

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**5/08**

**8. Jahrgang**

**Heft 42**

**Mai 2008**

**S. 193–240**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**M. J. Schmid:**

**Belastung des Gewerberaummieters mit Verwaltungskosten**

## **Wirtschaft und Verbände**

**DStGB: Verhältnis von Vergaberecht zum Städtebaurecht**

## **Gewerbemiete**

**Risiko der Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH)**

**Verkaufsstand im EKZ; Konkurrenzschutz (KG)**

**Shop in Shop; Verwaltungskostenumlage (OLG Rostock)**

**Zwischenmiete; Beweis abzurechnender Wärmekosten (KG)**

**Schönheitsreparaturen am PVC-Fußboden (OLG Düsseldorf)**

**Ausfall gemieteter Verpackungsmaschine (OLG Düsseldorf)**

**Zahlungsverzug; Vermieterpflichten bei der Nachmietersuche (OLG Koblenz)**

**Kette von Untermiete-Verhältnissen (OLG Düsseldorf)**

**Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kauttionen (BGH)**

**PKH für den Insolvenzverwalter (BGH)**

**Wohnung und Arztpraxis; Räumungsschutz (BGH)**

## **Teileigentum**

**Zulässige Ladenöffnungszeiten (OLG München)**

**Begegnungsstätte für Senioren (OLG Düsseldorf)**

## **Wettbewerb**

**D. Dingeldey: Internet – Umschau Mai 2008**

**Kosten eines Abwehrschreibens (BGH)**

## **Besteuerung**

**K.-Chr. Callsen: Steuern – Umschau Mai 2008**

**Umsatzsteuer; Geschäftsveräußerung (BFH)**

**Umsatzsteuer; Entschädigung und Schadensersatz (BGH)**

**Vergaberecht; Kommunalabgabe (OVG Münster)**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

M. J. Schmid,

### **Belastung des Gewerberaummieters mit Verwaltungskosten**

195

## Wirtschaft und Verbände

Deutscher Städte- und Gemeindebund,  
**OLG München: Verhältnis von Vergaberecht zum Städtebaurecht**

196

## Gewerbemiete

Langfristige Miete von Erfassungsgeräten des Energieverbrauchs; Leistung von Abrechnungsdiensten; Allgemeine Geschäftsbedingungen AGB zum Verkauf der Erfassungsgeräte (BGH – nur Leits. mit PM in Hinw. d. Red.)

198

Allgemeine Geschäftsbedingungen AGB; Transparenzgebot; Risiko einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung beim Verwender; Schönheitsreparaturvereinbarung; Abgeltungsklausel; Quotenklausel (BGH)

198

Gewerbemietvertrag; Verkaufsstand im Einkaufszentrum EKZ; räumlicher und konkret vereinbarter Konkurrenzschutz (KG)

199

Gewerbliches Mietverhältnis; Gewerbefläche im SB-Markt EKZ; Shop in Shop; Betriebskosten; Verwaltungskosten (OLG Rostock)

200

Gewerbliche Zwischenmiete; verbrauchsabhängige Wärmekosten; Ablesequittung des Endmieters; Beweislast des Hauptvermieters (KG)

203

Gewerbliche Miete; Lagerhalle zur Kfz-Instandsetzung; Schönheitsreparaturen am PVC-Fußboden; Nebenkostenabrechnung nach Vertragsbeendigung; Aufrechnungsverbot; Rückzahlung der NK-Vorauszahlungen (OLG Düsseldorf)

204

Miete einer Verpackungsmaschine; Mangel der Leistungsfähigkeit; Schadensersatz bei mangelbedingtem Ausfall der Maschine (OLG Düsseldorf)

207

Gewerberaummiete; Schlüsseldienst; Kündigung wegen Zahlungsverzugs; Vermieterpflichten bei der Nachmetersuche (OLG Koblenz)

208

Gewerberaummiete; Kette von Untermiete-Verhältnissen; Vorausabtretung von Ansprüchen an den jeweiligen Vermieter; Vorenthalten der Mietsache (OLG Düsseldorf)

208

Gewerberaummiete; gesetzliche Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kautionen; vereinbarte Vermögensbetreuungspflicht; Untreue; Feststellung eines Nachteils (BGH)

210

Gewerbliches Mietverhältnis; Prozesskostenhilfe PKH für den Insolvenzverwalter; Insolvenz des Mieters (BGH)

213

Räumungszwangsvollstreckung; Wohnung und Arztpraxis; Räumungsschutz; Gesundheitsgefährdung; rechtliches Gehör (BGH)

214

Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc.

216

## Teileigentum

Teileigentum „Laden“; zulässige Ladenöffnungszeiten; Postfiliale im Laden; Imbiß-(Steh-)Tische vor dem Geschäft (OLG München)

218

Vermietetes Teileigentum; Begegnungsstätte für Senioren; Zweckbestimmung „Gewerbeinheit“; gaststättenähnliche Einrichtung; Geruchsausdünstung (OLG Düsseldorf)

219

## Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Mai 2008

221

Wettbewerb; Kosten eines Abwehrschreibens (BGH)

225

Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Wettbewerb etc.

226

## Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Mai 2008

227

Umsatzsteuer; Geschäftsveräußerung bei Veräußerung verpachteter Immobilien; Fortführung des Pachtvertrags (BFH)

228

Bauvertrag; Umsatzsteuer; Entschädigung und Schadensersatz im Werkvertrag; steuerbare Leistungen (BGH)

229

Straßenbaubeitrag; entgegen Vergaberecht vergebene Bauarbeiten; Kommunalabgabe (OVG Münster)

231

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc.

231

## Magazin

Politik und Recht

233

## Impressum

238

Die Einbandecke GuT-Jahrgänge 2006–2007  
Preis: 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Die zwei Einbanddecken  
2001–2003 und 2004–2005  
Paketpreis: 24,60 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt  
Einzelpreis je 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Die drei Einbanddecken  
2001–2003, 2004–2005, 2006–2007  
Paketpreis: 36,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Lieferung solange vorrätig.

Bestellungen an  
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn  
Tel 02 28 /47 63 78, Fax 02 28 / 47 09 54, info@prewest.de

RiOLG, RiBayObLG a. D. Dr. Michael J. Schmid, München

## Belastung des Gewerberaummieters mit Verwaltungskosten

### I. Ausgangssituation

Zwei gegensätzliche Entscheidungen des OLG Köln<sup>1</sup> geben Anlass, die Frage zu vertiefen, welche Anforderungen an eine wirksame Umlegungsvereinbarung für Verwaltungskosten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu stellen sind.

Bei der Geschäftsraummiete kann die Umlegung von Verwaltungskosten auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich frei vereinbart werden. Das ist vom Grundsatz her unstreitig<sup>2</sup> und wird auch von den genannten Entscheidungen des OLG Köln nicht in Frage gestellt.

### II. Der Begriff Verwaltungskosten

Ebenso kann es zwischenzeitlich als ganz herrschende Meinung<sup>3</sup> angesehen werden, dass die Verwendung der Begriffe Verwaltungskosten oder Kosten der Verwaltung ausreichend sind, um sowohl dem schuldrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz als auch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu genügen.

Verwaltungskosten sind nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV, § 26 Abs. 1 II. BV die Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht sowie der Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit. Zu den Verwaltungskosten gehören auch die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und der Geschäftsführung. Da der allgemeine Sprachgebrauch keinen abweichenden Wortsinn entwickelt hat, kann von dieser Definition auch für die Vereinbarungen in Geschäftsraummietverträgen ausgegangen werden<sup>4</sup>.

Die Anwendung dieser Definition ist unproblematisch, wenn für Verwaltungskosten eine Pauschale oder ein bestimmter Prozentsatz von der Miete vereinbart sind. Der Mieter muss hier nur darauf achten, dass er nicht doppelt bezahlt, z. B. weil bei den Hausmeisterkosten die Verwaltungstätigkeiten nicht herausgerechnet sind<sup>5</sup>. Geht es dagegen um einzelne zu vergütende Verwaltungstätigkeiten, kann die Subsumption durchaus schwierig werden. Hilfreich ist dann die negative Abgrenzung zu den Betriebskosten (§ 1 Abs. 1 BetrKV) und den Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV). Gemäß § 305c Abs. 2 BGB wird eine enge Auslegung der Umlegungsvereinbarung zu Lasten des Vermieters vorgenommen<sup>6</sup>. Im Zweifel empfiehlt sich eine ausdrückliche, gegebenenfalls beispielhafte Aufzählung der umzulegenden Kosten.

### III. Überraschende Klausel

a) Dass überhaupt Kosten der Verwaltung auf den Mieter abgewälzt werden, ist nicht unüblich und deshalb für sich alleine auch nicht überraschend.

b) Die Ungewöhnlichkeit der Klausel kann sich auch aus der Höhe des Entgelts ergeben<sup>7</sup>. Dies gilt aber nur für die absolute Höhe des Entgelts, die in den verschiedenen Fällen mit 5,5% der Bruttomiete<sup>8</sup> erheblich ist, aber vom OLG Köln<sup>9</sup> als üblich nicht beanstandet wird. Abgesehen vom Überraschungseffekt ist jedoch auch bei der Höhe der Kosten der Wirtschaftlich-

keitsgrundsatz zu beachten. Dieser gilt, auch wenn es nicht ausdrücklich normiert ist, auch für die Umlegung von Verwaltungskosten. Das folgt aus § 242 BGB und dem in § 556 Abs. 3 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2, § 560 Abs. 5 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken, dass der Vermieter nicht auf Kosten des Mieters unwirtschaftliche Ausgaben tätigen darf.

Keine Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die Höhe der Vorauszahlungen. Wie der 1. Zivilsenat des OLG Köln richtig hervorhebt, kann der Mieter aus dem Ansatz zu niedriger Vorauszahlungen nur in Ausnahmefällen Rechte herleiten<sup>10</sup>. Außerdem ist bei einem einheitlichen Vorauszahlungsbetrag nicht erkennbar, welcher Betrag auf die Verwaltungskosten entfällt, so dass man dann die gesamte Mietnebenkostenumlegung als unwirksam ansehen müsste, was aber dann gerade in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH zu den Vorauszahlungen stehen würde.

c) Nach dem Wortlaut des § 305c Abs. 1 BGB kann sich die Ungewöhnlichkeit auch aus dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages ergeben. Die Verortung der Regelung unter der Überschrift „Sonstige Betriebskosten“ begründet entgegen der Auffassung des 1. Zivilsenats des OLG Köln<sup>11</sup> einen Überraschungseffekt<sup>12</sup>. Verwaltungskosten sind eben gerade keine Betriebskosten (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV), so dass der Leser nicht damit rechnen muss, dass sich unter dieser Überschrift Verwaltungskosten verbergen. Dies gilt insbesondere dann, wenn man mit der Rechtsprechung<sup>13</sup> davon ausgeht, dass der Betriebskostenbegriff im Sinne des § 2 BetrKV im Kernbereich und in der Tragweite allgemein verständlich ist. Es muss deshalb auch ein Gewerberaummieter nicht damit rechnen, dass sich unter dem Titel Betriebskosten Verwaltungskosten finden. Dies gilt erst recht, wenn – wie in den vom OLG Köln entschiedenen Fällen – „die Aufstellung der Betriebskosten“ an der BetrKV orientiert ist. Soweit der 1. Zivilsenat des OLG Köln darauf abstellt, dass

1) Urteil des 1. Senats vom 18.1.2008 – 1 U 40/07 – GuT 2008, 31 = IMR 2008, 157 m. Anm. Müller; Urteil des 22. Senats vom 18.12.2007 – 22 U 67/07 – IMR 2008, 158 m. Anm. Biebelheimer.

2) Z. B. OLG Hamburg ZMR 2003, 180 = GuT 2003, 91; NZM 2002, 388; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rn. 5519; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiets, 4. Aufl., Rn. B 3.

3) Vgl. neben den insoweit übereinstimmenden Urteilen des OLG Köln auch OLG Hamburg GuT 2003, 91; Schmid GuT 2006, 300 <301>; a. A. Lützenkirchen GE 2006, 614.

4) Vgl. OLG Düsseldorf DWV 2000, 194 ff.; OLG Hamburg GuT 2003, 91; KG GE 2004, 234.

5) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rn. 8010.

6) OLG Hamburg GuT 2003, 91.

7) Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 305c Rn. 4.

8) Für 3 – 5% der Nettomiete als angemessener Betrag OLG Hamburg NZM 2002, 388; Lützenkirchen GE 2006, 614 <617>; Schmid GuT 2006, 300 <301>.

9) 1. Zivilsenat.

10) Z. B. BGH GuT 2004, 160 = NZM 2004, 619.

11) Ebenso Lützenkirchen GE 2006, 614.

12) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rn. 5519; ders. GuT 2006, 300 <301>.

13) Z. B. OLG Frankfurt a. M. WuM 2000, 411 = NZM 2000, 757.

§ 2 Nr. 17 BetrKV ein Auffangtatbestand ist, verkennt das Gericht, dass die Vorschrift nur ein Auffangtatbestand für Betriebskosten ist und nicht für sonstige Kosten.

Es ist deshalb erforderlich, die Umlegung von Verwaltungskosten als solche klar erkennbar zu machen und nicht diese Position bei anderen Kosten zu „verstecken“.

#### IV. Transparenzgebot

Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten möglichst klar darzustellen<sup>14</sup>. Das Transparenzgebot verbietet insbesondere eine Täuschung des Vertragspartners, wobei eine objektive Irreführung genügt<sup>15</sup>.

Dass die Verwendung des Begriffs „Verwaltungskosten“ allein nicht gegen das Transparenzgebot verstößt, wurde bereits dargelegt<sup>16</sup>. Das Transparenzgebot kann jedoch verletzt sein, wenn einzelne Verwaltungsmaßnahmen zu unbestimmt umschrieben werden<sup>17</sup>.

Eine Verortung der Verwaltungskosten unter der Überschrift Betriebskosten verstößt bereits gegen § 305c Abs. 1 BGB<sup>18</sup>, so dass ein Rückgriff auf § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht erforderlich ist. Es würde auch ein Verstoß hiergegen vorliegen.

Eine Verschleierung der tatsächlichen Kostenhöhe kann auch unter dem Gesichtspunkt der Transparenz von Bedeutung sein.

Das erfordert aber mehr als nur zu geringe Vorauszahlungen, da die Höhe der Vorauszahlungen in der Regel keinen Vertrauensstatbestand schafft<sup>19</sup>.

#### V. Fazit

Die Umlegung von Verwaltungskosten kann auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden. Auf die Höhe der Kosten und der Vorauszahlungen kommt es dabei nicht an. Zu beachten ist lediglich der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz. Aus dem Vertrag muss klar erkennbar sein, dass (neben Betriebskosten auch) Verwaltungskosten umgelegt werden. Eine nähere Spezifizierung der einzelnen Verwaltungskosten ist nicht unbedingt notwendig, kann sich aber zur Vermeidung von Streitigkeiten in Grenzfällen empfehlen. Erfolgt eine solche Spezifizierung, müssen die zu entgeltenden Tätigkeiten klar beschrieben werden.

14) Z. B. BGH NJW 2000, 651.

15) Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl., § 307 Rn. 24; Prütting/Wegen/Weinreich – K. P. Berger, BGB, 3. Aufl., § 307 Rn. 15.

16) Oben II.

17) BGH GuT 2005, 213.

18) Oben III. 3. c).

19) Oben III. b).

