftliche Vertretung im Einzelfall wirksam ist. Das hat aber mit der in § 550 BGB vorgeschriebenen Schriftform nichts zu tun.

12) RGZ 103, 381, 384: nachträgliche Überraschungen.

13) BGHZ 154, 171 = GuT 2003, 132.

14) BGH WuM 2004, 534.

15) BGH WuM 2004, 534, 536 unter II 4 b, bb.

16) BGHZ 154, 171, 180 = GuT 2003, 132, 135 unter II 2 c, cc.

17) Beisbart, NZM 2004, 293 f.; Schlicht, ZMR 2004, 239.

18) Weitemeyer, ZMR 2004, 160.

19) GuT 2004, 61, 62 unter 3.

20) Weitemeyer, ZMR 2004, 160.

21) BGH WuM 2002, 601, 603 unter II 5.

22) BGHZ 125, 175 = NJW 1994, 1649; dazu Wiek, GuT 2003, 140.

23) Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, 2004, S. 654 ff.

Gewerbemiete

§§ 126, 550, 566 a. F. BGB

Gewerberaumiete; Schriftform; Anwaltskanzlei-Stempel auf Mieterseite mit einer Unterschriftenleistung

Die Schriftform des Mietvertrags ist nicht erfüllt, wenn auf Mieterseite unter einem Kanzleistempel nur ein Mieter mit seinem Namen unterschreibt, die im Mietvertrag genannten Personen aus dem Stempel der Anwaltssozietät aber nicht hervorgehen.

(OLG Nürnberg, Urteil vom 5. 8. 2004 – 8 U 1809/03)

Aus den Gründen: 2. Die Beklagten sind zur Zahlung des Mietzinses nicht verpflichtet, weil sie den Mietvertrag vom 16. 2. 1993 mit Schreiben vom 14. 8. 2000 mit Wirkung zum 31. 3. 2001 wirksam gekündigt haben. Ab diesem Zeitpunkt besteht kein Zahlungsanspruch der Klägerin mehr.

a) Die Beklagten konnten den Mietvertrag vom 16. 2. 1993, der bis 31. 12. 2009 geschlossen war (§ 2 a des Mietvertrages), ordentlich kündigen. Eine ordentliche Kündigung des Mietvertrages war deshalb möglich, weil der Mietvertrag die von § 566 BGB a. F. (i. V. m. Art. 229 § 3 EGBGB) für Mietverträge mit einer Laufzeit von über einem Jahr erforderliche Schriftform nicht erfüllte.

Der Mietvertrag vom 16. 2. 1993 wurde nicht in der von § 566 BGB a. F. geforderten Schriftform (§ 126 BGB) geschlossen.

An der Schriftform fehlt es vorliegend bereits deshalb, weil auf Mieterseite mehrere Personen Vertragspartner sein sollten, der Mietvertrag aber auf Mieterseite nur von einem der

Mieter unter Verwendung eines Kanzleistempels mit den Namen N. unterschrieben wurde. Das Vertretungsverhältnis selbst ergibt sich aus dem Mietvertrag nicht.

Wird ein langfristiger Mietvertrag – sei es auf Seiten des Vermieters, sei es auf Seiten des Mieters – von mehreren Personen geschlossen, verlangt der Schutzzweck des § 566 BGB a. F. (entspricht § 550 BGB n. F.), mögliche Erwerber der gemieteten Räume ausreichend u. a. über die Identität ihrer Vertragspartner zu unterrichten, dass grundsätzlich alle Vertragsparteien den Vertrag selbst unterzeichnen. Handelt für eine der Vertragsparteien ein Vertreter, so muss das Vertretungsverhältnis – zum Schutz des Erwerbers – aus dem schriftlichen Vertrag klar hervorgehen; dies gilt jedenfalls insoweit, als sich das Vertretungsverhältnis nicht aus öffentlichen Registern ergibt (zur Gesamtproblematik: BGH NJW 2003, 3053 [= GuT 2003, 209]).

b) Vorliegend wäre der verwendete Kanzleistempel – möglicherweise – ausreichend gewesen, um das Vertretungsverhältnis auf Mieterseite offen zu legen; der Stempel weist jedoch nur auf eine Anwaltssozietät bestehend aus den Rechtsanwälten A, B und C hin. Aus dem Stempel gehen die weiteren im Mietvertrag genannten Personen hingegen nicht hervor. Anhaltspunkte dafür, inwieweit der auf Mieterseite den Mietvertrag Unterzeichnende diese Personen vertreten konnte, sind im schriftlichen Mietvertrag – auch nicht ansatzweise – ersichtlich.

II. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Entscheidung weicht von der gefestigten neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht ab. Die

Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

Mitgeteilt von RA Wiek, Köln

Hinw. d. Red.: S. dazu den Beitrag Wiek, GuT 2005,3 (in diesem Heft).

**§§ 126, 550, 566 a. F. BGB
Gewerberaumiete; Schriftform;
GbR als Vermieterin; Stempel der GbR und
Unterzeichnung eines Mitgesellschafters**

Unterzeichnet auf Vermieterseite mit dem Stempel der GbR nur einer der Mitgesellschafter den Mietvertrag, ist die Schriftform gewährt, wenn der Unterzeichnende der Verkehrsanschauung entsprechend und ohne weiteres erkennbar als Vertreter der GbR und mithin auch der Mitgesellschafter den Vertrag unterschrieben hat.

(OLG Köln, Urteil vom 14.12.2004 – 22 U 117/04)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Formwirksamkeit eines gewerblichen Mietvertrages, über die Auslegung einer darin enthaltenen Verlängerungsklausel und den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses.

Die Klägerin hatte von der Beklagten, einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Grundeigentümergeinschaft bürgerlichen Rechts, ab dem 15.11.1999 Gewerberäume im Technologiepark B. auf ein Jahr fest angemietet.

Der Mietvertrag ist auf Vermieterseite durch den Gesellschafter U. L. unterzeichnet, der seine Unterschrift auf einen Stempelaufdruck der beklagten GbR gesetzt hat. Unter dem Stempelaufdruck befindet sich der maschinenschriftliche Zusatz:

Grundstücksgesellschaft
Technologie-Park B.
U. und Dr. K. L. GbR
U. J. L.
(Vermieterin)

Der Mietvertrag enthält über Laufzeit und Kündigung u. a. folgende Regelung:

„3.2.

Das Mietverhältnis verlängert sich um jeweils ein Jahr, wenn es nicht von einer der Vertragsparteien unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten schriftlich gekündigt wird.

3.3.

Für die Rechtzeitigkeit der schriftlich abzugebenden Verlängerungserklärung oder Kündigung kommt es nicht auf die Absendung, sondern auf die Ankunft des Schreibens an.“

Die Klägerin kündigte das Mietverhältnis unter dem 28.8.2003 zum 29.2.2004; die Beklagte nahm die Kündigung an, jedoch mit Wirkung erst zum 14.11.2004.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht Köln den Antrag der Klägerin abgewiesen festzustellen, dass das Mietverhältnis spätestens zum 31.3.2004 beendet sei. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigungsregelung im Mietvertrag sei dahin zu verstehen, dass der Vertrag nur unter Einhaltung einer Sechsmonatsfrist jeweils zum 14.11. eines Jahres kündbar sei und die Regelung in Nr. 3.3 des Mietvertrages keine weitergehende Kündigungsmöglichkeit eröffne. Auch die Schriftform sei ein-

gehalten, denn in dem maschinenschriftlichen Zusatz komme zum Ausdruck, dass der Gesellschafter U. L. als Vertreter der GbR gezeichnet habe.

Aus den Gründen: II. Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das angefochtene Urteil entspricht der Sach- und Rechtslage.

Das Mietverhältnis zwischen den Parteien ist nicht durch die Kündigung der Klägerin vom 28.8.2003 nach Ablauf einer Sechsmonatsfrist zum 29.2.2004 oder entsprechend den gesetzlichen Vorschriften über die ordentliche Kündigung von gewerblichen Mietverhältnissen (§ 580a BGB) zum Quartalsende, dem 31.3.2004, beendet worden. Die Kündigung der Klägerin hatte lediglich gemäß Nr. 3.2. des Mietvertrages zur Folge, dass das Mietverhältnis sich nicht über die am 14.11.2004 endende Einjahresperiode hinaus verlängerte.

1. Nach den mietvertraglichen Regelungen über die Laufzeit und Kündigung des Vertrages konnte die Klägerin mit ihrer Kündigung vom 28.8.2003 das Mietverhältnis nicht zum 29.2.2004, sondern nur mit Wirkung zum 14.11.2004 beenden.

Die Dauer des Mietvertrages und die Möglichkeit seiner Beendigung sind abschließend in Nr. 3.1 und 3.2 des Mietvertrages geregelt. Danach begann das Mietverhältnis am 15.11.1999 und verlängerte sich jeweils um ein Jahr bis zum 14. November des folgenden Jahres, solange es nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten, also spätestens am 14. Mai eines Jahres, schriftlich gekündigt wurde.

Da bis zum 14.5.2003 von keiner Partei eine Kündigungserklärung abgegeben worden war, setzte sich das Mietverhältnis gemäß Nr. 3.2. des Mietvertrages über den 14.11.2003 hinaus bis zum 14.11.2004 fort. Die Kündigung der Klägerin vom 28.8.2003 konnte das Mietverhältnis erst zu diesem Zeitpunkt beenden.

Die Auffassung der Klägerin, nach den Vertragsbestimmungen habe das Mietverhältnis jeweils ausdrücklich und schriftlich verlängert werden müssen, da dies nicht geschehen sei, habe sie das Mietverhältnis mit sechsmonatiger Kündigungsfrist beenden können, ist mit dem eindeutigen Wortlaut von Nr. 3.2 des Mietvertrages nicht zu vereinbaren.

Die Klägerin kann sich für ihre Auslegung zunächst nicht auf Nr. 3.3. des Mietvertrages berufen, weil diese Regelung nicht die Kündigungsregelung in Nr. 3.2 des Mietvertrages modifiziert. Sie hat lediglich eine klarstellende Funktion bezüglich des Zugangs von abzugebenden Erklärungen und enthält letztlich eine Wiederholung der gesetzlichen Regelung des § 130 BGB über den Zugang von Willenserklärungen unter Abwesenden. Aus dem Umstand, dass in diesem Zusammenhang auch von einer „schriftlich abzugebenden Verlängerungserklärung“ die Rede ist, lässt sich nicht ableiten, dass der Vertrag entgegen dem ganz eindeutigen Wortlaut der Nr. 3.2. zu seiner Verlängerung der entsprechenden Erklärung bedürfe.

Auch aus anderen Bestimmungen kann die Klägerin nichts für ihre Auffassung herleiten: (wird ausgeführt)

2. Der Mietvertrag konnte auch nicht deshalb unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31.3.2004 gekündigt werden, weil es an der Schriftform fehlen würde, die § 566 BGB a. F. für Verträge vorschreibt, welche für einen Zeitraum von mehr als einem Jahr geschlossen werden. Das Mietverhältnis ist deshalb nicht gemäß § 566 Satz 2 BGB a. F. als auf unbestimmte Zeit geschlossen – und damit jederzeit kündbar – anzusehen.

a) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag überhaupt von der Rege-

lung des hier noch maßgeblichen, § 550 BGB n. F. entsprechenden § 566 BGB a. F. erfasst wird.

Zwar soll die Bestimmung auch für Verträge gelten, die auf ein Jahr fest geschlossen sind und sich verlängern, wenn die Parteien keine entgegenstehende Erklärung abgeben (Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 8. Aufl., § 550 Rdn. 21; Palandt/Weidenkaff, BGB, 60. Aufl., § 566 Rdn. 6; ders.: 63. Aufl., § 550, Rdn. 6). Hiergegen könnte bei dem streitigen Mietverhältnis allerdings eingewendet werden, dass der Vertrag jedenfalls nicht von einer Partei gegen den Willen der anderen Partei über ein Jahr hinaus durch einseitige Erklärung verlängert werden konnte. Er war damit zunächst nur auf ein Jahr – nicht für „mehr als ein Jahr“ – fest abgeschlossen und verlängerte sich nur, wenn beide Parteien von einer Kündigung absahen. Es erscheint zweifelhaft, ob auch dieser Fall von § 566 BGB a. F. erfasst ist.

b) Hierauf kommt es indessen nicht an, weil eine etwa notwendige Schriftform jedenfalls gewahrt ist.

Zwar ist es für die Einhaltung der Schriftform erforderlich, dass alle Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen. Dies ist insofern nicht geschehen, als für die Vermieterin nur deren Gesellschafter U. J. L. eigenhändig unterzeichnet hat, nicht auch die Mitgesellschafterin „Dr. K. L.“

Dies ist aber unschädlich, weil der Gesellschafter U. J. L. dadurch, dass er mit dem Firmenstempel unterzeichnet hat, der Verkehrsanschauung entsprechend und ohne weiteres erkennbar als Vertreter der GbR und mithin auch der Mitgesellschafterin unterzeichnet hat.

Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter den Mietvertrag, so muss dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Der Bundesgerichtshof stellt hieran in ständiger Rechtsprechung hohe Ansprüche (vgl. die Urteile des Bundesgerichtshofes vom 5. November 2003, XII ZR 134/02, NJW 2004, 1103 f. = ZMR 2004, 106 ff. = MDR 2004, 325 f. = GuT 2004, 61 f. und vom 16. 7. 2003, XII ZR 65/02, NJW 2003, 3053 f. = ZMR 2004, 19 f. = WPM 2003, 2193 f. = MDR 2003, 1283 [= GuT 2003, 209]).

Diesen Anforderungen ist jedoch Genüge getan, weil in der Mietvertragsurkunde durch die Unterschrift des Gesellschafters U. J. L. verbunden mit dem Firmenstempel der beklagten GbR hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, dass auf Vermieterseite Herr U. J. L. als Vertreter der beklagten GbR aufgetreten ist und in dieser Eigenschaft den Mietvertrag unterzeichnet hat.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den in der Rechtsprechung entschiedenen Fällen dadurch, dass weder über die Vertragsparteien Unsicherheit herrscht (wie im Fall BGH NJW 2004, 1103 [= GuT 2004, 61]) und die Unterzeichnung durch einen Gesellschafter auch nicht im möglichen Widerspruch zu einer sich aus dem Vertrag ergebenden Möglichkeit einer abweichenden Vertretungsregelung steht, wie im Fall BGH NJW 2003, 3053–3054 [= GuT 2003, 209], in dem es ebenfalls um die Unterzeichnung durch einen Gesellschafter der Vermieter-GbR ging.

Auch dem von der Klägerin überreichten Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg – 8 U 1809/03 [= GuT 2005, 4] liegt ein nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde, weil sich auch dort Unklarheiten unmittelbar aus der Vertragsurkunde ergaben: Auch dort war zwar auf Mieterseite ein Stempel, nämlich einer Anwaltssozietät, verwendet worden. Die Besonderheit des Falles lag aber darin, dass der Stempel nur auf eine Anwaltssozietät, bestehend aus (offenbar) drei Rechtsanwälten, hinwies, während im Mietvertrag auf Seiten der Mieter weitere Personen genannt waren. Es fehlte deshalb bei der Verwendung des Stempels an der notwendigen Klarheit, ob

auch die im Stempel nicht aufgeführten Personen durch den Unterzeichnenden vertreten wurden. Gerade dies ist im vorliegenden Streitfall anders.

Entscheidend kommt es im Hinblick auf den von § 566 BGB a. F. in erster Linie bezweckten Schutz eines späteren Grundstückserwerbers (BGH NJW 2004, 2962, 2964 [= WuM 2004, 534 = GuT 2004, 185 KL]) darauf an, dass bei Unterzeichnung eines Vertreters in der Vertragsurkunde das Vertretungsverhältnis hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt. Dies ist hier deshalb der Fall, weil kein Zweifel über die Zusammensetzung der GbR auf Vermieterseite besteht und durch die typische, die Vertretung einer Gesellschaft zum Ausdruck bringende Zeichnung eines Gesellschafters mit dem Firmenstempel, hier zusätzlich durch die darunter befindliche maschinenschriftliche Namensnennung des Vertreters bestätigt, keine Unklarheit darüber aufkommt, dass der unterzeichnende Gesellschafter die Gesellschaft und damit auch den Mitgesellschafter vertrat.

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

III. [Nebenentscheidungen]

IV. Die Voraussetzungen für die von der Klägerin angeregte Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung – wie aufgezeigt – weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes ab, noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung.

Mitgeteilt von RA Wiek, Köln

Hinw. d. Red.: S. dazu den Beitrag Wiek, GuT 2005, 3 (in diesem Heft).

**§§ 138, 535, 581 BGB
Gewerbemiete, Pacht;
Bürgschafts- und Mithaftungsverträge;
Sittenwidrigkeit; Altenpflegeheim**

Zur Prüfung der Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des Schuldbeitritts der Ehefrau zu den Pachtverbindlichkeiten ihres Ehemannes.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Versäumnisurteil vom 29. 9. 2004 – XII ZR 22/02)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin sucht im Wege einer Vollstreckungsabwehrklage zu erreichen, daß die gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckung des Beklagten aus einer notariellen Urkunde für unzulässig erklärt wird.

Der Ehemann der Klägerin betrieb seit 1981 auf einem eigenen Grundstück ein Altenpflegeheim. Im Jahre 1989 geriet er in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Außerdem erhob die Heimaufsicht des Landkreises Beanstandungen und ordnete durch Verfügung vom 30. Mai 1991, die der Ehemann der Klägerin anfocht, die Schließung des Heimes an. Unter dem Druck dieser Umstände verkaufte der Ehemann der Klägerin das Grundstück mit Vertrag vom 6. Dezember 1991 an den Beklagten und schloß mit diesem am selben Tag einen Pachtvertrag über das Altenpflegeheim für den Zeitraum vom 1. Januar 1992 bis zum 31. Dezember 1996 mit Verlängerungsoption des Pächters auf weitere fünf Jahre. Als monatlicher Pachtzins wurden 11 000 DM vereinbart. Mit notarieller Urkunde vom 6. Dezember 1991, in der es u. a. heißt, daß die Klägerin als Gesamtschuldnerin gegenüber dem Beklagten auf den Pachtzins hafte, unterwarfen sich die Klägerin und ihr Ehemann entsprechend einer Klausel des Pachtvertrages gegenüber dem Beklagten

„der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen hinsichtlich der Zahlung einer monatlichen Pacht

von DM 11.000 ... ab 1. Januar 1992, jeweils fällig bis zum 5. eines jeden Monats im voraus, aufgrund des Abschlusses des vorgenannten Pachtvertrages.“

Im Verwaltungsrechtsstreit um die Schließung des Altenheims schloß der Ehemann der Klägerin vor dem Oberverwaltungsgericht mit der zuständigen Behörde einen Vergleich, der ihm die Fortführung des Altenpflegeheims erlaubte. Der Beklagte hatte das Anwesen zwischenzeitlich, nämlich am 7. Dezember 1993, an Prof. Dr. B. und R. K. weiterverkauft. Der Ehemann der Klägerin schloß ebenfalls am 7. Dezember 1993 mit den Käufern eine „Zusatzvereinbarung zum Pachtvertrag vom 6. Dezember 1991“, in der er eine Erhöhung des monatlichen Pachtzinses ab 1. April 1994 auf 11 880 DM anerkannte. Nachdem die Käufer von dritter Seite vom Verwaltungsrechtsstreit des Ehemanns der Klägerin erfahren hatten, forchten sie den Kaufvertrag mit dem Beklagten zunächst wegen arglistiger Täuschung an. Am 28. Februar 1994 schlossen sie jedoch mit diesem einen Vergleich, worin sich der Beklagte u. a. verpflichtete, für die Erfüllung des Pachtvertrages den Erwerbern gegenüber neben dem Ehemann der Klägerin zu haften, falls diesem die Erlaubnis zum Führen des Pflegeheims entzogen werden würde. Am 11. Mai 1994 wurden die Käufer als neue Eigentümer ins Grundbuch eingetragen. Mit Verfügung vom 31. Juli 1997 untersagte der Landkreis dem Ehemann der Klägerin erneut die Fortführung des Pflegeheims. Ende September 1997 schloß es das Heim zwangsweise. Mit Schreiben vom 22. September 1997 kündigte der Ehemann der Klägerin den Pachtvertrag einschließlich der Zusatzvereinbarung; ab Oktober 1997 zahlte er die Pacht nicht mehr.

Der Beklagte betreibt aus der vollstreckbaren Urkunde vom 6. Dezember 1991 wegen offener Pachtzinsen in Höhe von insgesamt 363 000 DM (11 000 DM monatlich) – für den 33 Monate umfassenden Zeitraum von Oktober 1997 bis Juni 2000 – die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück der Klägerin. Mit ihrer Klage begehrt diese, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde. Die Eigentümer haben im Laufe des Rechtsstreits in erster Instanz ihre Pachtzinsforderungen für den Vollstreckungszeitraum treuhänderisch an den Beklagten abgetreten. Das Landgericht hat die Vollstreckungsabwehrklage wegen des Betrags von 363 000 DM abgewiesen und die Zwangsvollstreckung nur hinsichtlich eines diese Summe übersteigenden Betrags für unzulässig erklärt. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Auf die Anschlußberufung des Beklagten hat das Berufungsgericht [OLG Celle] die Unzulässigkeitserklärung des Landgerichts aufgehoben, nachdem der Beklagte klargestellt hatte, nicht mehr als insgesamt 363 000 DM zu vollstrecken. Mit der vom Senat angenommenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Ziel, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde, weiter.

Aus den Gründen: Da der Beklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten war, ist über die Revision der Klägerin auf deren Antrag durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht jedoch nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81).

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Klage abgewiesen hat, sowie in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts greifen die Einwendungen der Klägerin gegen den in der notariellen Urkunde titulierten Anspruch des Beklagten nicht durch. Hierzu hat es im wesentlichen ausgeführt: Der Beklagte sei entsprechend der Entscheidung BGHZ 120, 387, 395 als Titelgläubiger aktivlegitimiert, die Pachtzinsforderungen im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, weil er aufgrund der fiduziari-

schen Abtretung der Forderungen Leistung an sich verlangen könne. Die Abtretung sei nicht nach § 134 BGB unwirksam; ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz liege nicht vor, weil der Beklagte nicht geschäftsmäßig im Sinne von § 1 Abs. 1 RBERG handle, sondern das Zwangsvollstreckungsverfahren zur Abwendung eigener Haftung gegenüber den Eigentümern betreibe. Der Ehemann der Klägerin habe den Pachtvertrag mit Schreiben vom 22. September 1997 weder nach § 4 des Pachtvertrags noch gemäß § 542 BGB a. F. wirksam fristlos kündigen können. Ein wichtiger Grund habe nicht vorgelegen. Die behördliche Schließung des Pflegeheims habe sich der Ehemann der Klägerin vielmehr selbst zuzuschreiben. Auch ein Recht zur ordentlichen Kündigung des Pachtvertrages habe dem Ehemann der Klägerin nicht zugestanden. Vielmehr sei die Zusatzvereinbarung vom 7. Dezember 1993 dahingehend auszulegen, daß der Vertrag fest bis zum 31. Dezember 2001 abgeschlossen sei. Der Pachtvertrag sei auch nicht wegen eines auffällig überhöhten Pachtzinses nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Die Voraussetzungen hierfür habe die Klägerin nicht dargelegt. Hingegen habe sich die Klägerin wirksam zur Mithaftung für den Pachtzins verpflichtet. Eine finanzielle Überforderung der Klägerin liege nicht vor. Sie habe nämlich Grundvermögen, das im Zwangsversteigerungsverfahren mit 660 000 DM bewertet und dort von ihr als zu niedrig beanstandet worden sei. Außerdem habe die Klägerin auch ein erhebliches eigenes Interesse an der geforderten und vereinbarten Absicherung des Beklagten als Verpächter gehabt, da durch die Anpachtung des Altenpflegeheims ihr Lebensunterhalt und der ihres Ehemannes sichergestellt werden sollte. Ihre Mithaftung sei daher nicht nach § 138 BGB sittenwidrig. Auf den Umstand, daß sie keinen Einfluß auf die Geschäftsführung durch ihren Ehemann gehabt habe, komme es nicht an.

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

1. Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht und mit zutreffender Begründung die Nichtigkeit des Pachtvertrages nach § 138 Abs. 1 BGB wegen einer auffälligen Pachtzinsüberhöhung verneint, in der Abtretung der Pachtzinsforderungen und der Geltendmachung durch den Beklagten keinen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz gesehen und ein außerordentliches Kündigungsrecht des Beklagten wegen der behördlichen Schließung des Altenheims verneint. Auch hat es in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die Zusatzvereinbarung vom 7. Dezember 1993 dahingehend ausgelegt, daß eine feste Vertragslaufzeit bis zum 31. Dezember 2001 vereinbart worden sei. Das Oberlandesgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, daß der Beklagte als Titelgläubiger zur Zwangsvollstreckung unter der Voraussetzung legitimiert ist, daß ihm der Anspruch materiell-rechtlich zusteht. Hiergegen wendet sich die Revision auch nicht.

2. Die Revision rügt aber, daß sich die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Unbestimmtheit des in der Unterwerfungserklärung bezeichneten Anspruchs ergebe. Die Klägerin habe sich nämlich nur nach Maßgabe des Pachtvertrags der Zwangsvollstreckung unterworfen. Mit dieser Rüge dringt die Revision nicht durch.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Vollstreckungsfähigkeit eines Titels überhaupt als Zulässigkeitsvoraussetzung der Vollstreckungsgegenklage angesehen werden kann und ob sie in der Revision nicht mehr zu prüfen ist, wenn, wie hier, bis zum Schluß des Berufungsrechtszuges keine der Parteien die Auffassung vertreten hat, die Klage richte sich gegen einen unwirksamen Vollstreckungstitel (vgl. hierzu BGHZ 118, 229, 232; BGH, Urteil vom 16. April 1997 – VIII ZR 239/96 – NJW 1997, 2887). Denn der Titel ist jedenfalls nicht unbestimmt. Vielmehr ergibt sich aus ihm eindeutig, daß ab 1. Januar 1992 monatlich 11 000 DM zu zahlen sind. Eine Beschränkung dieses Anspruchs nach Maßgabe des Pacht-

vertrages ist gerade nicht erfolgt. Vielmehr müßten die Schuldner bei Beendigung des Vertrages, sofern der Titelgläubiger weiter vollstreckt, Vollstreckungsabwehrklage erheben.

3. Weiter macht die Revision geltend, die Zusatzvereinbarung vom 7. Dezember 1993, die keine Mithaftungsvereinbarung der Klägerin enthalte und die die Klägerin nicht unterschrieben habe, hätte das Oberlandesgericht dahingehend auslegen müssen, daß mit ihrem Abschluß die Klägerin aus der Haftung ausgeschieden sei. Auch damit hat die Revision keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hat in der genannten Zusatzvereinbarung keinen Ausschluß der Mithaftung der Klägerin gesehen. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Mit dieser Frage brauchte sich das Oberlandesgericht auch nicht ausdrücklich zu befassen, da die von der Klägerin nunmehr befürwortete Auslegung der Zusatzvereinbarung fernliegt und sie in den Vorinstanzen auch von der Klägerin nicht vertreten wurde.

4. Die Revision rügt jedoch mit Erfolg, daß das Oberlandesgericht bei Prüfung der Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des Schuldbeitritts der Klägerin zu den Pachtverbindlichkeiten ihres Ehemannes nicht auf die nach § 138 Abs. 1 BGB zu prüfenden Merkmale abgestellt hat.

Auch im Rahmen eines gewerblichen Miet- oder Pachtvertrages ist die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf Bürgerschafts- und Mithaftungsverträge zwischen dem Vermieter oder Verpächter einerseits und einem privaten Sicherungsgeber andererseits regelmäßig entscheidend vom Grad des Mißverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bürgen oder Mitverpflichteten abhängig (vgl. zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf Mithaftungsverträge zwischen Kreditinstituten und privaten Sicherungsgebern BGH, Urteil vom 4. Dezember 2001 – XI ZR 56/01 – NJW 2002, 744, 745 f. m.w.N.). Demgemäß ist bei Beantwortung der Frage, ob eine krasse finanzielle Überforderung des Mitverpflichteten vorliegt, auf den Zeitpunkt der Übernahme der Mitverpflichtung abzustellen. Dies war der 6. Dezember 1992. Zu diesem Zeitpunkt hat die Klägerin die Verpflichtung übernommen, notfalls für die Vertragsdauer den Pachtzins zu tragen. Die ursprüngliche Vertragsdauer betrug fünf Jahre. Die Verlängerungsoption des Ehemanns der Klägerin um weitere fünf Jahre ist nicht mit zu berücksichtigen, da vernünftigerweise nicht angenommen werden kann, daß ein Pächter von der Option, den Vertrag zu verlängern, Gebrauch macht, wenn er zuvor den Pachtzins nicht erwirtschaften konnte. Dieser Verpflichtung – und nicht der Höhe der späteren tatsächlichen Haftung – sind das Vermögen und das Einkommen zum Zeitpunkt der Verpflichtungsübernahme gegenüber zu stellen, nicht aber die entsprechenden Verhältnisse zum Zeitpunkt der tatsächlichen Inanspruchnahme wie dies das Oberlandesgericht annimmt. Es kommt also nur auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Klägerin im Dezember 1991 an. Für diesen Zeitpunkt hat das Oberlandesgericht jedoch keinerlei Feststellungen getroffen. Insbesondere steht nicht fest, ob die Klägerin schon damals Eigentümerin des Grundstücks war, das sie bei Beginn der Zwangsvollstreckung besaß, welchen Wert es gegebenenfalls unter Abzug der Belastungen hatte und welche Einnahmen die Klägerin gegebenenfalls aus Vermietung und Verpachtung sowie Arbeitseinkommen Ende 1991 erzielte. Auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Zusatzvereinbarung im Dezember 1993 kommt es demgegenüber nicht an.

Das Berufungsurteil ist deswegen aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

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

a) Bei der Beantwortung der Frage, ob ein eigenes persönliches oder wirtschaftliches Interesse der Klägerin am Abschluß des Pachtvertrages einen angemessenen Ausgleich zu einer etwaigen krassen finanziellen Überforderung geschaffen hat, wären nur solche Vorteile zu berücksichtigen, die der Klägerin unmittelbar und in ausreichendem Maße zugeflossen sind (vgl. BGH, Beschluß vom 29. Juni 1999 – XI ZR 10/98 – NJW 1999, 2584, 2588). Diese hätten etwa darin bestehen können, daß die Klägerin am Betrieb ihres Ehemannes beteiligt gewesen wäre und das Altenheim zusammen mit ihm geführt hätte. Dagegen spricht allerdings die Feststellung des Oberlandesgerichts, daß die Klägerin keinen Einfluß auf die Geschäftsführung des Altenheims hatte. Ihre Anstellung im Betrieb ihres Ehemannes oder die Aussicht auf höheren Unterhalt würden hingegen als nur mittelbare Vorteile nicht ausreichen (vgl. BGHZ 134, 42, 49; 146, 37, 45).

Außerdem wäre bei Vorliegen einer auffälligen finanziellen Überforderung der Klägerin zusätzlich der subjektive Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB zu prüfen, nämlich ob dem Beklagten eine verwerfliche Gesinnung vorzuwerfen wäre. Bei Vorliegen einer auffälligen finanziellen Überforderung des Mithaftenden im Rahmen eines gewerblichen Pachtverhältnisses kann dies allerdings – anders als bei der Gewährung von Krediten durch eine Bank – nicht vermutet werden (vgl. hierzu BGHZ 146 a. a. O. 42). Vielmehr ist ähnlich den Fällen, in denen ein auffällig überhöhter Pachtzins verlangt wird (vgl. hierzu Senatsurteil vom 13. Juni 2001 – XII ZR 49/99 – NJW 2002, 55, 57 [= GuT 2002, 9]) eine tatrichterliche Würdigung erforderlich, ob die finanzielle Überforderung für den Verpächter erkennbar war und er in anstößiger Weise die emotionale Bindung des Mithaftenden an den Pächter ausgenutzt hat.

b) Schließlich wird das Berufungsgericht, sollte es die Sittenwidrigkeit der Mitverpflichtung der Klägerin verneinen, zu prüfen haben, ob der Pachtvertrag nicht deshalb nach § 584 BGB a. F. ordentlich kündbar war, weil in der Zusatzvereinbarung vom 7. Dezember 1993 die Form des § 566 BGB a. F. nicht eingehalten wurde. Das in den Akten befindliche Exemplar der Zusatzvereinbarung ist nur von einer Partei, nämlich dem Pächter, unterschrieben. Damit wäre die Form des § 126 Abs. 2 BGB nur eingehalten, wenn entsprechend dessen Satz 2 der neue Eigentümer B., der nach der Urkunde auch in Vertretung der Miteigentümerin K. handelte, eine gleichlautende für den Ehemann der Klägerin bestimmte Urkunde unterschrieben hätte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Anm. d. Red.: Zu BGH NJW 2002, 55 = GuT 2002, 9 vgl. noch BGH GuT 2004, 225; GuT 2004, 238 KL; GuT 2004, 157; OLG Karlsruhe GuT 2002, 175.

§§ 242, 313 BGB
Gewerberaummiete;
deklaratorisches Vertragsanerkennnis;
Staffelmietvereinbarung; Geschäftsgrundlage;
Absinken des allgemeinen Mietniveaus

Zur Staffelmietvereinbarung bei Gewerberaummietverhältnissen (im Anschluß an BGH, Urteil vom 8. Mai 2002 – XII ZR 8/00 – NJW 2002, 2384, 2385 [= GuT 2002, 134]).

(BGH, Urteil vom 27.10.2004 – XII ZR 175/02)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin macht als Rechtsnachfolgerin der S. mbH rückständige Miete aus einem gewerblichen Mietverhältnis geltend.

Mit schriftlichem Vertrag vom 3. November 1994 vermietete die S. mbH an die Beklagte das „St. C.“ auf die Dauer von 20 Jahren.

§ 1 des Mietvertrages lautet:

„Der Vermieter vermietet die nachstehend bezeichneten Räumlichkeiten der Liegenschaft D.-Straße 4/A.-Straße 3 und 7 in C. an den Mieter:

Gesamtnutzfläche 10 014 m² (Netto-Grundfläche, NGF)

Pkw-Stellplätze: 150 Stück

Die Flächenmaße wurden auf der Grundlage der Bauzeichnungen nach DIN 277 ermittelt. Die mietgegenständlichen Räumlichkeiten wurden anhand der Projektunterlagen und Mieterwünsche fertiggestellt. Größenabweichungen von +/- 3% berechtigen keine der Vertragsparteien zur Änderungen des Mietzinses.“

In § 4 heißt es:

„Der monatliche Mietzins beträgt für die in § 1 Abs.1 bezeichneten Flächen (Bezugsbasis: Stellplatz DM 100 pro Monat und Stück; DM 32,22 pro qm Nutzfläche), insgesamt DM 337 606,00 zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer von z.Z. 15%, d. h. incl. Mehrwertsteuer derzeit DM 388 246,90 ...“

Daneben enthält der Vertrag die Vereinbarung einer Staffelmiete, wonach sich der Mietzins jedes Jahr zum 1. November automatisch um 2%, jeweils bezogen auf den bis zum Erhöhungszeitpunkt geltenden Mietzins, erhöht.

Am 7. Februar 1995 schrieb die S. mbH an die Beklagte:

„Sehr geehrter Herr B.,

der aktuelle Stand der Nettogrundflächenberechnung (NGF) beträgt

	15 645,51 qm
darunterTG	4223,23 qm
darunter Läden/Büro's	11 422,28 qm

Dabei wurden die aktuelle Planung der Passage (Aufteilung in 6 Gewerbeflächen) und des Restaurants in Ebene 0 berücksichtigt. Grundlage dieser Ermittlung durch die Architektengemeinschaft bildete die DIN 277. Damit weicht die Nettogrundfläche (NGF) um mehr als 3% von 10 014 qm ab. Demgemäß erfolgte eine Anpassung des Mietzinses um

$$11\,422\text{ qm} - 10\,014\text{ qm} = 1\,408\text{ qm}$$

$$1\,408\text{ qm} \times 32,22\text{ DM/qm} = 45\,365,75\text{ DM/p. M. (Netto)}$$

Der monatliche Mietzins erhöht sich von

337 606,00 DM
+ 45 365,75 DM
82 971,75 DM

zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer.

Wir bitten Sie höflich, uns diese Anpassung zu bestätigen.“

Die Beklagte erwiderte am 3. März 1995:

„... Den Inhalt Ihres Schreibens vom 7.2.95 zur Nettogrundflächenberechnung nach DIN 277 und die damit verbundene Mietpreisanpassung wird von uns nach erfolgter Prüfung ab dem heutigen Tage anerkannt.

Durch die veränderte Fläche bei Läden/Büros = 11 422,28 m² entsteht eine Mietpreiserhöhung von 45 365,75 DM/Monat zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. ...“

Die Klägerin erwarb in der Folge das Gewerbeobjekt. Nach ihrer Eintragung im Grundbuch traf sie mit der Beklagten am 19. April/3. Mai 1995 eine Nachtragsvereinbarung, mit der die Parteien den Übergang des Mietverhältnisses regelten. Danach sollte es, soweit im Nachtrag nichts anderes vereinbart wurde, bei den Regelungen des Mietvertrages verbleiben.

In II des Nachtrages wurde unter Bezugnahme auf § 4 des ursprünglichen Mietvertrages und in Ergänzung hierzu hinsichtlich des Mietzinses folgendes vereinbart:

„1. § 4 Ziffer 1 lautet:

Der monatliche Mietzins beträgt für die in § 1 Abs.1 bezeichneten Flächen (Bezugsbasis: Stellplatz DM 100,00 pro

Monat und Stück; DM 32,22 pro m² Nutzfläche) insgesamt DM 337 606,00 zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer von z. Z. 15%, d. h. incl. Mehrwertsteuer derzeit DM 388 246,90, in Worten: Deutsche Mark dreihundertachtundachtzigtausendzweihundertundsechszvierzig 90/100.