## Wirtschaft und Verbände

*Deutscher Städte- und Gemeindebund, Berlin*

### OLG München: Verhältnis von Vergaberecht zum Städtebaurecht

Mit Beschluss vom 4. 4. 2008 – Az.: Verg 4/08 – hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts München in einem Obiter Dictum Ausführungen zur Frage der Ausschreibung einer Grundstücksveräußerung, die als Voraussetzung der Umsiedlung eines Bau- und Gartenfachmarktes in München diente, gemacht.

#### 1. Sachverhalt

Die Stadt München hatte im Supplement zum Amtsblatt der EG am 18.09. 2007 einen Auftrag zur Umsiedlung eines bestehenden Bau- und Gartenfachmarktes und dem Kauf eines Grundstückes als Baukonzession bekannt gemacht.

Der bestehende Bau- und Gartenfachmarkt an der L.-F.-Straße sollte – worauf auch die Bekanntmachung hinweist – zur Realisierung der im Bebauungsplan festgesetzten stadtplanerischen Ziele auf das, vom Auftragnehmer zu erwerbende Grundstück des Auftraggebers (Stadt München) umgesiedelt werden, auf dem der neue Bau- und Gartenfachmarkt zu errichten ist.

Aufgrund der am Grundstück an der L.-F.-Straße langfristig bis 2037 bestehenden unkündbaren Rechte der Firma P-Bau und Heimwerkermärkte AG und der A. Unternehmensgruppe sowie der damit verbundenen notwendigen einvernehmlichen Mitwirkung bei der Umsiedlung kommt für die Auftragsdurchführung ausweislich der Bekanntmachung nur ein Unternehmen der A.-Unternehmensgruppe in Betracht.

In der Vergabebekanntmachung war daher ausgeführt, dass der Auftraggeber beabsichtigt, das Grundstück an ein Unternehmen der A.-Gruppe zu verkaufen und dieses Unternehmen zur Umsiedlung und Neuerrichtung des P.-Bau und Gartenfachmarktes einschließlich der Erschließungs- und Ausgleichsmaßnahmen zu verpflichten.

Laut der am 18.9.2007 erfolgten EU-weiten Bekanntmachung wurde als Schlusstermin für die Einreichung von Bewerbungen der 8.11.2007 festgelegt. Zu diesem Termin lag nur die Bewerbung der zur A.-Unternehmensgruppe gehörenden Beigeladenen vor.

Mit Schreiben vom 20.9.2007 hatten die Bevollmächtigten der Beigeladenen die Antragsteller über die Bekanntmachung der Antragsgegnerin (Stadt München) vom 18.9.2007 informiert. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 22.11.2007 unter anderem, dass die Ausschreibung vom 18.9.2007 den Wettbewerb unzulässig einschränke und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße.

Am 13.12.2007 wurde der Kaufvertrag mit der Beigeladenen notariell beurkundet und am 28.1.2008 stellte die Antragstellerin bei der Vergabekammer Südbayern einen Nachprüfungsantrag unter anderem mit dem Ziel, der Stadt München zu untersagen, mit der Beigeladenen einen Vertrag über die Umsiedlung des Bau- und Gartenfachmarktes und den Kauf des Grundstückes ohne vorherige neue Bekanntmachung zu schließen.

Bis zum Ablauf der Fünf-Wochen-Frist am 3.3.2008 erging keine Entscheidung der Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag.

Mit Beschluss vom 14.3.2008 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag wegen Fristversäumung (Verstoß gegen § 107 Abs. 3 S. 2 GWB) als unzulässig verworfen. Die Antragstellerin beantragte daraufhin, den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 14.3.2008 aufzuheben.

## 2. Entscheidung des OLG München

Das OLG München hat dem Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nicht stattgegeben. Grund sei, dass die Antragstellerin ihre Rüge verspätet erhoben habe und daher hiermit präkludiert sei.

Im Übrigen führt der Vergabesenat anlässlich seiner Entscheidung folgendes aus:

„Allerdings hätte der Senat Zweifel daran, ob sich der streitgegenständliche Sachverhalt als Beschaffungsmaßnahme der öffentlichen Hand (§ 99 Abs. 3 GWB) verstehen lässt. Die Antragsgegnerin will aus städtebaulichen Gründen einen P.-Baumarkt verlegen. Das städtebauliche Interesse der Antragsgegnerin besteht entgegen der Einschätzung der Antragstellerin ersichtlich nicht primär in der Versorgung des Münchener-Südostens mit Bau- und Gartenfachmärkten. Das vorgenannte Vorhaben kann nur im Zusammenwirken mit der Beigeladenen und der Firma P. realisiert werden. Eine wettbewerbliche Komponente, wie sie sich bei der Entwicklung oder Umgestaltung von Grundstücken der öffentlichen Hand durch Einen aus einer ex ante Mehr- oder gar Vielzahl in Betracht kommender Investoren dem Grunde nach ergeben mag, scheidet von vorneherein aus. Es ist das auch verfassungsrechtlich (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 Bayerische Verfassung) verbürgte Recht der Antragsgegnerin, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Die Städteplanung gehört zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung. Wenn das Vergaberecht im streitgegenständlichen Fall anwendbar wäre, müsste sich die Antragsgegnerin mit dem abfinden, was der Wettbewerb von ihren städteplanerischen Vorstellungen übrig lässt. Bei dieser Sachlage sieht der Senat entgegen dem Dafürhalten der Antragstellerin weder die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts unter einem städtebaulichen Vorwand noch einen Verstoß gegen das UWG. Das planerische Ziel der Antragstellerin, die Verlagerung des P.-Marktes, ist dem Vergabe-

verfahren vorgegeben und dort nicht inzident zu prüfen. Insofern wäre vielmehr gegebenenfalls der Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten.“

## 3. Anmerkung

Interessant an der Entscheidung des OLG München ist die Aussage, dass der Senat Zweifel daran hat, ob sich der streitgegenständliche Sachverhalt als „Beschaffungsmaßnahme“ der öffentlichen Hand (§ 99 Abs. 3 GWB) verstehen lässt. Der Senat begründet dies mit den zugrunde liegenden städtebaulichen Gründen sowie damit, dass das Vorhaben nur im Zusammenhang mit der Beigeladenen realisiert werden könne und insofern eine wettbewerbliche Komponente fehle.

Wenn es allerdings nur auf das Fehlen einer wettbewerblichen Komponente angekommen wäre, weil wegen des Sachverhalts die Verlegung des Gartenmarkts ausschließlich mit der Beigeladenen in Frage kommt, hätte der Vergabesenat zumindest auf der Rechtsprechungslinie des OLG Düsseldorf durch eine „Beschaffungsmaßnahme“, die aber im konkreten Fall zur Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Vergabebeurkundung geführt hätte, annehmen müssen.

Insofern ist es auch von Interesse, dass der Vergabesenat das verfassungsrechtlich (unter anderem Art. 28 Abs. 2 GG) verbürgte Recht der Stadt München, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln, als Schranke für das Vergaberecht herausstellt.

Insgesamt bleibt aber abzuwarten, wie andere Vergabesenate nach den bereits vorliegenden drei Beschlüssen des OLG Düsseldorf und dem einem Beschluss des OLG Bremen bei kommunalen Immobiliengeschäften (Veräußerungen, Verpachtungen der öffentlichen Hand mit städtebaurechtlichen Vorgaben) und jetzt des OLG München das Vergaberecht auslegen. Größere Rechtssicherheit dürfte – bei entsprechender Divergenzvorlage – erst eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs bringen.

(Norbert Portz, DStGB)

### Deutscher Mietgerichtstag e.V. Herbstveranstaltung

Der Deutsche Mietgerichtstag e.V. veranstaltet am 5. 9. 2008 in Mainz, Hilton Hotel, Rheinstraße 68, 55116 Mainz von 14.30 Uhr bis 18:00 Uhr eine Vortragsveranstaltung.

Themen:

#### 1. Keine Renovierungspflicht aber Mietzuschlag?

Das BGH Urteil vom Juli 2008 – VIII ZR 181/07 – und seine Folgen

Referent: Prof. Dr. Martin Häublein, Berlin

#### 2. Flächenabweichungen und Betriebskosten

Referent: RiAG Dr. Werner Hinz, Pinneberg/Itzehoe

Bescheinigungen nach § 15 FAO werden erteilt. Die Teilnahme an der Veranstaltung ist für Mitglieder kostenlos. Für Nichtmitglieder wird ein Teilnahmebeitrag von 50,- € erhoben. Eine Anmeldung ist dringend zu empfehlen, da nur angemeldete Teilnehmer einen Anspruch auf Teilnahme haben.

Anmeldung per Fax: 030 / 22 32 346

oder e-mail: anmeldung@mietgerichtstag.de.

### EIPOS

#### Europäisches Institut für postgraduale Bildung an der TU Dresden e. V.

#### Qualifikation schafft Zukunft

Universitäres Niveau

Internationalität

Akzeptanz

Individualität

Das Europäische Institut für postgraduale Bildung an der TU Dresden e. V. entwickelt Fortbildungsprogramme in Berufsfeldern, die für unsere Kunden interessante Zukunftspotenziale und wirtschaftliche Entwicklung versprechen.

Wir unterstützen berufliche und unternehmerische Karrieren und die Zusammenarbeit von Fach- und Führungskräften.

[www.eipos.de](http://www.eipos.de)

# Gewerbemiete

## §§ 307, 449 BGB

**Langfristige Miete von Erfassungsgeräten des Energieverbrauchs; Leistung von Abrechnungsdiensten; Allgemeine Geschäftsbedingungen AGB zum Verkauf der Erfassungsgeräte**

**a) Im Rechtsverkehr mit Verbrauchern benachteiligt eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Laufzeit von zehn Jahren einen Mieter von Verbrauchserfassungsgeräten unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.**

**b) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kaufvertrages über entsprechende Erfassungsgeräte, die es dem Verkäufer bei Zahlungsverzug gestattet, unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Geräte bis zur Kaufpreiszahlung vorläufig wieder zurückzunehmen, widerspricht dem wesentlichen Grundgedanken des § 449 Abs. 2 BGB und ist im Rechtsverkehr mit Verbrauchern nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.**

(BGH, Urteil vom 19.12. 2007 – XII ZR 61/05)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2008, 139–145.

Die BGH-Pressemitteilung Nr. 194/2007 zu dem Urteil vom 19.12. 2007 – XII ZR 61/05 – lautet:

»Der Kläger ist ein eingetragener Verein, der Verbraucherinteressen wahrnimmt. Die Beklagte, ein bundesweit tätiges Unternehmen, befasst sich mit der Ermittlung und der Abrechnung verbrauchsabhängiger Energiekosten. Sie bietet ihren Kunden dabei Verbrauchserfassungsgeräte zum Kauf und zur Miete an.

In ihrem Formular „Auftrag für die Anmietung“ verwendet die Beklagte u. a. die Klausel, dass die Laufzeit des Vertrages 10 Jahre betrage und sich der Mietvertrag jeweils um denselben Zeitraum verlängere, wenn er nicht spätestens drei Monate vor Vertragsablauf schriftlich von einem der Vertragspartner gekündigt werde.

Weiter verwendet die Beklagte in ihren „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ für den Kauf von Geräten und Zubehör die Klausel: „Kommt der Kunde mit seiner Bezahlung in Verzug, hat ... das Recht, die gelieferten Geräte/Zubehör bis zu deren Bezahlung an sich zu nehmen“ (sog. Rücknahmeklausel).

Der Kläger verlangt von der Beklagten, im Rechtsverkehr mit Verbrauchern (§ 13 BGB) die Verwendung dieser Klauseln zu unterlassen und sich nicht mehr auf sie zu berufen.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Sie waren der Auffassung, dass die Klauseln gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam seien, weil sie die Vertragspartner der Beklagten entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligten. Das Oberlandesgericht hat die Revision zugelassen. Der zuständige XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Revision des Beklagten zurückgewiesen.

Die im Rahmen des § 307 BGB vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen ergibt, dass beide Klauseln Verbraucher unangemessen benachteiligen und deshalb unwirksam sind.

Eine Laufzeit von 10 Jahren beeinträchtigt die Interessen des Mieters der Erfassungsgeräte unangemessen, weil ihm einseitig das Verwendungsrisiko für den Mietgegenstand auferlegt wird. Der Mieter bleibt an den Vertrag gebunden. Er trägt das wirtschaftliche Risiko für die verwendeten Erfassungsgeräte, selbst wenn er diese nicht mehr benötigt. Er hat keine Möglichkeit, nach angemessener Zeit zu einem günstigeren Konkurrenzunternehmen zu wechseln oder auf einen geänderten Bedarf zu reagieren. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen,

sie müsse bei Unwirksamkeit der Laufzeitklausel eine höhere Miete verlangen. Das „Preisargument“ ist im Rahmen der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich nicht beachtlich.

Die Rücknahmeklausel widerspricht der gesetzlichen Regelung des § 449 Abs. 2 BGB, wonach der Verkäufer eine unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache nur herausverlangen kann, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist. Mit dem Grundsatz „keine Rücknahme ohne Rücktritt“ hat der Gesetzgeber den Vorbehaltskäufer davor schützen wollen, sowohl die Kaufsache herausgeben als auch den Kaufpreis zahlen zu müssen. Diesen Schutz nimmt die Klausel dem Käufer, ohne dass dafür ein berechtigtes Interesse gegeben ist. Das Sicherungsinteresse des Vorbehaltverkäufers gegenüber dem mit der Kaufpreiszahlung in Verzug befindlichen Käufer ist nämlich durch die Möglichkeit des Rücktritts ausreichend gewahrt.«

## §§ 307, 306 BGB

**Allgemeine Geschäftsbedingungen AGB; Transparenzgebot; Risiko einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung beim Verwender; Schönheitsreparaturvereinbarung; Abgeltungsklausel; Quotenklausel**

**a) Eine Abgeltungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Mieter für den Fall, dass die Schönheitsreparaturen bei seinem Auszug noch nicht fällig sind, dazu verpflichtet, „angelaufene Renovierungsintervalle zeitanteilig zu entschädigen“, ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. (nur Leitsatz)**

**b) Dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die sich aufgrund einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als unwirksam erweisen, ist grundsätzlich kein Vertrauensschutz zuzubilligen (Bestätigung von BGHZ 132, 6, 12).**

(BGH, Urteil vom 5. 3. 2008 – VIII ZR 95/07)

**19 Aus den Gründen:** c) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Abgeltungsklausel auch nicht deswegen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes für das vorliegende Vertragsverhältnis als wirksam zu behandeln, weil der Senat in früheren Entscheidungen vergleichbare Abgeltungsklauseln als zulässig angesehen hat (BGHZ 105, 71, 76 ff. [= WuM 1988, 294]; Urteil vom 3. Juni 1998 – VIII ZR 317/97, NJW 1998, 3114 [= WuM 1998, 592], unter III 3; Urteil vom 6. Oktober 2004 – VIII ZR 215/03, NZM 2004, 903 [= WuM 2004, 663], unter II 1; zur Frage des Vertrauensschutzes vgl. Sternel, NZM 2007, 545, 546 f.; Artz, NZM 2007, 265, 268; Beyer, GE 2007, 122, 130; Bub/von der Osten, NZM 2007, 76, 79; Horst, NZM 2007, 185, 191 f.).