Nunmehr wird ergänzend vereinbart:

Aufgrund einer Nachberechnung der tatsächlich überlassenen Nettogeschoßfläche gemäß DIN 277 erhöht sich die Mietfläche von 10 014 m² auf 11 422,28 m². Demzufolge erhöht sich der Mietzins ab 1. 3. 1995 von DM 337 606,00 zzgl. MWSt auf 383 025,86 zzgl. MWSt von derzeit DM 57 453,87, d. h. auf insgesamt DM 440 479,73, in Worten: Deutsche Mark vierhundertvierzigtausendvierhundertneunundsiebzig 73/100 ...“

Die Beklagte zahlte ab November 2000 nur noch eine monatliche Bruttomiete von 219 412,24 DM, weil sie der Auffassung war, sie schulde Miete nur für die reine Nutzfläche, die sich auf 8035,85 m² belaufe, und darüber hinaus die Miete nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage an die marktübliche Miete für Büroflächen von 16 DM je m² anzupassen sei.

Von der Vereinbarung vom 19. April/3. Mai 1995 ausgehend hat die Klägerin 2 048 552,46 DM nebst Zinsen an rückständiger Miete für die Zeit von November 2000 bis einschließlich Juni 2001 geltend gemacht. Das Landgericht Chemnitz hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der vom Oberlandesgericht Dresden zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte nach wie vor Klageabweisung.

Aus den Gründen: Die Revision bleibt ohne Erfolg.

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, die Mietvertragsparteien hätten die Nettogrundfläche des Mietobjekts als Berechnungsgrundlage vereinbart. Der Begriff Gesamtnutzfläche sei nicht der DIN 277 entnommen, da diese lediglich den Begriff Haupt-, Neben- und Nutzfläche enthalte. Damit könne nicht zwingend davon ausgegangen werden, daß der Begriff der Gesamtnutzfläche dem der Nutzfläche im Sinne der DIN 277 entspreche. Vielmehr definiere der nach dem Ausdruck Gesamtnutzfläche handschriftlich eingefügte Zusatz „Netto-Grundfläche“ den vorhergehenden Begriff der Gesamtnutzfläche. Damit stehe im Einklang, daß in einem Prospekt der Vermieterin in den dort angegebenen 10 143,90 m² „verm. Flächen“ ebenso wie in einem vorangegangenen, dann aber wieder aufgehobenen Mietvertrag in den darin genannten Ladenflächen und Büroetagen neben Nutz- auch Verkehrs- und Funktionsflächen enthalten gewesen seien. Werde aber keine Unterscheidung getroffen, so deute das darauf hin, daß der Begriff Gesamtnutzfläche umfassender verstanden worden sei als nur die reine Nutzfläche.

Hinzu komme die Vereinbarung der Parteien im Nachtrag, wonach für die Berechnung des Mietzinses die aufgrund einer Nachberechnung festgestellte und tatsächlich überlassene Nettogeschoßfläche zugrunde zu legen sei. Aus dem Begriff der Nettogeschoßfläche könne keine Beschränkung auf die reine Nutzfläche hergeleitet werden. Hätten die Parteien auf die reine Nutzfläche abgestellt, so wären die Verkehrs- und Funktionsflächen unentgeltlich überlassen worden. Wegen der angespannten Marktlage seien im Jahre 1994 aber Verkehrs- und Funktionsflächen nur entgeltlich überlassen worden. Die Behauptung der Beklagten, während der Vertragsverhandlungen sei für die Berechnung des Mietzinses auf die Nutzfläche abgestellt worden, sei ohne Belang. Der definierende Zusatz „Netto-Grundfläche“ sei nämlich vor Vertragsunterzeichnung eingefügt und vom Notar mit verlesen worden, so daß zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Berechnungsgrundlage eindeutig festgelegt worden sei. Im übrigen habe die Beklagte zunächst bis 1997 vorbehaltlos die

volle Miete entrichtet und erst nach dem Einbrechen der Mieten Verhandlungen mit dem Ziel einer Mietreduzierung aufgenommen, aber weiterhin bis Oktober 2000 die volle Miete vorbehaltlos weiter bezahlt. Schließlich habe die Beklagte die Netto-Grundfläche als Berechnungsgrundlage als auch deren Größe von 11 422,28 m² im Schreiben vom 3. März 1995 anerkannt.

Der vertraglich vereinbarte Mietzins sei nicht nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemindert. Nur wenn das vertraglich übernommene Risiko die Grenze des Zumutbaren überschreite, sei eine Anpassung gerechtfertigt. Es gehöre zum normalen Risiko solcher Verträge, daß sich die den Wert der vereinbarten Leistung beeinflussenden Verhältnisse während der Vertragsdauer zugunsten der einen oder der anderen Vertragspartei ändern könnten. Die Beklagte habe für 20 Jahre Räumlichkeiten für ihre Tätigkeit erlangt und damit Planungs- und Kalkulationssicherheit. Mit Abschluß des Vertrages habe sie bewußt das Risiko der Marktwertänderung übernommen. Die Klägerin habe ihrerseits einer langfristigen vertraglichen Bindung bedurft. Nur bei Sicherstellung des Ertrages für das Objekt habe sie ihre Verpflichtungen gegenüber ihren Anlegern sicherstellen können. Durch die Vereinbarung einer 2%igen Mieterhöhung pro Jahr sei der durchschnittliche Kaufkraftverlust ausgeglichen worden. Das Festhalten am vertraglich vereinbarten Mietzins sei für die Beklagte nicht unzumutbar. Daß ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet sei, habe sie nicht vorgetragen. Daß die Beklagte bei einem neuen Mietvertrag einen günstigeren Mietzins durchsetzen könnte, führe nicht zur Unzumutbarkeit. Jedenfalls sei die Opfergrenze nicht überschritten. Zwar sei die Grenze des übernommenen Risikos jeweils individuell zu beurteilen. Als Maßstab könne allerdings die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Erbbaurechtsverträgen herangezogen werden, die bei einem Kaufkraftschwund von mehr als 60% ein Überschreiten der Opfergrenze annehme. Die Berechnung der Beklagten könne schon deshalb nicht herangezogen werden, weil sie für die reine Nutzfläche von einem ortsüblichen Mietzins von 16 DM/m² ausgehe und dabei nicht berücksichtige, daß in den über 8000 m² Nutzfläche 2000 m² Ladenfläche enthalten seien, für die ein höherer Mietzins veranschlagt werden müsse, weil sich die Beklagte verpflichtet habe, Miete nicht nur für die reine Nutzfläche, sondern die gesamte Netto-Grundfläche zu bezahlen.

2. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts hält im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung stand.

a) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Beklagte habe die vereinbarte Quadratmetermiete nicht für die gesamte Netto-Grundfläche, sondern nur für die reine Nutzfläche zu bezahlen.

aa) Die Vorinstanzen haben die §§ 1 und 2 des Mietvertrages vom 3. November 1994 dahin ausgelegt, daß die Vertragsparteien die Nettomietflächen des Mietvertrages als Berechnungsgrundlage vereinbart haben. Die gegen diese Auslegung vorgebrachten Rügen der Revision bleiben ohne Erfolg. Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Sie kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, 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). Solche revisionsrechtlich beachtlichen Fehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen, und sie liegen auch nicht vor. Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe für die Auslegung relevante Beweisangebote übergangen, hat der Senat die behaupteten Verfahrensverstöße geprüft, die Rügen aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

bb) Im übrigen ist die Auslegung der in § 1 des Mietvertrages getroffenen Vereinbarung seitens des Berufungsgerichts nicht entscheidungserheblich. Zutreffend geht das Berufungsgericht nämlich davon aus, daß die Mietvertragsparteien einen kausalen Anerkenntnisvertrag (sogenanntes bestätigendes Schuldanerkennnis; vgl. dazu MünchKomm/Hüffer BGB 3. Aufl. § 781 Rdn. 3) geschlossen haben, mit dem die Beklagte die von der Klägerin geltend gemachte Miete anerkannt hat. Die dahingehende Auslegung durch das Berufungsgericht nimmt die Revision hin. Zu Unrecht meint sie aber, die Annahme eines deklaratorischen Anerkenntnisses scheitere daran, daß es an Feststellungen des Berufungsgerichts fehle, zwischen den damaligen Vertragsparteien habe Streit oder Ungewißheit über den Maßstab für die Berechnung der Gesamtmiete oder die Gesamtmiete selbst bestanden, bevor die Beklagte das Schreiben vom 3. März 1995 abgesandt habe. Dies trifft indessen nicht zu. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts führten auf Wunsch der Beklagten durchgeführte bauliche Veränderungen nachträglich zu einer Vergrößerung der Netto-Grundfläche mit der Folge, daß sich für die Beklagte ein höherer Mietzins ergab. Über den Umfang dieser Vergütung bestand Unsicherheit. Deshalb schlug die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Schreiben vom 7. Februar 1995 die Zugrundelegung einer neuen Netto-Grundfläche samt einem neuen Gesamtmietzins vor und bat um Bestätigung. Die neue Netto-Grundfläche und die dadurch bedingte Mietänderung hat die Beklagte geprüft und nach Prüfung mit ihrem Schreiben vom 3. März 1995 anerkannt. Damit hatten die Vertragsparteien die bestehende Ungewißheit einvernehmlich beseitigt. Daran muß sich die Beklagte festhalten lassen.

cc) Über das schuldbestätigende Anerkenntnis zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beklagten hinaus haben die Parteien selbst in einem zwischen ihnen schriftlich vereinbarten Nachtrag nochmals die aufgrund der Nachberechnung festgestellte Nettogeschoßfläche zugrunde gelegt. Dem unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten, sie sei in ihrem Schreiben vom 3. März 1995 bei der Beantwortung des Schreibens der S. mbH vom 7. Februar 1995 davon ausgegangen, daß es sich bei der Fläche von 11 422,28 m² um Büroräume und Ladenflächen handele, mußte das Berufungsgericht nicht nachgehen. Ein solcher Irrtum würde an der von der Beklagten im Nachtrag vom 19. April/3. Mai 1995 eingegangenen Verpflichtung zur Zahlung einer erhöhten Miete nichts ändern.

b) Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, der vertraglich vereinbarte Mietzins sei nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage herabzusetzen.

aa) Bei Vereinbarung einer Staffelmiete besteht regelmäßig die nicht fernliegende Möglichkeit, daß der vereinbarte Mietzins im Laufe der Zeit erheblich von der Entwicklung des marktüblichen Mietzinses abweicht. Dieses typische Vertragsrisiko trägt grundsätzlich die jeweils benachteiligte Vertragspartei. Der Mieter bleibt daher in der Regel auch bei einem gravierenden Absinken des allgemeinen Mietniveaus an die vertraglich vereinbarten Staffelerhöhungen gebunden, es sei denn, die Parteien haben eine abweichende Regelung getroffen (BGH, Senatsurteil vom 8. Mai 2002 – XII ZR 8/00 – NJW 2002, 2384, 2385 [= GuT 2002, 134]).

bb) Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, der Senat habe in seiner Entscheidung vom 8. Mai 2002 die in § 10 Abs. 2 MHG (jetzt § 557 a Abs. 2, 3 BGB) getroffene gesetzliche Wertung nicht berücksichtigt. Der in §§ 10 MHG, 557a BGB genannte Zeitraum von vier Jahren, über den im Falle der Vermietung von Wohnraum eine Bindung an eine Staffelmietvereinbarung längstens zulässig sei, sei weit überschritten. Das Berufungsgericht habe nicht bedacht, daß ein mit der Ver-

einbarung einer Staffelmiete bezwecker „Inflationsausgleich“ einen weit höheren Effekt bewirke, wenn zeitgleich die für das Objekt maßgebende Vergleichsmiete drastisch sinke.

Der frühere § 10 MHG und § 557a BGB sind Schutzvorschriften zugunsten des Wohnraummieters. Der Gesetzgeber hat die Regelung bewußt auf die Wohnraummiete beschränkt. Eine Ausdehnung auf die gewerbliche Miete ist nicht geboten und wird auch nicht gefordert (vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus MietR 8. Aufl. § 557a BGB Rdn.10, 12; Emmerich/Sonnenschein Miete 8. Aufl. § 557a Rdn. 2; Herrlein/Kandelhard MietR 2. Aufl. § 557a BGB Rdn. 4). Außerdem betreffen die genannten Vorschriften lediglich, worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist, die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Beschränkung des Kündigungsrechts des Mieters unwirksam ist, nicht aber die von der Revision geforderte Vertragsanpassung.

Soweit sich die Revision auf die Formulierung des Senats im Urteil vom 8. Mai 2002 beruft, daß eine unzumutbare Überschreitung des übernommenen Risikos eher anzunehmen sei, wenn die Bindung an den Vertrag noch viele Jahre bestehe, beruht dies auf einem unzutreffenden Verständnis des Urteils. Der erkennende Senat hat die Argumentation der damaligen Revision verworfen, wonach gerade bei kürzeren Laufzeiten für die Annahme eines Anpassungsgrundes wegen Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage nicht so strenge Anforderungen zu stellen seien, wie sie die Rechtsprechung für über mehrere Jahrzehnte fest abgeschlossene Verträge aufgestellt hat. Die lange Restlaufzeit des Vertrages ist ein Umstand, der für die Frage einer Anpassung von Bedeutung sein kann, reicht allein aber nicht, um eine Anpassung zu begründen.

cc) Soweit die Revision die Herabsetzung der Miete damit begründet, daß die Äquivalenzstörung durch einen Verfall der Mieten für Gewerbeimmobilien verursacht sei und deshalb nicht auf einer bewußten Risikoubernahme durch die Beklagte, sondern auf der politischen und wirtschaftlichen Entwicklung in den neuen Bundesländern beruhe, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn dies ändert nichts an der vom Senat in seiner Entscheidung vom 8. Mai 2002 angenommenen Risikoverteilung. Auf eine „bewußte“ Übernahme des Risikos kommt es nicht an. Der Mieter trägt das Risiko, daß sich das Mietniveau nach Vertragsschluß nach unten entwickelt, der Vermieter das Risiko, daß die Mieten stärker steigen, als mit der Staffelmiete berücksichtigt. Zutreffend weist die Revisionserwiderung darauf hin, daß beide Parteien des Mietvertrages ein erhebliches Interesse daran haben, durch die gewählte Vertragsgestaltung langfristige Planungs-, Kalkulations- und Budgetsicherheit zu erlangen.

dd) Entgegen der Auffassung der Revision ist auch die „Opfergrenze“ nicht überschritten. Zwar gehört bei gegenseitigen Verträgen der Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zur objektiven Geschäftsgrundlage. Wird dieses Gleichgewicht nach Vertragsschluß durch unvorhergesehene Veränderungen so schwer gestört, daß damit das von einer Partei normalerweise zu tragende Risiko in unzumutbarer Weise überschritten wird, so ist der Vertrag anzupassen (Senatsurteil vom 8. Mai 2002 a. a. O.). Eine solch schwerwiegende, die Unzumutbarkeitsgrenze überschreitende Äquivalenzstörung liegt hier jedoch nicht vor.

Zum einen muß sich die Beklagte an der von ihr anerkannten Bezugsgröße von 11 422,28 m² festhalten lassen. Bei Zugrundelegung dieser Fläche errechnet sich kein Rückgang der ortsüblichen Miete auf lediglich 44% der vereinbarten Miete. Zum anderen würde auch ein Rückgang der ortsüblichen Miete um mehr als 60% nicht automatisch zur Überschreitung der Opfergrenze führen. Allein die Tatsache, daß die Beklagte mittlerweile vergleichbare Geschäftsräume zu einem wesentlich günstigeren Mietzins anmieten könnte, rechtfertigt nämlich nicht die Annahme einer zur Vertragsan-

passung führenden Äquivalenzstörung (Senatsurteil vom 8. Mai 2002 a. a. O.). Welcher Maßstab bei der Entscheidung der Frage, ob Unzumutbarkeit vorliegt, anzulegen ist, braucht – wie auch im Senatsurteil vom 8. Mai 2002 – nicht entschieden zu werden. Die Revision zeigt keinen Sachvortrag in den Instanzen auf, noch ist ein solcher ersichtlich, weshalb das von der Beklagten, einer Aktiengesellschaft, zu tragende Risiko in unzumutbarer Weise überschritten sein soll. Daß die in der Energieversorgung eingetretene Liberalisierung zu einem erheblichen Wettbewerbsdruck für die früher als Monopolist tätige Beklagte geführt hat, durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als nicht entscheidungserheblich ansehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 242 BGB
Nebenkostenabrechnung; Verwirkung;
Einkaufszentrum**

Erteilt der Vermieter im Einkaufszentrum wegen der schwierigen wirtschaftlichen Lage der Mieter keine Nebenkostenabrechnungen und macht keine Nachzahlungen geltend, bedarf es zur Abwendung einer Verwirkung von Nachzahlungsforderungen des Hinweises auf eine zukünftige Änderung der Handhabung.

Eine Verwirkung kann auch eintreten, wenn eine streitige Forderung längere Zeit nicht weiterverfolgt worden ist.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. 6. 2004 – I-24 U 92/04)

Aus den Gründen: Das Landgericht [Kleve] hat die Nebenkostennachforderung für das Jahr 1997 zu Recht als verwirkt beurteilt. Die Kammer hat bei ihren Erwägungen ausreichend berücksichtigt, dass eine Verwirkung von Nebenkosten-Forderungen nur unter besonderen Umständen angenommen werden kann. Das Zeitmoment ist bei einer gerichtlichen Geltendmachung erst im Jahre 2002 erfüllt, aber entgegen der Auffassung des Klägers auch das sog. Umstandsmoment. Zwar hat der Kläger die Nebenkostennachforderung für die Abrechnungsperiode erstmals Anfang 1999 geltend gemacht, was allein noch keinen Anhaltspunkt für eine Verwirkung bietet. Das Landgericht hat aber zutreffend hervorgehoben, dass der Voreigentümer seit dem Jahre 1988 keine Nebenkosten-Abrechnungen erteilt und keine Nachforderungen geltend gemacht hat, und zwar ausdrücklich aufgrund der wirtschaftlich schwierigen Lage der Mieter des Einkaufszentrums, wie der Zeuge W. bekundet hat. Der Zeuge O. hat dies bestätigt und überdies ausgesagt, einige Mieter hätten angekündigt, bei eventuellen Nachforderungen von Nebenkosten das Mietobjekt zu verlassen. Bei dieser Sachlage durften sich die Mieter des Einkaufszentrums darauf verlassen, dass eine Änderung der Haltung des Vermieters ihnen rechtzeitig mitgeteilt wurde, damit sie sich in ihren wirtschaftlichen Planungen darauf einstellen konnten. Es bedarf hier nicht der Erörterung, ob dies bereits im Laufe einer neuen Abrechnungsperiode notwendig war, aber dies musste jedenfalls zeitnah geschehen, was in Anlehnung an die obergerichtliche Rechtsprechung zur Notwendigkeit einer Abrechnung spätestens ein Jahr nach Ablauf einer Abrechnungsperiode (vgl. Senat ZMR 1998, 219; OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat, ZMR 2000, 287 [= WuM 2000, 212 KL] und Überblick bei Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Aufl., § 535 Rdnr. 94 f.) hier Ende des Jahres 1998 der Fall war.

Selbst wenn dies anders zu beurteilen wäre, so wäre die Verwirkung der Forderung noch aus einem anderen Grunde anzunehmen. In den ersten 3 Monaten des Jahres 1999 haben die Parteien einen intensiven Schriftwechsel über die Berechtigung des Klägers zur Nachforderung von Nebenkosten für das Jahr 1997 geführt. Darin hat die Beklagte entgegen der

Behauptung des Klägers sehr wohl eine Fülle von konkreten Einwendungen gegen die Berechtigung zur Geltendmachung überhaupt, aber auch zu einzelnen Positionen erhoben. Wenn dann der Kläger weitere nahezu drei Jahre verstreichen lässt, bevor er die Nachforderung wieder geltend macht, nunmehr durch Einreichung eines Mahnbescheids, und das nach dem vorerwähnten tatsächlichen Verzicht auf Nachforderungen für einen Zeitraum von neun Jahren, so ist das Umstandsmoment jedenfalls dadurch erfüllt.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§ 571 BGB a. F.

Gewerbemiete; Nebenkostenabrechnung bei Wechsel des Eigentümers und Vermieters

Auch im gewerblichen Mietrecht verbleiben bei einem Eigentumswechsel für die bis zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs abgelaufenen Abrechnungsperioden die Pflicht zur Abrechnung der Nebenkosten und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten beim früheren Eigentümer und Vermieter (im Anschluß an BGH, Urteil vom 3. Dezember 2003 – VIII ZR 168/03 – NJW 2004, 851 [= WuM 2004, 94 = GuT 2004, 102 KL]).

(BGH, Beschluss vom 29. 9. 2004 – XII ZR 148/02)

Zum Sachverhalt: Der Kläger macht rückständige Miete aus einem gewerblichen Mietverhältnis geltend.

Mit schriftlichem Vertrag vom 14. Juli 1997 mietete die Beklagte von der damaligen Eigentümerin Gewerberäume in Bernau. Vereinbarungsgemäß leistete sie für die Nebenkosten monatliche Vorauszahlungen.

Die Vermieterin veräußerte das Grundstück an den Kläger, der aufgrund der Auflassung vom 2. November 1999 am 5. Mai 2000 als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurde.

Mit Schreiben vom 31. August 2000 rechnete die Hausverwalterin der Vermieterin die Nebenkosten für die Jahre 1997 und 1998 ab, wobei sich zugunsten der Beklagten ein Guthaben in Höhe von 3098,62 DM ergab. Mit dem Anspruch auf Rückzahlung dieses Betrages rechnete die Beklagte gegen rückständige Mieten für die Monate August 2000 bis April 2001 auf.

Der Kläger hat zunächst 6444,47 DM an rückständigen Mieten geltend gemacht. Nach übereinstimmender Erledigerklärung des Rechtsstreits in Höhe von 1903,68 DM hat das Amtsgericht Bernau der Klage in Höhe von 1340,16 DM stattgegeben. Es hat die Aufrechnung der Beklagten mit dem Anspruch auf Auszahlung des Guthabens in Höhe von 3058,62 DM als wirksam angesehen und einen Betrag von 142,01 DM als unbegründet erachtet. Die Berufung, mit der der Kläger die Unwirksamkeit der Aufrechnung geltend gemacht hat, ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen wendete sich der Kläger mit der vom Landgericht Frankfurt (Oder) zugelassenen Revision, mit der er die Verurteilung der Beklagten in der zuletzt beantragten Höhe von 4398,78 DM samt Zinsen erstrebte.

Im Revisionsverfahren haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem die Beklagte die Klageforderung bezahlt hat.

Aus den Gründen: II. Nach übereinstimmender Erledigerklärung ist gemäß § 91 a ZPO über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Danach sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen, weil sie ohne Erledigung im Rechtsstreit unterlegen wäre.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, in Höhe von 3058,62 DM sei der Klageanspruch erloschen, weil die Beklagte mit

dem der Höhe nach unstreitigen Nebenkostensaldo der Jahre 1997 bis 1998 wirksam aufgerechnet habe. Die im Wege der Aufrechnung geltend gemachten Rückzahlungsansprüche seien zum 1. Januar 1999 entstanden, aber erst mit der Abrechnung vom 31. August 2000, somit nach Eintragung des Klägers im Grundbuch (5. Mai 2000) fällig geworden. Deshalb sei der Kläger als Erwerber gemäß § 571 BGB a. F., § 566 Abs. 1 BGB zum Ausgleich des Nebenkostensaldos verpflichtet. Zwar sei die Frage, ob der Mieter Nebenkostensalden aus Abrechnungsperioden vor der Eintragung des Erwerbers als Eigentümer, die erst nach dessen Eintragung abgerechnet worden seien, dem neuen Eigentümer gegenüber geltend machen könne, sehr umstritten. Allein die hier vertretene Lösung sei aber interessengerecht. Sinn und Zweck des § 571 BGB a. F. (§ 566 Abs. 1 BGB) sei es nämlich ausschließlich, den Mieter vor Rechtsnachteilen durch den Eigentumsübergang zu schützen. Dieser Schutz sei nur gewährleistet, wenn eine Verpflichtung des Erwerbers auf Auszahlung von Nebenkostensalden bestehe. Nur dann habe der Mieter die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Auszahlung des Nebenkostensaldos im Wege der Aufrechnung oder eines Zurückbehaltungsrechts seinem jetzigen Vermieter entgegenzusetzen. Daß nach vorherrschender Auffassung ausschließlich der Voreigentümer zur Abrechnung von bei Eigentumsübergang bereits abgeschlossenen Abrechnungsperioden berechtigt bzw. verpflichtet sei, führe bei wertender Betrachtungsweise zu keiner anderen Rechtsauffassung. Dem Erwerber entstehe kein unzumutbarer Nachteil, da er aufgrund vertraglicher Nebenpflichten vom Veräußerer die Überlassung der Abrechnungsunterlagen oder aber die Durchführung der Abrechnung verlangen könne. Damit sei der Erwerber ausreichend davor geschützt, daß der Voreigentümer die Abrechnung nicht vornehme oder ihm die Unterlagen zur Überprüfung bereits erstellter Nebenkostenabrechnungen nicht zur Verfügung stelle.

Die Entscheidung des BGH (ViZ 2000, 734 [= WuM 2000, 609]) könne keine Anwendung finden. Grundlage dieser Entscheidung sei nämlich nicht ein rechtsgeschäftlicher Eigentumsübergang im Sinne von § 566 Abs. 1 BGB, sondern eine Eigentumsübertragung gemäß § 17 VermG. In diesem Fall sei der Mieter jedoch, worauf der Bundesgerichtshof ausdrücklich hinweise, bereits in hinreichendem Maße durch die Schutzvorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 1 VermG geschützt.

2. Dem ist nicht zu folgen.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß sich die Frage, welche mietvertraglichen Rechte und Pflichten infolge eines Eigentumsübergangs nach § 571 BGB a. F. (§ 566 Abs. 1 BGB) dem Veräußerer und welche dem Erwerber zuzurechnen sind, grundsätzlich nach dem Zeitpunkt des Entstehens bzw. der Fälligkeit des Anspruchs beantwortet. Vor dem Eigentumswechsel entstandene und fällig gewordene Ansprüche verbleiben dem bisherigen Vermieter, danach fällig gewordene Forderungen stehen dem (nunmehrigen) Grundstückseigentümer zu. Ebenso richten sich vertragliche Ansprüche des Mieters dann gegen den Erwerber, wenn sie erst nach dem Eigentumswechsel entstehen und fällig werden (BGH, Urteil vom 19. Oktober 1988 – VIII ZR 22/88 – NJW 1989, 451, 452 [= WuM 1989, 141]). Zu Recht geht das Berufungsgericht auch davon aus, daß der Anspruch des Mieters auf Auszahlung des Nebenkostenguthabens für die Jahre 1997 und 1998 erst mit Erteilung der Nebenkostenabrechnung vom 31. August 2000 fällig geworden ist (vgl. BGHZ 113, 188, 194 [= WuM 1991, 150]).

b) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht aber, das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. September 2000 (– III ZR 211/99 – ViZ 2000, 734 = WPM 2000, 2509 [= WuM 2000, 609]) sei für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. Der III. Zivilsenat hat dort entschieden, daß im Falle eines Eigen-

tumswechsels nach § 17 VermG der frühere Eigentümer gegenüber dem Mieter bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum bereits abgelaufenen Abrechnungsperiode zur Abrechnung der Nebenkosten verpflichtet und zur Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt bzw. zur Erstattung von Überzahlungen verpflichtet ist. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Entscheidung beruhe auf Besonderheiten des Vermögensgesetzes und könne deshalb auf einen rechtsgeschäftlichen Erwerb gemäß § 571 BGB a. F. (§ 566 Abs. 1 BGB) keine Anwendung finden, ist unzutreffend.

Mit Urteil vom 3. Dezember 2003 (– VIII ZR 168/03 – NJW 2004, 851 [= WuM 2004, 94 = GuT 2004, 102 KL]) ist nämlich der VIII. Zivilsenat der Auffassung des III. Zivilsenats gefolgt. Danach ist im Bereich des Wohnraummietrechts bei einem Eigentumswechsel nicht der Erwerber, sondern der Veräußerer gegenüber dem Mieter bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum abgelaufenen Abrechnungsperioden zur Abrechnung der Nebenkosten und zur Auszahlung eines etwaigen Guthabens verpflichtet. Nach Auffassung des VIII. Zivilsenats kommt es nicht darauf an, wann der Zahlungsanspruch fällig geworden ist. Das strikte Festhalten am sogenannten Fälligkeitsprinzip würde die Abrechnung der Nebenkosten im Regelfall erschweren, da sich der Erwerber die nötigen Unterlagen vom Veräußerer unter Umständen erst beschaffen müßte und sich erhebliche Hindernisse ergeben könnten, wenn er für bereits vor seinem Eigentumswechsel abgeschlossene Abrechnungsperioden abrechnen sollte. Zum anderen sei zu berücksichtigen, daß der Erwerber für die nun abzurechnende Periode die Vorauszahlungen nicht erhalten habe. Er müßte sich dann an den Veräußerer wenden und eventuelle Ansprüche möglicherweise gerichtlich durchsetzen. Auch stünde im Falle geschuldeter Nachzahlungen ein hierauf gerichteter Anspruch dem Erwerber selbst nicht zu, nachdem der Veräußerer die Aufwendungen für die abgelaufenen Abrechnungsperioden getragen und deshalb Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen habe. Soweit den Mietern danach Nachteile entstehen könnten, weil es ihnen verwehrt sei, mit ihnen zustehenden Rückzahlungsforderungen gegenüber Mietzinsforderungen des Erwerbers aufzurechnen, sei dies die Folge des Erwerbs ihres Vertragspartners und von ihnen hinzunehmen.

Der erkennende Senat schließt sich der Auffassung des VIII. Zivilsenats für den Bereich des gewerblichen Mietrechts an. Diese Lösung sorgt für Rechtsklarheit und vermeidet insbesondere das ungerechte Ergebnis, daß eine vor dem Eigentumswechsel fällig gewordene Abrechnungspflicht beim bisherigen Vermieter verbleibt, während Nachzahlungen und Erstattungen, deren Vorbereitung und Berechnung die Abrechnung dient, dem Erwerber zustehen bzw. von ihm zu erbringen sind (BGH, Urteil vom 14. September 2000 a. a. O.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 96, 140 InsO

Geschäftsraummiete; Aufrechnung mit dem Mietzinsanspruch gegen den Anspruch der Masse auf das Betriebskostenguthaben

Maßgebliche Rechtshandlung für die Möglichkeit der Aufrechnung von Mietzinsansprüchen gegen Ansprüche auf Auszahlung von Guthaben aus Nebenkostenvorauszahlungen ist der Abschluß des Mietvertrages.

(BGH, Urteil vom 11.11.2004 – IX ZR 237/03)

Zum Sachverhalt: Der Kläger wurde mit Beschluß vom 1. Februar 2002 zum Verwalter in dem am gleichen Tag eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der L. GmbH (im folgenden: Schuldnerin) bestellt. Die Schuldnerin hatte

von der Beklagten Gewerberäume gemietet. Der Kläger begehrt von der Beklagten die Erstattung des Guthabens aus den Betriebskostenvorauszahlungen für das Jahr 2000. Die Schuldnerin beglich in den Monaten September bis November 2001 die monatliche Miete in Höhe von 2409,06 € nicht. Mit Schreiben vom 21. Juni 2002 rechnete die Beklagte für das Jahr 2000 die Betriebskosten ab; es ergab sich ein Guthaben zugunsten der Masse in Höhe von 1545,84 €. Am 1. Juli 2002 erklärte die Beklagte die Aufrechnung mit dem entsprechenden erstgestellten Betrag der Miete für September 2001.

Das Amtsgericht Lübben hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat sie das Landgericht Cottbus abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag in vollem Umfang weiter.

Aus den Gründen: Entscheidungsgründe: Die Revision bleibt ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden, daß die Forderung der Masse auf Auszahlung des Guthabens von 1545,84 € durch Aufrechnung erloschen ist (§ 389 BGB). Die vom Berufungsgericht und der Revision für grundsätzlich angesehenen Fragen hat der Senat zwischenzeitlich in zwei Urteilen vom 29. Juni 2004 entschieden. Das Berufungsurteil stimmt hiermit im Ergebnis überein.

1. Die Beklagte durfte gegen den Anspruch der Masse mit ihren fälligen Mietforderungen für den Monat September 2001 gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO aufrechnen, nachdem die Voraussetzungen für die Aufrechnung – Fälligkeit der Mietforderung für den Monat September und Erfüllbarkeit der Forderung der Schuldnerin – eingetreten waren, § 387 BGB.

a) Der Anwendbarkeit des § 95 Abs. 1 InsO steht § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht entgegen. § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO will die Aufrechnung erleichtern und geht der Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor (BGH, Urte. v. 29. Juni 2004 – IX ZR 147/03, ZIP 2004, 1608).

Davon abgesehen erfaßt § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO nur die Fälle, in denen ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Masse schuldig geworden ist. Er findet keine Anwendung auf eine im Eröffnungsverfahren begründete Aufrechnungslage, auch wenn das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestimmt und Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 InsO getroffen hat (BGH, Urte. v. 29. Juni 2004 – IX ZR 195/03, ZIP 2004, 1558).

b) Die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO liegen vor. Die Mietzinsforderung der Beklagten war bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, am dritten Werktag des September 2001 (§ 7 des Mietvertrages), fällig geworden. Die Forderung der Schuldnerin war demgegenüber zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht fällig im Sinne dieser Vorschrift.

Nach den Bestimmungen des Mietvertrages (§ 5 Abs. 2 und 3, § 7 Abs. 1 Satz 1) waren vom Mieter monatlich Nebenkosten in Höhe von insgesamt 733,82 DM zuzüglich 16 % Umsatzsteuer im voraus, spätestens am dritten Werktag zu zahlen. Die Nebenkosten waren jährlich abzurechnen. Nachzahlungsbeträge waren binnen zwei Wochen nach Zustellung der Abrechnung zu entrichten (§ 11 A Nr. 7, B Nr. 9, C des Mietvertrages). Umgekehrt ergibt sich aus dem Mietvertrag die dort nicht ausdrücklich geregelte Verpflichtung, ein Guthaben an den Mieter zurückzuzahlen (vgl. OLG Hamm NZM 1998, 568 [= RE WuM 1998, 476]; OLG Braunschweig NZM 1999, 751 [= RE WuM 1999, 511]; OLG Koblenz NZM 2002, 436 [= GuT 2002, 84]; Staudinger/Weitemeyer, BGB Neubearbeitung 2003 § 556 Rn. 140).

Der Abrechnungszeitraum, auf den sich die Überzahlung bezieht, war bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ebenfalls schon abgelaufen, die für einen Rückzahlungsanspruch maßgebliche Bedingung daher schon eingetreten. Es fehlte lediglich noch die Abrechnung, mit deren Erteilung der Rückfor-

derungsanspruch fällig wurde (BGHZ 113, 188, 194 [= WuM 1991, 150]; BGH, Urt. v. 14. September 2000 – III ZR 211/99, NZM 2001, 158 [= WuM 2000, 609]; OLG Hamm NZM 1998, 568 [= RE WuM 1998, 476]; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, *Miete Handkommentar* 8. Aufl. § 556 Rn. 74). Dieser Fall wird von § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO nach Wortlaut und Zweck der Vorschrift zweifelsfrei erfaßt. Mit Abrechnung der Nebenkostenvorauszahlung war die Aufrechnungslage eingetreten.

c) § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO steht einer Aufrechnung nicht entgegen, weil die Forderung, mit der die Aufrechnung erklärt wurde, früher fällig war als der vom Kläger geltend gemachte Anspruch (BGH, Urt. v. 29. Juni 2004 – IX ZR 147/03, a. a. O. S. 1069).

2. Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, daß sich ein Aufrechnungsverbot nicht aus der Rechtsprechung des Senats zu § 2 Abs. 4 GesO i. V. m. § 394 BGB ergibt. Diese Rechtsprechung ist, wie der Senat ebenfalls nach Erlaß des Berufungsurteils entschieden hat, auf die Insolvenzordnung nicht übertragbar, weil diese, ebenso wie die Konkursordnung, keine entsprechende Regelung kennt. Eine die Aufrechnungsbezugnis einschränkende Wirkung geht auch nicht von Sicherungsmaßnahmen aus, die das Insolvenzgericht im Eröffnungsverfahren nach § 21 Abs. 2 und 3 InsO anordnet (BGH, Urt. v. 29. Juni 2004 – IX ZR 195/03, a. a. O. S. 1559).

3. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung ist nicht gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unwirksam. Dies setzte voraus, daß die Aufrechnungslage in einer nach §§ 130 ff. InsO anfechtbaren Weise erworben wurde. Dann muß der Verwalter keine Anfechtungsklage erheben, sondern kann sich unmittelbar auf die Unwirksamkeit der Aufrechnung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO berufen (vgl. BGH, Urt. v. 29. Juni 2004 – IX ZR 195/03, a. a. O. S. 1559). Die Voraussetzungen einer Anfechtung nach §§ 130 ff. InsO liegen jedoch nicht vor.

a) Die Forderung der Masse war zwar erst mit der Erteilung der Abrechnung am 21. Juni 2002 und damit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig geworden. Auf diesen Zeitpunkt kommt es jedoch anfechtungsrechtlich nicht an. Der Anspruch war bedingt durch den Ablauf des Abrechnungszeitraumes und eine tatsächlich eingetretene Überzahlung. Im Regelfall gilt zwar eine Rechtshandlung erst dann als vorgenommen, wenn ihre rechtlichen Wirkungen eingetreten sind (§ 140 Abs. 1 InsO). Gemäß § 140 Abs. 3 InsO bleibt jedoch der Eintritt einer Bedingung außer Betracht. Maßgebend ist dann vielmehr auf den „Abschluß der rechtsbegründenden Tatumstände“ abzustellen (BT-Drucks. 12/2443, S. 167; BGH, Urt. v. 29. Juni 2004 – IX ZR 195/03, a. a. O. S. 1560). Diese lagen mit Abschluß des Mietvertrages am 6. Juni 2000 vor.

b) Die Forderung der Beklagten auf Zahlung des Mietzinses für September 2001 war gemäß § 163 BGB befristet mit Beginn des Zeitabschnitts, für den Mietzins zu zahlen war, entstanden. Gemäß § 140 Abs. 3 InsO ist daher auch insoweit auf den Abschluß des Mietvertrages abzustellen.

c) Für die Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage ist somit maßgeblich, wann das Gegenseitigkeitsverhältnis begründet wurde. Daher kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt die spätere Forderung entstanden ist (vgl. BGH, Urt. v. 29. Juni 2004 – IX ZR 195/03, a. a. O. S. 1560). Da Bedingungen und Befristungen außer Betracht bleiben, war der maßgebliche Rechtsgrund für das Gegenseitigkeitsverhältnis der Abschluß des Mietvertrages am 6. Juni 2000.

Dieser Zeitpunkt lag außerhalb des durch §§ 130, 131 InsO geschützten Zeitraums, weil die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erst am 9. November 2001 beantragt wurde. Für eine Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO, insbesondere eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht der Schuldnerin, ist nichts ersichtlich oder vorgetragen.

Hinw. d. Red.: Zu OLG Koblenz NZM 2002, 436 = GuT 2002, 84 vgl. i. ü. Anmerkungsbeitrag Wiek in GuT 2003, 3.

§§ 535, 536 BGB Büro Räume; Mangel des öffentlichrechtlichen Gebrauchshindernisses

Öffentlichrechtliche Gebrauchshindernisse begründen einen Sachmangel nicht, solange für ein drohendes Einschreiten der Verwaltungsbehörde nichts ersichtlich ist.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. 1. 2004 – I-24 U 186/03)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin nimmt die Beklagten auf rückständigen Mietzins für Büro Räume, die teilweise im Keller des Mietobjekts liegen, in Anspruch. Die Klägerin und ihr Ehemann erwarben das Gebäude vor etlichen Jahren. Die Beklagten traten zum 1. 3. 1999 in einen von der Klägerin und ihrem Ehemann mit einem Vormieter geschlossenen Mietvertrag ein. Die Beklagten nutzten die Räume bis Januar 2002 nicht als Büro, sondern allenfalls als Lager. Dann stellten sie die Mietzahlungen ein und beriefen sich u. a. auf zahlreiche Mängel, von denen die Vermieter einige beseitigten, und machten geltend, für die Kellerräume läge hinsichtlich der Büronutzung eine Baugenehmigung nicht vor. Auf Antrag des Ehemannes der Klägerin erteilte das zuständige Bauamt, das die Nutzung der Kellerräume als Büro niemals beanstandet hatte, am 5. 3. 2003 einen Bescheid, durch den das Bauvorhaben „belassen“ wurde.

Das Landgericht Duisburg hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 6881,49 € nebst Zinsen zu Recht stattgegeben. Zur Begründung verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 18. Dezember 2003.

Darin hat der Senat ausgeführt:

[...] „3. Ferner hat das Landgericht mit Recht ausgeführt, dass die Beklagten den Mietvertrag nicht wirksam gekündigt haben, weil das Fehlen der Baugenehmigung in Bezug auf die Nutzung der Räume als Büro hier keinen Kündigungsgrund bietet.

a) Es entspricht allerdings allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Beschränkungen Fehler der Mietsache im Sinne des § 536 BGB n. F. = § 537 BGB a. F. sind, wenn sie mit der Art, Lage oder Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben (vgl. BGH NJW 1980, 777 [= WuM 1981, 92] zu Anforderungen der Warenhausverordnung; OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat, ZMR 1993, 275 zu Brandschutzmängeln; Senat, Beschluss vom 28. Februar 2000, 24 W 6/00 zur Genehmigungsfähigkeit einer Galerie n. v.). Dies ist nicht der Fall, wenn die Behörde trotz Verstoßes gegen ihre Bestimmungen oder Richtlinien den von den Parteien vereinbarten Gebrauch der Mietsache duldet (vgl. OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat, ZMR 1976, 218; Senat ZMR 2002, 739 = NZM 2003, 556 [= GuT 2002, 74]; OLG Nürnberg NZM 1999, 419; Wolf/Eckert/Ball, *Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts*, 8. Aufl., Rdnr. 248; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 8. Aufl., § 536 Rdnr. 67). Die Androhung einer ordnungsbehördlichen Maßnahme kann jedoch einen Mangel begründen, wenn sie zu einer Ungewissheit über die Möglichkeit des künftigen Gebrauchs führt und hierdurch gegenwärtige Interessen des Mieters beeinträchtigt sind (vgl. BGH WPM 1983, 660, 661; NJW 1971, 555; Wolf/Eckert/Ball a. a. O.).

b) Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor. Dies folgt bereits daraus, dass trotz des Schreibens der Beklagten vom 22. Februar 2002 an das Bauordnungsamt der Stadt Duisburg zur Frage der Genehmigung der Kellerräume als Büroflächen keine Androhung einer ordnungsbehördlichen Maß-

nahme erfolgte. Folglich war es den Beklagten zuzumuten abzuwarten, ob die Behörde Ansätze zu einer Untersagung der Nutzung, etwa der Ankündigung von Maßnahmen nach Verstreichen einer bestimmten Frist, machen würde. Ein solches Vorgehen plante die zuständige Behörde aber gerade nicht. Sie hat später mit ihrem Belassungsbescheid vom 5. März 2003 überdies ausdrücklich beschlossen, dass das ausgeführte Bauvorhaben in der gegenwärtigen Form (Nutzung als Bürogebäude) belassen werden könne.“

Die hiergegen gerichtete Stellungnahme vom 30. Dezember 2003 bietet keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung.

1. Zur Frage des nicht gegebenen Kündigungsgrundes in Bezug auf die fehlende Baugenehmigung, betreffend die Nutzung der Räume als Büro, haben die Beklagten keine neuen Gesichtspunkte vorgetragen, sondern die Umstände des Falles unter Berücksichtigung der Rechtsprechung nochmals umfassend gewürdigt. Nach erneuter Prüfung hält der Senat an seiner im oben genannten Beschluss erläuterten Rechtsauffassung fest. Entscheidend ist, dass trotz des Schreibens der Beklagten vom 22. Februar 2002 an das Bauordnungsamt der Stadt Duisburg zur Frage der Genehmigung der Kellerräume als Büroflächen die Androhung einer ordnungsbehördlichen Maßnahme nicht erfolgte. Das Antwortschreiben der Stadt Duisburg vom 12. März 2002 stellt keine solche Maßnahme dar, und hierin ist auch weder eine Androhung zu erkennen, noch ist eine Frist gesetzt. Folglich war bis zur endgültigen Klärung der Angelegenheit von einer Duldung der Nutzung auszugehen, die dann auch tatsächlich stattgefunden hat. Auf Betreiben der Vermieterseite hat der Belassungsbescheid vom 5. März 2003 dann die bestehenden Unklarheiten endgültig in dem Sinne beseitigt, dass das ausgeführte Bauvorhaben in der gegenwärtigen Form (Nutzung als Bürogebäude) belassen werden konnte. Für die Frage der Zumutbarkeit des Abwartens stellt der Senat, wie schon im Beschluss vom 18. Dezember 2003 ausgeführt, wesentlich auf das Verhalten der Behörde ab März 2002 ab, dem gemäß sie bis zur dauerhaften Klärung gerade keine zu Lasten der Beklagten gehenden Folgen eintreten lassen wollte. Der Bescheid vom 5. März 2003 erbrachte dann letztlich nur noch die förmliche Bestätigung, dass solche Maßnahmen nun auch endgültig abgeschlossen waren.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 535, 536 BGB

Ladenlokal; Mangel; Minderfläche; Aufrechnungsbeschränkung nach Vertragsende

1. Eine Flächenabweichung von mehr als 10% stellt auch im gewerblichen Mietrecht einen Mangel i. S. des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB dar (Anschluss an BGH, Urt. v. 24. 3. 2004, VIII ZR 133 + 295/03).

2. Die Minderung ist entsprechend der prozentualen Flächenabweichung gerechtfertigt.

3. Eine Vertragsklausel, die eine vorherige Ankündigung der Aufrechnung verlangt, verliert nach Vertragsende und Rückgabe der Mietsache ihren Sinn, wenn nur noch wechselseitige Ansprüche aufzurechnen sind.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.1.2005 – I-10 U 86/04)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über rückständige Mietzinsansprüche der Klägerin. Das Landgericht Düsseldorf hat der Klage in Höhe von 17 300,58 € nebst Zinsen stattgegeben und ein Minderungsrecht der Beklagten wegen der behaupteten Minderfläche des von der Klägerin gemieteten Ladenlokals ebenso verneint wie eine hierauf gestützte Aufrechnung wegen überzahlter Miete.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr bisheriges Vorbringen und macht unter Bezugnahme auf die Entscheidung OLG Karlsruhe (NJW-RR 2002, 586 [= GuT 2002, 179]) geltend, eine Minderung trete unabhängig von einer etwaigen Gebrauchsbeeinträchtigung immer dann ein, wenn – wie hier – hinsichtlich der Fläche eine Toleranzgrenze von 10% überschritten sei. Sie beanstandet die Auffassung des Landgerichts, dem von der Beklagten vorgelegten Privatgutachten B. könne hinsichtlich der Ermittlung der Fläche für das Zwischengeschoss nicht gefolgt werde, weil ein Abzug von 50% von der Grundfläche gemäß der II. BV und der DIN 283 nicht gerechtfertigt sei. Es entspreche den im Mietrecht allgemein anerkannten Grundsätzen bei der Flächenermittlung, dass nach Maßgabe des Gutachtens gerechnet werde. Hilfsweise macht sie geltend, es bestehe ein Rückforderungsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, mit dem – wie geschehen – die Aufrechnung erklärt werden könne. Ferner rechnet die Beklagte Hilfsweise mit der nach ihrer Behauptung bei Beginn des Mietverhältnisses gezahlten Kautions in Höhe von 1574,78 € zzgl. Zinsen auf. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat sie sich desweiteren unter Vorlage eines Kontoauszugs der C.-Bank vom 30. 7. 2003 auf eine Zahlung für Juli 2003 in Höhe von 500 € berufen.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat in der Sache in Höhe von 15 405,75 € Erfolg, in Höhe weiterer 1894,83 € ist sie unbegründet. Entgegen der Annahme des Landgerichts ist die Beklagte berechtigt, die vereinbarte Nettomiete von 787,39 € wegen einer i. S. der §§ 537 Abs. 1 a. F., § 536 BGB erheblichen Flächenabweichung von insgesamt 16,93% um 133,31 € zu kürzen, so dass eine von ihr zu zahlende Restmiete von 654,08 € monatlich verbleibt. Für den streitgegenständlichen Zeitraum errechnet sich hieraus ein Zahlungsrückstand zugunsten der Klägerin von insgesamt 14 101,17 €, der gemäß §§ 387, 389 BGB in Höhe von 10 131,56 € durch Aufrechnung der Beklagten mit einem Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 BGB wegen in der Zeit von März 1995 bis Juni 2001 zuviel gezahlter Miete sowie durch die (Hilfs-) Aufrechnung mit einem Kautionsrückzahlungsanspruch in Höhe von 1574,78 € und mit einem Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung der Miete für Juli 2003 in Höhe von 500,00 € erloschen ist. Das beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

1. Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch auf rückständige Miete lediglich in Höhe von 1894,83 € zu. Die von der Beklagten zu zahlende monatliche Nettomiete von 787,39 € (= 1540 DM) war in der Zeit von März 1995 bis Juni 2003 gemäß § 537 Abs. 1 a. F. bzw. § 536 Abs. 1 BGB um 16,93% gemindert. Das der Beklagten vermietete Ladenlokal war i. S. der §§ 537 Abs. 1 a. F. bzw. 536 Abs. 1 BGB mit einem erheblichen Mangel behaftet, weil die vermietete Fläche entgegen den Angaben des Mietvertrags nicht 98 m², sondern tatsächlich lediglich 81,41 m² betrug.

(a) Nach dem von der Beklagten vorgelegten Aufmaß des Dipl.-Ing. B. [...] weist das Ladenlokal im Erdgeschoss ohne Treppe eine Fläche von 43,17 m² auf. Für das Zwischengeschoss ist demgegenüber entgegen der Berechnung des Sachverständigen von einer Fläche von 38,24 m² und nicht nur von deren Hälfte auszugehen. Der Senat geht mit dem Landgericht davon aus, dass der Abzug von 50% von der Grundfläche des Zwischengeschosses nicht gerechtfertigt ist, da das Zwischengeschoss als Lagerfläche vermietet war und sich die Angabe der Fläche im Mietvertrag bei verständiger Würdigung gemäß §§ 157, 242 BGB auf die Grundfläche im Erd- und im Zwischengeschoss bezieht. Damit liegt hinsichtlich der dem Aufmaß zugrunde zu legenden Flächenermitt-

lung eine vertragliche Vereinbarung vor, die vorrangig zu berücksichtigen ist (BGH, VIII ZR 44/03, Urt. v. 24. 3. 2004 [= WuM 2004, 337]) und insoweit einen Rückgriff auf eine hiervon abweichende Flächenermittlung durch den Sachverständigen nach den Grundsätzen der DIN 283 bzw. der II. Berechnungsverordnung ausschließt. Hiervon ausgehend weisen Erd- und Zwischengeschoss eine zu berücksichtigende Fläche von insgesamt 81,41 m² (43,17 + 38,24 m²) auf, so dass die Abweichung zu der im Mietvertrag angegebenen Fläche von 98 m² insgesamt 16,59 m² beträgt. Dies entspricht einer Minderfläche von 16,93%. Dass auch die Treppe vereinbarungsgemäß in die Flächenberechnung einfließen sollte, ist dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen.

(b) Eine Flächenabweichung von mehr als 10% stellt nach der neuen Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 24. 3. 2004, NJW 2004, 1947, VIII 295/03 [= WuM 2004, 336] + Urt. v. 24. 3. 2004, WuM 2004, 268, VIII 133/03), auf die der Senat Bezug nimmt, einen erheblichen Mangel der Mietsache nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. und einen Fehler nach § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. dar, ohne dass der Mieter zusätzlich darlegen muss, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit des Mietobjekts zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist. Bei einem erheblichen Flächenmangel spricht bereits eine tatsächliche Vermutung für eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit, die der Mieter nicht gesondert belegen muss. Zwar liegen den Entscheidungen des BGH vom 24. 3. 2004 (VIII 295/03 + VIII 133/03) jeweils Sachverhalte zugrunde, die ein Wohnraummietverhältnis betreffen. Dass der BGH diese Grundsätze aber nicht lediglich auf die Wohnraummiete beschränken wollte, ergibt sich zum einen aus der Bezugnahme auf die zum Gewerberaummietrecht ergangenen Entscheidungen des OLG Karlsruhe (NZM 2002, 218 [= GuT 2002, 179]) und des KG Berlin (GE 2002, 257) und zum anderen aus dem Verweis auf die Rechtsprechung zum Kauf- und Werkvertragsrecht. Ein zur Minderung berechtigender Sachmangel wird auch bei einem Vertrag über den Kauf oder die Errichtung eines Hauses bzw. einer Eigentumswohnung im Falle einer Unterschreitung der vereinbarten Wohnfläche von mehr als 10% anerkannt (BGH, Urteil vom 11. Juli 1997 – V ZR 246/96, NJW 1997, 2874 [= WuM 1997, 625]; vgl. auch Urteil vom 8. Januar 2004 – VII ZR 181/02, EBE/BGH 2004, 111 [= WuM 2004, 302 = GuT 2004, 109 KL). Gründe für eine andere Bemessung der Wesentlichkeitsgrenze im gewerblichen Mietrecht liegen nicht vor und werden von der Klägerin auch nicht aufgezeigt.

(c) Die Klägerin zeigt auch keine ausreichenden Umstände auf, die geeignet sind, die zugunsten der Beklagten streitende Vermutung einer Tauglichkeitsbeeinträchtigung zu widerlegen. Soweit die Klägerin insoweit auf die Ausführungen des angefochtenen Urteils verweist, ist die darin zum Ausdruck kommende Auffassung der Kammer, es liege kein erheblicher Mangel vor, durch die aktuelle Rechtsprechung des BGH überholt. Weder der Umstand, dass der Mieter das Objekt nach vorhergehender Besichtigung angemietet hat noch dass ihm die geringere Fläche vor der Nachmessung nicht aufgefallen ist, schließen danach die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs nicht aus.

Dass die Beklagte die im ersten Vertragsentwurf angegebene Fläche von 148 m² beanstandet hat, lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass sie eine nach Korrektur der Angaben verbleibende Flächendifferenz von 16,59 m² bei Abschluss des Mietvertrags erkannt hatte und hiermit einverstanden war. Auch der Umstand, dass die Beklagte mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 6. 4. und 15. 5. 2001 nicht auf eine fehlerhafte Flächenberechnung, sondern auf ihre schlechte wirtschaftliche Lage abgestellt hat, streitet nicht gegen die Vermutung der Tauglichkeitsbeeinträchtigung, zumal sich das tatsächliche Ausmaß der Flächenabweichung erst aus dem von ihr veranlassten Aufmaß vom 11. 3. 2002 erkennen ließ.

Soweit es in § 22 des schriftlichen Mietvertrags heißt, „das Ladenlokal wird wie besichtigt übernommen“, lässt die gewählte Formulierung bereits nicht erkennen, dass die Fläche des Ladenlokals nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien hiervon erfasst sein sollte. Dass die Formulierung „wie besichtigt“ nach dem Vorbringen der Klägerin „hier deshalb gewählt worden sei, um jeden (erneuten) Streit um die tatsächliche Größe der Mietsache während des Mietverhältnisses auszuschließen“, ist zum einen hinsichtlich des Zustandekommens eines gemeinsamen Konsenses unsubstantiiert und zum anderen beweislos.

Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Angabe betreffend die Größe des Ladenlokals auf einer eigenen Vermessung der Beklagten vor Abschluss des Mietvertrags beruhen soll, deren Ergebnis diese der Klägerin mitgeteilt haben soll. Zwar hat die Klägerin erstinstanzlich eine entsprechende Behauptung aufgestellt und hierfür Beweis durch Parteivernehmung der Beklagten angetreten. In der Folgezeit hat sie diesen Beweistritt aber nicht weiter verfolgt und hält hieran – wie der Senat der Berufungserwiderung entnimmt – offensichtlich auch nicht mehr fest. Selbst wenn die Klägerin aber eine Flächenangabe der Beklagte übernommen hätte, wäre eine Minderung hierdurch nicht ausgeschlossen, denn mit der – ungeprüften – Übernahme des Flächenmaßes in den Vertrag hat sich die Klägerin dieses zu eigen gemacht und hätte sich hiervon nur durch Anfechtung gemäß § 119 BGB lösen können. Eine solche hat sie aber nicht erklärt. Konkrete Anhaltspunkte, dass die Beklagte sich insoweit arglistig verhalten würde, so dass ihr eine Berufung auf die Flächenabweichung nach Treu und Glauben verwehrt wäre, sind nicht dargetan.

2. Der Höhe nach ist die Minderung entsprechend der prozentualen Flächenabweichung gerechtfertigt (BGH, VIII ZR 295/03 [= WuM 2004, 336], Kraemer, NZM 1999, 156, 161), so dass sich auf dieser Grundlage bei einer Minderfläche von 16,93% und ausgehend von einer monatlichen Grundmiete von 787,39 € (= 1540 DM) eine Minderung in Höhe von 133,31 € (= 260,72 DM) monatlich errechnet. Hieraus folgt eine zu zahlende geminderte Monatsmiete von 654,08 €.

Danach beträgt der Mietrückstand der Beklagten für den streitgegenständlichen Zeitraum insgesamt 14 101,17 €. Der Rückstand errechnet sich im Einzelnen wie folgt: [...]

3. Die der Klägerin danach zustehende Mietforderung ist gemäß §§ 387, 389 BGB durch Aufrechnung der Beklagten mit einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 BGB in Höhe von 10 131,56 € erloschen. Da die Beklagte wegen der Minderfläche von 16,93% – wie dargelegt – zur Minderung berechtigt war, kann sie den von ihr seit Mietbeginn bis Juni 2001 an die Klägerin zuviel geleisteten Mietzins nach Bereicherungsrecht kondizieren. Insgesamt ergibt sich eine Zuvielzahlung für 76 Monate [...] von insgesamt 10 131,56 €.

Die in § 8 Mietvertrag auch als Allgemeine Geschäftsbedingung in zulässiger Weise vereinbarte Aufrechnungsbeschränkung in Form einer vorherigen schriftlichen Ankündigung der Aufrechnung (OLG Hamburg NZM 1998, 265; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn. 468 m.w.N.) steht der Wirksamkeit der Aufrechnung nicht entgegen. Eine Vertragsbestimmung, die eine vorherige Ankündigung der Aufrechnung verlangt, verliert nach Vertragsende und Rückgabe der Mietsache – hier in Form der einverständlichen Überlassung der Mieträume an einen Nachmieter – ihren Sinn, wenn nur noch wechselseitige Ansprüche aufzurechnen sind (BGH NZM 2000, 336 [= WuM 2000, 240]).

4. Die restliche Mietforderung ist desweiteren gemäß §§ 387, 389 BGB durch die (Hilfs-) Aufrechnung der Beklagten mit einem Kautionsrückzahlungsanspruch in Höhe von 1574,78 € erloschen. [...]

5. Die Mietforderung ist schließlich gemäß §§ 387, 389 BGB durch (Hilfs-) Aufrechnung der Beklagten mit einem Anspruch auf Rückzahlung der Miete für Juli 2003 in Höhe von weiteren 500 € erloschen. [...]

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

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 537 a. F., 387, 242, 812 BGB; §§ 59, 60 KO
Gewerberaumiete; Mietminderung, Aufrechnung,
Zurückbehaltung bei Konkurs des Vermieters**

Führt das vertragliche Aufrechnungs- oder Mietminderungsverbot aufgrund des Konkurses des Vermieters zu einem endgültigen Forderungsverlust des Mieters, verstößt die Berufung des Vermieters auf diese mietvertragliche Vereinbarung gegen Treu und Glauben.

(OLG Rostock, Urteil vom 1.11.2004 – 3 U 166/03)

Zum Sachverhalt: Der Kläger macht als Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin, der Fa. D. GmbH & Co. KG, gegen die Beklagten einen Zahlungsanspruch i. H. v. 22 873,94 € wegen rückständiger Miete einschließlich Nebenkosten für den Zeitraum Juni 1997 bis März 1999 sowie aus Nebenkostenabrechnungen für den Zeitraum August bis Dezember 1997 und 1998 geltend.

Am 7.11.1996 schlossen die Gemeinschuldnerin und die Beklagte zu 1) einen Mietvertrag über im Erdgeschoss des L. Palais in S. liegende Geschäftsräume zur Betreibung eines italienischen Eiscafés. Mit Nachträgen vom 26.11.1996 und vom 18.4.1997 vermietete die Gemeinschuldnerin weitere Nutzflächen an die Beklagte zu 1), wobei die Regelungen des Mietvertrages vom 7.11.1996 unverändert fortgelten sollten, soweit in den Nachträgen nichts anderes vereinbart war.

In § 20 des Mietvertrages vom 7.11.1996 bestimmten die Vertragsparteien folgendes:

„Der Mieter kann gegenüber der Miete und den Nebenkosten mit einer Gegenforderung nur aufrechnen oder ein Minderungs- oder Zurückbehaltungsrecht hieran nur ausüben, soweit die Gegenforderung unstrittig oder gerichtlich rechtskräftig festgestellt ist.“

Die Beklagte zu 1) hat vorrangig die Prozessführungsbefugnis des Klägers bestritten und in der Sache behauptet, ihr stehe ein Minderungsrecht aufgrund Mängel der Mietsache zu.

Das Landgericht Stralsund hat die Klage abgewiesen. Der Kläger sei nicht aktivlegitimiert.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit es die Abweisung der Klage betrifft, und zur Zurückverweisung an das Landgericht Stralsund.

[...] 2. a) Die Klage ist zulässig. Der Kläger ist als Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin befugt, die streitgegenständlichen Miet- und Nebenkostenforderungen in eigenen Namen geltend zu machen. [...]

3. Auf den Hilfsantrag des Klägers hebt der Senat das angefochtene Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO auf, soweit die Klage abgewiesen wurde, und verweist die Sache insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück.

a) Die Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO kommt auch dann in Betracht, wenn das erstinstanzliche Gericht rechtsfehlerhaft eine unzulässige Klage als unbegründet abweist. [...]

b) Das Verfahren ist nicht entscheidungsreif. Es bedarf einer aufwändigen Beweisaufnahme zur Frage, ob die zahlreichen Mängel, auf die die Beklagten ihr Minderungsrecht stützen, tatsächlich bestehen bzw. im streitgegenständlichen Zeitraum bestanden. Daneben ist auch über die streitigen Nebenkostenforderungen des Klägers in der Sache zu befinden.

aa) Die Beklagten sind mit der Geltendmachung der Mietminderung nicht ausgeschlossen. Die Berufung des Klägers auf die Vereinbarung in § 20 des Mietvertrages, wonach der Mieter nur aufrechnen oder ein Minderungs- oder Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, soweit die Gegenforderung unstrittig oder gerichtlich rechtskräftig festgestellt ist, verstößt nach § 242 BGB gegen Treu und Glauben. Denn das Aufrechnungs- bzw. Minderungsverbot würde für die Beklagten aufgrund des Konkurses der Vermieterin zu einem endgültigen Forderungsverlust führen (vgl. für das Aufrechnungsverbot: BGH, Urteil vom 12.12.1990, NJW-RR 1991, 971 f.; BGH, Urteil vom 19.9.1988, ZIP 1988, 1340 ff.).

Die Masse reicht nicht aus, um einen möglichen Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der geleisteten Miete gem. § 812 BGB als Masseschuld i. S. d. § 59 Abs. 1 Nr. 4 KO voll erfüllen zu können.

Nach dem Gutachten des Klägers vom 22.7.1997 befanden sich im Vermögen der Gemeinschuldnerin seinerzeit drei Grundstücke, u. a. das L. Palais, das mittlerweile verkauft ist. Alle Grundstücke sind mit Grundschulden belastet. Der Verkaufserlös gelangt daher nicht zur Masse, sondern fließt an die Grundpfandrechtsgläubiger. Anderweitiges aktives Vermögen der Gemeinschuldnerin liegt nicht vor. Aus diesem Grund wurde das Konkursverfahren nur wegen des durch die Sparkasse G. geleisteten Massekostenvorschusses über 75 000,00 DM i. S. d. § 204 Abs. 1 S. 2 KO eröffnet, auf dessen Rückzahlung die Sparkasse nicht verzichtete. Die Masse konnte in der Folge nicht wesentlich vergrößert werden. In den Verwalterberichten vom 14.1.1998 und vom 24.8.1999 erklärte der Kläger als Konkursverwalter, er könne keine Prognose abgeben, ob das Verfahren ordnungsgemäß beendet oder mangels Masse gem. § 204 KO einzustellen sein wird.

Daneben ist zu berücksichtigen, dass die alte Konkursordnung im Gegensatz zur neuen Insolvenzordnung (dort §§ 54, 55 InsO) eine größere Anzahl von Ansprüchen als bevorrechtigte Masseschulden i. S. d. § 59 KO einstuft und zwischen ihnen gem. § 60 KO eine unterschiedliche Rangordnung bestand. Der Befriedigung der Beklagten aus § 812 BGB i. V. m. § 59 Abs. 1 Nr. 4 KO geht zunächst die Vereinbarung des Klägers mit der Sparkasse G. nach § 60 KO i. V. m. § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO vor, wonach nur 20% der eingezogenen Mieten zur Masse gehen und der Rest an die Sparkasse G. abgeführt wird. D. h. maximal gehen ca. 8250,00 DM in die Masse. Vorrangig sind weiterhin die Massekosten i. S. d. § 58 Nr. 1 und 2 KO (Gerichtskosten, Verwaltervergütung) zu erfüllen. Erst danach sind in § 60 Abs. 1 Nr. 3 KO die Masseschulden i. S. d. § 59 Abs. 1 Nr. 3 und 4 KO zu befriedigen. Neben dem Rückzahlungsanspruch der Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung bestehen bereits gleichrangige Masseschulden i. H. v. insgesamt 11 979,93 DM der AOK E., der Verwaltungsberufsgenossenschaft H. sowie der Arbeitnehmerin D.

Den Beklagten kann vorliegend nicht entgegeng gehalten werden, dass sie durch die Nichtzahlung der Mieten den Konkurs der Gemeinschuldnerin erst herbeiführten. Seit dem Abschluss des Mietvertrages im November 1996 zahlten die Beklagten die Miete in voller Höhe (mit Ausnahme des geringfügigen Betrages von 45,07 DM im Juni 1997). Am 24.7.1997 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Vermie-

terin eröffnet. Die Beklagten zahlten weiter die volle Miete bis einschließlich September 1997. Erstmals ab Oktober 1997 minderten sie die Miete, wobei sie ihre Mietzahlungen niemals völlig einstellten.

c) Daneben ist über die eingeklagten Nebenkostenforderungen in der Sache zu entscheiden.

Der Kläger macht seinen Zahlungsanspruch aus den Betriebskostenabrechnungen durch die zwischenzeitlich mit Schriftsatz vom 30. 6. 2004 erfolgte Übersendung der Belege an die Beklagten nunmehr gemäß § 5 Ziffer 6 des Mietvertrages ordnungsgemäß geltend.

§§ 537, 242 BGB
Gewerberaumiete; persönliche Verhinderung;
Differenzmietzins bei Weitervermietung

Der Mieter eines langfristigen Mietvertrages, der sich im Interesse der Schadensminderung mit der Weitervermietung durch den Vermieter einverstanden erklärt hat, wird von der Verpflichtung zur Entrichtung der Differenzmiete auch dann nicht frei, wenn der Vermieter das Mietobjekt dem Nachmieter überlassen hat.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.10.2004 – 9 U 110/04)

Zum Sachverhalt: Gegenstand des Rechtsstreits sind restliche Ansprüche aus einem gewerblichen Mietverhältnis. Die Parteien hatten einen auf 10 Jahre befristeten Mietvertrag abgeschlossen. Die Beklagten hatten die Räume im Einverständnis mit der Klägerin an die Firma D. untervermietet. Diese kündigte 1998 den Untermietvertrag auf Ende Oktober 1999. Am 8. 2./18.1.2000 vermietete die Klägerin ihrerseits der Firma D. nicht nur die von den Beklagten zunächst in Untermiete angemieteten Räume mit Rückwirkung ab dem 1.11.1999, sondern weitere im klägerischen Anwesen befindliche Flächen zu einem etwas niedrigeren m²-Preis. Streitgegenständlich ist u. a. die von der Klägerin errechnete Differenz der betreffenden Mietzinsansprüche. Das Landgericht Konstanz hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Mit der Berufung bringen die Beklagten u. a. vor, dass sich der Wegfall ihrer Zahlungsverpflichtung auch aus § 552 S. 3 BGB a. F., § 537 Abs. 2 BGB n. F. (im Folgenden nur § 537 Abs. 2 BGB n. F.) ergebe. Zu Unrecht habe ihnen das Landgericht eine schwere Vertragsverletzung vorgehalten und die Entlastung durch § 537 Abs. 2 BGB nach § 242 BGB verwehrt. Bis zu der von ihnen behaupteten Aufhebung des Mietvertrages Ende Oktober 1999 seien sie nämlich vertragstreu gewesen und hätten die Miete bezahlt. Danach seien sie von einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung ausgegangen. Ohne ihre Entlassung aus dem Mietvertrag wäre es der Klägerin nicht möglich gewesen, Umbaumaßnahmen vorzunehmen und die streitgegenständliche Mietfläche von rund 200 m² im dritten Obergeschoss des Hauses mit einer weiteren Fläche im selben Geschoss zu einer großen Gewerbeeinheit zusammenzulegen und zusammen mit einer weiteren Gewerbefläche im ersten Obergeschoss zu vermieten. Die Vertragsauflösung habe der Klägerin also einen erheblichen Vermögensvorteil gebracht, der den behaupteten Schaden weitaus überwiege.

Aus den Gründen: 1. Die Berufung ist zulässig, überwiegend jedoch nicht begründet, weil die Parteien das Mietverhältnis nicht einverständlich zum 31. 10. 1999 aufgehoben haben und die Beklagten auch nicht nach § 537 Abs. 2 BGB von der Pflicht zur Zahlung des Mietzinses frei geworden sind.

2. Die Beklagten sind auch nicht nach § 537 Abs. 2 BGB von der Verpflichtung zur Entrichtung der Miete befreit. Bei Überlassung der Mietsache an einen Dritten erlischt der gesamte Mietzinsanspruch entgegen der genannten Bestimmung dann nämlich nicht, wenn es dem Mieter wegen der beson-

deren Fallgestaltung des Einzelfalles nach Treu und Glauben versagt ist, sich hierauf zu berufen (BGHZ 122, 163 [= WuM 1993, 346]). Eine typische Fallkonstellation derart rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ist der vorzeitige Auszug des Mieters bei gleichzeitiger Einstellung der Mietzinszahlung. Hier wie auch in dem Falle, dass der Mieter die angemietete Räumlichkeit gar nicht bezieht und auch nicht bezahlt, liegt ein schwerer Vertragsbruch vor, der es dem selbst vertragsbrüchigen Mieter verwehrt, aus einem Verhalten seines sonst vertragstreuen Vermieters ein Recht abzuleiten, das er selbst erst durch sein rechtswidriges Verhalten herbeigeführt hat (BGH NJW 2000, 1105 [= WuM 2000, 248]). Allerdings beschränkt sich die Anwendbarkeit der Regeln von Treu und Glauben nicht auf derartige, von schwerem Vertragsbruch gekennzeichnete Situationen. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalles. Die Beklagten verhalten sich vorliegend insoweit treuwidrig, als sie einerseits den Zeugen S. im Interesse der Schadensminderung bevollmächtigt haben, mit einem etwaigen Nachmieter einen Mietvertrag abzuschließen, andererseits den Abschluss eines entsprechenden Vertrages als Entzug des Gebrauchs im Sinne von § 537 Abs. 2 BGB werten. Damit setzen sie sich zu ihrem eigenen Verhalten in unzulässigen Widerspruch (vgl. hierzu BGH NJW 1983, 749; NJW 1982, 376; KGR 2000, 236, 238 [= WuM 1999, 364 KL]; im Ergebnis wie hier Staudinger/Emmerich <März 2003> § 537 Rdnr. 33).

Die Klägerin muss sich den etwaigen Vorteil, an die Firma D. nicht nur die von den Beklagten angemietete Gewerbefläche, sondern nach Umbaumaßnahmen eine wesentlich größere Gewerbefläche vermieten zu können, im Verhältnis zu den Beklagten nicht anrechnen lassen. Die Beklagten sind nämlich an dem Vermietungsrisiko der übrigen Flächen nicht beteiligt. Eine Anrechnung der von der Firma D. gezahlten Miete nach § 537 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nur insoweit gerechtfertigt, als die ursprünglich von den Beklagten angemietete Fläche betroffen ist. Dies hat die Klägerin bei der Berechnung ihrer Forderung berücksichtigt.

Mitgeteilt vom 9. ZS des OLG Karlsruhe in Freiburg

§ 538 BGB; § 286 ZPO
Spätaussiedler-Übergangsheim im Gebäude;
Obhutspflicht des Hauptmieters; Schädigung durch Dritte außerhalb des Mietgebrauchs; Beweislast

Zur Frage, ob die Hauptmieterin auf Ersatz des Schadens haftet, welcher durch unrechtmäßige Manipulation unbekannter Dritter an den Öltanks in dem als Übergangsheim für Spätaussiedler genutzten Mietobjekt durch ausgelaufenes Öl entstanden ist.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. 11. 2004 – I-10 U 81/04)

Zum Sachverhalt: Der Kläger nimmt die beklagte Stadt E. als Hauptmieterin auf Ersatz des Schadens in Anspruch, welcher durch unrechtmäßige Manipulation unbekannter Dritter an den Öltanks in seinem als Übergangsheim für Spätaussiedler genutzten Objekt N.-Straße in E. durch ausgelaufenes Öl entstanden ist.

Durch Urteil vom 23. 4. 2004 hat die 11. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach – Einzelrichter – der auf Zahlung von DM 17 284,-/EUR 8837,17 nebst Zinsen sowie auf Feststellung der weitergehenden Ersatzpflicht gerichteten Klage in vollem Umfang stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Tankraum und die Heizungsanlage gehörten zur vermieteten Sache. Der Kläger als Vermieter habe beweisen können, dass die Schadensursache nicht aus seinem Verantwortungs- und Pflichtenkreis herrühre; nach den Zeugenaussagen stehe fest, dass der Heizöllageraum nicht durch den vom Kläger benutzten Teil des Ge-

bäudes von unbefugten Dritten habe betreten werden können. Die Beklagte habe sich weder hinsichtlich der Verursachung noch des Verschuldens entlasten können. Nach der Beweisaufnahme müsse davon ausgegangen werden, dass die Verursacher des Schadens nur durch den an die Beklagte vermieteten Teil des Gebäudes in den Heizöllagerraum hätten gelangen können.