**20** Dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die sich aufgrund einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als unwirksam erweisen, ist im Allgemeinen kein Vertrauensschutz zuzubilligen (vgl. BGHZ 132, 6, 12). Höchstgerichtliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzeugen damit keine vergleichbare Rechtsbindung. Gerichtliche Entscheidungen, die die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts betreffen, wirken schon ihrer Natur nach auf einen in der Vergangenheit liegenden, in seiner rechtlichen Bewertung noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt ein. Für diese grundsätzlich zulässige so genannte unechte Rückwirkung können sich zwar im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes Schranken aus dem Prinzip der Rechtssicherheit ergeben. Das Risiko, dass eine zunächst unbeanstandet gebliebene Klausel in späteren höchstrichterlichen Entscheidungen wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners als unwirksam beur-

teilt wird, trägt aber grundsätzlich der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen (BGHZ, a. a. O.). Ein Vertragspartner, der sich nicht mit der gesetzlichen Regelung begnügt und zur Erweiterung seiner Rechte den Weg der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wählt, wird in der Regel nicht dadurch in seinem schutzwürdigen Vertrauen beeinträchtigt, dass eine Klausel geraume Zeit unbeanstandet geblieben ist und erst nach Jahren gerichtlich für unwirksam erachtet wird (BGHZ, a. a. O.). Soweit der Bundesgerichtshof in den von der Revision angeführten Fällen (BGHZ 130, 19, 35; 137, 153, 156 f.; 153, 311, 312) gleichwohl für besonders gelagerte Sachverhalte auch dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen teilweise Vertrauensschutz zugebilligt hat, besteht mangels Vergleichbarkeit für eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf unwirksame Schönheitsreparaturklauseln kein Anlass. In diesen Fällen tritt vielmehr gemäß § 306 Abs. 2 BGB die dispositiven gesetzliche Bestimmung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB an die Stelle der unzulässigen Klausel (Senatsurteile vom 28. Juni 2006 – VIII ZR 124/05, NJW 2006, 2915 [= WuM 2006, 513], Tz. 21 sowie vom 18. Oktober 2006 – VIII ZR 52/06, NJW 2006, 3778 [= WuM 2006, 677], Tz. 27).

**Hinw. d. Red.:** Vollständige Veröffentlichung in WuM 2008, 278.

### § 535 BGB; § 522 ZPO

**Gewerbemietvertrag;  
Verkaufsstand im Einkaufszentrum EKZ;  
räumlicher und konkret vereinbarter Konkurrenzschutz**

**Haben die Parteien eines Gewerbemietvertrages über Räume in einem Einkaufszentrum (Markthalle) die Konkurrenzschutzpflichten des Vermieters ausdrücklich geregelt, kann darin eine Einschränkung der Grundsätze des „vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes“ liegen.**

(KG, Beschluss vom 18.5.2007 – 12 U 99/07)

**Zum Sachverhalt:** Der Antragsteller hat mit Vertrag vom 19.11.2001 mit der Antragsgegnerin im T-Markt den Verkaufsstand Nr. 14a für den Handel mit Tabakwaren, Zeitschriften, Süßwaren und Geschenkartikeln gemietet. In § 12 Sondervereinbarungen, ist in Abs. 1 geregelt:

„Der Mieter erhält Konkurrenzschutz für den Verkauf von Tabakwaren und Zeitschriften. Der Konkurrenzschutz bezieht sich auf die Marktstände der Markthalle, welche ab Januar neu vermietet werden.“

Die Antragsgegnerin hat einen Mietvertrag mit einem Betreiber eines Internetcafés abgeschlossen, der dieses Café am 2. April 2007 eröffnen will. In dem Internetcafé werden u. a. auch Getränke, Eis, Süßwaren und Tabakwaren angeboten.

Der Antragsteller verlangt, dass der Antragsgegnerin auferlegt wird, die Aufnahme und das Aufrechterhalten des Handels

mit Tabakwaren durch den neuen Gewerbemietter zu verhindern. Er meint, seine Konkurrenzschutzklausel beziehe sich auch auf den gesamten Gebäudekomplex des T-Marktes.

Die Antragsgegnerin meint, die Konkurrenzschutzklausel beziehe sich ausschließlich auf die Marktstände der Markthalle.

Das LG Berlin hat den Antrag als unbegründet zurückgewiesen.

Der Verfügungsanspruch sei nach dem eigenen Vorbringen des Antragstellers zu verneinen. Die ausdrücklich vereinbarte Konkurrenzschutzklausel in § 12 des Mietvertrages des Antragstellers beziehe sich auf die Produkte Tabakwaren und Zeitschriften und sei dem Wortlaut nach beschränkt auf die Marktstände der Markthalle. Diese Einschränkung sei eine örtlich bezogene Einschränkung und nicht, wie der Antragstellervertreter meine, als Kennzeichnung der Konkurrenten, die ab Januar neu mieten, gemeint. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Erklärung. Die Klausel sei dem Wortlaut entsprechend eng auszulegen und beziehe sich mithin ausschließlich auf die Marktstände der Markthalle, nicht auf den Gebäudekomplex, der der Markthalle vorgelagert ist. Es handele sich dabei um einen eigenen Gebäudekomplex, auch wenn das Schild, das von der Straße T. Damm aus zu sehen ist, den Eindruck vermittele, als ob es sich um ein Gebäude handele. Die Markthalle sei örtlich abgegrenzt, habe einen eigenen Zugang und gehöre mithin räumlich nicht zu der Markthalle, für welche der Antragsteller Konkurrenzschutz für sich in Anspruch nehmen kann.

**Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel des Klägers hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Der Senat folgt den im Wesentlichen zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die durch die Rechtsmittelbegründung nicht entkräftet worden sind.

1. Der Senat schließt sich der vom Landgericht gefundenen Auslegung von § 12 des Mietvertrages ausdrücklich an. Hiernach wurde der dem Kläger von der Beklagten zu gewährenden Konkurrenzschutz sowohl in zeitlicher („... ab Januar neu vermietet ...“) als auch in örtlicher („... auf die Marktstände der Markthalle ...“) Hinsicht vertraglich geregelt. Das vom Kläger beanstandete „E. Internet-Tele-Café“ wird von dieser Konkurrenzschutzklausel nicht erfasst, da es sich bei diesem nicht um einen „Marktstand der Markthalle“ handelt; dieses Café liegt, wie das Landgericht zutreffend ausführt, nicht in der Markthalle, sondern in einem dieser Markthalle vorgelagerten, eigenständigen Gebäudekomplex.

2. Auch der vom Kläger in seinem Schriftsatz vom 19. April 2007 genannte „vertragsimmanente Konkurrenzschutz“ verhilft dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg, obwohl es bei Vermietung von Gewerberäumen in einem Einkaufszentrum – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eines Konkurrenzschutzes – zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gehört, dass der Vermieter in unmittelbarer Nachbarschaft keinen Konkurrenzbetrieb zulässt oder selbst eröffnet (vgl. Senat, Beschluss vom 5. September 2005 – 12 U 95/05 –, KGReport Berlin 2006, 5 [= GuT 2005, 252]).

Die Parteien haben jedoch die Konkurrenzschutzpflichten der Beklagten in § 12 des Mietvertrages ausdrücklich geregelt und damit die dem Mietverhältnis innewohnende Konkurrenzschutzpflicht in örtlicher und zeitlicher Hinsicht zulässigerweise eingeschränkt. Die dem Mietverhältnis innewohnende Konkurrenzschutzpflicht des Vermieters kann nämlich vertraglich ausgestaltet, erweitert aber auch eingeschränkt und abbedungen werden (vgl. Stornel, Mietrecht, 3. Auflage, II Rdnr. 133).

Im Übrigen hat die Sache keine grundsätzliche Bedeutung, und eine Entscheidung des Senats zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist nicht erforderlich.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

*Dokumentation,*

*Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

**§§ 307, 535, 560 BGB; § 1 BetrKV**  
**Gewerbliches Mietverhältnis;**  
**Gewerbefläche im SB-Markt EKZ; Shop in Shop;**  
**Betriebskosten; Verwaltungskosten**

**Im Mietvertrag über die Fläche zum Betrieb eines Getränkeshops in einem SB-Markt bedarf die Umlage von Kosten der Gebäudereinigung auf den Mieter einer gesonderten Vereinbarung.**

**Die Umlage von „Verwaltungskosten“ im Formular-Gewerbemietvertrag muss dem Transparenzgebot genügen. Der Begriff ist näher zu umschreiben und zu den anderen Betriebskosten abzugrenzen.**

**Der Verwaltungskostenbegriff der Betriebskostenverordnung ist im Gewerberaummietrecht untauglich. Die „Verwaltung“ der Wohnungseigentümer ist nicht auf gewerbliche Mietverhältnisse übertragbar.**

**Eine Anpassung der mietvertraglichen Betriebskostenvorauszahlung über § 560 Abs. 4 BGB ist im Gewerberaummietverhältnis nicht bestimmt.**

**Die Revision wird zugelassen.**

(OLG Rostock, Urteil vom 10. 4. 2008 – 3 U 158/06)

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz um Nachzahlungen aus drei Betriebskostenabrechnungen, eine Betriebskostenvorauszahlung aus 2002, die Erledigung von Nachzahlungen erhöhter Betriebskostenvorauszahlungen 2005 sowie Kostenersatz für die Reparatur einer abgerissenen Metallplatte.

Mit Mietvertrag vom 7. 7. 1997 mietete die Beklagte von Herrn E. F. Gewerbeflächen im SB-Markt E.-Str., in T., zum Betrieb eines Getränkeshops. In der Immobilie ebenfalls angesiedelt waren ein Penny-Markt, ein Bäcker, ein Fleischer und eine Pizzeria. Die Klägerin erwarb das Grundstück vom Vermieter und ist im Grundbuch eingetragen. Bei dem streitgegenständlichen Mietvertrag handelt es sich nach dem Vorbringen der Klägerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 13. 3. 2008 um einen von der seinerzeitigen Vermieterin auch anderweitig verwandten Formularmietvertrag.

In § 3 des Mietvertrages vereinbarten die Vertragsparteien eine monatliche Miete von 1565,78 EUR incl. Umsatzsteuer und hierneben eine Betriebskostenvorauszahlung von 2 DM/qm.

§ 5 des Mietvertrages lautet wie folgt:

„Nebenkosten

1. Der Mieter übernimmt neben der Mietzahlung die mit der Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft und dem Betrieb seiner Geschäftsräume ursächlich zusammenhängenden Nebenkosten wie folgt:

a. Kosten der Ver- und Entsorgung

- Strom
- Heizung/Klimatisierungsenergie
- Wasser/Abwasser
- Allgemeinstrom
- Gartenpflege/Außenanlagen
- Straßenreinigung
- Fußwegreinigung
- Kanalreinigung

b. Kosten des Betriebes

- Schornsteinreinigung
- Sach- und Haftpflichtversicherung
- Hauswart
- Verwaltungskosten
- Grundsteuer
- Bewachung“

In § 6 Abs. 6 des Mietvertrages heißt es:

„Der Mieter hat Schäden, für die er einstehen muß, sofort zu beseitigen. Kommt er dieser Verpflichtung trotz schriftlicher

Mahnung innerhalb einer angemessenen Frist nicht nach, so kann der Vermieter die erforderlichen Maßnahmen auf Kosten des Mieters vornehmen lassen.

In diesem Falle steht dem Mieter auch bei wesentlicher Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit der Mieträume kein Recht auf Minderung, Schadensersatz oder Zurückbehaltung zu.“

Mit einer Betriebskostenabrechnung vom 28. 6. 2004 stellte die GVG G.-Verwaltungs-GmbH als Verwalterin der Beklagten für 2002 unter Abzug geleisteter Vorauszahlungen eine Nachzahlung von 1330,86 EUR brutto in Rechnung. Dabei schließt die Rechnung mit einem Saldo von 1082,38 EUR brutto. Weiterhin verlangt wird eine Vorauszahlung für April 2002 von 248,48 EUR, die in die Betriebskostenabrechnung als Sollzahlung eingestellt worden ist. In der Abrechnung sind u. a. Verwaltungskosten i.H.v. 1120,29 EUR netto = 1299,54 EUR brutto enthalten.

Die am 2. 12. 2004 erstellte Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2003, die einen Nachzahlungsbetrag von 2115,77 EUR brutto ausweist, enthält u. a. als Abrechnungspositionen Verwaltungskosten i.H.v. 1120,28 EUR netto = 1299,54 EUR brutto und Gebäudereinigung i.H.v. 172,79 EUR netto = 200,44 EUR brutto.

Die am 27. 6. 2005 für das Jahr 2004 gelegte Rechnung endet mit einem Nachzahlungssaldo zu Lasten der Beklagten von 1552,07 EUR. Hierin sind wiederum u. a. die Positionen Verwaltungskosten i.H.v. 1120,28 EUR netto = 1299,54 EUR brutto sowie Gebäudereinigung i.H.v. 172,78 EUR netto = 200,44 EUR brutto enthalten.

Die Rechnungen weisen jeweils für die abgerechnete Betriebskostenposition den Gesamtkostenbetrag, einen Umlageschlüssel und den auf die Beklagte entfallenden Betrag aus. Den sich so ergebenden Betrag saldiert sie mit Vorauszahlungen.

Die Klägerin hat behauptet, die Betriebskostenvorauszahlungen von zuletzt 385,00 EUR seien im Hinblick auf die Abrechnung für 2003 auf 500,00 EUR zu erhöhen gewesen. Die Differenz von monatlich 115,00 EUR sei für Januar 2005 bis Juli 2005 zu erstatten. Die Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen habe die Klägerin vornehmen dürfen, denn die Beklagte schulde gem. § 5 des Mietvertrages eine angemessene Betriebskostenvorauszahlung.

Die Klägerin hat weiterhin behauptet, dass sie für die Befestigung einer Stahlplatte in der Anlieferungszone Kosten i.H.v. 111,07 EUR habe aufwenden müssen. Diese müsse die Beklagte tragen, da die Platte durch die Beklagte oder ihre Erfüllungsgehilfen gelöst worden sei.

Sie hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 8460,01 EUR zzgl. Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat bestritten, dass die Kosten für Verwaltung in der geltend gemachten Höhe angefallen seien. Jedenfalls seien sie völlig überhöht und unangemessen. In einem so kleinen Mietobjekt, in dem die Mieter konstant seien, seien Verwaltungskosten von über 6000,00 EUR netto jährlich nicht erforderlich. Die übrigen abgerechneten Betriebskostenpositionen hat sie mit Ausnahme der Kosten für die Gebäudereinigung in der mündlichen Verhandlung vom 13. 3. 2008 unstreitig gestellt.

Das Landgericht Neubrandenburg hat die Beklagte zur Zahlung von 2545,24 EUR (Mieten 03. 03–10. 03) nebst Zinsen unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin die Zahlung weiterer 5109,77 EUR nebst Zinsen hierauf in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. 6. 2005 weiter. In Höhe von 805,00 EUR – nämlich in Höhe des verlangten Betrages für die beanspruchte Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen – hat sie nach Erteilung der Betriebskostenabrechnung 2005 die Erledigung zur Hauptsache erklärt.

Die Nachforderung der Vorauszahlung von 248,48 EUR für April 2002 habe das Gericht zu Unrecht abgewiesen. Wenn sie wegen Abrechnungsreife nicht mehr verlangt werden könne,



führe dies lediglich zu einer betraglichen Verschiebung, denn sie sei in der Betriebskostenabrechnung als Sollvorschuss abgezogen worden. Es würde sich anderenfalls die Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung 2002 von 1082,38 EUR um 248,48 EUR auf dann 1330,86 EUR erhöhen.

Die Nachforderungen aus den Betriebskostenabrechnungen 2002 bis 2004 habe das Landgericht zu Unrecht für unbegründet erachtet. Durch Rechnungsvorlage habe die Klägerin deren Anfall und Bezahlung nachgewiesen. Die Anforderungen des Landgerichts an die Darstellung der angefallenen Kosten seien übertrieben hoch. Der Mieter habe keinen Anspruch auf die Darlegung, welche Arbeiten die Vermieterin für die Verwaltung in Auftrag gebe und welche Vergütung sie vereinbare. Soweit das Gericht rügt, dass die Abrechnung über einzelne Leistungen nicht über Stunden erfolgt sei, sei eine Abrechnung nach einer vereinbarten Pauschale billiger und wirtschaftlicher. Eine Abrechnung nach Stunden sei praktisch nicht durchführbar.