Mit ihrer Berufung macht die Beklagte geltend, das Landgericht sei zu Unrecht von ihrer Schadensersatzpflicht ausgegangen. Sie habe für die vorsätzliche unerlaubte Handlung Dritter, insbesondere der Bewohner, nicht einzustehen; der Schaden sei nicht beim Gebrauch der überlassenen Mietsache angerichtet worden. Ein Eigenverschulden treffe sie (die Beklagte) nicht, da sie nicht mit einem derartigen vorsätzlichen Verhalten habe rechnen und entsprechende Schutzmaßnahmen habe ergreifen müssen. Hilfsweise macht sie geltend, das Landgericht hätte sich mit der Frage des Mitverschuldens des Klägers auseinandersetzen müssen; unstreitig habe er es unterlassen, durch eine Wanne Vorsorge gegen in das Erdreich eindringendes Öl zu treffen, wodurch der Schadenseintritt erst ermöglicht worden sei. Überdies habe das Landgericht nicht beachtet, dass sie den geltend gemachten Schaden der Höhe nach bestritten habe.

Der Kläger meint, eine Haftung ergebe sich aus der Pflichtverletzung, die Heizöltanks ausreichend gegen Manipulation durch unbefugte Dritte abzusichern, überdies aus § 5 des Mietvertrages. Ihm sei ein Mitverschulden nicht anzulasten, da die Beklagte den mangelhaften Zustand des Öllagerraumes nicht angezeigt habe. Im übrigen sei nicht auszuschließen, dass auch eine entsprechende Wanne den eingetretenen Schaden nicht verhindert hätte. Die Notwendigkeit, Durchführung und Bezahlung der vorgenommenen Arbeiten stellt er unter Sachverständigenbeweis.

Aus den Gründen: Die Berufung ist zulässig und begründet. Sie führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage.

Zu Recht rügt die Berufung die Anwendung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Beweislastverteilung in Fällen ungeklärter Schadensursache auf den vorliegenden Fall. Diese betrifft Fälle, in denen nicht aufgeklärt werden kann, ob der eingetretene Schaden (allein) durch den Mietgebrauch oder (auch) durch andere, außerhalb des Obhutsbereiches des Mieters liegende Umstände verursacht worden ist (vgl. BGH NJW 1994, 2019 f. [= WuM 1994, 466]). Nur dann erscheint es gerechtfertigt, eine Haftungsverteilung nach Verantwortungsbereichen vorzunehmen und im Hinblick auf die Kausalität zunächst dem Vermieter die Beweislast dafür aufzubürden, dass die Schadensursache nicht aus seinem Verantwortungs- und Pflichtenkreis entammt und sodann dem Mieter die Möglichkeit des Entlastungsbeweises einzuräumen. Im hier zu beurteilenden Fall steht die schadenbringende Ursache jedoch fest. Der eingetretene Schaden ist unstreitig durch ein rechtswidriges und vorsätzliches Verhalten dritter Personen verursacht worden. Damit aber hat sich kein „im Gebrauch“ der Mietsache liegendes Risiko verwirklicht, so dass die Beweislastregel nicht eingreift (vgl. BGH NJW 1994, 2019 f. [= WuM 1994, 466]). Vielmehr hat der Kläger nicht nur sich zu entlasten, sondern die Kausalität einer Pflichtverletzung, die die Beklagte zu vertreten hat, konkret darzulegen und zu beweisen. Hieran fehlt es.

Die Beklagte haftet nicht aus eigenem Verschulden. Der Vorwurf, sie habe dafür Sorge tragen müssen, dass die Haustüre nicht ständig offen stehe und einen Zugang für unbefugte Dritte ermöglichte, vermag eine Haftung nicht zu begründen. Ausweislich des Mietvertrages hat der Kläger die an die Beklagte vermieteten Teile des Gebäudes als Übergangswohnheim vermietet (vgl. § 1 des Vertrages vom 11. 9. 1990). Bei einer derartigen Nutzung kann die Beklagte na-

turgemäß nicht sicherstellen, dass die Haustür stets geschlossen gehalten wird. Mehr als eine Pflicht zu Hinweisen und Kontrollen kann man der Beklagten insoweit nicht auferlegen. Eine Verletzung dieser Pflicht ist jedoch nicht ersichtlich.

Auch der Vorhalt, die Beklagte habe den Zugang zum Heizöllagerraum nicht ausreichend gegen das Betreten durch Unbefugte gesichert, vermag eine Pflichtverletzung nicht zu begründen. Die Beklagte war weder berechtigt noch verpflichtet, die Tür zum Vorraum des Heizöllagerraumes mit einem zusätzlichen Sicherheitsschloss oder gar einem anderen Schloss auszurüsten. Aus § 1 des Mietvertrages geht hervor, dass die Kellerräume nicht zu den als Übergangsheim herzurichtenden und sodann vermieteten Räumlichkeiten gehörten. Hieran hat sich durch die spätere Zusatzvereinbarung vom 8. 10. 1997 nichts geändert. Darin hat die Beklagte die Pflicht übernommen, das erforderliche Heizöl für das Mietobjekt zu beschaffen und bezahlen. Das hierdurch begründete faktische Obhutsverhältnis begründet im Hinblick auf den vorbeugenden Schutz vor Einbruchdiebstahl lediglich die Pflicht, die vorhandene Tür mit dem vorhandenen Schloss sorgfältig zu verschließen und den Schlüssel sorgfältig aufzubewahren. Auch eine Verletzung dieser Pflicht kann nach der Aussage des Zeugen W. nicht festgestellt werden.

Der Beklagten kann nicht vorgeworfen werden, sie habe es pflichtwidrig unterlassen, den Kläger auf eine möglicherweise unzureichende Sicherung vor Einbruch hinzuweisen. Für einen derartigen Vorwurf ist nichts vorgetragen. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass aus Sicht der Beklagten mit einem derartigen Verhalten Dritter zu rechnen war.

Pflichtwidrigkeiten im Zusammenhang mit der Beschaffung des Heizöls, insbesondere der Überwachung des Tankvorgangs und Kontrolle von Tank und Lagerraum sind nach den Aussagen der Zeugen W. und L. nicht feststellbar.

Die Beklagte haftet auch nicht für fremdes Verschulden. Sie muss sich das vorsätzliche und unrechtmäßige Handeln der Täter nicht zurechnen lassen. Dies gilt auch dann, wenn es sich dabei um Heimbewohner handeln sollte. § 278 BGB greift im Falle vorsätzlicher und rechtswidriger Handlungen allenfalls dann ein, wenn Schäden innerhalb der an die Untermieter überlassenen Räumlichkeiten eintreten, wozu die Heizöllagerstätte nicht gehört. § 5 des Mietvertrages begründet ausschließlich eine Haftung für Schäden am von der Beklagten gemieteten Objekt; hierzu gehört der geltend gemachte Schaden nicht.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 535, 536, 538, 543 BGB;
§§ 536, 537, 548, 542 BGB a. F.
Gewerberaummiete; fristlose Kündigung wegen
Wasserschadens; Beweislast für die Schadensursache**

Der Mieter ist nicht nach § 543 BGB (§ 542 BGB a. F.) zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt, wenn er die Störung des vertragsgemäßen Gebrauchs (hier durch einen Wasserschaden) selbst zu vertreten hat. Ist die Schadensursache zwischen den Vertragsparteien streitig, trägt der Vermieter die Beweislast dafür, daß sie dem Obhutsbereich des Mieters entammt. Sind sämtliche Ursachen, die in den Obhuts- und Verantwortungsbereich des Vermieters fallen, ausgeräumt, trägt der Mieter die Beweislast dafür, daß er den Schadenseintritt nicht zu vertreten hat.

(BGH, Urteil vom 10. 11. 2004 – XII ZR 71/01)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um rückständigen Mietzins für die Zeit von Juni bis Juli 1997 sowie von No-

vember 1997 bis Dezember 1999 und um die Feststellung, daß ihr Mietverhältnis nicht durch eine fristlose Kündigung der Beklagten vorzeitig beendet wurde.

Mit Vertrag vom 6. November 1993 mietete die Beklagte von den Klägern Gewerberäume zum Betrieb einer Arztpraxis für die Dauer von zehn Jahren. Nachdem schon im Jahre 1995 ein Wasserschaden aufgetreten war, kam es am 6. Juli 1997 zu einem erneuten Wasserschaden in den Mieträumen der Beklagten und anderen Räumen des Gewerbeobjekts. Dadurch entstanden in den Mieträumen erhebliche optische Beeinträchtigungen sowie Schimmelbildungen mit unangenehmem Geruch.

Die Parteien streiten um die Ursache des Wasserschadens. Während die Beklagte behauptet, das Wasser sei von außen in ihre Mieträume eingedrungen, behaupten die Kläger, als Schadensursache komme nur ein Wasseraustritt in den Mieträumen der Beklagten in Betracht. Die Beklagte hat die Miete für die Zeit ab dem Schadensereignis gemindert und das Mietverhältnis nach erfolgloser Fristsetzung zur Mangelbeseitigung fristlos zum 31. Oktober 1997 gekündigt sowie die Mietsache geräumt. Das Landgericht Dessau hat die auf rückständigen Mietzins und Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses gerichtete Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Kläger blieb erfolglos.

Aus den Gründen: I. Das Oberlandesgericht [Naumburg] meint, den Klägern stehe kein Anspruch auf rückständigen Mietzins für die Zeit von Juni bis Juli 1997 sowie ab November 1997 zu. Auch ihr Antrag auf Feststellung des weiter fortbestehenden Mietverhältnisses sei wegen der wirksamen fristlosen Kündigung der Beklagten zum 31. Oktober 1997 unbegründet. Nach dem Inhalt des eingeholten Sachverständigengutachtens lasse sich nicht feststellen, daß die Schadensursache im Bereich der von der Beklagten gemieteten Räumlichkeiten gelegen habe. Vielmehr habe der Sachverständige ausgeführt, daß die Ursache der Durchfeuchtungen nicht mehr nachvollziehbar sei. Zwar habe der Sachverständige einen Wasseraustritt am Rohrleitungsschacht nicht bestätigen können. Allerdings seien weitere Schadensursachen außerhalb der Mieträume der Beklagten denkbar, insbesondere Schäden an den am Schadenstag nicht untersuchten Leitungen sowie Wasserüberläufe in den Räumen anderer Mieter. Einer weiteren Beweiserhebung bedürfe es nicht, weil sich die Beweisaufnahme des Landgerichts durch Einholung eines Sachverständigengutachtens auf jegliche Ursachen des Wasserschadens bezogen habe.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hätte ergänzend von den Klägern angebotenen weiteren Beweis zu den Behauptungen erheben müssen, die Schadensursache könne nur dem Verantwortungsbereich der Mieterin entstammen.

1. Allerdings trägt der Mieter gegenüber dem Anspruch auf Zahlung des Mietzinses nur dann die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß er die Zerstörung der Mietsache nicht zu vertreten hat, wenn die vermieteten Räume unstreitig infolge des Mietgebrauchs zerstört worden sind (BGHZ 66, 349, 351 f. [= WuM 1978, 90]). Ist hingegen streitig, ob vermietete Räume infolge des Mietgebrauchs beschädigt worden sind, trägt der Vermieter die Beweislast dafür, daß die Schadensursache dem Obhutsbereich des Mieters entstammt; eine in seinen eigenen Verantwortungsbereich fallende Schadensursache muß der Vermieter ausräumen (BGHZ 126, 124, 127 f. [= WuM 1994, 466]). Ist also – wie hier – streitig, ob Feuchtigkeitsschäden ihre Ursache im Verantwortungsbereich des Vermieters oder des Mieters haben, muß der Vermieter zunächst sämtliche Ursachen ausräumen, die aus seinem Gefahrenbereich herrühren können. Erst dann, wenn ihm dieser Beweis gelungen ist, muß der Mieter beweisen, daß die Feuchtigkeitsschäden nicht aus seinem Verantwortungsbereich stammen

(vgl. Senatsurteile vom 26. November 1997 – XII ZR 28/96 – NJW 1998, 595 [= WuM 1998, 104]; vom 18. Mai 1994 – XII ZR 188/92 – NJW 1994, 2019, 2020 = BGHZ 126, 124, 127 f. [= WuM 1994, 466] und vom 27. April 1994 – XII ZR 16/93 – NJW 1994, 1880, 1881 [= WuM 1994, 677]).

2. Im Ansatz zutreffend ist das Berufungsgericht zunächst davon ausgegangen, daß die Kläger als Vermieter zunächst sämtliche Schadensursachen aus ihrem Gefahrenbereich ausschließen müssen. Zu Recht hat es insoweit auch das Ergebnis des gerichtlichen Sachverständigengutachtens für unergiebig beurteilt, weil die Ursache der Durchfeuchtungen im Zeitpunkt der Besichtigung durch den Sachverständigen nicht mehr nachvollziehbar war.

Das Berufungsgericht hat es aber versäumt, die von den Klägern für den Ausschluß einer Schadensursache aus ihrem Gefahrenbereich angebotenen weiteren Beweise zu erheben. Insbesondere haben die Kläger vorgetragen, daß noch am Schadenstag selbst alle Leitungen im Haus durch die fachkundigen Zeugen S., K. und O. untersucht worden seien, wobei keine Schadensursache festgestellt wurde. Wäre dieser Vortrag bewiesen, stünde jedenfalls fest, daß der Wasserschaden nicht auf einen Wasserrohrbruch zurückzuführen war. Zusätzlich haben die Kläger auch eine weitere in ihrem Verantwortungsbereich liegende Schadensursache, nämlich Wasseraustritte bei anderen Mietern im Haus, ebenfalls unter Beweisantritt geleugnet. Dem steht nicht der unstreitige Sachverhalt des angefochtenen Urteils entgegen, wonach es auch in anderen Räumen des Gewerbeobjekts zu Wasserschäden gekommen ist. Denn nach dem Vortrag der Kläger ist das Wasser aus den Mieträumen der Beklagten ausgetreten und hat dadurch die anderen Räume in Mitleidenschaft gezogen. Weiter hatten die Kläger ihre Behauptung, zwischen dem Schadensereignis und der späteren Untersuchung am 30. September 1997 seien keinerlei Installationen oder Reparaturen durchgeführt worden, in das Zeugnis des Hausverwalters gestellt. Auch dieses könnte einer Schadensursache aus dem Verantwortungsbereich des Vermieters entgegenstehen. Letztlich haben die Kläger ebenfalls unter Beweisantritt behauptet, daß alle Abwasserstränge, die mit der Praxis der Beklagten in Berührung kommen, am 30. September 1997 eingehend überprüft wurden und weder daran, noch an der Trockenbauwand, in der sich die Klappe des Revisionsschachts befinde, Wasseraustrittsspuren feststellbar gewesen seien. Diese Behauptung ist gerade deswegen von besonderer Bedeutung, weil die Beklagte ebenfalls unter Beweisantritt behauptet hatte, das Wasser sei über die Klappe des Revisionsschachts in ihre Mieträume eingedrungen.

Nach den von den Klägern unter Beweis gestellten Behauptungen wäre jede denkbare Schadensursache aus dem Verantwortungsbereich der Vermieter ausgeschlossen. Wären diese Beweise erbracht, stünde fest, dass die Schadensursache dem Obhutsbereich der Beklagten als Mieterin entstammt. Dann würde nach der Rechtsprechung des Senats ihr der Beweis obliegen, daß die Feuchtigkeitsschäden nicht aus ihrem Verantwortungsbereich stammen. Nach dem Inhalt des angefochtenen Urteils ist dieser Beweis bislang ebenfalls noch nicht erbracht. Insbesondere folgt dies auch nicht aus dem Inhalt des vorliegenden Sachverständigengutachtens, weil der gerichtliche Sachverständige wegen des erheblichen Zeitablaufs keine konkrete Schadensursache mehr feststellen konnte.

Deswegen ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird auf der Grundlage der gefestigten Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast die weiteren angebotenen Beweise erheben müssen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 823, 249 BGB
Verkehrssicherungspflicht des Betreibers
einer gemieteten Schankanlage

Der Betreiber einer gemieteten Schankanlage zur Herstellung von Getränken muss außerhalb der Betriebszeiten die Wasserzufuhr unterbrechen, um so die Schädigung anderer Personen zu vermeiden.

(OLG München, Urteil vom 10.12.2004 – 19 U 3311/04)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin begehrt von der Beklagten Schadensersatz wegen eines Wasserschadens.

Die Klägerin ist Mieterin von Lager- und Kellerräumen in dem Haus F.-Straße 228 in M. Die Beklagte betreibt über den von der Klägerin gemieteten Räumen eine Diskothek. Sie unterhält dort eine gemietete Schankanlage, zur Herstellung und Mischung von Getränken der Nebenintervenientin. Die Schankanlage ist mit einem Schlauch an einem Wasserhahn angeschlossen. Die hergestellten Getränke werden an die Besucher der Diskothek verkauft. Am 6.5.2003 drang Leitungswasser in erheblichen Mengen in die von der Klägerin gemieteten Lagerräume ein, weil sich der Schlauch wegen eines Defekts der Schankanlage von dem geöffneten Wasserhahn gelöst hatte. Hierdurch wurde eine Vielzahl von Sport- und Boxartikeln beschädigt und teilweise vernichtet. An den gemieteten Räumen der Klägerin entstanden Feuchtigkeitsschäden.

Das Landgericht München I hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass eine Verletzung der Verkehrssicherungspflichten durch die Beklagte nicht nachgewiesen sei.

Das Oberlandesgericht München hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt.

Aus den Gründen: Die zulässigen Berufungen der Klägerin und der Nebenintervenientin führen zum Erfolg, da die Beklagte ihre Verkehrssicherungspflicht dadurch verletzt hat, dass sie ihre Mitarbeiter nicht angewiesen hat, die Wasserzufuhr zur Schankanlage jeweils nach Beendigung des Diskothekenbetriebs durch Zudrehen des Wasserhahns zu unterbrechen. Die Klägerin hat somit gegen die Beklagte wegen der eingetretenen Wasserschaden aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 249 ff. BGB einen Schadensersatzanspruch.

Die Beklagte ist als Betreiberin der Schankanlage zu werten, da sie diese zur Herstellung der Getränke nutzt, die sie an ihre Gäste verkauft. Auf die fehlende Eigentümerstellung der Beklagten sowie auf die Tatsache, dass sämtliche Wartungsarbeiten von der Nebenintervenientin durchgeführt werden, kommt es nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass die Schankanlage im Interesse der Beklagten von ihren Mitarbeitern im Rahmen ihrer Diskothek betrieben wird und betrieben worden ist. Da durch den Betrieb der Schankanlage von der Beklagten für die Klägerin als Mieterin der unter der Diskothek gelegenen Räume eine Gefahrenlage geschaffen und unterhalten worden ist, besteht für diese eine Verkehrssicherungspflicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Verkehrssicherungspflichtige hinsichtlich erkennbarer Gefährdungen alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, Schädigungen anderer Personen tunlichst abzuwenden (vgl. BGH NJW-RR 2003, 1459 ff.). Im vorliegenden Fall ist beklagtenseits bekannt gewesen, dass die Schankanlage mit einem Schlauch an einem Wasserhahn angeschlossen ist. Es ist allgemein bekannt, dass Schlauchverbindungen beschädigt werden können bzw. dass sich unter Druck stehende Schlauchverbindungen lösen können. Aus diesem Grund ist nach der Rechtsprechung die Haftung der Betreiber von Waschmaschinen ohne Aquastopvorrichtungen für Wasserschäden seit jeher sehr streng (vgl. OLG Hamm NJW 1985, 332 [= WuM 1985, 253]; OLG Karlsruhe VersR 1992,

114; LG Gießen VersR 1995, 1457). Dies bedeutet, dass hier eine von Anfang an erkennbare Gefahrenlage bestanden hat, die die Geschäftsführung der Beklagten zu Sicherungsmaßnahmen hätte veranlassen müssen. Die einfachste und auch für einen Laien erkennbare Sicherungsmaßnahme wäre das Zudrehen des Wasserhahns jeweils nach Beendigung des Diskothekenbetriebs gewesen. Da diese Maßnahme zur Reduzierung einer allgemein bekannten Wasserschadensgefahr auf der Hand liegt, kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, möglicherweise von der Nebenintervenientin hierauf nicht hingewiesen worden zu sein. Bei den vorgenannten Waschmaschinenfällen ist nach der Rechtsprechung ein besonderer Hinweis des Herstellers auf die Gefahren und auf die Maßnahmen zur Gefahrenbeseitigung keine Voraussetzung für die Haftung des Betreibers. Nach der Aussage des Zeugen K. M., der bei der Beklagten als Betriebsleiter angestellt ist, hat die Geschäftsführung der Beklagten ihre Mitarbeiter nicht angewiesen, die Wasserzufuhr jeweils nach Beendigung des Diskothekenbetriebs zu unterbrechen. Eine Empfehlung der Nebenintervenientin, dies zu tun, ist diesem Zeugen unbekannt gewesen. Der Wasserhahn ist deshalb nach Beendigung des Diskothekenbetriebs nicht zugedreht worden, was ursächlich für den Wasserschaden gewesen ist.

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Anmerkung des Mitteilers zu Ersatzansprüchen der Beklagten gegen die Nebenintervenientin, die die Schankanlage an diese vermietet hat und die für die Lieferung der Getränkgrundstoffe sowie für die Wartung zuständig ist:

Die Nebenintervenientin ist dazu übergegangen, die Mieter ihrer Schankanlagen verstärkt darauf hinzuweisen, dass die Wasserzufuhr nach Betriebsschluss unterbrochen werden muss. Neben dem oben beschriebenen Wasserschaden hat es wohl auch bei anderen Diskothekenbetreibern, die von der Nebenintervenientin eine Schankanlage gemietet haben, ähnliche Unfälle gegeben. Die Beklagte, die behauptet hat, dass ihr von der Nebenintervenientin vor Eintritt des streitgegenständlichen Wasserschadens nicht empfohlen worden sei, den Wasserhahn jeweils nach Betriebsschluss zuzudrehen, denkt offensichtlich daran, diese wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Warnpflichten in Anspruch zu nehmen. Im Hinblick auf § 241 Abs. 2 BGB, unter den vor allem Aufklärungspflichten fallen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Auflage, Rn. 7 zu § 241 BGB, Rn. 30 zu § 280 BGB und Rn. 42 ff. zu § 311 BGB), erscheint dieser Gedanke nicht abwegig zu sein. Jedoch wird die Beklagte sich auch bei Bejahung einer Verletzung der Aufklärungs- und Warnpflichten durch die Nebenintervenientin vorhalten lassen müssen, dass sie aus den oben genannten Gründen selbst auf die Idee hätte kommen müssen, den Wasserhahn jeweils nach Betriebsschluss abdrehen zu lassen. Dies bedeutet, sie wird von der Nebenintervenientin allenfalls einen Teil des Betrages zurückholen können, den sie der Klägerin zahlen muss.

RiOLG Dr. Christoph Fellner, Ottobrunn

§§ 812, 816, 823, 861, 862, 883 BGB
Gaststättenräume;
Räumungsanspruch des Grundstückserwerbers

Zum Räumungs- und Herausgabeanspruch des nicht im Grundbuch eingetragenen Grundstückserwerbers (hier: Kauf- und Werklieferungsvertrag) gegen den Inhaber von Gaststättenräumen, die diesem vom Veräußerer aufgrund einer Betriebsführungs- und Managementvereinbarung überlassen worden sind.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 13.10.2004 – XII ZR 7/01)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Erledigung eines von dem Kläger auf Räumung einer Gaststätte gerichteten Rechtsstreits.

Am 4. Dezember 1993 schloß der Kläger mit der H.-Gesellschaft mbH (im folgenden nach mehrfacher Änderung des Firmennamens: HD V.) einen notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrag über ein schlüsselfertig zu errichtendes Gebäude mit Tiefgarage und Außenstellplätzen im „H.-Park“ in M. Gemäß Ziffer 8 des Vertrages sollten Besitz, Nutzungen, Lasten, Gefahr und die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten mit dem Tag der Übergabe auf den Kläger übergehen. Der Kaufgegenstand sollte miet- und pachtfrei übergeben werden, es sei denn, der Kläger hätte zuvor einen Miet- und Pachtvertrag abgeschlossen. Die Übergabe sollte gemäß Ziffer 9 des Vertrages mit der Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls als erfolgt gelten. Dies geschah am 12. Juni 1996.

Die HD V. hatte die Räume schon zuvor im November 1995 der Beklagten zum Betrieb einer Gaststätte überlassen. Der Kläger, der noch nicht als Eigentümer des von ihm gekauften Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen ist, verlangte von der Beklagten Räumung der Gaststätte.

Über das Vermögen der HD V. wurde am 9. Dezember 1998 das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet.

Das Landgericht Magdeburg hat die Räumungsklage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht Naumburg, nachdem der Kläger den Rechtsstreit nach Auszug der Beklagten einseitig für erledigt erklärt hatte, festgestellt, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, und hat die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Rechtsstreit habe sich durch den Auszug der Beklagten am 29. März 2000 erledigt. Der Kläger habe gegen die Beklagte gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 2. Alt. BGB einen Anspruch auf Räumung der Gaststätte gehabt. Er habe der Beklagten unstreitig den Besitz an den Räumen überlassen. Der mit dieser Leistung allein verfolgte Zweck, nämlich der Abschluß eines Mietvertrages mit der Beklagten, der von der HD V. unterschrittsreif habe vorbereitet werden sollen, sei nicht erreicht worden.

2. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Räumungsklage war von Anfang an unbegründet. Das hat zur Folge, daß das auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache gerichtete Klagebegehren abzuweisen ist.

a) Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die Räume durch Leistung des Klägers erlangt, der Kläger könne deshalb von der Beklagten gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 2. Alt. BGB Räumung verlangen, wird von den getroffenen Feststellungen nicht getragen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu sind widersprüchlich.

Das Berufungsgericht führt im unstreitigen Teil des Tatbestands aus, die HD V. habe die Gewerberäume vor der vereinbarten Abnahme durch den Kläger an die Beklagte übergeben, die spätestens seit dem 17. November 1995 in diesen Räumen die Gaststätte betreibe. Im streitigen Parteivortrag führt das Berufungsgericht aus, der Kläger habe vorgetragen, die Nutzung der Beklagten sei ohne seine Zustimmung erfolgt. Diese Ausführungen stehen im Widerspruch zu der in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils getroffenen Feststellung, unstreitig habe der Kläger der Beklagten den Besitz an den Gaststättenräumen überlassen und die Nutzung durch die Beklagte gebilligt.

b) Das Revisionsgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen, soweit sie widersprüchlich sind, nicht gebunden

(BGHZ 80, 64, 67; BGH, Urteile vom 9. März 1995 – III ZR 44/94 – NJW-RR 1995, 1058, 1060; vom 17. Mai 2000 – VIII ZR 216/99 – MDR 2000, 1026). Eine abschließende Entscheidung ist aber trotz der aufgezeigten Widersprüche möglich. Denn die tatsächlichen Grundlagen ergeben sich hier zweifelsfrei aus dem Tatbestand des Berufungsurteils und den in Bezug genommenen Schriftsätzen der Parteien.

Danach sind die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen, daß die Beklagte den Besitz nicht von dem Kläger, sondern von der HD V. erhalten hat und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem der Kaufgegenstand an den Kläger noch nicht übergeben worden war. Die HD V. hat die Räume der Beklagten auch nicht auf Weisung des Klägers übergeben. Dieser war vielmehr nach eigenem Vortrag mit einer Übergabe der Räume an die Beklagte gerade nicht einverstanden. Damit liegen die Voraussetzungen für den vom Berufungsgericht angenommenen Räumungsanspruch des Klägers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. oder aus § 812 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. BGB (Leistungskondition) schon mangels Leistung des Klägers nicht vor. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondition) scheidet aus, weil die Beklagte die Räume von der HD V., der Eigentümerin und damaligen Besitzerin, aufgrund der mit dieser abgeschlossenen Betriebsführungs- und Managementvereinbarung vom 10. Oktober 1995 und damit durch Leistung der HD V. erhalten hat. Denn eine Bereicherung in sonstiger Weise (also aufgrund sog. Eingriffskondition) kommt nur dann in Betracht, wenn der Bereicherungsgegenstand dem Empfänger überhaupt nicht, also von niemandem geleistet worden ist (vgl. BGHZ 40, 272, 278). Der Kläger hat zwar bestritten, daß ein solcher Vertrag zwischen der HD V. und der Beklagten abgeschlossen worden ist. Dieses Bestreiten ist aber angesichts der Vorlage des schriftlichen, von den Vertragspartnern unterzeichneten Vertrages nicht hinreichend substantiiert.

3. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO a. F.). Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Räumung ergibt sich aus keinem anderen rechtlichen Grund.

a) Vertragliche und vorvertragliche Ansprüche scheiden aus. Zwischen den Parteien bestand keine vertragliche Beziehung. Sie haben auch keine Vertragsverhandlungen geführt.

b) Der Kläger kann auch aus dem Übergang der Nutzungen am 12. Juni 1996 gemäß dem zwischen ihm und der HD V. abgeschlossenen Kauf- und Werklieferungsvertrag keinen Räumungsanspruch gegen die Beklagte herleiten. Diese Bestimmung im Kaufvertrag regelt nur im Innenverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer, wem welche Ansprüche zustehen. Ein direkter Anspruch des Käufers gegen den Nutzenenden ergibt sich hieraus nicht. Mit der Übergabe des Gebäudes am 12. Juni 1996 hat die HD V. auch keinen Herausgabeanspruch gegen die Beklagte an den Kläger abgetreten. Ein solcher Herausgabeanspruch ist von dem Kläger schon nicht substantiiert dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Die HD V. war vielmehr aus der mit der Beklagten abgeschlossenen Betriebsführungs- und Managementvereinbarung vom 10. Oktober 1995 verpflichtet, ihr die Räume zu überlassen.

c) Der Kläger hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Räumung gemäß §§ 861, 862 BGB. Diese Ansprüche sollen den Besitzstand sichern. Sie zielen darauf ab, den früheren Besitz wieder herzustellen, der durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist. Hier fehlt es schon an einer widerrechtlichen Besitzbeeinträchtigung des Klägers. Denn er hatte zum Zeitpunkt der Besitzerlangung durch die Beklagte im November 1995 unstreitig keinen Besitz an den Räumen. Die Beklagte hat vielmehr den Besitz mit Willen der damals berechtigt besitzenden HD V. und somit nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt.

d) Aus diesem Grund ist auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB nicht gegeben. Zwar ist der Besitz als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Es fehlt hier aber – wie oben ausgeführt – an einer Entziehung des klägerischen Besitzes durch die Beklagte.

e) Ein Anspruch des Klägers ergibt sich auch nicht aus der zu seinen Gunsten am 21. Dezember 1993 im Grundbuch eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums nach § 883 Abs. 1 und 2 BGB, da die Überlassung der Räume keine Verfügung im Sinne des Absatz 2 der Vorschrift darstellt (RGZ 106, 109, 111, 112; BGHZ 13, 1, 3).

f) Ein Räumungsanspruch des Klägers ist auch nicht gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet. Denn die HD V. hat mit der Besitzüberlassung an die Beklagte keine Verfügung im Sinne des § 816 Abs. 1 BGB, also im Sinne einer Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes am Grundstück, getroffen (RGZ a. a. O.; BGHZ 13, a. a. O.; BGHZ 131, 297, 305, 306 [= WuM 1996, 216]; Staudinger/Bund 2000, BGB Vorbem. zu §§ 854 ff. Rdn. 36 m.w.N.).

4. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a. F.). Da es weiterer Sachaufklärung nicht bedarf, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO a. F.). Danach war die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Magdeburg vom 3. Februar 2000 zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 766, 885 ZPO

Räumungsvollstreckung; Untermiete von Geschäftsräumen; Durchsetzung erneuter Einweisung

Zur Unzulässigkeit einer Erinnerung des Schuldners gegen eine bereits beendete Maßnahme zur Vollstreckung eines Räumungsanspruchs.

(BGH, Beschluss vom 21.12.2004 – IXa ZB 324/03)

Zum Sachverhalt: Das Landgericht verurteilte am 16. Dezember 1998 Frau A. P., Inhaberin der Firma M., unter anderem zur Räumung der in dem Urteil näher bezeichneten Gewerberäume auf dem Grundstück A. in Eisenach und zur Herausgabe der Räume und sämtlicher Schlüssel an die Gläubigerin. Am 14. Oktober 2002 ließ die von der Gläubigerin mit der zwangsweisen Räumung der Gewerberäume beauftragte Gerichtsvollzieherin die Schlösser der Türen der inzwischen von Frau P. der Schuldnerin zur Nutzung überlassenen Räume austauschen und händigte der Gläubigerin die neuen Schlüssel aus. Die Einrichtungsgegenstände der Schuldnerin wurden von der Gerichtsvollzieherin nicht weggeschafft.

Gegen die Vollstreckungsmaßnahmen der Gerichtsvollzieherin legte die Schuldnerin Erinnerung ein und beantragte

- die durch die Gerichtsvollzieherin aufgrund des vollstreckbaren Titels gegen Frau A. P. erfolgte Zwangsvollstreckung gegen die Erinnerungsführerin für unzulässig zu erklären,
- die Gerichtsvollzieherin anzuweisen, der Erinnerungsführerin den freien Zutritt zu den Räumlichkeiten im Hauptgebäude der Erinnerungsegegnerin in Eisenach, A., zu gewähren, hierzu einen Satz zu den Außentüren der Räumlichkeiten gehörender Schlüssel auszuhändigen sowie den Außen- und Innenbriefkasten wieder zur Verfügung zu stellen und die Beschriftung mit „D.“ zuzulassen.

Die Schuldnerin machte geltend, der Titel der Gläubigerin habe sich allein gegen Frau A. P. gerichtet, die die Räume, die sie zunächst an ihren Ehemann, den Geschäftsführer der Schuldnerin, untervermietet gehabt habe, inzwischen an die Schuldnerin untervermietet habe. Darauf sei die Gerichts-

vollzieherin, die dem Geschäftsführer der Schuldnerin die Räumung mit Schreiben vom 20. August 2002 angekündigt habe, mit Schreiben des Bevollmächtigten des Geschäftsführers vom 13. September 2002 hingewiesen worden. Der Gerichtsvollzieherin seien am 23. September 2002 der zwischen den Eheleuten P. abgeschlossene Aufhebungsvertrag und der mit der Schuldnerin abgeschlossene Untermietvertrag vom 31. März 2002 vorgelegt worden.

Das Amtsgericht Eisenach hat die Erinnerung mit der Begründung zurückgewiesen, sie sei ungeachtet ihrer Zulässigkeit jedenfalls unbegründet, weil die Schuldnerin aufgrund des rechtskräftigen Berufungsurteils des Landgerichts Mühlhausen vom 4. Juli 2002 in dem Rechtsstreit „Sch. ./ D. GmbH, D. und A. P.“ zur Räumung verpflichtet gewesen sei.

Die Schuldnerin machte mit ihrer sofortigen Beschwerde, mit der sie ihre Anträge aus dem Erinnerungsverfahren weiterverfolgte, geltend, das in dem Beschluß des Amtsgerichts genannte Urteil sei in einem anderen, nicht von der Gläubigerin geführten Rechtsstreit ergangen und betreffe zudem nicht die geräumten Gewerberäume, sondern Räume auf einem anderen Grundstück. Den Beschluß der Einzelrichterin des Landgerichts, mit dem die sofortige Beschwerde der Schuldnerin verworfen worden war, hat der Senat unter Zurückverweisung der Sache zu neuer Entscheidung aufgehoben.

Das Landgericht Mühlhausen hat die sofortige Beschwerde der Schuldnerin erneut zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Schuldnerin mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen: II. Das gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im übrigen zulässige Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts hat das Amtsgericht die Vollstreckungserinnerung im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Die Erinnerung sei unzulässig, weil das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme der Gerichtsvollzieherin mit deren Beendigung durch den Austausch der Schlösser und die Übergabe der Schlüssel an die Gläubigerin entfallen sei. Dem stehe nicht entgegen, daß der Schuldnerin gehörende Einrichtungsgegenstände in den Gewerberäumen belassen worden seien, denn die Gläubigerin habe sich mit Schriftsatz vom 22. Januar 2003 bereit erklärt, diese Gegenstände der Schuldnerin zu überlassen.

Die Rechtsbeschwerde ist demgegenüber der Auffassung, die Zwangsvollstreckung sei trotz der Besitzeinweisung der Gläubigerin noch nicht beendet, weil die Einrichtungsgegenstände der Schuldnerin von der Gerichtsvollzieherin nicht weggeschafft worden seien. Allenfalls mit der Einlagerung der weggeschafften Gegenstände des Schuldners und deren Freigabe durch die Gläubigerin könne eine Räumungsvollstreckung als beendet angesehen werden. Das Beschwerdegericht habe deshalb in der Sache entscheiden und entsprechend dem Antrag der Schuldnerin die Rückgängigmachung der wegen des Fehlens eines Räumungstitels der Gläubigerin gegen die Schuldnerin rechtswidrigen Zwangsvollstreckungsmaßnahme anordnen müssen.

2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist richtig.

a) Es hat das Rechtsschutzbedürfnis für die auf eine Rückgängigmachung der Räumung gerichtete Erinnerung zu Recht verneint.