Die Beklagte begehrt unter Verweis auf ihr erstinstanzliches Vorbringen die Berufung zurückzuweisen.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung hat überwiegend keinen Erfolg.

1. Zugunsten der Klägerin ist im Rahmen der Betriebskostenabrechnung betr. das Jahr 2002 ein Betrag in Höhe von 248,48 EUR zu berücksichtigen. Dabei lässt der Senat die Frage dahinstehen, ob die Klägerin die nicht geleistete Vorauszahlung für April 2002 in der Betriebskostenabrechnung als Sollvorschuss einstellen durfte. Denn die Klägerin hat die ausstehende Vorauszahlung nach Abrechnung als Sollvorschuss ausdrücklich als weiteren zu zahlenden Betrag in der Betriebskostenabrechnung ausgewiesen und die beiden Beträge sodann zur Nachforderung addiert. Für die Beklagte war somit ohne weiteres nachvollziehbar, was von ihr auf die Betriebskostenabrechnung 2002 tatsächlich zu zahlen sein sollte.

2. Indes kann die Klägerin nicht mit Erfolg 111,77 EUR für die Befestigung einer Stahlplatte geltend machen. Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 6 des Mietvertrages sind nicht erfüllt.

Zwar sieht § 6 Abs. 2 des Mietvertrages vor, dass der Mieter für von ihm verursachte Schäden haftet. § 6 Abs. 6 des Mietvertrages bestimmt darüber hinaus, dass der Mieter Schäden, die er zu vertreten hat, sofort zu beseitigen hat. Die spezielle Regelung des § 6 Abs. 6 geht der in § 6 Abs. 2 des Mietvertrages getroffenen Abrede inhaltlich vor. Während Absatz 2 die grundsätzliche Einstandspflicht des Mieters regelt, bestimmt Absatz 6, wie im Schadensfall zu verfahren sein soll. Der Mieter muss hiernach erst zur Beseitigung des Schadens aufgefordert werden, bevor er Kostenersatz für die Beseitigung durch den Vermieter zahlen muss. Diese Auslegung entspricht auch dem gesetzlichen Leitbild. Die Klägerin hat die Beklagte nicht zur Befestigung der Stahlplatte aufgefordert, so dass der geltend gemachte Ersatzanspruch nicht besteht.

3. Auch die mit den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2003 und 2004 jeweils i.H.v. 172,78 EUR netto geltend gemachten Kosten der Gebäudereinigung stehen der Klägerin nicht zu. Kosten der Gebäudereinigung werden in § 5 des Mietvertrages nicht aufgezählt, so dass es bereits an einer entsprechenden Umlagevereinbarung der Parteien fehlt. Auch auf eine stillschweigende Vereinbarung durch wiederholte Abrechnung kann sich die Klägerin hier nicht berufen. Zum einen hat sie die Kosten der Gebäudereinigung nur in zwei aufeinanderfolgenden Abrechnungen eingestellt, so dass von einer längeren Übung keine Rede sein kann. Zum anderen fehlt es neben dem Zeitpunkt auch an weiteren Umständen, die auf einen durch konkludentes Handeln hervortretenden Erklärungswillen der Beklagten zur Vertragsänderung schließen ließen, denn die Beklagte hat die Kosten der Gebäudereinigung als nicht umlegbar gerügt und sie nicht gezahlt.

4. Ebenso wenig kann die Klägerin Verwaltungskosten auf die Beklagte umlegen.

a. Das Gesetz sieht keine Umlage von „Verwaltungskosten“ auf den Gewerberaummieter vor. Nach § 536 BGB a. F. (= § 535 Abs. 1 BGB) hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten und die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen. Diese Pflicht umfasst auch, für die erforderliche Verwaltung zu sorgen und die entsprechenden „Verwaltungskosten“ zu übernehmen.

Grundsätzlich ist die Umlage von „Verwaltungskosten“ in der Gewerberaummiete aber zulässig (OLG Frankfurt, Urt. v. 1.11.1984, 3 U 143/83, WuM 1985, 91; OLG Nürnberg, Urt. v. 21.3.1995, 3 U 3727/94, WuM 1995, 308; KG, Urt. v. 2.10.2003, 8 U 25/03, GE 2004, 234; Both, Betriebskostenlexikon, 2. Aufl., Rn. 229; Schmidt-Futterer/Langenberg MietR, 9. Aufl., § 556 Rn. 93). Für die Umlegbarkeit von „Verwaltungskosten“ bedarf es aber einer wirksamen, ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien (BGH, Urt. v. 6.4.2005, XII ZR 158/01, NZM 2005, 863 [= GuT 2005, 213]; Lützenkirchen, GE 2006, 614; Pfeifer, DWW 2000, 13; Ludley, NZM 2006, 851). Handelt es sich dabei – wie vorliegend – um eine Formularklausel des Vermieters, muss sich die Vereinbarung am Transparenzgebot des § 9 AGBG a. F. (= § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) messen lassen (BGH, Urt. v. 6.4.2005, XII ZR 158/01, NZM 2005, 863 [= GuT 2005, 213]; Lützenkirchen a. a. O.; Ludley, a. a. O.).

Nach dem Transparenzgebot sind Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und darstellbar darzustellen. Die von § 535 BGB abweichende Vereinbarung der Übernahme weiterer Kosten neben der Miete für die Gewährung des Gebrauchs durch den Mieter bedarf deshalb stets einer ausdrücklichen und inhaltlich bestimmten Vereinbarung. Sie muss so formuliert sein, dass der Mieter – bei zumutbarer Anspannung seiner Erkenntniskräfte – ihren Inhalt wahrnehmen, durchschauen und bewerten kann. Integraler Bestandteil dieses Gebots der Verständlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist das Verbot der Verschleierung kundenbelastender Folgen. Es ist geboten, wirtschaftliche Nachteile soweit offenzulegen, wie dies den Umständen nach gefordert werden kann. Nur dann ist es dem Mieter möglich, sich ein zumindest grobes Bild davon zu machen, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können (BGH, Urt. v. 6.4.2005, XII ZR 158/01, NJW-RR 2006, 84, 85 [= GuT 2005, 213]; Urt. v. 12.7.2006, XII ZR 39/04, MDR 2007, 77 [= GuT 2006, 224]; Senatsurteil v. 16.4.2007, 3 U 134/06; Ludley a. a. O.). Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGH, Urt. v. 16.5.2007, XII ZR 13/05, NJW 2007, 2176 [= GuT 2007, 205]).

b. Die in Rede stehende Klausel genügt diesen Anforderungen nicht und ist unwirksam. In § 5 des Mietvertrages hat sich die Klägerin darauf beschränkt, den Begriff „Verwaltungskosten“ in die Aufzählung der umlegbaren Betriebskosten aufzunehmen. Eine nähere Umschreibung des Begriffs in Abgrenzung zu den anderen Betriebskosten fehlt ebenso wie eine Begrenzung der Höhe der Belastung des Mieters.

1) Entgegen der Ansicht des OLG Hamburg (Urt. v. 6.2.2002, 4 U 32/00, NZM 2002, 388; zustimmend Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 9. Aufl., Rn. 5501) kann nach dem allgemeinen Sprachgebrauch dem Begriff „Verwaltungskosten“ kein hinreichend bestimmter Inhalt beigemessen werden. Ebenso wenig kann nach Ansicht des Senates im Wege der Auslegung ein hinreichend transparenter Begriff des Begriffs „Verwaltungskosten“ ermittelt werden, wodurch der Mieter die auf ihn zukommenden Kosten jedenfalls im Groben einschätzen könnte (ebenso für ein „normales“ Mietverhältnis KG, Urt. v. 8.10.2001, 8 U 6267/00, NZM 2002, 954; allgemein Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 4. Aufl., B Rn. 59; Lützenkirchen a. a. O.; Pfeifer, a. a. O.). Dies

gilt auch unter Berücksichtigung dessen, dass es vorliegend um die Auslegung eines Gewerberaummietvertrages geht, der im unternehmerischen Geschäftsverkehr geschlossen worden ist.

Der Umfang der Verwaltungstätigkeit in einem gewerblichen Mietobjekt richtet sich an den jeweiligen Besonderheiten des Objektes aus. Maßgeblich sind zum einen die Art des Mietobjektes und seine Nutzung und zum anderen die konkrete Ausgestaltung der Vermietungsorganisation durch den Vermieter. Das Objektmanagement ist Sache des Vermieters (Schmid, ZMR 2000, 197) und entzieht sich damit einer Einschätzung durch den Mieter. Entscheidend sind insbesondere Ausgestaltung und Abwicklung der vom Vermieter mit den anderen Mietern des Objektes geschlossenen Mietverträge, in die der Mieter keinen Einblick hat und auf die er keinen Einfluss nehmen kann. Neben der kaufmännischen Verwaltung können auch Aufgaben der technischen Verwaltung umfasst sein, so etwa die Erteilung von Aufträgen an Handwerker zur Vornahme von Instandhaltungsarbeiten, deren Überwachung und Bezahlung. Gleiches gilt für Verwaltungstätigkeiten im Zusammenhang mit Abschluss und Beendigung von Mietverträgen, dem Einziehen von Mieten, dem Abschluss von Wartungs-, Reparatur-, Ver- und Entsorgungsverträgen, der Organisation einer Objektbeschaffung, dem Werbemanagement, dem Abhalten von Mietersprechstunden, der Ausführung von Schreivarbeiten und vieles mehr (vgl. Schmid, DWW 1998, 142; Ludley a. a. O.). Diese Unbestimmtheit erfährt auch in der Zusammenschau mit den anderen in § 5 des Mietvertrages genannten Kosten der „Ver- und Entsorgung“ bzw. des „Betriebs“ – insbesondere der dort genannten Hauswartkosten – keine hinreichende Eingrenzung und Konkretisierung. Letztlich ist ein Verständnis nicht auszuschließen, das dahin geht, dass der Begriff „Verwaltungskosten“ als eine Art Auffangregelung für alle Kosten verstanden bzw. missverstanden wird, die mit der Objektbewirtschaftung zusammenhängen und die nicht speziell aufgelistet sind. Damit wird dem Mieter ein ihm nicht einschätzbares Risiko aufgebürdet.

Die Frage, ob ein Vermieter durch eine höhenmäßige Begrenzung der „Verwaltungskosten“ die Transparenz wahren könnte (vgl. hierzu OLG Köln, Urt. v. 4. 7. 2006, 22 U 40/06, NZM 2006, 701 [= GuT 2006, 231]; Verstoß gegen § 305 c BGB; Lützenkirchen, NZM, 2006, 614: Verstoß gegen Transparenzgebot bei Fehlen einer Kostenorientierung) kann dahinstehen, weil auch eine solche fehlt.

2) Eine hinreichende Konkretisierung kann auch nicht unter Heranziehung von § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV erreicht werden.

Eine unmittelbare Anwendung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV kraft gesetzlicher Verweisung scheidet zur Bestimmung des Begriffes der Verwaltungskosten von vornherein aus. Zwar verweist der für Wohnraummietverhältnisse anzuwendende § 556 Abs. 1 BGB auf die Betriebskostenverordnung. Für Gewerberaummietverhältnisse findet dieser jedoch mangels einer entsprechenden Verweisung in § 578 BGB keine Anwendung.

Der Senat folgt auch nicht den Stimmen in der Literatur (vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 9. Aufl., Rn. 5501; ders., DWW 1998, 142; Ludley, a. a. O.), die zur Auslegung auf die Definition der Verwaltungskosten in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und vor deren Inkrafttreten auf § 26 der II. Berechnungsverordnung zurückgreifen. Dem steht schon entgegen, dass die II. Berechnungsverordnung mit Blick auf den sozialen Wohnungsbau konzipiert worden war (Pfeifer, a. a. O.) und auch die Betriebskostenverordnung auf Wohnraummietverhältnisse ausgerichtet ist, für welche sie unmittelbare Anwendung findet. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV bzw. § 26 der II. Berechnungsverordnung gehören zu den Verwaltungskosten die Kosten bzw. der Aufwand für die zur Verwaltung des Gebäudes erforderlichen Arbeitskräfte, für die erforderlichen Einrichtungen, für eine Aufsicht, für die vom Vermieter persönlich geleistete Verwaltungsarbeit, für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und für die Geschäftsführung. Der

Senat hält den so ermittelten Verwaltungskostenbegriff auf Gewerberaummietverhältnisse nicht für übertragbar, weil die dort erforderliche Verwaltung darüber hinausgehenden Umfang hat.

Neben der in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV bzw. § 26 der II. Berechnungsverordnung geregelten kaufmännischen Verwaltung können auch Aufgaben im Zusammenhang mit der technischen Verwaltung hinzukommen, die auch die Erteilung von Aufträgen an Handwerker zur Vornahme von Instandhaltungsarbeiten, deren Überwachung und Bezahlung umfasst. Diese Aufgaben aber sind nach der Konzeption der Betriebskostenverordnung wiederum § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV zuzuordnen. Gleiches gilt für Tätigkeiten der Verwaltung im Zusammenhang mit Schönheitsreparaturen. Des weiteren können zu den Verwaltungskosten auch Kosten für Leitungs- und Organisationsaufgaben sowie Managementaufgaben gehören, wenn diese nach Art des Mietobjektes erforderlich und zu erwarten sind (KG, Urt. v. 2. 10. 2003, 8 U 25/03, GE 2004, 234; OLG Hamburg, Urt. v. 6. 2. 2002, a. a. O.). Hinzu kommen die bereits dargelegten Unwägbarkeiten bei der Eingrenzung des Umfangs der Verwaltungstätigkeit in einem gewerblichen Mietobjekt. Um diesen höchst unterschiedlichen Ausgestaltungen gewerblicher Mietverhältnisse Rechnung zu tragen und den Parteien die Möglichkeit zu eröffnen, hierdurch bedingte Nebenkosten, die sich nicht nur auf Betriebskosten im herkömmlichen Sinne beschränken müssen, abweichend von § 535 BGB auf den Mieter zu übertragen, hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, den Anwendungsbereich der Betriebskostenverordnung auf gewerbliche Mietverhältnisse auszudehnen. Nach alledem gibt der Verwaltungskostenbegriff des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV nur einen Bruchteil der in einem gewerblichen Mietobjekt möglicherweise anfallenden Verwaltungskosten wieder (Lützenkirchen, a. a. O.; Langenberg, a. a. O.) und ist zur Auslegung des Begriffes „Verwaltungskosten“ im Gewerberaummietrecht untauglich.

3) Zur Auslegung des Begriffes „Verwaltungskosten“ verbietet sich entgegen einer Ansicht in der Literatur (Schmid, DWW 1998, 142; Ludley a. a. O.) auch ein Rückgriff auf § 27 WEG neben § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV. § 27 WEG regelt die Aufgaben und Befugnisse des von einer Eigentümergemeinschaft bestellten Verwalters. Der Senat vermag dem schon deshalb nicht zu folgen, weil § 27 WEG ein Verwaltungsverhältnis gänzlich anderer Struktur zugrundeliegt, so dass sich die in § 27 WEG aufgezählten Verwalteraufgaben auch nicht in analoger Anwendung auf gewerbliche Mietverhältnisse übertragen lassen. Die Aufgaben des WEG-Verwalters werden zum einen durch sein Auftreten für die Eigentümergemeinschaft im Verhältnis zu Dritten geprägt, zum anderen erfassen sie die Organisation der gemeinschaftlichen Aufgaben, das Verhältnis der Eigentümer zueinander sowie die Herbeiführung und Umsetzung von Beschlüssen der Eigentümergemeinschaft. Mögliche Mietverhältnisse werden von den in § 27 WEG aufgezählten Aufgaben des Verwalters gerade nicht erfasst. Im Rahmen von Mietverhältnissen der einzelnen Eigentümer wird der Verwalter nur dann tätig, wenn ihm über § 27 WEG hinaus der einzelne Eigentümer die Verwaltung seines Sondereigentums übertragen hat. Anders verhält es sich bei gewerblichen Mietverhältnissen. In aller Regel sieht sich hier ein Vermieter des Objektes einer Vielzahl von Mietern gegenüber, mit denen er Vertragsverhältnisse begründet und abwickelt.

4) Die Umlage von „Verwaltungskosten“ in § 5 des Mietvertrages kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als wirksam erachtet werden, selbst wenn entsprechende Klauseln nach der im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses maßgeblichen Rechtsprechung beanstandungsfrei gewesen sind. Die Rechtsprechung lehnt einen Vertrauensschutz zugunsten des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Allgemeinen ab (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 5. 3. 2008, VIII ZR 95/07 [= WuM 2008, 278 = GuT 2008, 198] betr. Quotenabgeltungsklauseln für Schönheitsreparaturen). Einen Grund, vorliegend eine Ausnahme von diesem Grundsatz zuzulassen, sieht der Senat nicht.

5. Nach alledem stehen der Klägerin aus den Betriebskostenabrechnungen noch folgende Beträge zu, nachdem die Beklagte die weitergehenden streitigen Positionen im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 13. 3. 2008 unstreitig gestellt hat:

– Betriebskostenabrechnung 2002:	31,32 EUR
– Betriebskostenabrechnung 2003:	615,81 EUR
– Betriebskostenabrechnung 2004:	52,12 EUR
Summe:	699,25 EUR

6. Soweit die Klägerin über einen Teilbetrag von 805,00 EUR die Erledigung zur Hauptsache erklärt hat, ist dies, da die Beklagte ihrerseits die Erledigung zur Hauptsache nicht erklärt hat, in den Antrag umzudeuten, in diesem Umfang die Erledigung zur Hauptsache festzustellen. Auch insoweit hat die Berufung keinen Erfolg, denn eine Erledigung zur Hauptsache ist nicht eingetreten, da der Klägerin ein Zahlungsanspruch in dieser Höhe nicht zustand. Diesen Anspruch hat die Klägerin darauf gestützt, dass sie aufgrund der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2004 zu einer Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen berechtigt gewesen sei; obgleich sie diese gegenüber der Beklagten geltend gemacht habe, habe diese weiterhin den niedrigeren Vorauszahlungsbetrag entrichtet. Ein solcher Anspruch hat der Klägerin nicht zugestanden.

Die Parteien haben in § 3 des Vertrages die Vorauszahlung auf 2 DM/qm festgelegt. Eine Anpassung der Vorauszahlungen über § 560 Abs. 4 BGB kommt nicht in Betracht, da dieser mangels Verweisungsnorm in § 578 BGB nur für Wohnraum gilt. Eine ausdrückliche Klausel, die den Vermieter zur einseitigen Anpassung der Vorauszahlung berechtigen würde, enthält der Mietvertrag nicht. Die Formulierung „angemessen“ in § 5 des Vertrages genügt zur Begründung eines einseitigen Anpassungsrechts der Klägerin nicht. Die Formulierung hat vielmehr durch die Bezifferung in § 3 des Vertrages ihre Konkretisierung erfahren.

[...] IV. Der Senat misst der Frage, ob die alleinige Verwendung des Begriffes Verwaltungskosten eine wirksame Abwälzung der Kostentragungslast bewirken kann, grundsätzliche Bedeutung zu und lässt daher die Revision zu.

Mitgeteilt von RiOLG Both, Rostock

**Hinw. d. Red.:** S. dazu Schmid, GuT 2008, 195 (in diesem Heft).

**§§ 535, 556 BGB; § 522 ZPO**  
**Gewerbliche Zwischenmiete; verbrauchsabhängige**  
**Wärmekosten; Ablesequittung des Endmieters;**  
**Beweislast des Hauptvermieters**

**1. Werden Ableseprotokolle über den Verbrauch von Heizeinheiten und Wasser nicht vom gewerblichen (Zwischen-)Mieter, sondern von Dritten unterzeichnet, denen der (Zwischen-)Mieter mit Kenntnis und Billigung des Vermieters die Räume überlassen hat, so muss sich der Mieter derartige Erklärungen nicht ohne weiteres zurechnen lassen.**

**Dies gilt insbesondere dann, wenn der Mieter nicht über den Zeitpunkt der Ablesung rechtzeitig informiert wurde und die Endnutzer der deutschen Sprache nicht oder nur unzureichend kundig sind.**

**2. § 556 BGB gilt nur für Wohnraummietverhältnisse.**

(KG, Beschluss vom 29. 8. 2007 – 12 U 16/07)

**Aus den Gründen:** Das Landgericht ist in der angegriffenen Entscheidung zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin Ansprüche auf Heizkostennachzahlung für die Jahre 2001 und 2002 nicht verlangen kann.

Sie hat für die Richtigkeit der von ihr vorgelegten Ablesebelege bzw. für das Jahr 2001 der vorgelegten Ableseliste hinsichtlich der Heizeinheiten und der Wasserzählerstände keinen Beweis angeboten.

a) Soweit die Klägerin für den Ablesezeitraum 2002 Ablesebelege des Unternehmens Techem vorlegt, haben die Beklagten bestritten, dass diese Werte tatsächlich abgelesen wurden und mit Schriftsatz vom 19. September 2006 im Einzelnen ausgeführt, dass und weshalb die Abrechnungen inhaltlich unrichtig seien.

Auf das Zeugnis der Hausverwalterin konnte sich die Klägerin, wie das Landgericht richtig ausgeführt hat, bereits deshalb nicht berufen, weil diese unstreitig bei den einzelnen Ablesevorgängen nicht anwesend war und weder vorgetragen noch ersichtlich ist, weshalb sie sonst die Richtigkeit der abgelesenen Daten sollte bestätigen können.

Soweit die Klägerin mit der Berufung die Auffassung vertritt, die Beklagten müssten sich die Bestätigung der Ableseprotokolle durch die Nutzer der Wohnungen zurechnen lassen, da sie diesen die Wohnungen überlassen und sie damit jedenfalls bevollmächtigt hätten, einfache Erklärungen wie die Bestätigung von abgelesenem Heizkostenverbrauch abzugeben, verhilft dies der Berufung nicht zum Erfolg.

Der vorgelegte Beleg für die Wohnung 03 ist bereits nicht unterzeichnet.

Soweit die Klägerin für die Wohnungen 04, 05 und 012 Belege vorlegt, die von den damaligen Nutzern der Wohnung unterzeichnet wurden, führt dies jedoch weder zu einem den Beklagten gegenüber wirksamen Anerkenntnis, noch ergibt sich daraus eine Umkehr der Beweislast.

Zwar wird dem Ablesebeleg, wenn er von dem Mieter gekennzeichnet wird, insoweit ein Beweiswert beigemessen, als sich aus ihm eine Umkehr der Beweislast ergibt, der Mieter also im Fall des erst nachträglichen Bestreitens der Richtigkeit der abgezeichneten Werte die Beweislast für deren Unrichtigkeit hat (vgl. Schumacher, Das Verschwinden des Ablesebelegs?, WuM, 2005, 509 m.w.N.).

Im Streitfall sind die Ableseprotokolle jedoch nicht von den Mietern der Klägerin, sondern von Dritten, denen die hiesigen Beklagten als Mieter die Wohnung mit Kenntnis und Billigung der Vermieterin zur Nutzung überlassen hatte, abgezeichnet und diesen ausgehändigt worden.

Zu Recht hat das Landgericht ausgeführt, dass eine Bevollmächtigung dieser Nutzer weder vorgetragen noch sonst ersichtlich ist.

Die von der Berufung insoweit vorgebrachten Argumente vermögen den Senat nicht zu überzeugen. Wenn der Vermieter Kenntnis darüber hat, dass die abzurechnende Wohnung vertragsgemäß nicht von seinem Mieter genutzt wird, so ist es erforderlich und auch zumutbar, das Ableseunternehmen darauf hinzuweisen, dass das Anbringen einer Benachrichtigung lediglich im Hausflur ohne vorherige Unterrichtung des Vermieters über den Zeitpunkt der Ablesung in diesem Fall nicht ausreichend ist. Der Vermieter muss nämlich dafür Sorge tragen, dass der Mieter über den Zeitpunkt der Ablesung informiert wird, damit er gegebenenfalls veranlassen kann, selbst oder durch einen Vertreter bei der Ablesung anwesend zu sein. Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier – die Überlassung der Wohnung unstreitig an Personen erfolgte, die der deutschen Sprache nicht, oder nicht in ausreichendem Maße kundig waren. Ist dem Mieter der Zeitpunkt der Ablesung bekannt gegeben worden und überlässt er die Gegenzeichnung der Protokolle den Nutzern der Wohnung, so kann in dieser Verfahrensweise wie von der Berufung argumentiert, eine Bevollmächtigung gesehen werden.

Dies ist vorliegend unstreitig jedoch nicht erfolgt. Die Klägerin trägt vielmehr selbst vor, dass auch die Vermieterin und mithin auch die Beklagten als Mieter keine Kenntnis von dem Ablesetermin hatten.

Im Hinblick auf die von den Beklagten substantiiert vorgebrachten Zweifel an der Steigerung der Kosten für Heizung, Warmwasser und Kaltwasser, die sich nach deren unbestrittenem Vorbringen auf Werte von 71,96% bis zu 347,98% belie-

fen, wäre es Aufgabe der Klägerin, die Abrechnungsergebnisse nachvollziehbar darzulegen und für deren Richtigkeit Beweis anzubieten.

b) Für das Jahr 2001 liegen bereits keine Ablesebelege vor, so dass die diesbezüglich in die Abrechnung eingestellten Verbrauchsdaten nur aus der Ableseliste übernommen werden konnten, zu denen die Beklagten seitens der Klägerin nicht widerlegte Einwände erhoben hatten.

Ob das Landgericht seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht in ausreichendem Maße nachgekommen ist kann dahinstehen, da die Klägerin auch mit der Berufungsbegründung keinen weiteren Beweis angeboten hat, da sie insoweit vorträgt, bei einem entsprechenden Hinweis des Landgerichts hätte sie für die inhaltliche Richtigkeit der Heizkostenablesebelege den Zeugenbeweis des Mitarbeiters „NN“ angeboten. Dies stellt keinen ordnungsgemäßen Beweisantritt dar.

c. Das Vorbringen zu § 556 BGB ist nicht weiterführend, da die Norm nur für Wohnraummietverhältnisse gilt, im Verhältnis zwischen Klägerin und den Beklagten jedoch ein gewerbliches Mietverhältnis begründet worden ist.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

**§§ 259, 280, 535 BGB; § 28 II. BV**  
**Gewerbliche Miete; Lagerhalle zur Kfz-Instandsetzung;**  
**Schönheitsreparaturen am PVC-Fußboden;**  
**Nebenkostenabrechnung nach Vertragsbeendigung;**  
**Aufrechnungsverbot;**  
**Rückzahlung der NK-Vorauszahlungen**

**1. Zur Frage, ob der Austausch eines PVC-Bodenbelags zu den vom gewerblichen Mieter übernommenen Schönheitsreparaturen zählt.**

**2. Ist eine Lagerhalle zum Betrieb einer Kfz-Instandsetzung vermietet, sind hierdurch verursachte Verschmutzungen und mechanische Beschädigungen des vorhandenen PVC-Bodenbelags Folgen des vertragsgemäßen Gebrauchs, so dass der Mieter dem Vermieter bei fehlender Vereinbarung nicht gemäß § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz haftet.**

**3. Hat der gewerbliche Vermieter nahezu dreieinhalb Jahre seit Beendigung des mehrjährigen Mietverhältnisses keine den Anforderungen des § 259 BGB entsprechenden Nebenkostenabrechnungen vorgelegt, kann der Mieter sämtliche während der Mietzeit geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen zurückverlangen (Anschluss an BGH, WuM 2005, 337 = ZMR 2005, 439).**

**4. Ein formalvertragliches Aufrechnungsverbot steht der Aufrechnung des Mieters nicht entgegen, wenn die den Anspruch auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen begründenden Tatsachen unstrittig sind.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. 5. 2008 – I-10 U 8/08)

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Das beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

1. Nachdem die Parteien in zweiter Instanz nur noch um die der Klägerin durch das Landgericht [Wuppertal] zuerkannten Ansprüche auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für den gesamten Monat Oktober 2004 in Höhe von 1779,30 € brutto (ohne Nebenkostenvorauszahlungen) und auf Zahlung von Schadensersatz wegen der Erneuerung des Hallenbodens in Höhe von 8878,32 € streiten, ist dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO Genüge getan.

2. Der erstmals in zweiter Instanz erhobene Einwand der fehlenden Passivlegitimation ist zum einen gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert, zum anderen unbeachtlich. Aus dem bei Abschluss des Mietvertrages am 16. 6. 1999 von dem Beklagten verwendeten Firmenstempel „...“ ist ersichtlich, dass der Beklagte zu diesem Zeitpunkt alleiniger Inhaber der im Rubrum als Mieter bezeichneten „Firma K...“ war und nicht eine ...-K.

& H.-GbR. Hieran muss der Beklagte sich festhalten lassen. Im Übrigen hat der Beklagte bereits mit seiner Einspruchsbegründungsschrift vom 12. 1. 2006 seine Mieterstellung zumindest konkludent zugestanden, denn er hat sich sachlich auf die geltend gemachten Forderungen eingelassen, ohne seine Passivlegitimation in Zweifel zu ziehen. Über dieses Geständnis haben die Parteien am 16. 11. 2006 mündlich verhandelt, so dass der Beklagte an sein Geständnis gebunden ist. Seine Passivlegitimation hat der Beklagte im Übrigen auch im Vorprozess 7 O 260/04 LG Wuppertal zu keinem Zeitpunkt in Zweifel gezogen. Der Senat verweist nur ergänzend darauf, dass der Beklagte selbst dann passiv legitimiert wäre, wenn der Mietvertrag mit der GbR zustande gekommen sein sollte. In diesem Fall hätte er als Gesellschafter gemäß § 128 HGB analog für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen.

3. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Klägerin gemäß § 546 a BGB eine Nutzungsentschädigung nicht in Höhe von 1779,30 €, sondern lediglich anteilig bis zum 21. 10. 2004 in Höhe von 1205,33 € zu. Der Vermieter kann nur für die Dauer der Vorenthaltung der Mietsache als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen. Diese endet mit dem Tag der Rückgabe der Mietsache an den Vermieter (BGH, Urf. v. 5. 10. 2005, GE 2005, 1547 = GuT 2006, 30 = MDR 2006, 436 = WuM 2005, 771 = ZMR 2006, 32). Das war nach den getroffenen Feststellungen der 21. 10. 2004. An diesem Tag hat die Klägerin die Schlüssel für das Mietobjekt zurückerhalten. Daraus ergibt sich folgende Berechnung der Anspruchshöhe: 1779,30 € : 31 Tage × 21 Tage = 1205,33 €. Damit hat das Landgericht der Klägerin 573,97 € zuviel zugesprochen. Einen Mietausfallanspruch hat die Klägerin für die Zeit vom 22. 10. bis 31. 10. 2004 nicht geltend gemacht.