Insoweit kann dahinstehen, ob eine Räumungsvollstreckung, wie die Rechtsbeschwerde meint, erst mit der Entfernung eingebrachter Sachen des Schuldners aus den Räumen (§ 885 Abs. 2, 3 ZPO) endet (vgl. OLG Köln Jur-Büro 2001, 213; Wiczorek/Schütze/Storz, ZPO 3. Aufl. § 885 Rn. 44) und ob dem, wie das Beschwerdegericht annimmt, die

Freigabe der Sachen durch den Gläubiger gleichsteht (vgl. OLG Köln a. a. O.). Das Rechtsschutzbedürfnis für den Rechtsbehelf der Erinnerung gemäß § 766 ZPO ist zwar grundsätzlich bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung gegeben (vgl. MünchKomm-ZPO/K. Schmidt 2. Aufl. § 766 Rn. 44; Musielak/Lackmann, ZPO 4. Aufl. § 766 Rn. 17, jew. m. w. N.). Soll auf die Erinnerung jedoch – wie hier – eine bestimmte Vollstreckungsmaßnahme für unzulässig erklärt werden, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis insoweit aber nicht erst mit der Beendigung der Zwangsvollstreckung im ganzen (vgl. dazu Musielak/Lackmann vor § 704 Rn. 30; Zöller/Stöber, ZPO vor § 704 Rn. 33), sondern mit der Beendigung der beanstandeten Zwangsvollstreckungsmaßnahme (vgl. Musielak/Lackmann a. a. O.; Thomas/Putzo, ZPO 26. Aufl. § 766 Rn. 21). Mit der Erinnerung kann der Schuldner nur erreichen, daß die beanstandete Maßnahme für unzulässig erklärt und entsprechend § 775 Nr. 1 i. V. m. § 776 ZPO von dem zuständigen Vollstreckungsorgan aufgehoben wird (vgl. Musielak/Lackmann a. a. O.; Zöller/Stöber a. a. O. § 766 Rn. 29 f.). Im Sinne dieser Vorschriften aufgehoben werden kann aber nur eine noch nicht beendete Maßnahme, wie etwa eine unzulässige Sachpfändung durch Entfernen der Pfandsiegel, nicht dagegen eine bereits endgültig vollzogene Maßnahme. Sie müßte vielmehr rückgängig gemacht werden, was mit der Erinnerung nicht durchgesetzt werden kann (vgl. MünchKomm-ZPO/K. Schmidt a. a. O. § 766 Rn. 45; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 766 Rn. 41; Zöller/Stöber a. a. O. Rn. 13).

Nach diesen Grundsätzen ist das Rechtsschutzbedürfnis für die Erinnerung der Schuldnerin nicht gegeben. Mit der Einweisung der Gläubigerin in den Besitz der Räume durch Übergabe der Schlüssel ist diese Vollstreckungsmaßnahme beendet und kann demgemäß von der Gerichtsvollzieherin nicht mehr aufgehoben werden. Zur Durchsetzung der von der Schuldnerin angestrebten erneuten Einweisung in den Besitz der Räume bedürfte es vielmehr einer Vollstreckungsmaßnahme gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO gegen die Gläubigerin. Diese setzt gemäß § 750 Abs. 1 ZPO einen entsprechenden Titel voraus, der nur aufgrund einer Klage im Erkenntnisverfahren erlangt werden kann. Die materiellrechtlichen Fragen, ob die Schuldnerin wegen der Besitzentziehung gegen die Gläubigerin einen Herausgabeanspruch gemäß § 861 Abs. 1 BGB hat und ob dieser möglicherweise gemäß § 864 BGB erloschen ist, sind nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren zu prüfen, sondern im Erkenntnisverfahren.

b) Die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer bereits beendeten Vollstreckungsmaßnahme (zur Unzulässigkeit einer Räumungsvollstreckung gegen den Untermieter aufgrund des gegen den Hauptmieter ergangenen Titels vgl. BGH, Beschl. v. 18. Juli 2003 – IXa ZB 116/03, NJW-RR 2003, 1450 [= GuT 2003, 231 = WuM 2003, 577]) sieht § 766 ZPO grundsätzlich nicht vor (vgl. OLG Köln a. a. O.; OLG Hamm WuM 1993, 474; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt a. a. O. § 766 Rn. 45 m. w. N.). Zwar kann bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen in Fällen prozessualer Überholung ein Rechtsschutzinteresse des Betroffenen anzuerkennen sein, die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme feststellen zu lassen (zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei erledigten gerichtlichen Anordnungen vgl. BVerfGE 96, 27, 40; 104, 220, 232 ff.; BGH, Beschl. v. 4. März 2004 – IX ZB 133/03, WPM 2004, 992 z. V. b. in BGHZ [= BGHZ 158, 212 = GuT 2004, 179]). Die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses im vorgenannten Sinne kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil bei einer Räumungsvollstreckung im Erinnerungsverfahren eine Entscheidung über die Zulässigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme regelmäßig vor deren Beendigung erlangt werden kann. Bei einer drohenden Räumungsvollstreckung ist das Rechtsschutzinteresse für die Erinnerung bereits vor der ersten Vollstreckungshandlung gegeben (vgl. MünchKomm-

ZPO/K. Schmidt a. a. O. § 766 Rn. 44 m. N.), so daß die Schuldnerin als von der Maßnahme betroffene und damit erinnerungsbefugte Dritte sich nach der Ankündigung der Vollstreckung durch die Gerichtsvollzieherin mit der Erinnerung gegen die drohende Zwangsvollstreckung hätte wenden können.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 152 ZVG; §§ 5, 6, 10 ZwVerwVO
Zweck der Zwangsverwaltung; Bestandserhaltung des Grundstücks und des Nutzungskonzepts

Das Vorhaben des Zwangsverwalters, ein beschlagnahmtes Gebäude durch Umbau nachhaltig zu verändern oder in die vom Schuldner dem Objekt zuge dachte Nutzung in einer Weise einzugreifen, die die wirtschaftliche Beschaffenheit des Grundstücks in ihrem Gesamtcharakter berührt, ist durch das Vollstreckungsgericht nicht genehmigungsfähig.

(BGH, Beschluss vom 10.12.2004 – IXa ZB 231/03)

Zum Sachverhalt: Das Amtsgericht Herzberg am Harz ordnete am 16. Januar 2001 auf Antrag der Gläubigerin die Zwangsverwaltung des Grundstücks an, das einen Verkehrswert von 5,7 Mio. € hat. Der Schuldner hatte auf diesem eine Anlage für betreutes Wohnen errichtet, die 83 senioren- und behindertengerecht ausgestattete Apartments, eine Ladenzeile und eine Tiefgarage umfaßt. Das Objekt war nicht in Betrieb genommen; zudem waren die Baumaßnahmen noch nicht vollständig abgeschlossen. Der Zwangsverwalter verhandelte im Jahre 2003 mit der C. AG, die sich mit der Errichtung, dem Betrieb und der Verwaltung von Fachkliniken und Pflegeeinrichtungen befaßt. Er beabsichtigte im Einvernehmen mit der Gläubigerin die Fertigstellung des Gebäudes und den Umbau zu einem Pflegeheim mit 116 Plätzen unter Beibehaltung von lediglich 18 Apartments. Zu diesem Zwecke wollte er mit der C. AG bzw. der C. GmbH einen Generalübernehmervertrag mit einer festen Vergütung von 1 725 000 €, einen Einrichtungsvertrag mit einer festen Vergütung von 1 Mio. € und einen Pachtvertrag mit einer Laufzeit von 25 Jahren und einer jährlichen Mindestpacht von 590 674 € abschließen. Zugleich legte die Gläubigerin mit Blick auf das von ihr auch betriebene Zwangsversteigerungsverfahren eine Ausbietungsgarantie der A.-GmbH über ein Gebot von mindestens 11 Mio. € vor und erklärte sich bereit, der A.-GmbH diesen Betrag zu finanzieren. Der Schuldner widersprach dem Vorhaben des Zwangsverwalters und verwies darauf, im Zwangsversteigerungsverfahren habe der Gutachterausschuß die Fertigstellungskosten der Anlage auf nur 503 622,50 € angesetzt. Zu einem über die Fertigstellung hinausgehenden Umbau und zu einer Veränderung des Nutzungskonzeptes sei der Zwangsverwalter nicht berechtigt. Der mit der C. AG vereinbarte Pachtzins sei zu niedrig angesetzt und führe zu einem jährlichen Defizit von 200 000 €. Er selbst könne eine Generalmieterin stellen, die das Objekt schlüsselfertig – ohne zusätzliches Inventar – auf die Dauer von 20 Jahren übernehmen wolle.

Das Amtsgericht hat dem Zwangsverwalter die beantragte Zustimmung zum Abschluß der Verträge versagt. Die gegen die amtsgerichtliche Entscheidung gerichtete sofortige Beschwerde der Gläubigerin hat das Landgericht Göttingen zurückgewiesen. Dagegen wendet sie sich mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen: II. Das gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im übrigen zulässige Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Die Einwilligung gemäß § 5 Abs. 3, § 6 Abs. 4, § 10 ZwVerwVO a. F. könne nicht

erteilt werden, weil die Verträge zum einen mit dem Ziel und Zweck der Zwangsverwaltung nicht mehr zu vereinbaren seien und zum anderen den Schuldner unverhältnismäßig belasteten. Die vom Zwangsverwalter beabsichtigten Maßnahmen gingen über die bloße Fertigstellung des Gebäudes als Voraussetzung für eine wirtschaftliche Nutzung durch Vermietung und Verpachtung hinaus, denn der Bestimmungszweck und die Substanz des Gebäudes würden entscheidend verändert. Das vom Zwangsverwalter geplante Vorhaben sei im Konzept des Schuldners nicht enthalten, so daß es im Ergebnis nicht mehr um eine reine Bestandssicherung der Anlage gehe.

Unabhängig davon habe die Gläubigerin nicht dargelegt, daß die für die Investitionen aufzuwendenden Mittel von insgesamt 2 725 000 € in einem angemessenen Verhältnis zu den zu erwartenden Erträgen und der voraussichtlichen Wertsteigerung stünden; an einer entsprechenden Wirtschaftlichkeitsberechnung fehle es. Die Gläubigerin habe der vom Schuldner aufgemachten Gegenrechnung, welche eine jährliche Unterdeckung von rund 200 000 € ausweise, nicht substantiiert widersprochen. Daher scheide die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus. Insgesamt sei die Belastung des Schuldners unverhältnismäßig, der im Ergebnis die Kosten des Umbaus und der Einrichtung des Objekts zu tragen habe. Der Verlauf des Zwangsversteigerungsverfahrens sei ungewiß, zumal der Inhalt des Ausbietungsvertrages erkennen lasse, daß die Gläubigerin das Zwangsversteigerungsverfahren zu verzögern suche, was die Beurteilung seines voraussichtlichen Ausganges noch erschwere.

Dem hält die Rechtsbeschwerde entgegen, die Regelungen des Zwangsversteigerungsgesetzes und der Zwangsverwalterverordnung ließen die Umsetzung langfristiger Nutzungskonzepte zu. Die Bestimmung des § 6 Abs. 2 ZwVerwVO a. F. enthalte nur eine Sollvorschrift, welche zudem dem Schutz etwaiger Mieter und nicht dem Schutz des Schuldners diene. Zum Abschluß eines langfristigen Pachtvertrages und zur Vornahme erheblicher Investitionen bestehe bei Großobjekten der vorliegenden Art keine Alternative, um einen Leerstand der Anlage unter dem gleichzeitigen Anfall erheblicher Unterhaltskosten zu verhindern, höhere Erträge zu erwirtschaften und eine optimale Verwertung in der Zwangsversteigerung vorzubereiten. Durch die Ausbietungsgarantie sei ein lediglich um die Investitionen von 2,725 Mio. € zu bereinigender Erlös von 11 Mio. € gesichert, der weit über dem Verkehrswert liege. Eine solche Zwangsverwaltung werde den Interessen von Schuldner und Gläubigerin gleichermaßen gerecht. Gerade der höhere Erlös in der Zwangsversteigerung mache die vom Zwangsverwalter vorgelegten Vertragsentwürfe gegenüber dem Modell des Schuldners überlegen. Die vom Schuldner genannte Generalmieterin sei im Vergleich zur C. AG weniger leistungsfähig. Zu berücksichtigen sei weiter, daß der Schuldner durch das langfristige Nutzungskonzept schon deshalb nicht belastet werde, weil die Zwangsversteigerung auf jeden Fall durchgeführt werde. Das Landgericht habe wesentliches Vorbringen der Gläubigerin nicht beachtet, die – unter Beweisantritt – im einzelnen vorgetragen habe, daß die vom Zwangsverwalter vorgelegten Verträge eine angemessene Nutzung und Verwertung des Grundstückes zu marktüblichen Bedingungen erlaubten. Für ein Sachverständigengutachten wären ausreichende Anknüpfungstatsachen vorhanden gewesen. Eine andere Beurteilung hätte das Beschwerdegericht zu einem rechtlichen Hinweis nach § 139 ZPO veranlassen müssen, an dem es fehle. Auf einen solchen Hinweis hin hätte die Gläubigerin ihr Vorbringen entsprechend ergänzt und darüber hinaus darauf hingewiesen, daß die Verzögerung des Zwangsversteigerungsverfahrens allein auf den dortigen Einwendungen des Schuldners beruhe.

2. Das Beschwerdegericht hat richtig entschieden. Die Einwilligung in die Vertragsabschlüsse des Zwangsverwalters mit

der C. AG und der C. GmbH ist zu Recht versagt worden. Dabei kann dahinstehen, ob die Zustimmung zu einzelnen der vom Zwangsverwalter beabsichtigten Maßnahmen hätte erteilt werden müssen. Denn der Zwangsverwalter hat dem Gericht den Generalübernehmer-, Einrichtungs- und Pachtvertrag als „Paket“ vorgelegt. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, daß die C. AG und die C. GmbH zur Erbringung einzelner vertraglicher Leistungen bereit wären, insbesondere zur Fertigstellung des Objektes ohne sich daran anschließenden Pachtvertrag.

a) Nach § 153 ZVG hat das Gericht den Verwalter mit den erforderlichen Anweisungen zu versehen. Seine vorrangige Aufgabe ist es, die Tätigkeit des Zwangsverwalters und die Rechtmäßigkeit seines Handelns zu überwachen (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung 3. Aufl. § 153 ZVG Rdn. 2), das mit dem Sinn und Zweck der Zwangsverwaltung vereinbar sein muß. Wird der durch die §§ 146 ff. ZVG i.V. mit den Vorschriften der Zwangsverwalterverordnung gesteckte Rahmen durch eine Maßnahme des Zwangsverwalters überschritten, muß das Gericht seine Zustimmung versagen.

b) Die Zwangsverwaltung ist neben der Zwangsversteigerung und der Eintragung einer Zwangshypothek die dritte selbständige und den anderen gleichberechtigte Art der Immobiliervollstreckung. Sie kann nach Belieben des Gläubigers für sich allein oder zusätzlich zu einer weiteren Art der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Schuldners betrieben werden (§ 866 Abs. 1, 2 ZPO). Sie ist darauf gerichtet, die laufenden, aus der ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks stammenden Erträge zur Befriedigung des Gläubigers einzusetzen, während dem Schuldner die Substanz des Vermögensgegenstandes ungeschmälert erhalten bleibt. Zugleich soll sie den Gläubiger vor einer Wertminderung des Objekts und sonstigen Beeinträchtigungen schützen; das Grundstück soll insgesamt in einen guten Zustand gebracht und in diesem erhalten werden (Stöber, ZVG 17. Aufl. § 146 Rdn. 2. 2). Vor diesem Hintergrund ist das Handeln des Zwangsverwalters zu beurteilen. Sein Tun hat dem gesetzgeberischen Anliegen Rechnung zu tragen, daß ohne Verwertung des Grundstücks die titulierten Ansprüche des Gläubigers erfüllt werden. Daher kann die Zwangsverwaltung nicht zum (alleinigen) Ziel haben, die Zwangsversteigerung vorzubereiten und dem Gläubiger einen umfassenden Erlös daraus zu sichern. Eine wirtschaftliche und sinnvolle Zwangsverwaltung mag mittelbar den Versteigerungserlös günstig beeinflussen; ihr vorrangiger Zweck kann darin nicht liegen. Denn dies würde ihrem Charakter als eigenständiger Vollstreckungsart widersprechen.

c) Das Beschwerdegericht hat daher zu Recht auf § 152 ZVG und die diese Vorschrift konkretisierende Bestimmung des § 5 Abs. 1 ZwVerwVO in der zum Zeitpunkt seiner Entscheidung geltenden Fassung abgestellt. Danach hat der Zwangsverwalter das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem Bestand zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen. Dabei hat er regelmäßig die Art der Benutzung des Grundstücks, die bis zur Anordnung der Verwaltung bestand, beizubehalten. Seine Stellung ist insoweit der eines Nießbrauchers vergleichbar, der nach § 1037 Abs. 1 BGB ebenfalls nicht berechtigt ist, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern (Steiner/Eickmann/Hagemann/Storz/Teufel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 9. Aufl. § 152 ZVG Rdn. 33; Stöber a. a. O., § 152 ZVG Rdn. 3.7). Zwar sind nach § 5 Abs. 3 ZwVerwVO a. F. Abweichungen statthaft, wenn dazu eine Entscheidung des Gerichts eingeholt wird. Eine entsprechende Zustimmung darf das Gericht aber nur geben, wenn sich dadurch die vom Gesetz gezogenen Grenzen einer zulässigen Zwangsverwaltung nicht verschieben.

d) Das wäre bei Abschluß und Durchführung der vom Zwangsverwalter vorgelegten Verträge mit der C. AG und der C. GmbH der Fall. Denn es geht nicht allein darum, die vorhandenen Baumängel zu beseitigen und das Objekt insgesamt fertigzustellen, um auf diese Weise die Voraussetzungen für eine spätere Vermietung oder Verpachtung zu schaffen, was unbedenklich wäre (Jaeckel/Güthe, Zwangsversteigerungsgesetz 7. Aufl. § 152 Rdn. 4; Korintenberg/Wenz, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 6. Aufl. § 152 ZVG Anm. 3; SchlHOLG ZIP 1983, 1133). Auch beschränken sich die beabsichtigten Maßnahmen nicht darauf, in Teilbereichen die bisherige Zweckbestimmung zu ändern. Die Verträge haben vielmehr den kompletten Umbau der vorhandenen Apartments zu einer Alten- und Pflegeeinrichtung mit einem – nach Abzug der reinen Fertigstellungskosten – Investitionsvolumen von etwa 1,25 Mio. € zum Gegenstand, das sich um eine weitere Million Euro aufgrund der vom Zwangsverwalter vorgesehenen Inventarisierung erhöht. Auch die Rechtsbeschwerde stellt nicht in Abrede, daß die der Zwangsverwaltung unterliegende Anlage für betreutes Wohnen unter Aufgabe ihrer früheren Bestimmung in ein Heim mit 116 Pflegeplätzen überführt werden soll. Das ist zum einen mit einem wesentlichen Eingriff in die Substanz der von der Beschlagnahme umfaßten Gebäude verbunden und führt zum anderen zu einem grundlegend veränderten Nutzungskonzept, das dem zur Zeit der Anordnung der Zwangsverwaltung vorhandenen nicht mehr entspricht. Zu beidem gibt die Zwangsverwaltung keine Handhabe, ohne daß es noch darauf ankäme, ob das Nutzungskonzept des Zwangsverwalters wirtschaftlich tragfähig ist oder die vorgesehene Laufzeit von 25 Jahren, auf die der Pachtvertrag angelegt ist, zu einem nicht mehr hinzunehmenden Eingriff in die berechtigten Interessen des Schuldners führt. Das Vorhaben des Zwangsverwalters, ein beschlagnahmtes Gebäude durch Umbau nachhaltig zu verändern oder in die vom Schuldner dem Objekt zgedachte Nutzung in einer Weise einzugreifen, die die wirtschaftliche Beschaffenheit des Grundstücks in ihrem Gesamtcharakter berührt, ist nicht genehmigungsfähig (vgl. Steiner/Eickmann/Hagemann/Storz/Teufel a. a. O., Rdn. 30; Jaeckel/Güthe, a. a. O.; Korintenberg/Wenz, a. a. O.; Reinhard/Müller/Dassler/Schiffhauer/Gerhardt, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 11. Aufl. § 152 ZVG Anm. V; Staudinger/Frank, 13. Bearb. <2002> § 1037 BGB Rdn. 2).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Gewerbemiete etc.

§§ 138, 398 BGB – Sicherung des Mietzinsanspruchs; Baumaschinenmiete; Abtretung von Werklohnforderungen

Zur Kollision einer Globalzession zugunsten einer Bank mit einer zeitlich nachfolgenden Globalzession zugunsten des Vermieters von Baumaschinen.

(BGH, Urteil vom 14. 7. 2004 – XII ZR 257/01)

VO (EWG) Nr. 3950/92 Art. 7 Abs. 2; § 7 Abs. 2 a MGVO; § 12 Abs. 2 und 3 ZAbgVO – Milchquote; Verpächter ohne Milcherzeugereigenschaft bei Pachtende; Rückübertragung der Referenzmenge

Dem Verpächter kann eine flächenlose Milchreferenzmenge nach Beendigung des Pachtverhältnisses nicht zurückübertragen werden, wenn er kein Milcherzeuger ist, sondern die Referenzmenge an der Milchquotenbörse veräußern will.

(BGH, Urteil vom 27.10. 2004 – XII ZR 165/01)

§§ 4, 20 a BKleingG; § 47 BGB – Beitrittsgebiet; Kleingartenverein als Zwischenpächter in Rechtsnachfolge

Zu den Voraussetzungen für die Rechtsnachfolge eines Vereins der Garten- und Siedlerfreunde in die Zwischenpächterposition eines Kreisverbandes des Verbandes der Kleingärtner, Siedler und Kleintierzüchter im Beitrittsgebiet.

(BGH, Urteil vom 16.12. 2004 – III ZR 179/04)

§ 249 BGB – Mietwagenkosten des unfallgeschädigten Taxiunternehmers; Tarife des Vermieters

Ein „Unfallersatztarif“ ist nur insoweit ein „erforderlicher“ Aufwand zur Schadensbeseitigung gemäß § 249 Satz 2 BGB a. F., als die Besonderheiten dieses Tarifs mit Rücksicht auf die Unfallsituation (etwa die Vorfinanzierung, das Risiko eines Ausfalls mit der Ersatzforderung wegen falscher Bewertung der Anteile am Unfallgeschehen durch den Kunden oder den Kfz-Vermieter u. ä.) einen gegenüber dem „Normaltarif“ höheren Preis aus betriebswirtschaftlicher Sicht rechtfertigen, weil sie auf Leistungen des Vermieters beruhen, die durch die besondere Unfallsituation veranlaßt und infolgedessen zur Schadensbehebung erforderlich sind.

(BGH, Urteil vom 12.10. 2004 – VI ZR 151/03)

§ 249 BGB; Art. 1 § 1 RBerG – Mietwagenkosten eines unfallgeschädigten Autofahrers; Tarife des Vermieters; Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit im Mietwagenunternehmen

a) Geht es dem Mietwagenunternehmen im wesentlichen darum, die durch die Abtretung eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen, so besorgt es keine Rechtsangelegenheit des geschädigten Kunden, sondern eine eigene Angelegenheit.

b) Ein „Unfallersatztarif“ ist nur insoweit ein „erforderlicher“ Aufwand zur Schadensbeseitigung nach § 249 Satz 2 BGB a. F., als die Besonderheiten dieses Tarifs mit Rücksicht auf die Unfallsituation einen gegenüber dem „Normaltarif“ höheren Preis rechtfertigen, weil sie auf Leistungen des Vermieters beruhen, die durch die besondere Unfallsituation veranlaßt und infolgedessen zur Schadensbehebung erforderlich sind (Anschluß an Senatsurteil vom 12. Oktober 2004 – VI ZR 151/03 –, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen [= GuT 2005, 26 KL]).

(BGH, Urteil vom 26.10. 2004 – VI ZR 300/03)

§§ 9, 24 AGBG – Transparenzgebot

Abschnitt VII Ziffer 4 und 5 der Verkaufs- und Lieferbedingungen der Klägerin verstoßen auch nicht gegen das Transparenzgebot (§§ 9, 24 AGBG). Eine unangemessene Benachteiligung kann sich aus der Unklarheit oder Undurchschaubarkeit einer Regelung ergeben. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in AGB möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dabei gebieten Treu und Glauben auch, dass die Klausel wirtschaftliche Nachteile und Benachteiligungen soweit erkennen lässt, wie nach den Umständen gefordert werden kann. Bei der Beurteilung dieser Frage ist auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen (Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Auflage, Kommentierung zum AGBG, Rdnr. 15 ff. zu § 9). Die Klausel in Abschnitt VII Ziffer 4 und 5 genügt diesen Anforderungen. Die Worte „Auftragnehmer und Auftraggeber“ sind nicht uneinheitlich und verwirrend benutzt. Vielmehr geben sie den verlängerten Eigentumsvorbehalt und seine Folgen wieder. Ziffer 4 des VII Abschnitts trägt dem gesetzlichen Leitbild des verlängerten Eigentumsvorbehalts Rechnung. In Ziffer 5 ist der Eigentumsvorbehalt für den Fall geregelt, dass der Auftragnehmer (Käufer) die gelieferte Ware zur Erfüllung eines Werk- oder Werklieferungsvertrages verwendet. Soweit die-

se Regelungen Unklarheiten enthalten sollten, gehen diese zu Lasten des Verwenders, führen jedoch nicht zu einem Verstoß gegen das Transparenzgebot.

(KG, Urteil vom 30. 8. 2004 – 24 U 295/02)

Hinw. d. Red.: Der amtliche Leitsatz des n. rkr. Urteils, das hier nur in einer einen Teilaspekt betreffenden Kurzfassung abgedruckt ist, lautet:

„§ 366 Abs.1 BGB: Leistet ein Schuldner in Unkenntnis einer im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts erfolgten Teilabtretung seinerseits nur einen Teilbetrag an den bisherigen Gläubiger, steht ihm nach der Kenntniserlangung von der Teilabtretung ein nachträgliches Tilgungsbestimmungsrecht entsprechend § 366 Abs.1 BGB zu.“

Das Urteil kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 535, 546a BGB – Gewerberäume; zustandekommender Mietvertrag zwischen Vermieter und Untermieter

Gestattet der Vermieter dem Untermieter seines mit der Miete rückständigen Mieters einstweilen die Weiterbenutzung der Mieträume gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung, so kommt nicht schon mit der fortdauernden Benutzung, sondern erst mit der Zahlung des Untermieters ein Vertragsverhältnis Vermieter/Untermieter zustande (Abgrenzung zu BGHZ 85, 267).

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. 6. 2004 – I-24 U 38/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 535 BGB; § 25 HGB – Miete von Gewerberäumen; Mietrückstände; fruchtlose Vollstreckung; Fortführung der Firma; Fortführung des Handelsgeschäfts

Fortführung der Firma bedeutet nicht zwingend deren wortgetreue Übernahme. Entscheidend ist, ob der Handelsverkehr trotz erkennbarer Änderungen der Firma von der Kontinuität des Unternehmens ausgehen darf.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. 5. 2004 – I-24 U 34/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 546, 546a, 242 (§§ 556, 557 a. F.) BGB – Rücknahme des Mietobjekts; Annahmeverzug; Schlüsselaushändigung zu Renovierungszwecken

1. Der Vermieter gerät, obwohl er die Schlüssel zurückerhalten hat, nicht in Annahmeverzug, wenn er die Rücknahme des Mietobjekts ablehnt, weil vom Mieter dort nicht nur einzelne Gegenstände zurückgelassen worden sind.

2. Unter diesen Umständen stellt es kein widersprüchliches Verhalten des Vermieters dar, wenn er dem Nachmieter die Schlüssel für die Renovierung überlässt.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. 11. 2004 – I-24 U 157/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 548, 200 BGB – Verjährungsbeginn; Ersatzansprüche wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache

Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters beginnt gemäß §§ 548 Abs.1 Satz 2, 200 Satz 1 BGB auch dann mit dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhält, wenn die Ansprüche erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen.

(BGH, Urteil vom 19. 1. 2005 – VIII ZR 114/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung u. a. in BGHZ vorgesehen. Vollständige Veröffentlichung bereits in WuM 2005, 126.

§§ 1020, 280, 281 BGB – Grundstück; Instandhaltungslast des Dienstbarkeitsberechtigten

a) Der Berechtigte ist auch dann nach § 1020 Satz 2 BGB zur Unterhaltung und Instandsetzung einer der Ausübung der Dienstbarkeit dienenden Anlage verpflichtet, wenn der Eigentümer die Anlage mitnutzen darf.

b) Das Interesse des Eigentümers erfordert bei seiner Berechtigung zur Mitnutzung nicht, daß der Berechtigte die Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung der Anlage allein trägt. Der Berechtigte ist vielmehr nur anteilig verpflichtet, und zwar in entsprechender Anwendung von §§ 748, 742 BGB im Zweifel zur Hälfte.

c) Weigert sich der Berechtigte eine Unterhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahme durchzuführen, die das Interesse des Eigentümers erfordert, kann der Eigentümer die Maßnahme durchführen lassen und von dem Berechtigten im Umfang seiner Kostenbeteiligung Erstattung der Kosten als Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs.1 und 3, 281 Abs. 2 BGB verlangen.

(BGH, Urteil vom 12. 11. 2004 – V ZR 42/04)

§§ 611, 675, 278, 276, 249 BGB – Rechtsanwaltsverschulden; Räumungsklage zu unzuständigem Amtsgericht; Vermögensschaden Mietausfall

1. Erhebt der Rechtsanwalt eine den Wert von 5000 € übersteigende Räumungsklage bei dem gemäß § 23 Nr.1, 71 GVG sachlich unzuständigen Amtsgericht, verstößt er hiermit gegen den Grundsatz des sichersten Weges.

2. Für einen dem Vermieter durch die hierdurch bedingte Verzögerung entstandenen Vermögensschaden (hier: Mietausfall für 5 1/2 Monate; Anwaltshonorar) hat der Rechtsanwalt gemäß § 249 BGB einzustehen.

3. Verfahrensrechtlich ist für die Berechnung des Schadens von den Verhältnissen zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung auszugehen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. 10. 2004 – I-10 U 50/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 535, 675, 139 BGB; Art. 1 § 1 RBERG – Einkaufszentrum; geschlossener Immobilienfonds; Miete von Verkaufsfläche; fehlschlagende Geschäftsentwicklung

1. Die Nichtigkeit eines Treuhandvertrages wegen unzulässiger Rechtsberatung erstreckt sich regelmäßig auch auf vom Treuhänder erteilte Vollmachten.

2. Dies gilt nicht, wenn eine Vollmacht von einem weiteren Treuhänder erteilt wird, der seinerseits auf Grund eines gemäß § 139 BGB von der Nichtigkeit miterfassten Treuhandauftrages handelt.

3. Umsatzerwartungen des Mieters gehören regelmäßig nicht zur Geschäftsgrundlage eines Mietvertrages.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 31. 7. 2003 – I-24 U 113/01)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Die Entscheidung ist rechtskräftig, nachdem der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten durch Beschluss vom 26. 5. 2004 verworfen hat; zuvor hatte der BGH durch Beschluss vom 31. 3. 2004 die Beiordnung eines Notanwalts abgelehnt, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos erscheine, § 78 b Abs.1 ZPO – XII ZR 183/03.

§ 652 BGB – Nachweismakler; Erwerb von Klinikbetrieben

Zur Frage, wann der Makler den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages über den Erwerb einer aus (Publikums-)Kommanditgesellschaften bestehenden Unternehmensgruppe erbracht hat.

(BGH, Urteil vom 16.12.2004 – III ZR 119/04)

§ 119 GVG; § 17 ZPO – OLG als Berufungsgericht

Ob für die Berufung über eine Entscheidung des Amtsgerichts nach § 119 Abs.1 Nr.1 Buchst. b GVG das Oberlandesgericht zuständig ist, richtet sich nach dem allgemeinen Gerichtsstand (hier:) der Klägerin, die diesen als juristische Person an ihrem Sitz (hier:) im Inland hat.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 16.11.2004 – VIII ZB 45/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2005, 67.

§ 8 ZPO – Wertberechnung

Zur Anwendbarkeit des § 8 ZPO (Wertberechnung) bei einem Streit über das Bestehen oder die Dauer eines miet- oder pachtähnlichen Nutzungsverhältnisses.

(BGH, Beschluss vom 27.10.2004 – XII ZB 106/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2005, 66.

§ 91 ZPO – Prozesskosten; Unterbevollmächtigter am Gerichtsort

Beauftragt eine vor einem auswärtigen Gericht klagende Partei einen in der Nähe ihres Wohnsitzes ansässigen Rechtsanwalt mit der gerichtlichen Vertretung, sind die Kosten des von diesem eingeschalteten Unterbevollmächtigten am Gerichtsort jedenfalls dann erstattungsfähig, wenn sie die (fiktiven) Reisekosten des Prozeßbevollmächtigten am Wohnsitz der Partei nicht erheblich übersteigen.

(BGH, Beschluss vom 14.9.2004 – VI ZB 37/04)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2005, 31.

§ 91 ZPO; § 249 BGB – Erstattungsfähigkeit von Parteiaufwand für einen Zeugen

Bedarf es im Bauprozess einer Besprechung des Prozessbevollmächtigten mit einem ehemaligen Mitarbeiter der Partei, handelt es sich bei dessen Reisekosten nicht um notwendigen Parteiaufwand, wenn eine fernmündliche Information ausgereicht hätte.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 15.12.2004 – 14 W 744/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24.3.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 286, 416, 440 ZPO; §§ 126, 368 BGB – Beweis- kraft einer Nebenschrift auf einer Quittung

Die Echtheitsvermutung gilt nicht für eine Urkunde, deren Erklärungen neben der „Unterschrift“ stehen.

(OLG Koblenz, Urteil vom 16.12.2004 – 5 U 344/04)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24.3.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 91, 96, 494a ZPO – Selbständiges Beweisverfahren; Eigentumsstörungen vom Nachbargrundstück; Kosten des Klageverfahrens

a) Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens gehören auch dann zu den Kosten des Klageverfahrens, wenn nur Teile des Gegenstands eines selbständigen Beweisverfahrens zum Gegenstand der anschließenden Klage gegen den Antragsgegner gemacht werden (Anschluß an BGH, Beschl. v. 24. Juni 2004, VII ZB 11/03, BauR 2004, 1485, 1486).

b) Das gilt auch dann, wenn der Antragsteller mehrere von einander unabhängige Eigentumsstörungen zum Gegenstand

eines einheitlichen selbständigen Beweisverfahrens macht und nur eine davon zum Gegenstand der anschließenden Klage wird (Fortführung von BGH, Beschl. v. 22. Juli 2004, VII ZB 9/03, EBE/BGH 2004, 299).

c) Soweit der Antragsteller und spätere Kläger den Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens mit der Klage gegen den Antragsgegner des Beweisverfahrens nicht aufgreift, können ihm dessen Kosten im Klageverfahren analog § 96 ZPO anteilig auferlegt werden, wenn er in der Hauptsache obsiegen sollte. Das ist regelmäßig angezeigt, wenn sich der Anspruch insoweit als unbegründet erwiesen hat (Fortführung von BGH, Beschl. v. 24. Juni 2004, VII ZB 11/03, a. a. O.).

(BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04)

§§ 494a, 269, 101 ZPO – Selbständiges Beweis- verfahren; Kostentragung nach Antragsrücknahme

a) Eine einseitige Erledigungserklärung ist im selbständigen Beweisverfahren nicht zulässig. In ihr liegt regelmäßig eine Antragsrücknahme.

b) Nach der Antragsrücknahme hat der Antragsteller grundsätzlich die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO zu tragen. Dies gilt auch für die Kosten des Streithelfers des Antragsgegners (§ 101 Abs.1 ZPO).

(BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII ZB 23/03)

§§ 887, 767 ZPO – Erfüllungseinwand im Zwangsvollstreckungsverfahren

Der Schuldner ist nicht nur im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage, sondern auch im Zwangsvollstreckungsverfahren mit seinem Einwand zu hören, der vollstreckbare Anspruch sei erfüllt.

(BGH, Beschluss vom 5.11.2004 – IXa ZB 32/04)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2005, 142.

§§ 74 a, 109 ZVG; §§ 17, 21, 26, 29, 66 GKG; KV zum GKG Nr. 9000 – Kosten einer Beschwerde gegen das Verkehrswertgutachten der Zwangs- versteigerung

1. Wer ein Verkehrswertgutachten in der Zwangsversteigerung erfolglos mit der Beschwerde angreift, hat die im Rechtsmittelverfahren entstandenen Sachverständigenkosten zu tragen. Die Kosten sind nicht aus dem Versteigerungserlös zu entnehmen.

2. Unterbleibt die Anforderung eines Auslagenvorschusses für ein Sachverständigengutachten, liegt darin noch keine unrichtige Sachbehandlung, die zur Nichterhebung der Kosten führt.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 7.1.2005 – 14 W 17/05)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24.3.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 39, 18 KostO – Geschäftswert bei notarieller Beurkundung eines Vermarktungsvertrages

Als Grundlage zur Bestimmung des Geschäftswertes für die notarielle Beurkundung eines Vermarktungsvertrages, der die beabsichtigte Veräußerung von Grundstücken und darauf zu errichtender Häuser zum Gegenstand hat, kommt der Wert der hierbei nach Vorstellung der Beteiligten zu erzielenden Provisionen in Betracht.

(KG, Beschluss vom 15.6.2004 – 1 W 46/02)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24.3.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; Frau RiKG Z. Hinrichs, Berlin; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; RiOLG Weller, Koblenz; VRiKG Sieveking, Berlin.

Teileigentum

§ 28 WEG

Hotelbetrieb in der Wohnanlage; Jahresabrechnung; Nachvollziehbarkeit

Eine Jahresabrechnung ist nur nachvollziehbar, wenn die Buchungsvorgänge in einer für die Wohnungseigentümer verständlichen Weise dargestellt sind.