4. Die Berufung wendet sich mit Erfolg auch gegen die Auffassung der Kammer, der Klägerin stehe gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch wegen nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen (hier: Nichterneuerung des in der Halle vorhandenen PVC-Bodenbelags) in Höhe von 8878,32 € zu. Zwar war der Beklagte gemäß § 12 Nr. 3 MV verpflichtet, Schönheitsreparaturen laufend auf eigene Kosten fachgerecht durchzuführen, sobald der Grad der Abnutzung dies nach Art des Gewerbebetriebes bzw. der vertraglichen Nutzung erforderte. Die Erneuerung des PVC-Bodenbelages stellt hier jedoch bereits begrifflich keine Schönheitsreparatur dar, so dass die fehlende Erneuerung unter diesem Gesichtspunkt von dem Beklagten nicht geschuldet war. Schönheitsreparaturen umfassen nach der auch im gewerblichen Mietrecht heranzuziehenden Definition des § 28 Abs. 4 S. 4 II. Berechnungsverordnung (KG, Urf. v. 29. 3. 2004, DWW 2004, 259 = GuT 2004, 172 = KGR 2004, 425 = NZM 2005, 181; Wolf in Geschäftsraummieta, Kap. 13, RdNr. 180) das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen. Ob darüber hinaus im gewerblichen Mietrecht auch die Erneuerung der Bodenbeläge begrifflich zu den Schönheitsreparaturen zählt, ist umstritten. Der Senat hat mit Urteil vom 9. 2. 1989 (NJW-RR 1989, 663 = WuM 1989, 508) für den Teppichboden entschieden, dass der gewerbliche Mieter jedenfalls dann den bei Mietbeginn durch den Vermieter neu verlegten und bei Mietende verschlissenen Teppichboden ersetzen muss, wenn er vertraglich die Ausführung der Schönheitsreparaturen übernommen hat und nach einer Zusatzvereinbarung im Mietvertrag verpflichtet ist, den Zustand wie beim Einzug wiederherzustellen. Der Senat hat dies damit begründet, „was Tapeten für die Wände seien, sei der Teppichboden für den Fußboden.“ Mit Urteil vom 20. 6. 1990 (DWW 1990, 272) hat der Senat erkannt, dass der Mieter einen selbst eingebrachten und bei Mietende verschlissenen Teppichboden jedenfalls dann nicht zu erneuern braucht, wenn ihm nur die laufenden Schönheitsreparaturen übertragen sind, nicht aber auch die Anfangsrenovierung. An dieser Auffassung hat der Senat mit Urteil vom 17. 3. 1994 (10 U 143/93, n.v.) festgehalten. Im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung wird demgegenüber

ber überwiegend die Auffassung vertreten, dass der Austausch der Bodenbeläge, insbesondere die Erneuerung des Teppichbodens ohne besondere Vereinbarung nicht zu den Schönheitsreparaturen zählt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.12.2006, GuT 2007, 211 – 24. ZS.; OLG Braunschweig, Urt. v. 30.1.1997, OLGR 1997, 85; OLG Celle, Urt. v. 20.11.1996, NZM 1998, 158 = OLGR 1997, 138; OLG Stuttgart, Urt. v. 6.3.1995, NJW-RR 1995, 1101; OLG Hamm, Beschl. v. 22.3.1991, DWW 1991, 145 = WuM 1991, 248 = ZMR 1991, 219 für die Wohnraummiete; Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., RdNr. 224; instruktiv Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl., I 13; Wolf, a. a. O., RdNr. 181). Ob an der Rechtsprechung des Senats im Hinblick auf die überwiegenden Gegenmeinung festzuhalten ist, bedarf im Streitfall ebenso wenig einer Entscheidung wie die Beantwortung der Frage, ob diese Rechtsprechung gegebenenfalls auch auf andere Bodenbeläge, insbesondere den hier fest mit dem Unterboden verbundenen PVC-Belag Anwendung findet. Denn eine gemäß §§ 133, 157, 242 BGB an Treu und Glauben orientierte interessengerechte Auslegung der vertraglichen Regelungen ergibt, dass die Parteien die Erneuerung des Bodenbelags nicht den Schönheitsreparaturen zugerechnet haben. Nach § 12 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 MV umfassen die Schönheitsreparaturen „insbesondere sämtliche Innenanstriche, das Tapezieren, Kalken oder Anstreichen der Wände und Decken, das Anstreichen bzw. Lackieren von Heizkörpern, Heizrohren, sonstigen Versorgungsleitungen, der Innentüren, Fenster und Außentüren von innen und außen“. Anders als in der Legaldefinition des § 28 Abs. 4 S. 4 II. Berechnungsverordnung findet der Fußboden – auch in der Form des Streichens – in dieser Aufzählung schon keine Erwähnung. Insoweit haben die Parteien vielmehr in § 12 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 MV die weitere Regelung getroffen, dass der Mieter verpflichtet ist, „die vorhandenen Fußbodenbeläge einschließlich Leisten bei Bedarf fachgerecht zu behandeln, insbesondere Parkett- und andere Holzfußböden abzuschleifen und zu versiegeln.“ Auch unter dem Blickwinkel einer interessengerechten Auslegung lässt diese Klausel bei verständiger Würdigung nicht den Schluss zu, dem Mieter sei vertraglich die Pflicht auferlegt, den hier vorhandenen PVC-Bodenbelag bei entsprechender Abnutzung zu erneuern. Vielmehr impliziert die Wortwahl, dass sich die Pflicht des Mieters lediglich auf Arbeiten an dem *vorhandenen* Belag erstrecken soll, wie insbesondere dem Hinweis auf das Abschleifen und Versiegeln von Parkett- und anderen Holzböden zu entnehmen ist. Auch der Vergleich mit der in § 14 Nr. 2 Abs. 3 MV (Titelüberschrift: „Bauliche Maßnahmen und andere Maßnahmen“ „2. Maßnahmen des Mieters“) getroffenen Regelung belegt, dass die Parteien hinsichtlich des vorhandenen Bodenbelags auch im Fall seines Verschleißes infolge vertragsgemäßer Abnutzung keine Erneuerung durch den Mieter vorgesehen haben. Während die genannte Klausel dem Vermieter ausdrücklich das Recht vorbehält, die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands auf Kosten des Mieters zu verlangen, auch wenn er einer baulichen Änderung des Mieters zugestimmt hat, fehlt für den Bodenbelag eine vergleichbare Regelung. Etwaige danach verbleibende Zweifel bei der Auslegung der in § 12 Nr. 3 Abs. 2 MV enthaltenen Regelung gehen nach § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten der Klägerin als Verwenderin des streitgegenständlichen Formularmietvertrages mit der Folge, dass der Beklagte nicht zur Erneuerung des Bodenbelags verpflichtet war.

Auf das von der Klägerin auf Hinweis der Kammer eingeholte Schiedsgutachten wäre es nur dann angekommen, wenn die Erneuerung des PVC-Bodens zu den geschuldeten Schönheitsreparaturen zählen würde, weil die Schiedsgutachterklausel in § 19 Nr. 2 Abs. 3 MV lediglich für Schönheitsreparaturen vereinbart ist.

Unabhängig von vorstehenden Ausführungen steht der Klägerin auch kein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt einer Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache zu. Der Beklagte hat den vertragsgemäßen Gebrauch der Lagerhalle nicht über-

schritten. Der Mieter ist zur Nutzung des gemieteten Objekts innerhalb der durch die vertraglichen Vereinbarungen gezogenen Grenzen berechtigt (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB). Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat er nicht zu vertreten (§ 538 BGB). Haben die Parteien keine den vertragsgemäßen Gebrauch beschränkende Vereinbarung getroffen, verhält sich ein Mieter selbst dann grundsätzlich nicht vertragswidrig, wenn hierdurch während der Mietdauer Schäden am Bodenbelag der vermieteten Halle entstehen (vgl. BGH, Urt. v. 5.3.2008, VIII ZR 37/07 [= WuM 2008, 213] für den ähnlich gelagerten Fall des Exzessivrauchens). So liegt der Fall auch hier. Zwar ergibt sich aus dem vorgelegten Schiedsgutachten, dass der gesamte Bodenbelag unansehnlich und verschlissen ist. Bei den vorgefundenen und insbesondere auf den Lichtbildern des Gutachtens dokumentierten Schäden des PVC-Belags handelt es sich jedoch den konkreten Umständen nach um Verschleißerscheinungen und Schäden, die auf den vertragsgemäßen Gebrauch der gemieteten Lagerhalle zurückzuführen sind. Gemäß § 1 MV ist die Lagerhalle zum Betrieb einer „KFZ-Instandsetzung“ vermietet. Es liegt auf der Hand, dass mit der danach vertragsgemäßen Reparatur von Fahrzeugen erhebliche Belastungen des Bodens durch Schmutz, Verfärbungen, Öl- und Gummirückstände verbunden sind. Die hiermit korrespondierenden und insbesondere aus den Lichtbildern 2–14 des Schiedsgutachtens ersichtlichen Verschmutzungen und mechanischen Beschädigungen sind Folgen des vertragsgemäßen Gebrauchs, wie sie nach der Lebenserfahrung durch den Betrieb einer Kfz-Werkstatt hervorgerufen werden, mit denen der Vermieter rechnen muss und die – wenn wie hier nichts anderes geregelt ist – mit dem vereinbarten Mietzins abgegolten sind. Wenn die Klägerin dem Beklagten eine Lagerhalle zur Nutzung als Kfz-Werkstatt mit einem hierfür nach dem Schiedsgutachten nicht geeigneten Bodenbelag vermietet, kann sie einen durch die vertragsgemäße Nutzung verursachten Verschleiß nicht auf den Beklagten abwälzen. Soweit es um Vertiefungen des Hallenbodens durch den vom Beklagten eingebrachten Bremsenprüfstand geht, ist der Klägerin jedenfalls in Bezug auf den PVC-Bodenbelag kein zusätzlicher Schaden entstanden (betroffen ist ein Bereich von ca. 5 qm bei einer Hallenfläche von ca. 200 qm), weil sie den Hallenboden nach dem vorgelegten Schiedsgutachten ohnehin komplett erneuern muss.

Der Beklagte war entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht gemäß § 11 Nr. 2 MV verpflichtet, durch eine Abdeckung oder eine andere geeignete Maßnahme dafür zu sorgen, dass z. B. Reifenabrieb und Ölrückstände den vorhandenen Boden nicht schädigen konnten. Aus der Klausel (§ 11 Nr. 2 MV), „Die Voraussetzungen für den Betrieb des Gewerbes in der vertraglich vorgesehenen Nutzungsart hat der Mieter selbst auf eigene Kosten zu schaffen und während der Mietzeit zu erhalten. Dies gilt insbesondere für persönliche und betriebliche Voraussetzungen für die Erteilung und das Fortbestehen von Konzessionen, gewerbeaufsichtsrechtlichen und sonstigen Genehmigungen sowie die Erfüllung entsprechender Auflagen...“, ergibt sich schon aus Gründen mangelnder Transparenz nicht, dass der Mieter den vorhandenen Bodenbelag nicht für den vereinbarten Vertragszweck nutzen durfte, sondern stattdessen auf eigene Kosten entsprechende Schutzmaßnahmen hätte ergreifen sollen. Eine hiermit verbundene formulärmäßige Freizeichnung des Vermieters von seiner Pflicht, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und in diesem Zustand zu erhalten, wäre zudem im Hinblick auf § 307 Abs. 1 BGB nicht unbedenklich.

5. Die danach verbleibende Forderung der Klägerin in Höhe von 1205, 33 € ist durch Aufrechnung des Beklagten mit einem Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen 1999 in gleicher Höhe erloschen, §§ 387, 389 BGB. Die nunmehr zu der bereits erstinstanzlich erklärten Aufrechnung neu vorgetragene Tatsachen sind nicht gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert, weil das Landgericht den Beklagten gemäß § 139 ZPO auf die seiner Auffassung nach nicht

ausreichende Substanziierung der zur Aufrechnung gestellten Nebenkostenvorauszahlungen hätte hinweisen müssen (OLG Köln, Urt. v. 16. 3. 2001, OLGR 2002, 108).

Ob der gewerbliche Mieter bei einem – wie hier – seit 21.10.2004 beendeten Mietverhältnis die geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen insgesamt zurückverlangen kann, wenn der Vermieter – wie hier die Klägerin – seit Beginn des Mietverhältnisses keine den Anforderungen des § 259 BGB entsprechenden Nebenkostenabrechnungen vorgelegt hat, ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten. Nach Auffassung des OLG Braunschweig (Beschl. v. 8. 7. 1999, NZM 1999, 751 [=RE WuM 1999, 511]) kann der Mieter die für die nicht abgerechneten Zeiträume geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen zurückverlangen, wenn es der Vermieter von Wohnraum bei inzwischen beendetem Mietverhältnis unterlässt, über die in vergangenen Zeiträumen angefallenen Mietnebenkosten eine ordnungsgemäße Abrechnung zu erteilen und er die Abrechnung auch nicht während des vom Mieter angestrebten Prozesses auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen nachholt, soweit sie nicht durch unstrittig entstandene Nebenkosten verbraucht sind. Der Mieter ist danach gehalten, anhand gegebener Anhaltspunkte die Mindesthöhe der tatsächlich entstandenen Nebenkosten zu schätzen und annäherungsweise vorzutragen. Nur wenn er dies mangels jeglicher Anhaltspunkte nicht kann, soll er berechtigt sein, die Vorauszahlungen insgesamt zurückzufordern. Das OLG Köln (a. a. O.) hat sich dieser Ansicht angeschlossen und ohne Entscheidung in der Sache ausgeführt, der Kläger sei bei einer Klage auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen nach Beendigung des Pachtvertrages gehalten, anhand von gegebenen Anhaltspunkten die Mindesthöhe der tatsächlich entstandenen Nebenkosten zu schätzen und annäherungsweise vorzutragen. Demgegenüber vertritt das OLG Naumburg (Urt. v. 27. 3. 2001, GuT 2002, 14) die Auffassung, auch wenn das Mietverhältnis beendet sei, stehe dem gewerblichen Mieter bei nicht fristgemäßer Abrechnung der Betriebskosten kein Anspruch gemäß § 812 BGB auf Rückzahlung zu. Als Begründung wird angeführt, dass dem Mieter immer noch die Möglichkeit bleibe, auf Erteilung der Abrechnung zu klagen und seinen Anspruch nach rechtskräftiger Verurteilung des Mieters im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. In gleicher Weise hat das OLG Hamm mit Rechtsentscheid v. 26. 6. 1998 (NJW-RR 2000, 9 = NZM 1998, 568 = ZMR 1998, 624 [= neg. RE WuM 1998, 476]) entschieden. Demgegenüber kann der Mieter nach der Rechtsprechung des für das Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats des BGH (Urt. v. 9. 3. 2005, DWW 2005, 230 = GE 2005, 543 = Mk 2005, 95 = NJW 2005, 1499 = NZM 2005, 373 = WuM 2005, 337 = ZMR 2005, 439; vgl. auch Urt. v. 18. 1. 2006, DWW 2006, 113 = GE 2006, 246 = Mk 2006, 86 = WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268) die vollständige Erstattung der geleisteten Abschlagszahlungen verlangen, wenn der Vermieter seiner Pflicht zur Abrechnung der Betriebskosten nicht innerhalb angemessener Frist nachkommt. Danach macht der Vermieter gegenüber dem Mieter mit der gesetzlich bzw. vertraglich vorgeschriebenen Abrechnung seinen Anspruch auf Bezahlung der vertraglich übernommenen Betriebskosten geltend; die entsprechenden Tatsachen hat er im Prozess vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen. Es könne – so der BGH – deshalb nicht Sache des Mieters sein darzulegen, in welcher Höhe dem Vermieter ein derartiger Anspruch (mindestens) zustehe. Das wäre mit der allein dem Vermieter obliegenden Abrechnungspflicht nicht zu vereinbaren. Dieser Auffassung, die nicht auf Besonderheiten des Wohnraummietrechts gründet, schließt der Senat sich auch für den Rückzahlungsanspruch des gewerblichen Mieters an, wenn der Vermieter – wie hier – nahezu dreieinhalb Jahre nach Beendigung des Mietverhältnisses für die gesamte Mietzeit (07/99 – 10/04) bisher keine formell ordnungsgemäße Abrechnung vorgelegt hat. Durch die Aufrechnung des Mieters mit seinem Anspruch auf vollständige Rückzahlung der geleisteten Vorschüsse, ohne dass er zuvor seinen Anspruch auf Abrechnung klageweise geltend gemacht hat, wird der Vermieter auch nicht über