(BayObLG, Beschluss vom 8.12.2004 – 2Z BR 151/04)

Zum Sachverhalt: Die Antragsteller, die Rechtsbeschwerdeführerin zu 2 und die Antragsgegner sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage, die von der weiteren Beteiligten verwaltet wird.

In der Wohnanlage wird ein Hotel betrieben. Die Betriebsräume des Hotels sind unter der Sondereigentumseinheit Nr. 89 zusammengefasst. Die übrigen Einheiten bestehen aus 1-Zimmer-Appartements, die als Hotelzimmer vermietet werden. Die meisten Wohnungseigentümer vermieteten ihr Appartement an eine Hotelbetreibergesellschaft; diese ist gleichzeitig zur Verwalterin der Wohnanlage bestellt. Die Antragsteller und die Rechtsbeschwerdeführerin zu 2 vermieteten ihre Einheit nicht an die Hotelbetreibergesellschaft.

In der Teilungserklärung ist hinsichtlich der Lasten und Kosten Folgendes bestimmt:

„In Ergänzung und teilweiser Abänderung des § 16 WEG wird Folgendes bestimmt:

Betriebskosten

Die Wohnungseigentümer müssen alle Betriebskosten gemeinsam tragen. Die Kosten der Beheizung einschließlich der Kaminkehrergebühren und Stromkreislasten für die Heizung werden hälftig nach dem Anteil der Wohnfläche bzw. Nutzfläche und hälftig nach dem jeweiligen Verbrauch, welcher durch geeichte Zähler ermittelt wird, berechnet. Die übrigen Betriebskosten (z. B. öffentliche Abgaben, Versicherungen, Personenaufzug, Allgmeinstrom, Wasser und Abwasserverbrauch und dergleichen) werden entsprechend ihrem Anfall im Verhältnis der Wohnfläche bzw. Nutzfläche auf die Wohnungs- und Teileigentümer umgelegt. Die auf die einzelnen Wohnungs- und Teileigentümer entfallenden Kostenanteile sind als Teile der Belastungen mit dem Hausgeld an den Verwalter zu zahlen.

Verwaltungskosten

Verwaltungskosten sind für jedes Wohnungs- und Teileigentum gleich zu bemessen. Einzelheiten werden in einem Verwaltervertrag geregelt.

...“

Am 15. 2. 2003 genehmigten die Wohnungseigentümer unter Tagesordnungspunkt (TOP) 3.1 und 3.2 die Jahresabrechnungen 2000 und 2001. Die Antragsteller haben beantragt, diese Eigentümerbeschlüsse und insoweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr von Interesse den Eigentümerbeschluss über die Verlängerung des Verwaltervertrags für ungültig zu erklären. Das Amtsgericht Traunstein hat mit Beschluss vom 9. 2. 2004 die Eigentümerbeschlüsse zu TOP 3.1 und 3.2 für ungültig erklärt und den Antrag hinsichtlich des Eigentümerbeschlusses über die Verlängerung des Verwaltervertrags abgewiesen. Gegen diesen Beschluss haben die Antragsgegner sofortige Beschwerde eingelegt. Der Antragsteller zu 1 hat im Beschwerdeverfahren außerdem beantragt, einen Sonderverwalter zu bestellen. Das Landgericht Traunstein hat am 23. 6. 2004 den Beschluss des Amtsgerichts dahin abgeändert, dass es den Antrag auf Ungültigerklärung der Eigentümerbeschlüsse zu TOP 3.1 und 3.2 abgewiesen hat. Den Antrag auf Bestellung eines Notverwalters hat es ab-

gewiesen. Der Antragsteller zu 1 und die Rechtsbeschwerdeführerin zu 2 haben sofortige weitere Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, die Beschlüsse der Eigentümerversammlung zu TOP 3.1 und 3.2 für ungültig zu erklären.

Aus den Gründen: II. 1. Das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerdeführerin zu 2 ist unzulässig, weil bei Zurückweisung eines Beschlussanfechtungsantrags ein Wohnungseigentümer nur dann beschwerdeberechtigt ist, wenn er entweder selbst einen Anfechtungsantrag gestellt hatte oder im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung noch stellen könnte (Niederführ/Schulze WEG 7. Aufl. § 45 Rn. 6 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen bezüglich der Rechtsbeschwerdeführerin zu 2 nicht vor.

2. Das Rechtsmittel des Antragstellers zu 1 ist begründet.

a) Das Landgericht hat ausgeführt:

(1) In den Jahresabrechnungen würden die Kosten für Strom, Warmwasser und Heizung nur nach dem Verhältnis der Wohn- bzw. Nutzflächen und nicht, wie in der Teilungserklärung vorgesehen, auch nach Verbrauch, und zwar hälftig, abgerechnet. Dies sei jedoch nicht zu beanstanden, weil Verbrauchserfassungsgeräte fehlten.

Ordnungsmäßiger Verwaltung entspreche es auch, dass von der Eigentümerin der Einheit Nr. 89 vorweg von einem Teil der Kosten pauschal 20% bzw. 60% getragen würden, während die anderen Wohnungseigentümer die übrigen Kosten trügen. So werde dem höheren Verbrauchsanteil der Sondereigentumseinheit Nr. 89 Rechnung getragen. Der Eigentümer der Einheit Nr. 89 habe sich freiwillig mit dieser Regelung einverstanden erklärt; die übrigen Wohnungseigentümer würden dadurch besser gestellt, als wenn nur nach Wohn- bzw. Nutzflächen abgerechnet würde.

(2) Die Behauptung der Antragsteller, vermietende und nicht vermietende Wohnungseigentümer würden bei der Kostenverteilung unterschiedlich behandelt, sei, wie sich aus den vorgelegten Abrechnungen ergebe, unrichtig. Insbesondere liege eine Ungleichbehandlung nicht darin, dass bei einem vermietenden Wohnungseigentümer die auf seine Einheit entfallende Nebenkostenzahlung durch die Hotelbetreibergesellschaft erbracht werde, während dies bei einem nicht vermietenden Wohnungseigentümer naturgemäß nicht der Fall sei. Diese Regelung ändere aber nichts daran, dass Schuldner der Betriebskosten der jeweilige Wohnungseigentümer sei und nur die Bezahlung durch die Mieterin, die Betreibergesellschaft, erfolge.

(3) Die Jahresabrechnungen entsprächen den Anforderungen, die die Rechtsprechung aufgestellt habe. Konkrete Anhaltspunkte dafür, weshalb die Abrechnungen nicht ausreichend geordnet und übersichtlich seien, würden nicht vorgebracht. Unerheblich sei, ob der Wirtschaftsplan von der dazugehörigen Jahresabrechnung deutlich abweiche.

Prewest Versandantiquariat

Unsere Kataloge im Netz unter www.zvab.com

Pfad: Antiquariate–Antiquariatsname→Prewest

Telefax: 02 28 / 47 09 54,

e-mail: antiquariat@prewest.de

(4) Der Antragsteller zu 1 habe zwar im Jahr 2001 eine Zahlung in Höhe von 522,16 € erbracht, die erst im Jahr 2003 in die Abrechnung eingestellt worden sei. Die Antragsgegner hätten dies damit begründet, dass diese Zahlung zunächst auf die anteiligen Kosten des Antragstellers zu 1 aus einer angestrebten schiedsgutachterlichen Regelung verrechnet worden sei. Nach dem Scheitern der Schiedsverhandlungen im Jahr 2003 sei der fragliche Betrag aber dem Antragsteller zu 1 wieder gutgeschrieben worden. Es könne offen bleiben, ob diese Art der Verbuchung ordnungsmäßiger Verwaltung entspreche. Jedenfalls widerspreche es Treu und Glauben, aus diesem Grund die Jahresabrechnung 2001 für ungültig zu erklären; die Beanstandung betreffe nur einen Kleinstbetrag.

b) Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Eigentümerbeschlüsse zu TOP 3.1 und 3.2 sind für ungültig zu erklären.

Eine Jahresgesamtabrechnung muss vollständig, übersichtlich und nachvollziehbar sein. Dies ist hier nicht der Fall.

(1) In der Jahresabrechnung 2000 werden Ausgaben in Höhe von 416 050,53 DM Wohngeldzahlungen in Höhe von 95 705,78 DM und Zinserträgen in Höhe von 61 14,00 DM gegenübergestellt. In der Jahresabrechnung 2001 werden Ausgaben in Höhe von 213 254,67 € und Wohngeldzahlungen der Eigentümer in Höhe von 49 258,77 € sowie Zinserträge in Höhe von 3526,35 € ausgewiesen.

Zu Recht weist der Antragsteller zu 1 darauf hin, dass aufgrund dieser Angaben nicht ersichtlich ist, wie die Gesamtkosten gedeckt werden. Die Antragsgegner tragen zwar vor, von den Gesamtkosten würden rund 1/4 von den Wohnungseigentümern durch Wohngeldzahlung aufgebracht, während der Rest mit Ausnahme der Kosten für die Einheiten, die nicht an den Betreiber vermietet seien, von der Hotelbetriebergesellschaft getragen werde. Unterstellt, dies entspräche den Tatsachen, wären die angefochtenen Jahresgesamtabrechnungen aber unvollständig. In ihnen wird nämlich nicht aufgeführt, in welcher Höhe die Hotelbetriebergesellschaft Kostenbeiträge für die an sie vermieteten Einheiten an die Gesamtheit der Wohnungseigentümer abführt.

(2) Eine Jahresabrechnung ist nur nachvollziehbar, wenn die Buchungsvorgänge in einer für die Wohnungseigentümer verständlichen Weise dargestellt sind. Auch daran fehlt es hier.

Bei den Ausgaben wird differenziert zwischen „Gesamt NK Hotel“, „verrechnete NK Hotel“, „Gesamtkosten WEG“ und „Umlageschlüssel“. Dabei wird bei den Posten „Heizung“ und „Hausmeister“ eine „Verrechnung“ von 80% der Gesamtkosten vorgenommen. Bei „Verbrauchsmaterial Haustechnik“, „Reparaturen/Instandhaltung“ und „Verbr. Reinigung Gemeinschaftseigentum“ wird ein Verrechnungsschlüssel von 40% angegeben. Diese Buchungsvorgänge sind nicht nachvollziehbar, insbesondere findet sich in der Teilungserklärung keinerlei Stütze für die vorgenommene Kosten- und Lastenverteilung.

(3) Da die Jahresabrechnungen bereits aufgrund der aufgezeigten beiden Fehler keinen Bestand haben können, erübrigt sich ein Eingehen auf die vom Landgericht aufgegriffenen Gesichtspunkte bei der Gültigkeitsprüfung der Jahresabrechnungen.

Mitgeteilt von RiBayObLG a. D. Demharter, München

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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

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

§ 10 WEG – Beschlussbuch

Bestimmt die Teilungserklärung, dass die Beschlüsse der Wohnungseigentümer nur wirksam sind, wenn sie vom Verwalter in ein von ihm zu führendes „Beschlussbuch“ eingetragen sind, so liegt eine Auslegung dieses Beschlusses dahin nahe, dass – ungeachtet des Wortlauts – die Nichteintragung lediglich einen Anfechtungsgrund darstellt.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.10.2004 – I-3 Wx 207/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 8, 10, 22 WEG – Verbot baulicher Veränderungen durch TE

Durch die Teilungserklärung können in Abweichung von § 22 Abs.1 WEG Veränderungen an den für Bestand oder Sicherheit erforderlichen Gebäudeteilen auch dann verboten werden, wenn die Maßnahme andere Wohnungseigentümer nicht wesentlich beeinträchtigen würde.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.1.2005 – I-3 Wx 306/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 14, 21, 22 WEG – bauliche Veränderung der Fassade; Entfernen des Weinlaubs

Eine Maßnahme, wonach das an der Rückseite des Hauses vorhandene Fassadengrün (hier: wilder Wein) entfernt und zukünftig die Entstehung jeglichen Fassadengrüns sofort unterbunden werden soll, hat eine bauliche Veränderung zum Inhalt und kann daher nicht mit Stimmenmehrheit beschlossen werden.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2004 – I-3 Wx 298/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Vgl. OLG Saarbrücken WuM 1998, 243 zu bloßem Rückschnitt des Weinlaubs als Instandhaltungsmaßnahme.

§§ 5, 14, 21, 23 WEG; § 133 BGB – Gemeinschaftseigentum zur Sondernutzung; Reparaturkosten

Eine Bestimmung der Teilungserklärung, wonach die zu Sondereigentum erklärten, aber nicht sondereigentumsfähigen Gebäudeteile den jeweiligen Sondereigentumseinheiten zur Sondernutzung zugewiesen und hinsichtlich Instandhaltungspflicht und Verkehrssicherungspflicht wie Sondereigentum zu behandeln seien, statuiert weder eine Instandsetzungsverpflichtung noch eine Kostentragungspflicht des Wohnungseigentümers, dem ein mit dem übrigen Gebäude fest verbundener Wintergarten als Sondereigentum zugeordnet ist, wenn die Teile, um deren Reparatur es geht (hier: Glasbereich des Daches und Aluminiumteile), wegen § 5 Abs. 2 WEG nicht Gegenstand des Sondereigentums werden konnten.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.12.2004 – I-3 Wx 274/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Vgl. BayObLG GuT 2002, 150.

§ 28 WEG – Zweckbindung einer Sonderumlage

Allein dadurch, dass die Wohnungseigentümer die Aufli- stung offener Verbindlichkeiten zur Grundlage eines Sonderumlagebeschlusses machen, tritt keine Zweckbindung der

Umlage in dem Sinne ein, dass die Zahlungen nur auf die genannten Verbindlichkeiten geleistet werden dürften. Die Sonderzahlungen sind in der allgemeinen Jahresabrechnung abzurechnen. Es besteht kein Anspruch des einzelnen Wohnungseigentümers gegen den Verwalter auf gesonderte Abrechnung der Sonderumlage.

(KG, Beschluss vom 22.11.2004 – 24 W 233/03)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. Veröffentlichung auch in WuM 2005, 145.

§§ 29, 43, 45 WEG; § 66 ZPO – Rechtsmittel des Beirats zugunsten des Verwalters

1. Im Interesse ordnungsmäßiger Verwaltung kann ein einzelner Wohnungseigentümer, auch als Beiratsmitglied, eine gerichtliche Verpflichtung des Verwalters als Nebeninterventient anfechten, wobei die Rechtsmittelmöglichkeiten sich nach denen des Verwalters bestimmen.

2. Die Beschwer des Verwalters, der vom Gericht dazu verpflichtet worden ist, eine Gemeinschaftsangelegenheit auf die Tagesordnung der nächsten Eigentümerversammlung zu setzen, ist gerade im Weigerungsfall daran auszurichten, welche Vermögensnachteile ihm durch die Beschlussfassung drohen können.

(KG, Beschluss vom 29.11.2004 – 24 W 108/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 91 ZPO; §§ 675, 670 BGB; § 133 GBO – Kosten der elektronischen Grundbucheinsicht zur Ermittlung der aktuellen Eigentümerliste der im Zivilprozess verklagten WEG

Wird dem Kläger vom Prozessgericht aufgegeben, bei einer gegen „die WEG“ gerichteten Klage das Passivrubrum durch Beibringung der aktuellen Eigentümerliste zu ergänzen, was durch Einsicht in das Grundbuch erfolgen könne, so ist der dazu erforderliche Aufwand erstattungsfähig. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers kann sich dazu des automatisierten Abrufverfahrens bedienen und die notwendigen Kosten (hier 5,- Euro pro Einsichtnahme) in Rechnung stellen.

(KG, Beschluss vom 18.10.2004 – 1 W 331/04)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 24. 3. 2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. Veröffentlichung auch in WuM 2005, 146.

KL-Mitteleiter: RiOLG a. D. Dr. Schütz, Hünxe; RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf; Frau RiKG S. Kingreen, Berlin; VRiKG Sieveking, Berlin.

Wettbewerb

§ 91 ZPO Abwehr des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs; Unterbevollmächtigter III; Prozesskosten

Zur Frage, ob es für ein Unternehmen, das keine Rechtsabteilung eingerichtet hat, zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung gegen einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch im Sinne des § 91 Abs.1 Satz 1 ZPO notwendig ist, eine Rechtsanwaltskanzlei am Geschäftsort als Hauptbevollmächtigten hinzuzuziehen, wenn diese Kanzlei ständig mit der Bearbeitung sämtlicher im Unternehmen anfallender Rechtsangelegenheiten beauftragt ist.

(BGH, Beschluss vom 2.12.2004 – I ZB 4/04)

Zum Sachverhalt: Die Beklagte ist ein in M. ansässiges Presseunternehmen. Sie hat keine eigene Rechtsabteilung eingerichtet. Seit mehr als einem Jahrzehnt werden sämtliche Rechtsangelegenheiten des Konzerns, zu dem die Beklagte gehört, von der Rechtsanwaltskanzlei Prof. Dr. S. am Sitz der Beklagten bearbeitet. Auch im vorliegenden Fall hat die Beklagte diese Kanzlei mit der Prozeßführung beauftragt.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin einen Unterlassungsanspruch wegen wettbewerbswidriger Werbung gegen die Beklagte geltend gemacht. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Köln am 28. Februar 2002 hat sich die Beklagte durch einen am Sitz des Prozeßgerichts ansässigen Rechtsanwalt als Unterbevollmächtigten vertreten lassen. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens hat die Klägerin ihre Klage zurückgenommen. Dementsprechend wurden ihr durch Beschluß des Landgerichts die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Im Kostenfestsetzungsverfahren hat die Beklagte u. a. beantragt, neben den bei ihren Prozeßbevollmächtigten in M. angefallenen Kosten auch die Kosten ihres Unterbevollmächtigten am Sitz des Prozeßgerichts festzusetzen.

Das Landgericht hat die außergerichtlichen Kosten der Beklagten nur in Höhe derjenigen Kosten als erstattungsfähig anerkannt, die der Beklagten erwachsen wären, wenn sie einen am Ort des Prozeßgerichts tätigen Rechtsanwalt zum Prozeßbevollmächtigten bestellt und diesen schriftlich und ergänzend telefonisch über den maßgeblichen Sachverhalt unterrichtet hätte.

Mit ihrer sofortigen Beschwerde hat die Beklagte beantragt, die durch die Mitwirkung des Unterbevollmächtigten entstandenen Kosten in vollem Umfang anzusetzen. Das Oberlandesgericht Köln hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Mit ihrer (zugelassenen) Rechtsbeschwerde verfolgt die Beklagte ihren Kostenfestsetzungsantrag im Umfang ihrer sofortigen Beschwerde weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen: II. Die gemäß § 574 Abs.1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Die Kosten des mit der Wahrnehmung des Termins beim Landgericht Köln beauftragten unterbevollmächtigten Rechtsanwalts wären auch dann nicht voll zu erstatten, wenn die Beklagte einen Rechtsanwalt an ihrem Geschäftssitz zum Prozeßbevollmächtigten hätte bestellen dürfen, ohne Nachteile bei der Kostenerstattung in Kauf nehmen zu müssen. Die durch die Tätigkeit des Unterbevollmächtigten entstandenen Kosten wären dann nur insoweit in Ansatz zu bringen, als sie

die Kosten nicht wesentlich überstiegen, die durch die Fahrt des Hauptbevollmächtigten zur Wahrnehmung der mündlichen Verhandlung entstanden wären.

Die Beklagte habe jedoch im Zusammenhang mit dem Verhandlungstermin des Landgerichts durch die Einschaltung des Unterbevollmächtigten keine Reisekosten erspart, weil sie erstattungspflichtig gehalten gewesen sei, einen Rechtsanwalt am Ort des Prozeßgerichts zum Prozeßbevollmächtigten zu bestellen. Eines eingehenden Mandantengesprächs am Sitz ihres Unternehmens habe es nicht bedurft.

Dem Vorstand der Konzernmutter der Beklagten gehöre als assoziiertes Mitglied Rechtsanwalt Prof. Dr. S. mit dem Aufgabengebiet „Recht“ an. Dessen Kanzlei bearbeite sämtliche Rechtsangelegenheiten der dem Konzern angehörenden Unternehmen. Die Tätigkeit dieser in die Anwaltskanzlei integrierten Rechtsabteilung der Konzernmutter der Beklagten erstreckte sich auf alle Gebiete des Unternehmensrechts sowie auf presse- und medienrechtliche Spezialgebiete. Dies rechtfertige die Annahme, daß die Beklagte häufiger gezwungen sei, sich mit Rechtsangelegenheiten zu befassen, die aus ihrer geschäftlichen Betätigung hervorgegangen seien. Es könne daher von ihr erwartet werden, daß sie selbst über die Mitarbeiter verfüge, die zur Bearbeitung solcher unternehmensbezogenen Rechtssachen geeignet seien. Es stehe der Beklagten selbstverständlich frei, ob sie eine eigene Rechtsabteilung unterhalte oder ob sie die Aufgaben einer nach Art und Umfang ihres Geschäftsbetriebs an sich notwendigen Rechtsabteilung von Rechtsanwälten wahrnehmen lasse, weil sich dies als organisatorisch zweckmäßig und wirtschaftlich sinnvoll erwiesen habe. Das ändere jedoch nichts daran, daß es sich im einen wie im anderen Fall um allgemeine Geschäftskosten handele, die auch insoweit, als sie durch den Rechtsstreit veranlaßt worden seien, eigene Bearbeitungskosten blieben. Diese könnten – wie der sonstige mit eigenen Prozeß- und Rechtsangelegenheiten verbundene Arbeitsaufwand – nicht durch die Beauftragung Dritter auf den Prozeßgegner abgewälzt werden. Die Beklagte müsse sich deshalb erstattungspflichtig so behandeln lassen, als hätte sie die Aussichten ihrer Rechtsverteidigung selbst hinreichend zuverlässig beurteilen und den maßgeblichen Tatsachenstoff einem Kölner Rechtsanwalt schriftlich und telefonisch übermitteln können.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

2. Die Kosten, die einer Partei durch die Beauftragung eines unterbevollmächtigten Rechtsanwalts entstanden sind, können nur ersetzt werden, wenn sie im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO notwendig waren.

Dabei kommt es darauf an, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die die Kosten auslösende Maßnahme im Zeitpunkt ihrer Veranlassung als sachdienlich ansehen durfte. Dabei darf die Partei ihr berechtigtes Interesse verfolgen und die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen. Sie ist lediglich gehalten, unter mehreren gleichartigen Maßnahmen die kostengünstigste auszuwählen (BGH, Beschl. v. 16.10.2002 – VIII ZB 30/02, NJW 2003, 898, 899; Beschl. v. 11.11.2003 – VI ZB 41/03, NJW-RR 2004, 430 [= GuT 2004, 20 KL]; Beschl. v. 9.9.2004 – I ZB 5/04, WRP 2004, 1492, 1493 – Unterbevollmächtigter II, m.w.N.).

Bei der Prüfung der Notwendigkeit einer bestimmten Rechtsverfolgungs- oder Rechtsverteidigungsmaßnahme ist zudem eine typisierende Betrachtungsweise geboten. Denn der Gerechtigkeitsgewinn, der bei einer übermäßig differenzierenden Betrachtung im Einzelfall zu erzielen ist, steht in keinem Verhältnis zu den sich einstellenden Nachteilen, wenn in nahezu jedem Einzelfall mit Fug darüber gestritten werden kann, ob die Kosten einer bestimmten Rechtsverfolgungs-

oder Rechtsverteidigungsmaßnahme zu erstatten sind oder nicht (vgl. BGH, Beschl. v. 12.12.2002 – I ZB 29/02, NJW 2003, 901, 902 = WRP 2003, 391 – Auswärtiger Rechtsanwalt I).

Die Kosten eines Unterbevollmächtigten, der für den auswärtigen Prozeßbevollmächtigten die Vertretung in der mündlichen Verhandlung übernommen hat, sind erstattungsfähig, soweit sie die durch die Tätigkeit des Unterbevollmächtigten ersparten, erstattungsfähigen Reisekosten des Prozeßbevollmächtigten nicht wesentlich übersteigen (vgl. BGH NJW 2003, 898 f.; BGH, Beschl. v. 14.9.2004 – VI ZB 37/04, Umdruck S.4 [= GuT 2005, 28 KL]). Reisekosten des am Geschäftsort der Partei ansässigen Hauptbevollmächtigten sind nicht erstattungsfähig, wenn dessen Beauftragung nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung erforderlich war, sondern ein am Ort des Prozeßgerichts ansässiger Rechtsanwalt als Hauptbevollmächtigter hätte beauftragt werden müssen.

3. Das Beschwerdegericht hat danach die Kosten des Unterbevollmächtigten zu Unrecht als in vollem Umfang nicht erstattungsfähig angesehen.

a) Die Zuziehung eines in der Nähe ihres Wohn- oder Geschäftsortes ansässigen Rechtsanwalts durch eine an einem auswärtigen Gericht klagende oder verklagte Partei ist in der Regel als eine Maßnahme zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung anzusehen, weil ein persönliches Informations- und Beratungsgespräch zwischen Partei und Anwalt mindestens zu Beginn eines Mandats in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle erforderlich und sinnvoll ist (vgl. BGH, Beschl. v. 23.3.2004 – VIII ZB 145/03, FamRZ 2004, 866 m.w.N.). Dabei ist bei einem Unternehmen, das laufend Rechtsstreitigkeiten zu führen hat, auch das Interesse zu berücksichtigen, mit besonders sachkundigen Rechtsanwälten seines Vertrauens am Ort zusammenzuarbeiten.

b) Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn bereits zum Zeitpunkt der Beauftragung des Hauptbevollmächtigten feststeht, daß ein eingehendes Mandantengespräch für die Rechtsverfolgung oder -verteidigung nicht erforderlich sein wird (vgl. BGH NJW 2003, 898, 901; BGH, Beschl. v. 10.4.2003 – I ZB 36/02, GRUR 2003, 725 f. = WRP 2003, 894 = NJW 2003, 2027 – Auswärtiger Rechtsanwalt II; Beschl. v. 18.12.2003 – I ZB 18/03, GRUR 2004, 448 = WRP 2004, 495 = NJW-RR 2004, 856 [= GuT 2004, 104 KL] – Auswärtiger Rechtsanwalt IV; BGH WRP 2004, 1492, 1493 – Unterbevollmächtigter II; BGH, Beschl. v. 14.9.2004 – VI ZB 37/04, Umdruck S.5 [= GuT 2005, 28 KL]).

aa) Dies kann der Fall sein, wenn es sich bei der fraglichen Partei um ein Unternehmen handelt, das über eine eigene, die Sache bearbeitende Rechtsabteilung verfügt (vgl. BGH GRUR 2004, 448 [= GuT 2004, 104 KL] – Auswärtiger Rechtsanwalt IV, m.w.N.). Dies ist bei der Beklagten jedoch unstreitig nicht der Fall.

bb) Die Beklagte muß sich bei der Beurteilung, ob ihre Aufwendungen zur Rechtsverteidigung notwendig waren, auch nicht so behandeln lassen, als habe sie eine Rechtsabteilung eingerichtet. Denn im Rahmen der Kostenerstattung kommt es auf die tatsächliche Organisation des Unternehmens der Partei an und nicht darauf, welche Organisation als zweckmäßiger anzusehen sein könnte (vgl. BGH NJW-RR 2004, 430 [= GuT 2004, 20 KL]). Der Prozeßgegner hat es hinzunehmen, daß er die erforderlichen Kosten eines als Hauptbevollmächtigten eingeschalteten Rechtsanwalts regelmäßig zu tragen hat, während die Kosten einer Rechtsabteilung nicht auf ihn abgewälzt werden könnten (BGH, Beschl. v. 25.3.2004 – I ZB 28/03, GRUR 2004, 623 = WRP 2004, 777 = NJW-RR 2004, 857 [= GuT 2004, 133 KL] – Unterbevollmächtigter I; BGH WRP 2004, 1492, 1493 – Unterbevoll-

mächtiger II). Dies gilt auch dann, wenn eine Partei, wie hier die Beklagte, ständig eine bestimmte Anwaltskanzlei mit der Bearbeitung von Rechtsangelegenheiten, die nicht zu ihrem eigentlichen Unternehmensgegenstand gehören, beauftragt und dadurch die Einrichtung einer eigenen Rechtsabteilung entbehrlich macht. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß nicht erwartet werden kann, daß die Beklagte oder ihre Konzernmutter als Presseunternehmen gerade auch Mitarbeiter beschäftigen, die mit dem Recht des unlauteren Wettbewerbs vertraut sind.

4. Der angefochtene Beschluß war daher aufzuheben. Die Sache war an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, damit dieses die noch erforderlichen Feststellungen zu den fiktiven Reisekosten des Hauptbevollmächtigten trifft.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Ann. d. Red.: Vgl. auch BGH – VIII ZB 27/03 – GuT 2004, 103 KL; – I ZB 27/03 – GuT 2004, 189 KL.

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)

Wettbewerb etc.

§§ 19, 36, 130 GWB – Kartell; Zusammenschlußkontrolle; räumlicher Marktbegriff; Staubsaugerbeutelmarkt

Der räumlich relevante Markt im Sinne der Zusammenschlußkontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist nach ökonomischen Gesichtspunkten abzugrenzen. Dieser Markt ist daher nicht notwendig auf den Geltungsbereich des Gesetzes beschränkt (Aufgabe von BGHZ 131, 107 – Backofenmarkt). Hat ein Unternehmen auf dem in dieser Weise abgegrenzten Markt eine beherrschende Stellung, kommt ihm auch in jedem Teilgebiet dieses Marktes eine beherrschende Stellung zu.

(BGH, Beschluss vom 5.10.2004 – KVR 14/03)

§§ 157, 242 BGB – Gebäudereinigungsunternehmen; Wettbewerbsverbot des Subunternehmers

Das von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Subunternehmerin eines Reinigungsvertrages zugunsten des Hauptauftragnehmers vereinbarte Wettbewerbsverbot hinsichtlich der Kunden, auf die sich das Subunternehmerverhältnis bezieht, ist eine wesentliche Vertragsbestimmung. Es bindet auch den Alleingesellschafter und Geschäftsführer persönlich, der es für die GmbH vereinbart hat und allein deren gewerbliches Handeln bestimmt (Fortführung von BGH, Urt. v. 9.11.1973, I ZR 83/72, BB 1974, 482, 483).

(BGH, Urteil vom 30.11.2004 – X ZR 109/02)

§§ 4, 3 UWG a. F.; § 1 UWG a. F. – Wettbewerb von Pflegediensten; Abwerbung

1. Die besonderen Umstände, die hinzutreten müssen, um die Wettbewerbswidrigkeit des Eindringens in einen fremden Kundenkreis zu begründen, können nach der Zielsetzung der Anspruchsnorm aus §§ 3, 4 Nr.10 UWG n. F. nur in solchen Handlungen oder Auswirkungen liegen, deren Sittenwidrigkeit gerade den Wettbewerbsbezug einer konkreten Handlung gegenüber dem Mitbewerber betreffen. Sonstige nachteilige Auswirkungen – insbesondere Auswirkungen auf den umworbenen Kunden selbst – stehen im Regelfall außerhalb des Schutzbereichs der verletzten Wettbewerbsnorm.

2. Ein Wettbewerber ist im Regelfall nicht befugt, aus Maßnahmen, die die Gefährdung der Gesundheit eines Patienten mit sich bringen, Unterlassungsansprüche gegen einen Mitbewerber herzuleiten. Durch solche Auswirkungen wird in erster Linie nicht sein eigener Rechtskreis, sondern derjenige

des Patienten (bzw. von dessen Angehörigen) betroffen ist, denen hieraus allgemeine zivilrechtliche Ansprüche gegen den Verletzer erwachsen.

(OLG Hamburg, Urteil vom 27.8.2004 – 5 U 192/03)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24.3.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 3 UWG – Anzeigenwerbung; Vorratshaltung des Artikels

1. Die sog. Vorratsrechtsprechung ist auch auf Anzeigenwerbung für Luxusartikel anwendbar, wenn in der Anzeige ein konkreter Artikel beworben wird und der Verkehr aufgrund der Art und Weise der Werbung erwartet, dass dieser Artikel bei den Geschäften jedenfalls zur Ansicht vorrätig ist, die diese Ware für gewöhnlich vertreiben.

2. Der Annahme eines auf ein konkretes Luxusprodukt bezogenen Kaufappells steht nicht entgegen, dass in der Anzeige, die einen individualisiertes Produkt bewirbt, auch Elemente einer Imagewerbung für den Hersteller des Produkts verwendet werden. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles.

(OLG Hamburg, Urteil vom 17.6.2004 – 3 U 38/04 – n. rkr.)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24.3.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden. – Az. des BGH: I ZR 120/04.

§ 661a BGB – Gewinnzusage; Haftung des Absenders

Zu den Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmer, der Verbrauchern unter falschem Namen Gewinnmitteilungen zukommen läßt, „Sender“ einer Gewinnzusage nach § 661 a BGB ist (im Anschluß an Senatsurteil vom 7. Oktober 2004 – III ZR 158/04 – NJW 2004, 3555 [= GuT 2004, 238 KL m.w.N.]).

(BGH, Urteil vom 9.12.2004 – III ZR 112/04)

§ 312c BGB; Art. 240 EGBGB; § 1 BGB-InfoV; § 1 PAngV – Fernabsatzgeschäft; Informationspflichten bei Versandhandelswerbung

1. Fernseh-, Radio- oder Anzeigenwerbung eines Versandhandelsunternehmens, in der zur Bestellung der Produkte eine Telefonnummer oder Internetadresse angegeben ist, muss nicht bereits über die Einzelheiten des Fernabsatzvertrages gemäß § 312c Abs.1 S.1, Art. 240 EGBGB, § 1 Abs.1 BGB-InfoV informieren.

2. Im Fernabsatzhandel ist über den Wortlaut des § 1 Abs.2 Nr.1 PAngV in der seit dem 8.7.2004 geltenden Fassung hinaus nicht nur beim Anbieten (1. Fall des § 1 Abs.1 Nr.1 PAngV) sondern auch beim Werben mit Preisen (2. Fall des § 1 Abs.1 S.1 PAngV) anzugeben, dass die Preise die Mehrwertsteuer enthalten.

(OLG Hamburg, Urteil vom 23.12.2004 – 5 U 17/04 – n. rkr.)

Hinw. d. Red.: Das Urteil kann bis zum 24.3.2005 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 312b BGB – Fernabsatzgeschäft im Postident 2-Verfahren

a) Wird bei Vertragsschluß oder -anbahnung ein Bote beauftragt, der zwar dem Verbraucher in unmittelbarem persönlichen Kontakt gegenübertritt, jedoch über den Vertragsinhalt und insbesondere über die Beschaffenheit der Vertragsleistung des Unternehmers keine näheren Auskünfte geben kann und soll, steht dies der Annahme eines Fernabsatzvertrages nicht entgegen.

b) Beauftragt der Unternehmer die Deutsche Post AG mit der Einholung der Unterschrift des Verbrauchers unter das Vertragsformular im Wege des Postident 2-Verfahrens, liegt der Einsatz von Fernkommunikationsmitteln vor, da der mit der Ausführung betraute Postmitarbeiter keine Auskünfte über Vertragsinhalt und -leistung geben kann und soll.

(BGH, Urteil vom 21.10.2004 – III ZR 380/03)

§ 312d BGB – eBay-„Versteigerung“ als Fernabsatzgeschäft mit Widerrufsrecht des Verbrauchers

Bei Kaufverträgen zwischen einem gewerblichen Anbieter und einem Verbraucher, die im Rahmen einer sog. Internet-Auktion durch Angebot und Annahme gemäß §§ 145 ff. BGB und nicht durch einen Zuschlag nach § 156 BGB zustande kommen, ist das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht nach § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB ausgeschlossen.

(BGH, Urteil vom 3.11.2004 – VIII ZR 375/03)

Hinw. d. Red.: Vgl. dazu eine parteipolitische Bewertung in GuT 2005, 38 (in diesem Heft).

§§ 1, 2, 3 HaustürWG; § 7 VerbrKrG – Beitritt zum geschlossenen Immobilienfonds; Haustürwiderrufsgeschäft

a) Auf den Beitritt zu einer Anlagegesellschaft sind die Vorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes anwendbar.

b) Bei einem Beitritt zu einer KG endet das Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz bei unterbliebener Belehrung gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 HaustürWG (in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) nicht schon einen Monat nach Eintragung des Gesellschaftsbeitritts im Handelsregister und Zahlung der Einlage. Zu den Leistungen, mit deren vollständiger Erfüllung die Widerrufsfrist zu laufen beginnt, gehören vielmehr auch die mit der Beteiligung angestrebten wirtschaftlichen Vorteile, insbesondere die Auszahlung von Gewinnanteilen bzw. die steuerlich relevante Zuweisung von Verlusten.

c) Auf Geschäfte, die dem Haustürwiderrufsgesetz unterfallen, ist § 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG nicht analog anwendbar.

(BGH, Urteil vom 18.10.2004 – II ZR 352/02)

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

Besteuerung

BMF-Schreiben vom 16. November 2004 (IV B 2 – S 2183 b – 13/04), BStBl I S.1063

Ansparabschreibungen nach § 7g Abs. 3 ff. EStG; Wesentliche Erweiterung eines bereits bestehenden Betriebes
BMF-Schreiben vom 25. Februar 2004 (BStBl I S. 337)

Das BMF-Schreiben vom 25. Februar 2004 (BStBl I S. 337 [dazu Hinweis in GuT 2004, 109]) regelt in den Randnummern 17 bis 23 die Bildung von Ansparabschreibungen nach § 7g Abs. 3 ff. EStG in Jahren vor Abschluss der Betriebseröffnung. Einer Betriebseröffnung gleichzusetzen ist die geplante wesentliche Erweiterung eines bereits bestehenden Betriebes (Randnummer 17 Satz 2 des o. g. BMF-Schreibens).