Gebühr benachteiligt. Dabei verkennt der Senat nicht, dass es in aller Regel nahezu zwingend feststeht, dass Betriebskosten in irgendeiner Höhe entstanden sind und der Vermieter deshalb einen entsprechenden Erstattungsanspruch gegen den Mieter hat. Diesen Anspruch kann er jedoch allein auf Grund einer ordnungsgemäßen Abrechnung geltend machen; verzögert er diese Abrechnung, so entsteht ein Schwebezustand, den der Mieter nicht hinzunehmen braucht, weil er gegen den Vermieter auch im gewerblichen Mietrecht einen Anspruch auf Abrechnung innerhalb einer angemessenen Frist hat. Steht nach dem erfolglosen Ablauf der Frist aber nicht fest, in welcher Höhe der Vermieter Ersatz seiner Auslagen verlangen kann, so ist der Mieter, da weitere Darlegungen als diejenigen zur Höhe der geleisteten Vorauszahlungen und zur fehlenden Abrechnung von ihm nicht zu fordern sind, berechtigt, die Vorauszahlungen insgesamt zurückzuverlangen. Eine unangemessene Benachteiligung des gewerblichen Vermieters wird auch dadurch ausgeschlossen, dass er die bislang versäumte Abrechnung der Nebenkosten nachholen kann. Soweit ihm die Beschaffung der dazu benötigten Daten nicht möglich ist, kann eine Abrechnung auf der Grundlage von Erfahrungswerten genügen. Soweit im einzelnen Unklarheiten verbleiben, können diese durch eine gerichtliche Schätzung nach § 287 ZPO oder erforderlichenfalls durch ein Sachverständigengutachten überwunden werden (BGH, a. a. O.).

Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Berufung hat der Beklagte in der Zeit von Juli bis Dezember 1999 Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von 1957,23 € (= 3828,00 DM) gezahlt. Damit ist der Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer anteiligen Nutzungsentschädigung für 10/2004 gemäß §§ 387, 389 BGB erloschen.

Der Aufrechnung steht der im Verfahren 7 O 260/04 LG Wuppertal geschlossene Vergleich nicht entgegen, weil Nebenkostenzahlungsansprüche der Klägerin nicht Gegenstand des Vergleichs waren. Zwar kann sich, wer einen Vergleich schließt, der vereinbarten Zahlung nicht durch Aufrechnung entziehen, wenn er schon bei Abschluss des Vergleichs die Umstände, aus denen er die Aufrechnungslage herleitet, gekannt und sich dennoch nicht ausdrücklich die spätere Aufrechnung vorbehalten hat. Mit dieser Feststellung ist jedoch über das Bestehen der Aufrechnungsforderung nicht mit Rechtskraft entschieden, so dass sie in einem neuen Rechtsstreit erneut zur Prüfung gestellt werden kann (st. Rspr. zuletzt BGH, Beschl. v. 19. 6. 2007, X ZR 98/04 m. w. N.).

Die Aufrechnung des Beklagten scheidet auch nicht an dem in § 8 Nr. 1 MV in zulässiger Weise vereinbarten (vgl. Senat, Urt. v. 8. 6. 2006, I-10 U 159/05 [= GuT 2006, 265 KL]; Urt. v. 30. 3. 2006, I-10 U 132/05; Urt. v. 10. 3. 2005, GuT 2005, 157 = NZM 2005, 667; Urt. v. 31. 7. 2003, 10 U 116/02; Urt. v. 6. 3. 2002, 10 U 160/02; Urt. v. 4. 6. 1998, 10 U 107/97 [= ZMR 1999, 23], rk. gemäß Nichtannahmebeschl. v. 29. 11. 2000, XII ZR 201/98) und auch nach Vertragsbeendigung und Rückgabe der Pachtsache weiter geltenden (vgl. BGH, WuM 2000, 240; Senat, WuM 2000, 678; OLG Dresden, OLGR Dresden 1995, 67) vertraglichen Aufrechnungsverbot. Danach kann der Mieter gegen die Miete – zu der auch der Anspruch aus § 546 a BGB gehört – weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben. Hiervon ausgenommen sind u. a. Forderungen aus dem Mietverhältnis, soweit sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Umstand, dass die Klägerin bisher keine formell ordnungsgemäßen Abrechnungen vorgelegt hat, ist ebenso unstrittig wie die von dem Beklagten für das Abrechnungsjahr 1999 gezahlten Nebenkostenvorauszahlungen. Auch wenn es in aller Regel zwingend feststeht, dass Betriebskosten in irgendeiner Höhe entstanden sind und der Vermieter deshalb einen entsprechenden Erstattungsanspruch gegen den Mieter hat, hätte die Klägerin entweder Berufung oder Anschlussberufung gegen das ihre Nebkostennachforderungen wegen fehlender Nachvollziehbarkeit abweisende Urteil des Landgerichts einle-

gen oder spätestens in zweiter Instanz zur Herbeiführung der Voraussetzungen der Aufrechnungsverbotsklausel die Nebenkostenabrechnungen für die Zeit ab Mietbeginn neu erteilen und dem Anspruch auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen entgegen halten müssen.

Da bereits die Aufrechnung des Beklagten mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen für 1999 gemäß §§ 387, 389 BGB zum Erlöschen des anteiligen Nutzungsentschädigungsanspruchs geführt hat, bedarf es keiner Entscheidung, ob dem Beklagten insoweit auch ein aufrechenbarer Rückzahlungsanspruch für die Wirtschaftsjahre 2000 bis 2004 zusteht.

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

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

**§§ 536, 536a BGB**  
**Miete einer Verpackungsmaschine;**  
**Mangel der Leistungsfähigkeit; Schadensersatz**  
**bei mangelbedingtem Ausfall der Maschine**

**1. Der Mieter einer Verpackungsmaschine muss sich nicht darauf verlassen lassen, dass er bei geschickter und ihm möglicher Arbeitsorganisation die nach dem Vertrag vorausgesetzte Leistungsfähigkeit der Maschine nicht benötigen bzw. deren Leistungsdefizite kompensieren könne (Anschluss an BGH NJW 2005, 2152 [= GuT 2005, 163]).**

**2. Durch mangelbedingten Ausfall der gemieteten Maschine entstandenen Schaden hat der Vermieter dem Mieter als positives Interesse zu ersetzen.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. 2. 2008 – I-24 U 99/07)

**Aus den Gründen:** Das Landgericht [Duisburg] hat die gegen die beklagte Mieterin auf Mietzahlung gerichtete Klage (1902,40 EUR nebst gesetzlicher Zinsen) zu Recht abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage auch zu Recht zur Zahlung von Schadensersatz (7291,20 EUR nebst gesetzlicher Zinsen) verurteilt. Die vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine günstigere Entscheidung.

I. Zunächst wird Bezug genommen auf die Erwägungen in dem Hinweisbeschluss vom 17. Dezember 2007. Darin hat der Senat ausgeführt:

1. Der der Beklagten mietweise überlassene Folieneinschläger mit Schrumpftunnel (künftig: Verpackungsmaschine) war entgegen der Meinung der Klägerin fehlerhaft im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB und deshalb unbrauchbar, so dass Miete kraft Gesetzes nicht geschuldet wird.

a) Ein Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB liegt dann vor, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist. Das ist dann der Fall, wenn die „Ist-Beschaffenheit“ der Mietsache von ihrer „Soll-Beschaffenheit“ abweicht. Zur Feststellung einer solchen Abweichung kommt es allein auf die (nötigenfalls gemäß §§ 133, 157 BGB auszule-

genden) Abreden der Vertragsparteien an, die nämlich durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs bestimmen, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter und von da an während der gesamten Vertragsdauer aufweisen muss (vgl. BGH NJW-RR 1991, 204 [= WuM 1990, 546] und 2006, 1157 [= GuT 2006, 237]; NJW 2005, 218 [= WuM 204, 715] und 2152 [= GuT 2005, 163] sub II. 4a jew. m.w.N.).

b) Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass die Klägerin vertraglich nicht nur, wie sie meint, eine Verpackungsmaschine beliebiger Leistungsfähigkeit schuldet, sondern eine solche, die stündlich mindestens 900 Flaschen/Dosen zu 300 Gebinden à 3 Flaschen/Dosen zu verpacken vermag (künftig: Durchsatz). Diese Überzeugung hat das Landgericht gemäß § 286 ZPO zu Recht auf der Grundlage des Beweisergebnisses über die Vertragsverhandlungen in Verbindung mit dem vorvertraglichen Schriftverkehr sowie der der Klägerin bekannten Parameter zur Auftrags erledigung gewonnen, nämlich Verpackung von insgesamt mehr als 47 000 Gebinden innerhalb von 15 Normalarbeitstagen entsprechend der vereinbarten 3-wöchigen Mietdauer. Der davon abweichenden Würdigung des Beweisergebnisses durch die Klägerin folgt der Senat nicht. In diesem Zusammenhang kommt es rechtlich nicht darauf an, dass die vermietete Verpackungsmaschine generell geeignet war, Flaschen/Dosen (bei geringerem Durchsatz) zu fehlerfreien Gebinden zu verarbeiten und dass die Beklagte den abzuarbeitenden Auftrag in dem ihr zur Verfügung stehenden Zeitrahmen durch Mehrarbeit und Mehrschichtbetrieb hätte bewältigen können. Der Mieter muss sich nicht darauf verlassen lassen, dass er bei geschickter und ihm möglicher Arbeitsorganisation die nach dem Vertrag vorausgesetzte Leistungsfähigkeit der Maschine nicht benötigen bzw. deren Leistungsdefizite kompensieren könne (vgl. BGH NJW 2005, 2152 [= GuT 2005, 163] unter II 4 a) a.E.).

2. Infolge der Mangelhaftigkeit der vermieteten Verpackungsmaschine hat die Beklagte auch einen Schaden erlitten in Gestalt des Mehraufwands, den sie durch den mit der Klägerin ersatzweise vereinbarten Verpackungswerkvertrag treiben musste. Diesen Mehraufwand, dessen ermittelte Höhe im angefochtenen Urteil mit der Berufung nicht konkret angegriffen wird, kann die Beklagte gemäß § 536a Abs. 1 BGB von der Klägerin ersetzt verlangen. Der Schadensersatzanspruch ist nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte diesen Mehraufwand (möglicherweise) auch hätte treiben müssen, wenn die Klägerin mit ihr nicht mietvertraglich kontrahiert hätte. Maßstab für den zu leistenden Schadensersatz ist nicht das negative, sondern das positive Interesse. Zu vergleichen ist deshalb die Vermögenslage des Mieters bei vertragsgerechter Erfüllung des Mietvertrags mit der Vermögenslage, die durch die Schlechterfüllung des Mietvertrags herbeigeführt worden ist (Differenzhypothese). Die Ansicht der Klägerin, der Beklagten sei ein Schadensersatzanspruch jedenfalls deshalb zu versagen, weil sie den Werklohn gezahlt habe, anstatt mit dem beanspruchten Schadensersatz aufzurechnen, findet im Gesetz keine Stütze. Die Nutzung einer Aufrechnungslage ist ein Recht des Gläubigers, das er nicht verliert, wenn er sie nicht zum Ausgleich seiner Forderung gebraucht. Eine Verwirkung des Anspruchs (§ 242 BGB) scheidet schon am Zeitpunkt.

II. Daran hält der Senat fest. Die Einwendungen der Klägerin im Schriftsatz vom 11. Februar 2008 sind nicht neu; der Senat folgt ihnen aus den Gründen zu I. nicht.

III. Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung im Beschlussverfahren liegen vor. Die Rechtssache hat nämlich weder eine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats im Urteilsverfahren (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**www.gut-netzwerk.de**

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft,  
Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien,  
Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur  
im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum  
Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über  
das GuT-Netzwerk!

**§§ 535, 537, 280, 254 BGB; §§ 286, 287, 522 ZPO  
Gewerberaummiete; Schlüsseldienst;  
Kündigung wegen Zahlungsverzugs;  
Vermieterpflichten bei der Nachmetersuche**

**1. Macht der Vermieter nach einer Kündigung wegen Zahlungsrückständen gegen den zwischenzeitlich ausgezogenen Mieter Nutzungsausfall geltend, ist der Einwand unerheblich, die Kündigung sei unwirksam, wenn die Voraussetzungen des § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegen.**

**2. Hat der Vermieter seine konkreten Bemühungen um Nachmieter hinreichend dargetan, darf der Mieter sich nicht auf pauschales Bestreiten beschränken. Angesichts der Möglichkeit, die vom Vermieter namhaft gemachten Mietinteressenten zu befragen, ist es Sache des ehemaligen Mieters, das Vermietervorbringen zu widerlegen.**

**3. Mit dem Vorwurf, der Vermieter habe sich nicht hinreichend um Nachmieter bemüht, wird ein Unterlassen behauptet. Der ehemalige Mieter muss daher darlegen, dass bei adäquaten Bemühungen des Vermieters frühzeitig ein akzeptabler Nachmieter gefunden worden wäre.**

(OLG Koblenz, Beschluss vom 17. 4. 2008 – 5 U 315/08 )

**Aus den Gründen:** I. Das Rechtsmittel hat keine Erfolgsaussicht (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Dazu ist sachlich und rechtlich zu bemerken:

1. Die Klägerin vermietete dem Beklagten mit Vertrag vom 6. Oktober/11. November 2005 auf die Dauer von 5 Jahren Gewerberaum mit einer Grundfläche von 17,3 qm zum Betrieb eines Schlüsseldienstes. Unter dem 12. Juni 2006 erklärte sie, nachdem der Beklagte das Nutzungsentgelt für Februar, April, Mai und Juni 2006 schuldig geblieben war, die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses und forderte zur Räumung bis zum 30. Juni 2006 auf.

Als der Beklagte daraufhin die Mietsache termingerecht verließ, betrug seine Zahlungsrückstände 3043,96 €. Durch die Verrechnung mit einer Bürgschaftsleistung verminderten sie sich auf 943,96 €.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin eine Zahlungsforderung von insgesamt 6088,96 € nebst Zinsen eingeklagt. Dabei hat sie über den rückständigen Mietzins von 943,96 € hinaus für die Zeit von Juli 2006 bis in den April 2007 hinein Schadensersatzansprüche von monatlich 525 € geltend gemacht. Das entspricht der Nettomiete, die ihr der Beklagte jeweils hätte entrichten müssen.

Das Landgericht [Trier] hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Dagegen wendet sich dieser mit der Berufung und erstrebt die Abweisung der Klage. Er wirft der Klägerin wie bereits in erster Instanz vor, sich nicht hinreichend um einen Folgemietler bemüht zu haben. Nachdem sie einen von ihm unterbreiteten zumutbaren Vorschlag nicht akzeptiert habe, sei sie weithin inaktiv geblieben und habe die Dinge hinausgezögert.