Unter einer wesentlichen Betriebserweiterung sind außerordentliche Maßnahmen zu verstehen, die von erheblicher Bedeutung sind und nicht nur der Rationalisierung, Umstrukturierung, Verlagerung oder Intensivierung eines vorhandenen Betriebes dienen. Hiervon kann z. B. dann ausgegangen werden, wenn ein neuer Geschäftszweig eröffnet, eine Produktionsstätte erheblich erweitert, eine neue Betriebsstätte errichtet, neue Märkte erschlossen oder das Sortiment oder die Produktpalette um ein Produkt erweitert werden, das wesentliche Unterschiede zu bisherigen Produkten aufweist und nicht lediglich eine bestehende Produktlinie modifiziert.

Für die Bildung von Ansparabschreibungen nach § 7g Abs. 3 ff. EStG in den Jahren der wesentlichen Erweiterung eines bereits bestehenden Betriebes gelten nach Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder folgende Grundsätze:

Die wesentliche Erweiterung beginnt mit den Tätigkeiten, die objektiv erkennbar auf die Vorbereitung der wesentlichen Betriebserweiterung gerichtet sind und endet, wenn alle für die Erweiterung wesentlichen Betriebsgrundlagen angeschafft oder hergestellt wurden (Erweiterungszeitraum).

Im Erweiterungszeitraum können Rücklagen nach § 7g Abs. 3 ff. EStG für die künftige Anschaffung oder Herstellung

von begünstigten Wirtschaftsgütern, die mit der wesentlichen Erweiterung im Zusammenhang stehen, nur gebildet werden, wenn die Investitionsentscheidungen hinsichtlich der für die Erweiterung erforderlichen wesentlichen Betriebsgrundlagen am Ende des Jahres, für das die Rücklage gebildet wird, ausreichend konkretisiert sind. Bei Rücklagen für diese wesentlichen Betriebsgrundlagen ist es darüber hinaus erforderlich, dass das Wirtschaftsgut, für das die Rücklage gebildet wird, bis zum Ende des Jahres der Rücklagenbildung verbindlich bestellt worden ist. Im Falle der Herstellung muss eine Genehmigung verbindlich beantragt oder – falls eine Genehmigung nicht erforderlich ist – mit der Herstellung des Wirtschaftsgutes bereits tatsächlich begonnen worden sein.

Die o. g. Regelungen gelten nicht für bewegliche Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, die nicht im Zusammenhang mit der wesentlichen Erweiterung stehen. Insoweit können Rücklagen bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des § 7g Abs. 3 ff. EStG in Anspruch genommen werden.

Im Erweiterungszeitraum ist die Bildung von Ansparabschreibungen nur möglich, wenn die Betriebsgrößen nach § 7g Abs. 2 Nr. 1 EStG nicht überschritten werden; Randnummer 21 des BMF-Schreibens vom 25. Februar 2004 (a. a. O.) ist nicht anzuwenden. Bei der Prüfung der Größenmerkmale ist auf das Betriebsvermögen des bestehenden Betriebes insgesamt und nicht nur auf die Betriebserweiterung abzustellen.

Dieses Schreiben steht auf den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Finanzen unter der Rubrik Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Einkommensteuer (<http://www.bundesfinanzministerium.de/Einkommensteuer.479.htm>) zum Download bereit.



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

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

**§ 370 AO; § 264 StPO –
Umsatzsteuerhinterziehung; einheitliche Tat**

Bei der Umsatzsteuerhinterziehung bilden die Umsatzsteuervoranmeldungen eines Jahres und die anschließende Umsatzsteuerjahreserklärung des nämlichen Jahres eine einheitliche Tat im Sinne des § 264 StPO.

(BGH, Beschluss vom 24.11.2004 – 5 StR 206/04)

**§§ 39, 179, 180 AO 1977; § 21 EStG;
§§ 48, 57 FGO – GbR als Grundstücks-
vermieterin; GbR-Gesellschafter als Mieter**

1. Eine als Vermieterin auftretende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist im Verfahren der einheitlichen und gesonderten Feststellung ihrer Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung grundsätzlich beteiligtenfähig und klagebefugt (Änderung der Rechtsprechung).

2. Der Mietvertrag zwischen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und einem Gesellschafter ist steuerrechtlich nicht anzuerkennen, wenn und so weit diesem das Grundstück nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977 anteilig zuzurechnen ist.

(BFH, Urteil vom 18.5.2004 – IX R 83/00)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG (EFG 2001, 336)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 898 –

**§ 9 EStG; § 255 HGB – Grundstückskauf;
Bebauung mit einem Einkaufszentrum;
Schuldzinsen als Werbungskosten**

Schuldzinsen, die der Erwerber eines zum Vermieten bestimmten Grundstücks vereinbarungsgemäß für den Zeitraum nach dem Übergang von Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahren bis zur später eintretenden Fälligkeit des Kaufpreises an den Veräußerer erstattet, sind als Werbungskosten abziehbar.

(BFH, Urteil vom 27.7.2004 – IX R 32/01)

Vorinstanz: FG Köln (EFG 2001, 964)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 1002 –

**§§ 9, 21 EStG; § 255 HGB – Grundstücks-
besetzung; Kosten der Zwangsräumung als
Herstellungs- und Anschaffungskosten**

Wird ein unbebautes, besetztes Grundstück zwangsweise geräumt, um es anschließend teilweise bebauen und teilweise als Freifläche vermieten zu können, sind die Aufwendun-

gen für die Zwangsräumung, soweit sie die zu bebauende Fläche betreffen, Herstellungskosten der später errichteten Gebäude, und soweit sie die Freifläche betreffen, Anschaffungskosten des Grund und Bodens.

(BFH, Urteil vom 18.5.2004 – IX R 57/01)

Vorinstanz: FG Köln (EFG 2002, 8)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 872 –

**§§ 9, 21 EStG; § 255 HGB – Wohnhaus mit
Ferienwohnungen; Einbau einer
Solarwarmwasseranlage; Erhaltungsaufwand**

Aufwendungen für den Einbau einer Solaranlage zur Brauchwassererwärmung in eine bereits vorhandene Gaswärmeversorgung eines Wohnhauses stellen Erhaltungsaufwand dar (Anschluss an BFH-Urteil vom 20. August 2002 IX R 98/00, BFHE 200, 231, BStBl II 2003, 604).

(BFH, Urteil vom 14.7.2004 – IX R 52/02)

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches FG

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 949 –

**§ 22 EStG – Grundstücksverkaufspreis; geplantes
Frachtzentrum**

Veräußert ein Steuerpflichtiger sein Grundstück an seinen Nachbarn, der mit dem Eigentumserwerb zugleich erreichen möchte, dass der Steuerpflichtige seine öffentlich-rechtlichen Abwehrrechte gegen dessen Bauvorhaben nicht (mehr) geltend macht, so ist das Entgelt dem nicht nach § 22 Nr. 3 EStG steuerbaren Veräußerungsvorgang auch dann zuzuordnen, wenn sich der Steuerpflichtige im Kaufvertrag ausdrücklich zum Verzicht auf seine Nachbarrechte verpflichtet.

(BFH, Urteil vom 18.5.2004 – IX R 63/02)

Vorinstanz: FG Düsseldorf (EFG 2002, 759)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 874 –

**§ 13 EStG; § 82k EStDV – Land- und
forstwirtschaftliches Betriebsvermögen;
Gutshaus; Denkmal; Betriebsausgaben**

Erstreckt sich die Denkmaleigenschaft eines der Nutzungswertbesteuerung unterliegenden Gutshauses eines Land- und Forstwirts auch auf im Innern angebrachte Wandmalereien, ist der Aufwand für die Restaurierung der Wandmalereien als Betriebsausgabe abziehbar.

(BFH, Urteil vom 27.5.2004 – IV R 30/02)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG (EFG 2003, 614)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 945 –

**§§ 3a, 9, 15 UStG 1993 – Geschlossener
Immobilienfonds; Grundstücksvermietung im
Ausland; Vorsteuerberechtigung**

Bezieht ein Unternehmer im Inland Leistungen, die er im Ausland für eine Grundstücksvermietung verwendet, ist nach § 15 Abs. 2 Nr. 2 UStG zu prüfen, ob die Grundstücksvermietung steuerfrei (vorsteuerabzugschädlich) wäre, wenn sie im Inland ausgeführt würde. Dies bestimmt sich nach den Vorschriften des § 4 Nr. 12 Buchst. a UStG und des § 9 UStG. Die Grundstücksvermietung wäre im Inland nicht steuerfrei gewesen, wenn der Grundstücksvermieter die Grundstücksvermietung im Ausland tatsächlich als steuerpflichtig behandelt hat und die Voraussetzungen des § 9 UStG für den Verzicht auf die Steuerbefreiung einer Grundstücksvermietung vorliegen (entgegen Abschn. 205 Abs. 1 UStR).

(BFH, Urteil vom 6.5.2004 – V R 73/03)

Vorinstanz: FG Bremen (EFG 2004, 230)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 856 –

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

Vorläufiges Register Jahrgang 2004, Hefte 14–19

Das Register kann als Datensatz ab 1. März 2005 kostenfrei angefordert werden (info@prewest.de)

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)

**§§ 15, 15a, 19, 24 UStG 1993;
Richtlinie 77/388/EWG Art. 20 – Ferienhaus-
vermietung; Kleinunternehmer; Umsatzsteuer;
Änderung der Verhältnisse**

Der Wechsel von der Besteuerung als Kleinunternehmer nach § 19 UStG zur Besteuerung nach den allgemeinen Vorschriften des UStG ist eine Änderung der Verhältnisse i. S. des § 15a UStG.

(BFH, Urteil vom 17. 6. 2004 – V R 31/02)

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches FG (EFG 2002, 1195)
– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 858 –

**§ 3 KraftStG – Land- oder forstwirtschaftliches
Transportfahrzeug; Kfz-Steuerbefreiung**

1. Eine enge Beziehung zu den notwendig zu einem landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, dessen Wesen gerade

ausmachenden Tätigkeiten rechtfertigt eine Erstreckung der Kraftfahrzeugsteuerbefreiung auf Transportfahrzeuge, die ausschließlich geeignet und bestimmt sind, „ihrer Art nach“ nur in der Land- oder Forstwirtschaft anfallende Transportleistungen zu erbringen.

2. Steuerbefreit ist daher ein Fahrzeug zum Holzrücken, d. h. für den Abtransport des Erntegutes (geschlagenen Holzes) von der landwirtschaftlichen Nutzfläche – dem Wald – (Änderung der Rechtsprechung gegenüber dem BFH-Urteil vom 17. Oktober 1984 II R 156/81, BFHE 143, 147, BStBl II 1985, 313).

(BFH, Urteil vom 22. 6. 2004 – VII R 42/03)

Vorinstanz: Thüringer FG (EFG 2003, 1200)

– Veröffentlichung in BStBl II 2004, 903 –

Magazin

Politik und Recht

**BVerfG-Pressemitteilung Nr.100/2004 vom 16.11.2004
Werbung von Steuerberatungsgesellschaften**

Eine Steuerberatungsgesellschaft, die auf einem Straßenbahnwagen für ihr Unternehmen warb (Beschwerdeführerin; Bf), hatte mit ihrer Verfassungsbeschwerde (Vb) gegen die wettbewerbsrechtliche Verurteilung wegen unzulässiger Werbung Erfolg. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat das angegriffene Urteil des Oberlandesgericht (OLG) aufgehoben, da es die Bf in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Die Sache wurde an das OLG zurück verwiesen (Beschluss vom 26.11. 2004 – 1 BvR 981/00).

Zum Sachverhalt:

Die Bf ließ auf einem Straßenbahnwagen über dessen Länge neben ihrem Firmenlogo und ihrer Adresse die Aufschrift anbringen „Ihr Partner in Sachen Steuer- und Wirtschaftsberatung“ und „Ihr Dienstleistungszentrum im Herzen von ...“. Die zuständige Steuerberaterkammer hatte mit ihrer zivilgerichtlichen Unterlassungsklage nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), das damals noch in der Fassung des Gesetzes von 1998 galt und inzwischen durch das Gesetz von 2004 abgelöst worden ist, vor dem OLG Erfolg. Mit ihrer Vb rügt die Bf eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG.

In den Gründen der Entscheidung heißt es im Wesentlichen:

1. Die berufliche Außerdarstellung eines freiberuflich Tätigen einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme seiner Dienste fällt in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, der die freie Berufsausübung schützt. Bei der Auslegung berufsbeschränkender Normen hat der Richter neben der Bedeutung des Grundrechts auf Berufsausübungsfreiheit den Vorrang des parlamentarischen Gesetzgebers zu beachten. Es ist primär Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, welche öffentlichen Aufgaben er auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts überträgt. Erweitern Gerichte Eingriffsmöglichkeiten, haben sie sich im Rahmen der Festlegungen zu halten, für die der parlamentarische Gesetzgeber die Verantwortung übernommen hat.

2. Das angegriffene Urteil steht mit Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG in Einklang, soweit das Gericht der Steuerberaterkammer die Klagebefugnis gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a. F. zuerkannt hat.

Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist die Auffassung des OLG, dass die Steuerberaterkammer zur Erfüllung ihrer Aufgabe nicht auf solche Mittel beschränkt ist, die im Steuerberatergesetz (StBerG) ausdrücklich genannt sind. § 76 Abs. 2 StBerG zählt die Befugnisse der Steuerberaterkammern nur beispielhaft auf. Handlungsermächtigungen können sich daher auch aus anderen Bundesgesetzen, wie dem UWG, ergeben.

Zwar sah § 13 UWG a. F. keine ausdrückliche Klagebefugnis für die Kammern vor, denen die freiberuflich Tätigen verpflichtend angehören. Die Wettbewerbsklage gegen Kammermitglieder ist in langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch für zulässig erachtet worden, da Verstöße gegen Berufspflichten häufig einen wettbewerbsrechtlichen Bezug haben, weil sie andere Marktteilnehmer benachteiligen. Die zivilgerichtliche Untersagungsverfügung habe gegenüber berufsrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen nach dem StBerG eine höhere Effizienz, lasse aber die im Berufsrecht niedergelegten Rechte und Pflichten der Kammer und ihrer Mitglieder unverändert.

Diese Auslegung erweitert die Eingriffsmöglichkeiten der Kammern gegenüber ihren Mitgliedern. Sie dient der Wahrung der Gesamtinteressen des Kammerverbundes und hält sich damit in den Grenzen, die die Verfassung der Rechtsprechung bei der Normauslegung setzt.

Bei der Anwendung auf den Einzelfall müssen die Gerichte anhand des verfassungsrechtlichen Maßstabs des Art. 12 Abs. 1 GG darüber entscheiden, wann das Vorgehen im Zivilrechtsweg angemessen ist und nicht unverhältnismäßig in die Berufsausübungsfreiheit der Kammermitglieder eingreift. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten kann es erforderlich sein, das Vorgehen der Kammer auf die Mittel des Aufsichtsrechts nach dem StBerG zu beschränken; denn diese sind aus der Sicht der Berufsangehörigen milder, weil sie nur bei einem Verschulden des Kammermitglieds angewandt werden dürfen. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die vom OLG vorgenommene Gesetzesauslegung verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Verfolgung von Verstößen gegen Berufspflichten, die zugleich Wettbewerbsverstöße zur Folge haben, liegt im Interesse aller Kammerangehörigen. Den Zivilgerichten kommt insoweit die Aufgabe zu, die Berufspflichten auf ihre Übereinstimmung mit dem ermächtigenden Gesetz und insbesondere mit der Verfassung zu prüfen. Die Kammern können den Zivilgerichten diese Prüfpflicht nicht abnehmen.

3. Die Bewertung der Straßenbahnwerbung als unlauter verletzt hingegen die Bf in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Werbung als Teil beruflicher Betätigung ist auch dem Steuerberater grundsätzlich erlaubt. Als berufswidrig kann Werbung von der Kammer unterbunden werden, wenn das Verhalten den Rückschluss nahe legt, der mit diesen Mitteln Werbende werde nicht Gewähr dafür bieten, aus Rücksicht auf die Steuerrechtspflege und die Interessen seiner Mandanten das persönliche Gewinnstreben zurückzustellen. Das Gebot der Sachlichkeit verlangt nicht, sich auf die Mitteilung nüchterner Fakten zu beschränken. Information über die Art der beabsichtigten Zusammenarbeit oder über die Atmosphäre, die bei der Erbringung der Dienstleistungen angestrebt wird, befriedigen ein legitimes Informationsbedürfnis der Nachfrager. Allein aus dem Umstand, dass eine Berufsgruppe ihre Werbung anders als bisher üblich gestaltet, kann nicht gefolgert werden, dass dies berufswidrig wäre.

Diesen Grundsätzen wird die angegriffene Entscheidung nicht gerecht. Nach Auffassung des OLG dürfen Steuerberater zwar auf einer Straßenbahn werben, die Werbung müsse aber schon ihrer Art und Größe nach von der üblichen Straßenbahnwerbung verschieden gestaltet werden. Diese Argumentation schränkt die Möglichkeiten der Präsentation ein, ohne einen Bezug zu den hiermit verbundenen Gefährdungen für das berufliche Verhalten und das Bild der Berufsangehörigen in der Öffentlichkeit herzustellen. Eine solche Beschränkung ist unverhältnismäßig und lässt sich auch nicht mit dem Inhalt der Werbeaussage begründen. Der Zusatz „Ihr Partner in Sachen ...“ kennzeichnet die beabsichtigte Berufsausübung als partnerschaftlich. Dies steht mit den Berufspflichten des StBerG in Einklang.

BGH-Pressemitteilung Nr. 141/2004 vom 30.11.2004

Bundesgerichtshof zur Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung anhand des PEX-Index

Der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte über die Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung nach vorzeitiger Ablösung eines Realkredits über 8,3 Mio. DM zu 7,35% Zinsen mit einer Laufzeit von 10 Jahren bis zum 31. Mai 1999 zu entscheiden (Urteil vom 30.11.2004 – XI ZR 285/03). Nach lastenfremder Veräußerung des belasteten Gewerbegrundstücks bat die Kreditnehmerin Anfang 1994 um vorzeitige Ablösung des Annuitätendarlehens gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung. Die kreditgebende Hypothekbank stimmte dem zu. Sie berechnete die Vorfälligkeitsentschädigung, durch die sie so gestellt werden soll, als ob der Darlehensvertrag bis zum 31. Mai 1999 vereinbarungsgemäß durchgeführt worden wäre, ausgehend von der Wiederanlage der vorzeitig zurückerlangten Darlehensvaluta zu Renditen des sog. PEX-Index. Die Kreditnehmerin wünscht demgegenüber eine Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung anhand der Monatsrenditen aus der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank.

Dem PEX-Index liegt ein Portfolio von 30 synthetischen Pfandbriefen mit drei verschiedenen Kupons von 6%, 7,5% und 9% und verschiedenen Laufzeiten von einem bis zu 10 Jahren zugrunde. Für diese synthetischen Pfandbriefe melden die Hypothekbanken täglich ihre Renditen, zu denen sie Pfandbriefe tatsächlich emittiert haben bzw. emittieren möchten. Es werden also nicht nur reale Umsätze berücksichtigt, sondern auch bloße Angebote, in die subjektive Einschätzungen und Wünsche von Hypothekbanken einfließen können. Berücksichtigt werden im PEX-Index in jedem Falle nur die Briefrenditen, dh. Verkaufskurse Pfandbriefe emittierender Hypothekbanken. Geldkurse (Kaufkurse), in denen sich die Vorstellungen auch von Pfandbriefekäufern widerspiegeln, bleiben beim PEX-Index unbeachtet. Da Hypothekbanken, die sich durch die Veräußerung von Pfand-

briefen möglichst günstig refinanzieren wollen, also an möglichst geringen Renditen der Pfandbriefekäufer interessiert sind, besteht die Gefahr, daß der PEX-Index zu niedrige Renditen ausweist. Dies führt bei der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung zu Forderungen an den Kreditnehmer, die den tatsächlichen Nachteil von Hypothekbanken aus der vorzeitigen Ablösung von Realkrediten übersteigen.

Wegen dieser systemimmanenten Schwächen des PEX-Index und der daraus resultierenden ungerechtfertigten Vorteile von Hypothekbanken hat sich der Bundesgerichtshof gegen eine Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung anhand der (Wiederanlage-)Renditen des PEX-Index ausgesprochen und eine Berechnung anhand der Renditen aus der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank befürwortet. Diese Renditen resultieren aus realen Umsätzen von Pfandbriefen an der Börse. Sie sind für Hypothekbanken bei der Wiederanlage der vorzeitig zurückerlangten Darlehensvaluta ohne weiteres erzielbar, wenn sie an der Börse emittierte Pfandbriefe zurückkaufen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs führt zu einer erheblichen Ermäßigung der von der beklagten Hypothekbank beanspruchten Vorfälligkeitsentschädigung.

BGH-Pressemitteilung Nr. 144/2004 vom 1.12.2004

Unwirksamkeit von Haftungsbeschränkungsklauseln in den AGB des Betreibers einer Autowaschanlage

Der für das Werkvertragsrecht zuständige X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat zwei Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Betreibers einer Autowaschanlage für unwirksam erklärt, mit denen der Betreiber seine Haftung für außen an der Karosserie angebrachte Teile auf Vor- und grobe Fahrlässigkeit beschränken und sich auch für sämtliche Folgeschäden – unabhängig von der Art des unmittelbaren Schadens – von leichter Fahrlässigkeit freizeichnen wollte (Urteil vom 30.11.2004 – X ZR 133/03).

In dem zugrundeliegenden Fall benutzte der Kläger die Waschanlage der Beklagten mit seinem Mercedes S 500 L, der zwei anklapbare Seitenspiegel hatte. Beim Einfahren in die Waschstraße waren die Spiegel äußerlich unbeschädigt. Nach Beendigung des Waschvorgangs zeigte der Kläger der Beklagten an, daß der rechte Seitenspiegel im Gelenk beschädigt war und die Zierleiste der Beifahrertür im Drehradius des angeklappten Spiegels gelegene Kratzer aufwies. Der Kläger ließ die beschädigten Fahrzeugteile ersetzen. Nach der Reparatur benutzte er die Waschanlage der Beklagten erneut. Anschließend meldete er ein gleichartiges Schadensbild wie

Evangelische Akademie Tutzing

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

AUS DEM PROGRAMM:

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

Evangelische Akademie Tutzing
Schloss-Straße 2+4 · 82327 Tutzing
Telefon: 0 81 58 / 2 51-0
Internet: www.ev-akademie-tutzing.de

beim ersten Mal. Er ließ den Schaden wiederum reparieren. Der Kläger verlangt die Reparaturkosten, den Nutzungsausfall für die Reparaturdauer und eine Unkostenpauschale ersetzt. Die Beklagte beruft sich demgegenüber unter anderem auf folgende in ihren AGB enthaltene Haftungsbeschränkungsklauseln:

„Eine Haftung für die Beschädigung der außen an der Karosserie angebrachten Teile, wie z. B. Zierleisten, Spiegel, Antennen, sowie dadurch verursachte Lack- und Schrammschäden, bleibt ausgeschlossen, es sei denn, daß den Waschanlagenunternehmer eine Haftung aus grobem Verschulden trifft.“

und

„Folgeschäden werden nicht ersetzt, es sei denn, daß den Waschanlagenunternehmer eine Haftung aus grobem Verschulden trifft.“

Aus der Überlegung heraus, daß die Benutzer der Waschanlage berechtigterweise eine Reinigung ihrer Fahrzeuge ohne Beschädigung erwarten, hat der Senat entschieden, daß diese Freizeichnungsklauseln unwirksam sind, weil sie die Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 9 Abs. 1 AGBG; jetzt § 307 Abs. 1 BGB).

Der Senat hat die Sache zur weiteren Aufklärung, ob die Schäden am Fahrzeug des Klägers durch den Waschvorgang entstanden sind und ob gegebenenfalls die Beklagte ein Verschulden trifft, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3.11.2004

Verbraucherrechte gelten auch bei eBay

Zum Entwurf Urteil des Bundesgerichtshofs zum Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Internet-Auktionen gewerblicher Anbieter (eBay) erklärt der verbraucherpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Manfred Zoellmer:

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat heute ein wichtiges und richtiges Urteil zu den Verbraucherrechten bei eBay Auktionen gefällt. Gewerbliche Anbieter können sich demnach nicht mehr im Internet Auktionshaus eBay verstecken und Verbraucherrechte aushebeln.

Der BGH hat in seinem heutigen Urteil (Az. VIII ZR 375/03) festgestellt, dass Verbrauchern, die im Rahmen so genannter Internet-Auktionen Waren von gewerblichen Anbietern ersteigern, ein Widerrufsrecht nach den Regeln des BGB bei Fernabsatzverträgen zusteht. Verbraucher, die über die Internet-Plattform bei gewerblichen Anbietern kaufen, können nun die Ware innerhalb von 14 Tagen zurückgeben, wie es bei Fernabsatzverträgen gesetzlich vorgeschrieben ist. Die Frist verlängert sich auf einen Monat, wenn der Verbraucher erst nach Abschluss des Vertrages über seine Rechte belehrt worden ist.

Wird der Käufer gar nicht belehrt, hat er sechs Monate Zeit, die Ware zurückzugeben.

Dieses Urteil dient der Rechtssicherheit der Verbraucher bei Internet-Auktionen. Sie können sicher sein, dass ihnen die gleichen Rechte zustehen wie beim Kauf aus dem Versandhandelskatalog. Gleichzeitig werden unseriöse Anbieter abgeschreckt. Damit gelten die normalen Regeln des Verbraucherschutzes auch bei eBay. Private Verkäufer sind von dem Urteil nicht betroffen.

BMJ-Newsletter vom 28.12.2004

Europäische Aktiengesellschaft bietet deutschen Unternehmen neue Möglichkeiten

Heute ist das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Das neue Recht tritt morgen – am 29. Dezember 2004 – in Kraft. „Die Einführung der Europäischen (Aktien-) Gesellschaft erleichtert auch deutschen, europaweit tätigen Unter-

nehmen die grenzüberschreitende Betätigung und stärkt deren internationale Wettbewerbsfähigkeit“ sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries. „Mit der Europäischen Gesellschaft steht erstmals eine in wesentlichen Fragen einheitliche europäische Rechtsform für Kapitalgesellschaften zur Verfügung. Sie ermöglicht Unternehmen eine Expansion und Neuordnung über Ländergrenzen hinweg, ohne die kostspieligen und zeitaufwändigen Förmlichkeiten beachten zu müssen, die bislang mit der Gründung von Tochtergesellschaften verbunden sind.“

Bundeswirtschafts- und -arbeitsminister Wolfgang Clement hob hervor: „Die europäische Gesellschaft eröffnet besonders für kleine und mittlere Unternehmen neue und unbürokratische Chancen, ihr Engagement im Ausland zu verstärken“.

Grundlage der Regelungen zur Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea, kurz: SE) sind zwei EU-Rechtsakte aus dem Jahr 2001: die Verordnung über das Statut der SE und die ergänzende Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer. SE ist die Bezeichnung für eine europäische Aktiengesellschaft. Das gezeichnete Kapital der Gesellschaft muss mindestens 120 000 Euro betragen. Eine SE kann durch Umwandlung, Verschmelzung oder durch Gründung einer Holding- oder Tochtergesellschaft gegründet werden. Das Gesetz ist auf Gründungsgesellschaften anwendbar, die ihren Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben oder über eine Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat verfügen.

Europaweit tätige Unternehmen können grenzüberschreitend zur Form der SE verschmelzen und sich dabei erstmals einer einzigen, flexibel einsetzbaren Rechtspersönlichkeit bedienen. Hierdurch erlangen sie im internationalen Wettbewerb wirtschaftliche und psychologische Vorteile. Statt des bisher erforderlichen Aufbaus eines Netzes von Tochtergesellschaften, für die unterschiedliche nationale Vorschriften gelten, können die Unternehmen sich jetzt rechtlich einheitlich organisieren. Das spart Zeit und Kosten, insbesondere durch den hiermit verbundenen geringeren Verwaltungsaufwand.

Erläuterungen zum neuen Recht:

Einfache Sitzverlegung

Ein großer Vorteil der SE als europäischer Rechtsform ist, dass sie jederzeit und einfach Landesgrenzen überwinden kann. Der Satzungssitz einer SE kann nach den Regelungen der EU-Verordnung identitätswahrend in einen anderen Mitgliedstaat verlegt werden.

Aufbau

Die Unternehmen können zwischen zwei verschiedenen Leitungssystemen wählen: dem - in Deutschland bekannten - dualistischen Modell mit einer Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat oder dem - etwa in England und Frankreich üblichen - monistischen Modell.

Kennzeichnend für das *monistische* Modell ist:

- Ein Verwaltungsrat leitet die SE, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung.
- Der Verwaltungsrat bestellt für die laufende Geschäftsführung einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren. Diese sind an die Beschlüsse des Verwaltungsrats gebunden und können jederzeit abberufen werden.

Mitbestimmung

Für das deutsche Recht neu ist die Regelung der Mitbestimmung. Die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer SE wird grundsätzlich im Wege von Verhandlungen zwischen einem sog. besonderen Verhandlungsgremium, das die Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften vertritt, und den Leitungen dieser Gesellschaften festgelegt.

Wird in den Verhandlungen kein Konsens erzielt, greift eine gesetzliche Auffangregelung: Danach richtet sich die Mit-

bestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsrat der SE grundsätzlich nach dem höchsten Anteil der Arbeitnehmervertreter in den Gründungsgesellschaften. Schließlich sind die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsrat anteilig aus den Mitgliedstaaten zu entsenden, in denen die SE Arbeitnehmer beschäftigt. So wird der internationalen Prägung der Gesellschaft Rechnung getragen.

BMJ-Newsletter vom 19.1.2005

Durchsetzung von unbestrittenen Forderungen in der Europäischen Union wird erleichtert

Die Bundesregierung hat heute den Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der EG-Verordnung über einen Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen (EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetz) beschlossen.

„Künftig werden sehr viele Entscheidungen deutscher Gerichte in den übrigen EU-Mitgliedstaaten vollstreckt werden können. Beispielsweise kann sich ein Gläubiger ein Versäumnisurteil als Europäischen Vollstreckungstitel bestätigen lassen. Damit kann er etwa in Spanien unmittelbar in dortiges Schuldnervermögen vollstrecken, ohne das bislang erforderliche zeit- und kostenaufwändige Vollstreckbarerklärungsverfahren durchlaufen zu müssen. Das dürfte die Zahlungsmoral heben und die finanzielle Liquidität gerade von kleinen und mittleren Betrieben mit grenzüberschreitendem Geschäftsradius sichern,“ erläuterte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Die neue EG-Vollstreckungstitel-Verordnung wird ab dem 21. Oktober 2005 in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (außer Dänemark) gelten. Die Verordnung erfasst vorerst nur Titel über Geldforderungen, die vom Schuldner anerkannt oder nicht bestritten worden sind. Sie werden auf Antrag des Gläubigers in dem Staat, in dem er seinen Titel erlangt hat, auf einem vereinheitlichten Formblatt als Europäische Vollstreckungstitel bestätigt. Der notwendige Schuldnerschutz wird ebenfalls in diesem Staat und nicht wie bisher im Vollstreckungsstaat geleistet.

Der jetzt vom Bundeskabinett beschlossene Gesetzentwurf enthält die erforderlichen Ausführungsbestimmungen für die neue EG-Verordnung. Geregelt wird insbesondere das Verfahren zur Bestätigung inländischer Titel als Europäische Vollstreckungstitel und die Vollstreckung von Europäischen Vollstreckungstiteln aus anderen EU-Mitgliedstaaten im Inland. Als Europäische Vollstreckungstitel kommen neben den bereits erwähnten Versäumnisurteilen insbesondere auch Vollstreckungsbescheide, Anerkenntnisurteile sowie Prozessvergleiche in Frage. Darüber hinaus erfasst die Verordnung auch die praktisch bedeutsamen Urkunden der Notare und Jugendämter.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 27.1.2005

Städtebaurecht nicht auf europäische Ebene verlagern Kommunale Planungshoheit nicht aushöhlen

Zur heutigen Bundestagsdebatte über die Mitteilung der EU-Kommission zur „Entwicklung einer thematischen Strategie für städtische Umwelt“ erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

CDU und CSU wehren sich dagegen, dass die kommunale Planungshoheit durch die Europäische Kommission aushöhlt wird. In Deutschland sind die Städte und Gemeinden sehr wohl in der Lage, eigenverantwortlich ihre städtebauliche Erneuerung und Entwicklung im Rahmen ihres verfassungsrechtlich verbürgten Selbstverwaltungsrechts zu steuern und zu gestalten.

Brüssel braucht sich weder um die Gestaltung der Fußgängerzonen in Deutschland, noch um die Flächennutzung in den Gemeinden oder um den innerstädtischen Nahverkehr in

Deutschland zu kümmern. Wir wollen vor Ort eine Vereinfachung und Beschleunigung von Planungsprozessen. Europäischer Zentralismus und mehr Bürokratie sind daher der falsche Ansatz.

Wir wollen ein Europa, in dem die Menschen ihre nationale, regionale und lokale Identität bewahren können. Dies ist nur dann möglich, wenn den gewählten Bürgervertretern auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene eigenständige politisch-administrative Gestaltungsräume erhalten bleiben. Dazu müssen die Kompetenzabgrenzungen eingehalten werden, das muss auch für die EU-Kommission in Brüssel Gültigkeit haben.

Wir fordern deshalb die Bundesregierung auf, sich dem Votum des Bundesrates anzuschließen und die Weiterverfolgung der Kommissionsstrategie auf europäischer Ebene abzulehnen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 11.11.2004

Selektive Statistik ohne Visionen für Ostdeutschland Jahresbericht Stand der Deutschen Einheit 2004

In der Debatte zum voraussichtlich letzten Jahresbericht zum Stand der Deutschen Einheit erklärt der Berichterstatter für den Aufbau Ost der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Werner Kuhn MdB:

Die von Bundesminister Stolpe fortwährend verbreitete Botschaft von einem positiven Trend im Osten Deutschlands hält einer genaueren Betrachtung nicht stand. Auch im Jahr 2003 ist das Wirtschaftswachstum über 0,2% nicht hinausgekommen. Die offizielle Arbeitslosenquote verharrt nahezu konstant bei 18,5%. Die Kommunen sind hoch verschuldet, was Handwerker und die regionale Industrie besonders hart trifft. Perspektivlosigkeit drängt junge, gut ausgebildete Menschen zur Abwanderung in den Westen – ein alarmierender Zustand, dem der Bericht keine Zeile wert ist.

In der gegenwärtigen schwierigen wirtschaftlichen Situation appelliert der Bundeskanzler an den Patriotismus seiner Landsleute. Die deutschen Konzerne sollten am Standort Deutschland produzieren und nicht in Billiglohnländer verlagern. Die Menschen in Ost und West müssen enger zusammenrücken und die nationale Aufgabe der Reformen schultern.

Im Gegenzug will er dann den Tag der Deutschen Einheit einsparen. Das ist nur hilfloser Aktionismus ohne eine sich über ganz Deutschland wölbende Vision.

Dabei sollen positive Tendenzen in Ostdeutschland nicht übersehen werden. Das Verarbeitende Gewerbe entwickelt sich durchaus dynamisch mit soliden Wachstumsraten. Erste Branchenschwerpunkte und innovative Kompetenzfelder haben sich herausgebildet. Zuversichtlich stimmt auch, dass die Exportquote steigt, was nichts anderes bedeutet, als das sich ostdeutsche Unternehmen zunehmend auf dem hart umkämpften Weltmarkt durchsetzen können. Tatsache ist aber, dass die Industrie im Osten unseres Landes insgesamt nur auf kleiner Flamme kocht, was den positiven Trend stark relativiert.

Damit es endlich aufwärtsgeht, fordern wir mehr Engagement und Initiative für den Osten. Es muss ein ganzheitliches Konzept für mehr Wachstum und nachhaltigen Beschäftigungsaufbau her. Im Kern geht es um die gezielte Förderung unternehmerischen Handelns. Besonders zu adressieren sind die Finanzierungsprobleme ostdeutscher Unternehmen, Investitionen in Forschung und Bildung sowie eine wirtschaftsnahe Infrastruktur, ein effizientes Förderinstrumentarium und nicht zuletzt Vorschläge zur Deregulierung. Das sind die Themen, welche die ostdeutschen kleinen und mittleren Unternehmen wirklich bewegen. Der Jahresbericht 2004 aus dem Hause Stolpe bleibt das alles schuldig!

Genau wie einen Aufbauminister Ost mit Entscheidungskompetenz. Die Interessen der Menschen in den neuen Ländern gehen immer wieder im Zuständigkeitenwirrwarr und im Streit zwischen den vier verantwortlichen Bundesministerien unter. Die Formulierung einer ganzheitlichen Förderstrategie und ihre Umsetzung muss konzentriert werden!

Der Aufbau Ost braucht Zeit, was nicht zuletzt in der Laufzeit des Solidarpakts II bis 2019 zum Ausdruck kommt. Gerade in Zeiten knapper öffentlicher Kassen muss dieser Prozess weiterhin parlamentarisch begleitet werden. Die Bundesregierung ist daher aufgefordert, den Bericht zum Stand der Deutschen Einheit auch zukünftig jährlich vorzulegen und sich der kritischen Auseinandersetzung mit Ihrer Politik für Ostdeutschland zu stellen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1. 2. 2005

Innovationsstandort Deutschland verliert an Dynamik Ergebnisse der DIHK-Studie sind ein weiterer Warnschuss

Zur Vorstellung der DIHK-Studie „Innovationsstandort Deutschland auf dem Prüfstand“ erklärt die forschungspolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Katharina Reiche MdB:

Die neueste Studie des DIHK hat es wieder einmal belegt: Während die Bundesregierung in einer gigantisch teuren PR-Schlacht (13 Millionen Euro) sich selbst im Einstein-Jahr feiert, wandert die deutsche Industrieforschung in Länder aus, in denen sie bessere Bedingungen vorfindet.

Der Innovationsstandort Deutschland verliert an Dynamik. Zunehmend verlagern deutsche Unternehmen nicht nur die Produktion, sondern auch ihre Forschung ins Ausland. Mehr als die Hälfte der befragten Firmen lässt bereits im Ausland forschen, weitere 17 Prozent werden in den nächsten Jahren folgen. Dabei geht es längst nicht mehr nur um Softwareentwicklung, sondern auch Konstruktion und technische Entwicklung gehen dem Standort Deutschland verloren.

Die Ergebnisse der DIHK-Studie sind ein weiterer Warnschuss. Sie reißen sich ein in die Befunde des Berichts zur Technologischen Leistungsfähigkeit und der Studien des Stifterverbandes für die deutsche Wissenschaft.

Die Abwanderung geht zu einem großen Teil auf das Konto der Bundesregierung. Ihre Politik ist innovationsschädlich.

Es gibt nicht genügend Geld im Bundeshaushalt für Forschung und Entwicklung. Selbst der magere Zuwachs des BMBF-Haushaltes von nominal knapp 300 Millionen Euro wird bei näherer Betrachtung zum Nullsummenspiel. Rechnet man die Zuflüsse aus anderen Haushalten, die Sperrungen und forschungsfremden Ausgaben ab, gibt es keine Steigerungen. Die Gesamtausgaben der Bundesregierung für Bildung, Wissenschaft und Forschung sinken, so werden z. B. im Verteidigungshaushalt 50 Millionen Euro an Forschungsmitteln gekürzt.

Der Kanzler überlässt Innovationsfelder den Grünen als ideologische Spielwiese. Ergebnis sind technikfeindliche Gesetze.

- Während weltweit Kernkraftwerke der neuen Generation geplant werden, steigt der ehemalige Technologieführer Deutschland aus.
- Das Gentechnikgesetz bremst die Grüne Gentechnik sowohl in der Forschung als auch bei der Anwendung aus.

Zu wenige Technologieprojekte werden in unserem Land vorangetrieben. Der Transrapid fährt in Shanghai und nicht in Deutschland. Europäische Großprojekte, wie der neue Airbus, wurden in den 90er Jahren unter der CDU/CSU-geführten Bundesregierung auf den Weg gebracht.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20.12. 2004

Sonntag kein „shop around the clock“ Christliches Fundament unserer Kultur kommt allen zu Gute

Anlässlich der Forderung des Deutschen Industrie- und Handelskammertages nach völliger Freigabe der Öffnungszeiten für Läden und Supermärkte erklärt der Beauftragte für Kirchen und Religionsgemeinschaften, Dr. Hermann Kues MdB:

Die immer wiederkehrenden Vorstöße, den Sonntagsschutz einzuebnen – sei es durch Einzelinitiativen der Länder oder versteckt unter den Bürokratieabbau-Vorschlägen des Bundesministers Clement – lehne ich entschieden ab.

Die Union plädiert dafür, die Regelung des Ladenschlusses von Montag bis Samstag den Anbietern und den Nachfragern zu überlassen. Der Freitagnachmittag und der Samstag unterliegen nicht dem Sonntagsschutz. Am Sonntag hingegen brauchen wir kein „shop around the clock“. Der Sonntag muss bundesweit einheitlich ein Ruhetag bleiben. Der Sonntagsschutz sollte weiterhin durch ein Bundesgesetz geregelt werden und nicht in die Länderkompetenzen fallen. Er unterliegt dem gesamtstaatlichen Interesse der Kulturpflege.

Die gemeinschaftliche Zeit, die uns der Sonntag einräumt, ist gerade in unserer individualisierten und flexibilisierten Lebenswelt ein wertvolles Gut. Der Sonntagsschutz ermöglicht gemeinsame Zeit für Familie, Partner, gemeinsame Unternehmungen von Freunden ohne größeren Koordinierungsaufwand sowie gemeinsame Zeit für Gottesdienste. Menschen müssen Zeit haben für das, was sich ökonomisch nicht rechnet. Unbewirtschaftete Zeit ist wichtig für die Wahrnehmung menschlicher Freiheit. Die humanisierende Funktion der Sonntagskultur ist wichtig für unsere Gesellschaft im Wandel.

Unsere Gesellschaft sollte sich ihrer religiösen Wurzeln bewusst werden. Der Sonntag als Ruhetag nach der Schöpfung und Tag der Auferstehung ist das christliche Fundament unserer Kultur, das allen zu Gute kommt.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN Pressemitteilung Nr. 066 vom 3. 2. 2005

Erfolgreiche Existenzgründer: 79 Prozent der Ich-AGs behaupten sich

Zu den heutigen Meldungen, dass 21 Prozent der Ich-AGs nach einem Jahr aufgegeben haben und damit ein zentraler Teil der Hartz-Reformen gescheitert sei, erklärt Dr. Thea Dückert, stellvertretende Fraktionsvorsitzende:

Umgekehrt wird ein Schuh draus: 79 Prozent der Ich-AGs haben sich behauptet. Für die Ich-AGs war im letzten Jahr kein Geschäftsplan notwendig. Eine einfache Idee reichte, um in die Förderung zu kommen.

Wenn nun mehr als Dreiviertel der Geförderten sich mit ihren Ideen am Markt behaupten können, ist das eine Erfolgsmeldung. Bei den Abgängen aus der Förderung sind zudem Übergänge in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, Änderungen in der Familiensituation und Mitnahmeeffekte in der Förderung zu berücksichtigen.

Zur Existenzgründung gehört Mut zum Risiko. In der Marktwirtschaft behauptet sich nicht jede Geschäftsidee. Wer aus einer Erfolgsquote von 79 Prozent in einem Segment von Existenzgründungen ein Scheitern der Förderung herausliest, argumentiert an der Realität der Marktwirtschaft vorbei. Die Überlebenswahrscheinlichkeit von sämtlichen neu gegründeten Unternehmen in Deutschland liegt nach OECD-Zahlen nach drei Jahren bei 70 Prozent, in den USA bei 62 Prozent. Deutschland liegt in Europa auf Platz zwei. Wenn die Ich-AGs diesen Zahlen entsprechen, wie sich das jetzt abzeichnet, spricht das für die Reform. Existenzgründungen lohnen sich

nun auch mit geringen Mitteln und sind in dem Maße erfolgreich wie andere Unternehmungen.

In Zukunft werden Ich-AG-Gründer noch besser beraten und müssen ihre Ziele klarer beschreiben. Nach der Gesetzesänderung im Herbst letzten Jahres gilt nun: Wer sich mit einer Ich-AG selbstständig machen möchte, muss eine Kurzbeschreibung der Geschäftsidee, einen Kapitalbedarfs- und Finanzierungsplan sowie eine Umsatz- und Rentabilitätsvoranschau vorlegen. Dies wird die Erfolgsquote weiter erhöhen und Mitnahmeeffekte vermindern.

Im Übrigen bemisst sich die wirtschaftliche Dynamik und Innovationsfreude eines Landes nicht an der Überlebenswahrscheinlichkeit neu gegründeter Firmen, sondern am Mut zum Risiko. In Deutschland haben sich die hohen Hürden für Existenzgründungen und die zögerliche Förderung durch die Banken als kontraproduktiv erwiesen. Das Ausprobieren von Geschäftsideen und die Aufgabe von nicht erfolgsträchtigen Projekten sind wirtschaftspolitisch nicht als Scheitern zu interpretieren, sondern als Innovationsfreude. Davon brauchen wir in Deutschland mehr, nicht weniger.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 6.12.2004

Verhaltenskodex fuer Rating-Agenturen ist ein Erfolg

Zu den internationalen Verhandlungen ueber einen Verhaltenskodex fuer Rating-Agenturen erklart der finanzpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Joerg-Otto Spiller:

Die Verhandlungen bei der internationalen Organisation der Wertpapieraufsichtsbehoerde (IOSCO) ueber einen Verhaltenskodex fuer Rating-Agenturen haben zu einem guten Erfolg gefuehrt. Ganz im Sinne der Entschliessung des Deutschen Bundestages zu einem Verhaltenskodex fuer Rating-Agenturen sind die deutschen Interessen von dem Praesidenten der Bundesanstalt fuer Finanzdienstleistungsaufsicht, Jochen Sanjo, in den Verhandlungen deutlich herausgestellt worden. Der Kodex soll – wie in den Forderungen der Entschliessung des Deutschen Bundestages vom 30. Maerz 2004 konkretisiert – die Integritat, Unabhaengigkeit und Transparenz des Rating verbessern.

Rating-Agenturen sind heutzutage weitgehend unreguliert. Da die wenigen bestehenden Rating-Agenturen eine erhebliche wirtschaftliche Macht haben und da von den Wertungen der Rating-Agenturen die wirtschaftliche Situation von Unternehmen, die ein Rating brauchen, wesentlich mit abhaengt, ist ein Verhaltenskodex notwendig. In dem Kodex geht es insbesondere um die Festlegung bestimmter Verhaltens- und Arbeitsstandards, die Erhoehung der Transparenz des Rating-Prozesses sowie die Vermeidung von Interessenkonflikten.

Mit dem Verhaltenskodex werden erstmalig weltweit konkrete und detaillierte Verhaltensnormen fuer Rating-Agenturen aufgestellt.

Dies ist ein wichtiger Fortschritt, der durch die Verhandlungen der IOSCO rasch erreicht worden ist. Damit wird der Machtuelle der Rating-Agenturen Einhalt geboten und der Wettbewerb gestaerkt. Es wird darauf zu achten sein, wie die Rating-Agenturen den Verhaltenskodex einhalten.

Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 13. Dezember 2004 eingegangenen Antworten der Bundesregierung (BT-Drs. 15/4574)

36. Abgeordneter Stefan Müller (Erlangen) (CDU/CSU)

Welche Maßnahmen hält die Bundesregierung für geeignet, den **Handel mit geschlossenen Immobilienfonds** zu erleichtern, und sieht die Bundesregierung die Notwendigkeit, diesen Zweitmarkt zu regulieren?

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Karl Diller vom 10. Dezember 2004

Die Bundesregierung hat durch die Einführung einer Prospektspflicht für nicht in Wertpapieren verbriefte Vermögens-

anlagen durch Artikel 2 des am 30. Oktober 2004 in Kraft getretenen Anlegerschutzverbesserungsgesetzes (AnSVG) klare Regelungen für das öffentliche Angebot von Vermögensanlagen geschaffen. Es wird festgelegt, dass diese Vermögensanlagen, zu denen auch geschlossene Immobilienfonds gehören, nur dann öffentlich angeboten werden dürfen, wenn der BaFin zuvor ein Prospekt vorgelegt wurde, und sie die Veröffentlichung gestattet. Auf der Grundlage der entsprechenden Ermächtigung im AnSVG ist eine Verordnung erarbeitet worden, die in Kürze zur Verabschiedung ansteht und Mindestangaben für den Prospektinhalt festlegt. Diese orientieren sich, wie in dem Gesetzgebungsverfahren zugesagt, soweit möglich und sinnvoll an den IDW-Standards der Wirtschaftsprüfer zur ordnungsgemäßen Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen.

Die Mindestangaben sind im Rahmen der Abwägung zwischen der notwendigen Flexibilität für die Wirtschaft und dem Anlegerschutz auf das notwendige Mindestmaß beschränkt worden.

Genaue Erkenntnisse über den Umfang des Sekundär- oder Zweitmarktes für geschlossene Immobilienfonds, das heißt den Handel mit bereits ausgegebenen Vermögensanlagen, liegen der Bundesregierung nicht vor. Sofern im Rahmen des Sekundärmarktes ein öffentliches Angebot im Sinne des Gesetzes vorliegt, dürfte ein solches Angebot auf Grund der verschiedenen Ausnahmenvorschriften des Artikels 2 § 8 f Abs. 2 des AnSVG in der Regel nicht von der Prospektspflicht erfasst werden: Eine Prospektspflicht besteht nicht, wenn für dieses Angebot bei gleich bleibenden Konditionen bereits ein Prospekt nach den Vorschriften des AnSVG veröffentlicht wurde, das Angebot sich nur an einen begrenzten Personenkreis richtet oder aber die Bagatellgrenzen des Artikels 2 § 8 f Abs. 2 Nr. 3 AnSVG greifen. Handelt es sich bei dem Angebot auf

Institut für Städtebau Berlin der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung

FACHTAGUNGEN:

- **STADTUMBAU**
Sachstand und Praxisberichte, Stadtbau Ost und West, Verfahren, Methodendiskussion
11. bis 13. April 2005 in Berlin
 - **NEUE ENTWICKLUNGEN IM EINZELHANDEL UND IHRE PLANERISCHE STEUERUNG**
2. Mai 2005 in Hannover, 4. Mai 2005 in Köln, 9. Mai 2005 in Offenbach/M, 10. Mai 2005 in Stuttgart, 12. Mai in Leipzig
 - **FLÄCHENNUTZUNGSPLANUNG**
Neue Anforderungen und Potenziale, Umweltprüfung, Rechtsentwicklung, Teil-FNP, Fachrecht
9. bis 11. Mai 2005 in Berlin
 - **BAULANDBEREITSTELLUNG DURCH STÄDTEBAULICHE UMLEGUNG**
Aktuelle Probleme, Beispiele, Erfahrungsaustausch
30. Mai bis 1. Juni 2005 in Berlin
 - **STADT UND BAHN**
Überplanung innerstädtischer Bahnflächen, Wertermittlung von nicht mehr betriebsnotwendigen Grundstücken, innovative Projekte, Fachexkursionen
7. bis 8. Juni 2005 in Berlin
- #### **STUDIENFAHRTEN:**
- **STÄDTEBAULICHE STUDIENFAHRT ST. PETERSBURG – RIGA – TALLIN**
5. bis 14. Juni 2005
 - **STÄDTEBAULICHE STUDIENFAHRT SYRIEN**
Städtebau, Stadtsanierung, Suburbanisierung und innerstädtische Denkmalpflege
21. bis 30. September 2005

Für alle Tagungen des Instituts kann nach der jeweiligen Landesgesetzgebung Bildungsurlaub in Anspruch genommen werden. Nach der Fortbildungsverordnung der Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen ist für alle Tagungen des Instituts der Erwerb von Fortbildungspunkten möglich.

Anfragen und Anmeldungen an: Institut für Städtebau Berlin, Stresemannstraße 90, 10963 Berlin, Telefon: 0 30 / 23 08 22-0. Telefax: 0 30 / 23 08 22-22, www.staedtebau-berlin.de

dem Sekundärmarkt dagegen um ein öffentliches Angebot und greifen die Ausnahmeverordnungen nicht, ist eine Prospektspflicht sinnvoll und gewollt, auch um eine Umgehung der Prospektspflicht zu vermeiden.

Darüber hinausgehende Maßnahmen oder Regulierungen des Sekundärmarktes für Immobilienfonds sind gegenwärtig nicht geplant.

Hinw. d. Red.: Vgl. die Frage des Abgeordneten St. Müller in GuT 2004, 197 zur Einführung von Immobilien-Investment-AGs.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 28.1.2005

Geldverschwendung durch aufgeblähten Personalapparat Immer mehr Beamte wachen darüber, dass die Deutschen nicht schmuggeln, schwarzarbeiten oder die Maut prellen

Anlässlich der Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Union zur Entwicklung der Zahl des Kontrollpersonals des Bundes seit 1998, erklären der haushaltspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dietrich Austermann MdB und der Berichterstatter im Haushaltsausschuss für den Einzelplan 16, Albrecht Feibel MdB:

Immer mehr Beamte wachen darüber, dass die Deutschen nicht schmuggeln, schwarzarbeiten oder die Maut prellen. Ihre Zahl ist seit 1998 von 3504 auf jetzt 9213 gestiegen. Das sind fast 300 Prozent! Die Zahlen machen deutlich, dass Rot-Grün nicht Personal abbaut, sondern den Apparat immer weiter aufbläht.

Wie Staatssekretärin Barbara Hendricks auf Anfrage der Union mitteilte, wurde allein die Zahl der Beamten, die die Schwarzarbeit bekämpfen sollen, von 1000 im Jahr 1998 auf nun 5192 mehr als verfünffacht. Bei der Zollfahndung sind im vergangenen Jahr 1912 Beamte eingesetzt gewesen, in mobilen Kontrollgruppen an den Grenzen 1325, bei Straßenkontrollen durch das Bundesamt für Güterverkehr 257 und bei Mautkontrollen 509. Speziell der Einsatz von über 500 Beamten zur Mautkontrolle in den Jahren 2002 bis 2004 war völlig ungerechtfertigt, gab es doch in diesem Zeitraum angesichts des verspäteten Mautstarts nichts, was diese hätten kontrollieren können. So vergeudet Rot-Grün Steuergelder!

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21.1.2005

Keine neuen Gebühren für Computer Union gegen „Internetsteuer“

Anlässlich des Expertengesprächs zum Thema „Rundfunkgebühren und Neue Medien“ im Unterausschuss Neue Medien erklärt die Internetbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Martina Krogmann MdB:

Die von der Rundfunkkommission vorgeschlagene Ausweitung der Gebührenpflicht auf internetfähige PCs trifft bei Wirtschaft und Bürgern zu Recht auf totales Unverständnis.

Diese Abgabe ist nichts anderes als eine Internetsteuer: Sie trifft vor allem Unternehmen und Privathaushalte, die weder Radio noch Fernseher besitzen und demnach bisher keine Rundfunkgebühren zahlen, aber dennoch einen PC nutzen. Vor allem betroffen sind kleine Unternehmen und Freiberufler, die im Betrieb vielleicht allenfalls ein Radio, aber kein Fernsehgerät haben. Sie müssen in Zukunft durch die Ausweitung der Gebührenpflicht rund 10 Euro pro Monat (Differenz zwischen Gebühr für Radio und neuer PC-Gebühr) zusätzlich zahlen. Zwar ist die Zweitgerätefreiheit im bestehenden Gebührenmodell grundsätzlich sinnvoll, sie verzerrt jedoch im Bereich der Wirtschaft die Abgabenlast zu Ungunsten der Kleinen. Nach Schätzungen des Branchenverbandes BITKOM summiert sich diese Mehrbelastung des Mittelstandes auf mindestens 180 Mio. Euro pro Jahr. Eine solche Regelung ist ungerecht und mittelstandsfeindlich.

Auch das Hotelgewerbe ist betroffen: Nach dem „Hotelprivileg“ müssen Hotels und Pensionen aus Rücksichtnahme

auf nicht belegte Zimmer bisher nur für 50% ihrer Geräte Rundfunkgebühren zahlen. Diese Quote soll jetzt für Häuser mit mehr als 50 Betten auf 75% angehoben werden. Angesichts einer Auslastung von im Bundesdurchschnitt nur 40% bedeutet diese Erhöhung der Gebührenpflicht reines Abkassieren und ist gerade für ländliche Ferienregionen mit Saisontourismus ein völlig falsches politisches Signal!

In der Diskussion wurde deutlich, dass die geplanten Änderungen und die Kritik daran auf einige grundsätzliche Schwächen im bisherigen Gebührenmodell hinweisen. Mehr Empfangsgeräte bedeuten nicht automatisch mehr Teilnehmer am öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Das bloße „Vorhalten eines Empfangsgerätes“ als Bemessungsgrundlage heranzuziehen, führt zwangsläufig zu Doppelbelastungen und letztendlich zu absurden Konsequenzen. Ständig neue Gebührenpflichten und Ausnahmeregelungen sind nicht nur unsachgerecht, sondern im digitalen Zeitalter auch innovationsfeindlich – deshalb lehnen wir sie ab!

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20.1.2005

Finanzpolitisches Risiko Bundesfinanzhof Kritik der BFH-Praesidentin am Gesetzgeber absurd

Zu den Vorwürfen der scheidenden Bundesfinanzhof-Praesidentin Iris Ebeling, die dem Gesetzgeber verfassungswidriges Grenzverhalten vorwirft, erklart der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Die Gesetzgebung obliegt nach dem Grundgesetz dem Bund oder den Laendern. Und hier entscheiden die Landtage oder Bundestag und Bundesrat. Allein die Rechtsprechung ist den Gerichten anvertraut und nur das Bundesverfassungsgericht hat im Grundgesetz verankerte weitergehende Befugnisse.

Frau Ebeling sollte die Kirche im Dorf lassen und das tun, was die Sache des Bundesfinanzhofs (BFH) ist, naemlich Recht sprechen. Sie sollte sich nicht als Gesetzgeber aufspielen und ueber Gesetze befinden, die von einer politisch und demokratisch legitimierten Mehrheit fuer fragwuerdig befundene Urteile des BFH korrigieren.

Die in Kreisen des Gerichts zu hoerende Wortschoepfung der „Nichtanwendungsgesetze“ zeugt von einem Machtanspruch, der dem Bundesfinanzhof nicht zukommt. Wenn man sich die juengste Rechtsprechung des BFH anschaut, draengt sich der Eindruck auf, dass das Gericht in Abkehr von seiner bisherigen langjaehrigen Rechtsprechung Entscheidungen getroffen hat, die fuer die oeffentlichen Haushalte mit erheblichen Mehrbelastungen verbunden sind und im Uebrigen von Bund und Laendern ueber die Parteigrenzen hinweg inhaltlich sehr oft nicht geteilt werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das Urteil des BFH vom 27. Mai 2003 anzusprechen, das Kosten einer erstmaligen Ausbildung nach einem abgebrochenen Studium als vorab entstandene Betriebsausgaben beziehungsweise Werbungskosten anerkannt hat. Ohne gesetzgeberische Reaktion haette diese Entscheidung zu unkalkulierbaren milliardenschweren Steuermindereinnahmen fuer Bund, Laender und Gemeinden in den kommenden Jahren fuehren koennen. Auch die Aenderung der Rechtsprechung des BFH zur so genannten Mehrmuetterorganschaft haette ohne gesetzgeberische Korrektur Steuerausfalle in Milliardenhoehe verursachen koennen.

Der BFH ist mittlerweile ein finanzpolitisches Risiko. Die Finanzierbarkeit der oeffentlichen Haushalte und die Stetigkeit der Steuereinnahmen ist ein Gut, das auch der Bundesfinanzhof bei seiner Rechtsprechung beachten sollte. Das Bundesverfassungsgericht – mit ganz anderen Kompetenzen als der BFH – tut das auch. Wenn der Bundesfinanzhof dessen ungeachtet Entscheidungen trifft, dann darf er sich nicht wundern und schon gar nicht beschweren, wenn der Gesetzgeber von seinem ureigenen Recht Gebrauch macht und die Geset-

ze neu formuliert. Das hat nichts mit verfassungswidrigem Grenzverhalten zu tun, das ist Ausfluss unserer Verfassung in Art. 70 ff. des Grundgesetzes.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 26.1.2005

Poß-Attacke gegen Bundesfinanzhof ist unerträglicher Angriff auf freie Gerichtsbarkeit Rückwirkende Steuerverschärfungen auch Gift für das Vertrauen der betroffenen Steuerzahler

Anlässlich der heutigen Sitzung im Finanzausschuss erklären der finanzpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Heinz Seiffert MdB, sowie der Berichterstatter für Steuerrecht, Peter Rzepka MdB:

Die Kritik des stellvertretenden SPD-Fraktionsvorsitzenden Joachim Poß an der scheidenden Bundesfinanzhof-Präsidentin Iris Ebeling ist ein unerträglicher Angriff auf die freie Gerichtsbarkeit und soll von der verfassungsrechtlich bedenklichen rückwirkenden Steuergesetzgebung der rot-grünen Koalition ablenken. Der Hinweis von Frau Ebeling, dass Gesetze der rot-grünen Koalition ein „verfassungsrechtliches Grenzverhalten“ aufweisen, ist nach Auffassung der Union richtig.

Die Praxis der Bundesregierung, rückwirkende Steuerverschärfungen durchzusetzen, ist nicht nur rechtlich fragwürdig, sondern auch Gift für das Vertrauen der betroffenen Steuerzahler. Der belastende Eingriff in bereits getroffene Investitionsentscheidungen zerstört das dringend notwendige Vertrauen in staatliches Handeln und nimmt den Steuerpflichtigen in ohnehin schwierigem wirtschaftlichem Umfeld die für Investitionen erforderliche Planungssicherheit. Die Kritik von Präsidentin Ebeling sollten Koalition und Bundesregierung deshalb sehr ernst nehmen.

Die Union fordert eine verlässliche und handwerklich saubere Steuerpolitik, die es dem Bundesfinanzhof ermöglicht, sich auf seine Aufgaben für eine einheitliche Auslegung und Anwendung der Steuergesetze zu konzentrieren. In diesem Zusammenhang fordert die Union das Bundesfinanzministerium auf, die Neuregelung des § 11 EStG dahingehend zu präzisieren, dass das Damnum oder Disagio bei Darlehensverträgen nicht von der Neuregelung betroffen ist und weiterhin auch dann als sofort abziehbare Werbungskosten geltend gemacht werden kann, wenn die Zinsbindungsfrist des Darlehens fünf Jahre übersteigt. Dies entspricht auch der in der Beschlussempfehlung zum EU-Richtlinien-Umsetzungsgesetz zu dem neuen § 11 EStG enthaltenen Auffassung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages.

Sollte das Bundesfinanzministerium untätig bleiben und die bestehende Regelung nicht präzisieren, behält sich die Union vor, einen entsprechenden Gesetzentwurf im Deutschen Bundestag einzubringen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 26.1.2004

Union stiehlt sich aus der Verantwortung – Kritik an Poss unbegründet

Zur Kritik des finanzpolitischen Sprechers der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Heinz Seiffert und des Berichterstatters fuer Steuerrecht der Unionsfraktion Peter Rzepka in der heutigen Sitzung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages erklärt der finanzpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Joerg-Otto Spiller:

Joachim Poss hat in seiner Reaktion auf Äußerungen der scheidenden Präsidentin des Bundesfinanzhofes lediglich deutlich gemacht, dass es verfassungsgemäße Aufgabe der Gerichte ist, das geltende Recht auszulegen und dabei auch die finanzpolitischen Belange der öffentlichen Haushalte zu beachten. Die Gesetzgebung ist der Legislative vorbehalten.

Die Kritik der Union an Joachim Poss ist pure Effekthascherei.

Die von der Union kritisierte Regelung zu den Erbauszinsen wurde von ihr im Bundesrat mitgetragen. Sobald jedoch Kritik aufkommt, will die Union davon nichts mehr wissen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 4.2.2005

Besteuerung Geschiedener ist verfassungsmaessig – Bundesfinanzhof irrt

Zum Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs an das Bundesverfassungsgericht erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Joachim Poss:

Der achte Senat des Bundesfinanzhofs meint, die Besteuerung Geschiedener sei nicht verfassungsmaessig, soweit ein Unterhaltspflichtiger die ihm zustehende Haelfte des Kindergelds nicht oder nicht vollstaendig auf seine Unterhaltsleistungen anrechnen darf.

Die Aufteilung des Kindergelds bei Geschiedenen ist in Paragraph 1612 b Absatz 1 des Buergerlichen Gesetzbuches (BGB) geregelt.

Dort steht in Absatz 5 auch, dass die grundsatzliche Halbteilung des Kindergelds dann nicht gilt, wenn der so genannte barunterhaltspflichtige Elternteil weniger als 135 Prozent des Unterhalts zahlt, als in der so genannte Regelbetrag-Verordnung (Duesseldorfer Tabelle) vorgesehen ist.

Die Annahme des Bundesfinanzhofs, in diesen Faellen werde der geschiedene Barunterhaltspflichtige verfassungswidrig besteuert, weil er nicht seinen haelftigen Anspruch auf das Kindergeld, das Teil des steuerlichen Familienleistungsausgleichs ist, erhalte, ist falsch. Denn die Regelung des Paragraph 1612 b Absatz 5 BGB stellt nur eine Abkuerzung des Zahlungsweges dar und zum Schutze des Kindes sicher, dass der barunterhaltspflichtige Elternteil den vom ihm zivilrechtlich geschuldeten Unterhaltsanspruch auch tatsaechlich und vollstaendig erfuellt.

Der Bundesfinanzhof haette offenbar keine Vorlage beschlossen, wenn der Barunterhaltspflichtige das haelftige Kindergeld zunaechst vollstaendig erhalten haette und damit eine verfassungsgemaesse Besteuerung ausser Zweifel waere, dann aber einen Teil des Kindergelds wieder an sein Kind abtreten muesste, um den zivilrechtlichen Unterhaltsanspruch zu erfuellen.

Es geht hier auch nicht um die steuerrechtliche Verschonung des Existenzminimums des Unterhaltspflichtigen. Es geht um die Erfuellung eines Unterhaltsanspruchs. Diese Ueberlegungen werden vom Bundesfinanzhof nicht angestellt und er geht auch nicht auf die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Stuttgart und Brandenburg ein, die keine verfassungsrechtlichen Zweifel an der hier massgeblichen Vorschrift des Paragraph 1612 b Absatz 5 BGB geaussert haben. Auch das Bundesverfassungsgericht selbst hat diese Vorschrift bereits akzeptiert.

Bundeskartellamt: Bekanntmachung Nr. 3/2005 über die Anmeldung der Empfehlungen „Allgemeine Geschäfts- bedingungen für die Beförderung mit Omnibussen“ und „Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Überlassung von Mietomnibussen

Der RDA Internationaler Bustouristik Verband e.V., Köln, hat am 6. Januar 2005 die Neufassungen der Empfehlungen „Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Überlassung von Mietomnibussen“ nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beim Bundeskartellamt angemeldet. Er empfiehlt seinen Mitgliedern die Geschäftsbedingungen für Verträge für die Beförderung mit Omnibussen unverbindlich zur Verwendung im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten. Den Adressaten steht es frei, der Empfehlung zu folgen oder andere Geschäftsbedingungen zu verwenden.

Quelle und Abdruck der AGB in BAnz. Nr. 20 v. 29.1.2005 S. 1613 f.

GUT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur

Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Bücher und Veröffentlichungen

r+s recht und schaden. Die Traditionszeitschrift „recht und schaden“ erscheint fortan als monatliche Informationszeitschrift für Versicherungsrecht und Schadenersatz im Verlag C. H. Beck, München. Der Grundpreis beträgt 172,05 € zzgl. Versand. Die Zeitschrift vereint Beiträge und Rechtsprechungsdokumentation. Die erste Ausgabe 2005 (Probeheft kann bei Beck angefordert werden) hinterlässt einen guten Eindruck solider Zeitschriftenherstellung. (vS)

Arbeitsstättenverordnung 2004. Textausgabe mit kommentierender Einführung, Materialien und Übersichten. Von Dipl.-Ing. *Horst Blachnitzky*, Gewerbedirektor im Gewerbeaufsichtsamt München-Land, Köln 2004. Beilage Nr. 217a zum Bundesanzeiger vom 16.11.2004. 172 Seiten, DIN A5, 17,00 EUR. Bundesanzeiger Verlagsges. mbH., Köln.

Der guten, 100-seitigen „Einführung“ folgen der Text der neuen ArbStättV, die amtliche Begründung, Anhänge der EG-Arbeitsstättenrichtlinie, der EG-Baustellenrichtlinie und die Winterbauverordnung. (vS)

Die neue Gefahrstoffverordnung. Textausgabe zur Neufassung 2005 mit erläuternder Einführung. Praxistipps Handlungshilfen Hintergründe. Hrsgg. von Dr. *Rolf Packroff*, Dr. *Anke Kahl-Mentschel* und Dr. *Martin Henn*, alle in der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Dortmund. Köln 2005. Beilage Nr. 10a zum Bundesanzeiger vom 15.1.2005. 288 Seiten, 16,5 × 24,4 cm, 19,80 EUR. Bundesanzeiger Verlagsges. mbH., Köln

Dem Schutz des Menschen am Arbeitsplatz und dem Schutz der Umwelt ist die durch europäisches Recht zunehmend geprägte GefStoffV verpflichtet. Überwiegend trägt der Arbeitgeber die Verantwortung für eine sicherheits- und gesundheitsgerechte Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Auch hier ist Spezialistentum gefragt. Der Band gibt umfassende Regeln und Bedingungen wieder, hilft, das System der Schutzanordnungen zu erkennen, derer die Produktionsbedingungen außerhalb der Schreibtisch-Welten bedürfen. (vS)

Menschen sicheren Wohnraum und eine Existenz zu verschaffen und damit das Leben menschenwürdig zu gestalten, ist Auftrag der DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. Für die betroffenen Familien wie für ihre Spender und Förderer ist sie ein zuverlässiger und kompetenter Partner. Die DESWOS realisiert seit 35 Jahren Projekte der Entwicklungszusammenarbeit in Ländern Afrikas, Asiens und Lateinamerikas, um Menschen gezielt zu helfen.



DESWOS

Es schafft Geborgenheit und Sicherheit. Es fördert Selbstbewusstsein und soziale Stärke. Bitte unterstützen Sie die Projektarbeit der DESWOS.

DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V., Gustav-Heinemann-Ufer 84-88, 50968 Köln, www.deswos.de
Stadtparkasse Köln, Kontonummer 660 22 21, BLZ 370 501 98 (Spenden absetzbar)

Im Vordergrund steht der Bau einfacher und sicherer Häuser in Selbsthilfe. Die Menschen selbst planen die Bauprojekte mit fachlicher Unterstützung durch erfahrene Partnerorganisationen der DESWOS aus den jeweiligen Ländern. Die Betroffenen schließen sich in Gruppen zusammen und errichten gemeinsam die Häuser.

Mit der DESWOS gibt die deutsche Wohnungswirtschaft notleidenden Menschen ein menschenwürdiges Zuhause und eine realistische Perspektive für die Zukunft. Das bedeutet mehr als nur eine kurzfristige Hilfsaktion.

Das bedeutet mehr als nur eine kurzfristige Hilfsaktion.

Das neue Geschmacksmusterrecht. Einführung Texte Materialien. Von *Jürgen M. Kunze*, Richter am Bundespatentgericht im Bundesministerium der Justiz, Köln 2004. Beilage Nr. 130a zum Bundesanzeiger vom 15.7.2004. 188 Seiten, 16,5 × 24,4 cm, 29,80 EUR. Bundesanzeiger Verlagsges. mbH., Köln.

Der Umsetzung europäischen Rechts folgt das neue GeschmMG. Es dient im Kern dem Schutz geistigen Eigentums. Der Band vereint eine ca. 30-seitige Einführung mit den Texten des Gesetzes und der Ausführungsverordnung, der Dokumentation des Parlamentarischen Werdeganges und der Richtlinie 98/71/EG. (vS)

Vertrag über eine Verfassung für Europa. Einführung Text der Verfassung Protokolle und Erklärungen. Von Prof. Dr. *Carl Otto Lenz*, Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften a.D., und Prof. Dr. *Klaus-Dieter Borchardt*, Abteilungsleiter in der Europäischen Kommission, Köln 2004. Beilage Nr. 218a zum Bundesanzeiger vom 17.11.2004. 592 Seiten, 13 × 19 cm, 29,80 EUR. Bundesanzeiger Verlagsges. mbH., Köln.

Eine ernste Sache für die einen, eine freudige, fröhliche Angelegenheit für die anderen: Europa kommt! Nein, Europa ist schon da! Aber wer soll das alles lesen und verstehen? 17 (in Worten: siebzehn) Seiten stark ist die Einleitung der Autoren, eine konzentrierte Zusammenschau des Vertragswerks und seiner Genese. Ein solches Buch gehört zumindest in den Greifbereich der Bürger, wie ehemals Grundgesetz und Landesverfassung dem Abiturienten unter den Arm gegeben wurden. (vS)

Steuer-Ratgeber 2005. Von *Bernhard Bals*, Regierungsdirektor a. D., Bundesministerium der Finanzen; Dipl.-Finanzwirtin *Claudia Boeddinghaus*, Amtsrätin, Bundesministerium der Finanzen; Dipl.-Finanzwirt *Walter Niermann*, Finanzministerium Nordrhein-Westfalen; *Erich Pinkos*, Oberamtsrat, Bundesministerium der Finanzen; *Wolfgang Püschner*, Oberrechnungsrat, Bundesrechnungshof; Dipl.-Finanzwirt *Marcus Spahn*, Finanzministerium Nordrhein-Westfalen. 32. Auflage, Bonn 2005. Lexikonformat, 528 Seiten, kartoniert, inkl. PC-Steuertabellen, € 36,80. ISBN 3-08-317705-4, Stollfuß Verlag Bonn Berlin.

Dieser erstklassige Steuer-Ratgeber stellt das Einkommen-, Körperschaft-, Gewerbe- und Umsatzsteuerrecht u. a. durch die praxisgerechte ABC-Form in den Fächern A. und B. schnell nachvollziehbar dar und erleichtert z. B. mit konsolidierten Gesetzestexten den Zugriff auf die aktuelle Rechtslage.

Dafür sorgen im Einzelnen:

- Das ABC des Steuerrechts: umfassende Erläuterungen zu den einzelnen Rechtsgebieten
- ein tabellarischer Überblick in ABC-Form: schneller Zugriff auf Freibeträge, Freigrenzen, Höchstbeträge usw. mit Hinweis auf die Rechtsgrundlage
- Gesetzestexte 2005: EStG, KStG, GewStG und UStG in aktuellem, vollständigem Wortlaut
- Tabellen: Darstellung der Auswirkung des Steuertarifs und auszugsweiser Abdruck der Einkommensteuer Grund- und Splittingtabelle 2005. (vS)