2. Damit vermag der Beklagte nicht durchzudringen.

a) Die Verurteilung zur Zahlung bis Juni 2006 unstreitig noch offener Restmiete von 943,96 € ist von den Berufungsangriffen unberührt geblieben. Insoweit waren auch erstinstanzlich keine stichhaltigen Einwände erhoben worden. Eine Stundungsabrede oder gar ein Erlassvertrag wurde zu keiner Zeit substantiiert behauptet. Es war lediglich davon die Rede, dass eine Ratenzahlungsvereinbarung erwogen worden sei.

b) In Höhe des weiteren, größeren Betrags von 5145 € ist die Verurteilung des Beklagten auf Schadensersatzansprüche (§ 280 Abs. 1 BGB) im Umfang der Nettomiete von 525 € im Monat gestützt worden, die der Klägerin infolge der von dem Beklagten verzugsbedingt veranlassten Vertragskündigung für die Zeit vom 1. Juli 2006 bis zum 24. April 2007 entgangen ist.

aa) Die dagegen gewandte Rechtsverteidigung, die Kündigung sei unwirksam gewesen, weil ihr keine qualifizierte Ab-

mahnung vorausgegangen sei, ist unbehelflich. Deshalb kann dahinstehen, ob die Klägerin die Dinge in diesem Punkt zutreffend sieht. Sollte das der Fall sein, würde der Beklagte nämlich den streitigen Betrag von 5145 € unmittelbar auf der Grundlage des dann fortdauernden Mietvertrags schulden (§ 535 Abs. 2 BGB). Aus dem Umstand, dass er die Mietsache tatsächlich aufgab und eine Neuvermietung durch die Klägerin unterblieb, könnte er von vornherein keine Einwände herleiten (§ 537 BGB).

bb) Gegenrechte dieserhalb sind überhaupt nur denkbar, wenn der Mietvertrag wirksam beendet wurde und der Beklagte deshalb nunmehr Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist. Allein dann kann der von ihm erhobene Vorwurf, die Klägerin habe sich nicht hinreichend um einen Nachfolgemietler bemüht, Bedeutung gewinnen. Rechtlicher Bezugspunkt ist dabei die Bestimmung des § 254 Abs. 2 BGB. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift hat der Beklagte darzulegen und zu beweisen. Das ist ihm indessen nicht gelungen.

Es ist bereits zweifelhaft, ob hinreichend aufgezeigt wurde, dass sich die Klägerin schuldhaft zu wenig um eine Neuvermietung kümmerte. Allerdings war es in diesem Zusammenhang zunächst deren Sache vorzubringen, was sie im Einzelnen unternommen hatte, um dem Vorwurf der Untätigkeit rechtlich beachtlich zu begegnen. Das ist jedoch geschehen. Die Klägerin hat aner kennenswerte Erwägungen dafür vorgetragen, warum die Vermietung an den von dem Beklagten vermittelten prospektiven Imbissbetreiber N. zu den im Raum stehenden Konditionen nicht akzeptabel war, dass sie nach dem Auszug ein Vermietungsschild an dem Gewerberaum anbrachte, von sich aus mit der Firma Feinkost No., dem Zeitungsverlag T. und dem Restaurateur Ch. verhandelte. Das hätte der Beklagte über ein bloßes Bestreiten hinaus durch eine Beweisführung ausräumen müssen. Beweisanträge – etwa durch Zeugnisangebote der Betroffenen – sind jedoch nicht unterbreitet worden.

Es kommt hinzu, dass Nachlässigkeiten der Klägerin im Engagement für eine Neuvermietung für sich gesehen noch nicht genügen, um den Mitverschuldenseinwand des § 254 Abs. 2 BGB zu tragen. Vielmehr hätte darüber hinaus dargetan und gegebenenfalls belegt werden müssen, dass es bei einem adäquaten Einsatz tatsächlich möglich gewesen wäre, alsbald einen tauglichen Mieter zu annehmbaren Bedingungen zu finden. Dazu wären namentlich Hinweise auf die allgemeine Marktsituation und auf Vergleichsfälle dienlich gewesen. Das ist jedoch verabsäumt worden.

Soweit der Beklagte Überlegungen zu einer Schadensmitverantwortlichkeit der Klägerin im Hinblick darauf angestellt hat, dass diese den Mietvertragsschluss, der schließlich am 9./12. Mai 2007 gelang, nicht zügig genug umgesetzt habe und dass der neue Mietvertrag geeignet sei, sie nunmehr gänzlich schadlos zu stellen, ist das ohne Belang. Denn das betrifft eine Phase, die jenseits des von der Klage erfassten, lediglich bis zum April 2007 reichenden Zeitraums liegt.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**§§ 535, 398, 307, 546a BGB; § 522 ZPO  
Gewerberaummiete; Kette von Untermiete-Verhältnissen;  
Vorausabtretung von Ansprüchen an den jeweiligen  
Vermieter; Vorenthalten der Mietsache**

**1. Die Aktivlegitimation des Untervermieters für Ansprüche auf Nutzungsentschädigung und Schadensersatz gegen den Untermieter ist nicht schlüssig, wenn sich aus dem Unter-Mietvertrag und weiteren Mietverträgen ergibt, dass der Untervermieter seinerseits nur Mieter und Untermieter ist und die entsprechenden Ansprüche an den jeweils übergeordneten (Unter-)Vermieter abgetreten sind.**

**2. Die formularmäßige Vorausabtretung von Ansprüchen des Untervermieters an seinen Vermieter ist im Gewerberaummietrecht grundsätzlich nicht zu beanstanden.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. 3. 2008 – I-24 U 181/07)



**Aus den Gründen:** Die Berufung der Klägerin hat nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand keine Aussicht auf Erfolg.

I. Es ist unter Würdigung des bisherigen Parteivorbringens nicht ersichtlich, dass die Klägerin zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Forderungen aktiv legitimiert ist.

Die Klägerin hat bislang nicht schlüssig dargelegt, dass sie materiell berechtigt ist, die Ansprüche aus dem Untermietvertrag vom 21. Juni 1999 auf Zahlung von Nutzungsentschädigung in der im Berufungsverfahren noch anhängigen Höhe von EUR 8869,11 gemäß § 546 a BGB und wegen Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 BGB über EUR 29 300,- geltend zu machen.

1. Es ist davon auszugehen, dass materiell-rechtlich Inhaberin der geltend gemachten Forderungen die A.-AG ist, welche durch die G.-AG, Regionalverwaltung E. beim Abschluss des Mietvertrages vom 19. Mai 1995 mit der D. AG. (Mieterin) vertreten wurde. Bestandteil dieses Gewerbemietvertrages sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen Gewerbemietvertrag (AVB), die als Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam in den Vertrag einbezogen worden waren (§ 310 BGB i.V.m. Art. 229 § 5 EGBGB; §§ 24, 2 AGBGB).

Diese Klauseln sind ebenfalls Bestandteil des 1. Nachtrags vom 27. Dezember 1998, mit welchem die Klägerin als Mieterin in das Vertragsverhältnis eintrat. Denn dort war geregelt, dass alle übrigen Bestimmungen des Mietvertrages (vom 19. Mai 1995), seiner Nachträge und Ergänzungen unberührt bleiben. Mithin sind auch sie Gegenstand der zwischen diesen Parteien getroffenen mietvertraglichen Vereinbarungen geworden.

Sie sind auch Inhalt des hier streitgegenständlichen Untermietvertrages vom 21. Juni 1999. In diesem Vertrag wird mehrfach ausdrücklich auf den von der Klägerin geschlossenen Mietvertrag und dessen Regelungen Bezug genommen (vgl. Bezeichnung als „T-Mietvertrag“). Abweichende Vereinbarungen im Sinne § 10 Nr. 1 (vgl. S. 5 des Vertrages) finden sich dort nicht.

2. Der Rechtsübergang auf die A.-AG ist in Ziffer 1. 23 letzter Absatz der AVB wirksam vereinbart worden. Dort ist geregelt, dass für den Fall der Untervermietung oder Gebrauchsüberlassung der Mieter bereits jetzt sämtliche Rechte gegen den Dritten an den Vermieter abtritt. Diese Abtretung sämtlicher aus Untermietverhältnissen begründeter Ansprüche ist entgegen der von der Klägerin und vom Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 21. Juni 2007 vertretenen Auffassung wirksam.

Ohne Belang ist, dass zum Zeitpunkt der Abtretung im Jahr 1995 weder das Untermietverhältnis mit der Beklagten, welches erst am 21. Juni 1999 begründet worden war, noch die streitgegenständlichen Nutzungsentschädigungs- und Schadensersatzansprüche bestanden. Denn auch die Abtretung künftiger Forderungen ist grundsätzlich zulässig (vgl. nur BGH NJW-RR 2005, 1408; Senat, Urt. v. 29. 6. 2006, Az. I-24 U 196/04, AGS 2006, 530 sub B. II. 2, insoweit in NJW-RR 2007, 129 nicht abgedruckt; Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Auflage, § 398 Rn. 11 jew. m.w.N.). Das Rechtsverhältnis oder die Rechtsgrundlage, aus der die Forderung erwachsen soll, braucht noch nicht zu bestehen. Erforderlich ist nur, dass die Entstehung der Forderung zum Zeitpunkt der Abtretung möglich erscheint und die abgetretene Forderung bestimmt oder jedenfalls hinreichend bestimmt bezeichnet ist (vgl. Senat a. a. O.). Beide Voraussetzungen liegen hier vor.

Es liegt auf der Hand, dass das Entstehen von Forderungen aus einem Untermietvertrag möglich erschien; denn eine Untervermietung war unter den im Vertrag genannten Voraussetzungen grundsätzlich zulässig. Forderungen aus einem solchen Rechtsverhältnis können grundsätzlich wirksam abgetreten werden. Eine Abtretung ist in diesen Fällen stets möglich, sofern damit keine Übersicherung des Vermieters oder unzulässige Benachteiligung des Mieters verbunden ist. Dies ist hier jedoch nicht ersichtlich. Von der Abtretung erfasst wurden auch nicht nur die – hier nicht relevanten – Mietzinsansprüche, sondern sämtliche sich aus dem Untermietvertrag ergebenden Ansprüche der Klägerin als Untervermieterin. Aus dem der Ab-

tretung vorangehenden Satz folgt nichts Gegenteiliges. Denn er verweist nur auf die gesetzliche Regelung des § 546 Abs. 3 BGB a. F. (= 540 Abs. 2 BGB). Sämtliche Absätze der Ziffer 1. 23 befassen sich mit der Untervermietung und regeln diesbezügliche Sachverhalte. Eine aus der Nennung des § 549 Abs. 3 BGB (a. F.) erkennbare Einschränkung zu der durch einen Absatz getrennten Abtretung ist nicht ersichtlich, zumal dort geregelt ist, dass „sämtliche Rechte“ gegen den Dritten abgetreten werden.

Für den Bereich des Gewerberaummietrechts wird eine Unwirksamkeit bei der Abtretung von Ansprüchen an den Vermieter auch nicht angenommen. Denn die Abtretung ist ein Äquivalent dafür, dass dem Vermieter an den vom Untermieter eingebrachten Sachen kein Pfandrecht zusteht (vgl. Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Auflage, Rn. 150; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, II Rn. 445). Eine gegenteilige Entscheidung des OLG Celle (WuM 1990, 103 (105)) bezieht sich auf das Wohnraummietrecht, ist aber auf Gewerberaummietverträge nicht übertragbar (vgl. Fritz, a. a. O.; Bub/Treier, a. a. O.). Soweit das OLG Hamburg (NJW-RR 1999, 1316 = NZM 1999, 806 = ZMR 1999, 328 [= WuM 1999, 278]) entschieden hat, eine Abtretung von Ansprüchen auf Untermietzinsen, begrenzt auf die Höhe des Mietzinses des Hauptmietvertrages, solle mangels Bestimmtheit unwirksam sein, ist dies mit dem hier zu entscheidenden Fall nicht zu vergleichen. Denn dort sollte die Abtretung aller Untermietforderungen in ihrem Gesamtumfang vom jeweiligen Schuldbetrag der zu sichernden Mietforderungen aus dem Hauptmietverhältnis abhängen, so dass der Gesamtumfang aller Abtretungen variabel war. Hier fehlt eine derartige Verknüpfung mit der Höhe des Hauptmietzinses.

Einer hinreichenden Bestimmtheit steht auch nicht entgegen, dass die Klausel nicht für alle denkbaren Fälle regelt, auf welche Forderungen sie sich erstreckt. Denn es genügt, wenn im Zeitpunkt des Entstehens der Forderung bestimmbar ist, ob sie von der Abtretung erfasst wird (BGH, st. Rspr., vgl. nur NJW 2000, 276; Senat aaO; Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 398 Rn. 14 m.w.N.). Auch diese Voraussetzung begegnet hier keinen Bedenken.

Mangels diesbezüglichen Vortrags und hinreichender dem Akteninhalt zu entnehmender Anhaltspunkte vermag der Senat auch nicht zu erkennen, dass nur eine Sicherungsabtretung vorliegt.

3. Auch soweit die Klägerin zur Darlegung ihrer Aktivlegitimation die Abtretungserklärung vom 19. Juni 2007 vorlegt, führt dies nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Denn als Abtretender ist dort die „H. KG“ aus L. genannt. Die Klägerin legt aber nicht dar, wie diese Gesellschaft zur Inhaberin der abgetretenen Forderungen aus dem Untermietvertrag geworden sein soll. Hierauf hat die Beklagte bereits erstinstanzlich im Schriftsatz vom 5. Juli 2007 (S. 6 unten) hingewiesen, ohne dass die Klägerin ihr dahingehendes Vorbringen ergänzt hätte. Es wird schon nicht deutlich, die Rechtsnachfolgerin welcher Vermieterin in der „Vermieterkette“ die H. KG sein soll. In Betracht kommen hier zum einen die A.-AG Holding und zum anderen die D.-AG.

II. Eine fehlende Aktivlegitimation führt zur Verjährung der von der Klägerin verfolgten Schadensersatzansprüche aus §§ 280, 281 i.V.m. 535 ff. BGB. Hierauf hat sich die Beklagte auch berufen, weshalb sie zur Leistungsverweigerung berechtigt ist (§ 214 Abs. 1 BGB).

Eine Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) tritt regelmäßig nur bei zulässiger, also „offener“ Prozessstandschaft ein (vgl. Senat ZMR 2000, 210; Zöller/Vollkommer, ZPO, Vor § 50 Rn. 47, 55). Auch hierzu hat die Klägerin nichts vorgetragen.

III. Hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche auf Nutzungsentschädigung führt der Senat vorsorglich aus:

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass ein „Vorenthalten“ des Mietobjekts i.S. § 546 a Abs. 1 BGB, jeden-

falls in dem für die Berufung interessierenden Zeitraum ab 14. Juli 2006, nicht vorgelegen hat. Denn der für die Beklagte handelnde Zeuge N. wollte an diesem Tag das Mietobjekt zurückgeben, was der für die Klägerin handelnde Zeuge F. unter Hinweis auf den Zustand der Räume ablehnte. Bietet der Mieter dem Vermieter die Sache in verändertem oder verschlechtertem Zustand zur Rückgabe an, lehnt dieser die Rücknahme aber unter Hinweis auf den Zustand ab, so liegt kein „Vorenthalten“ vor (BGH WPM 1974, 260; Senat NZM 2002, 742 [= WuM 2002, 494 = GuT 2002, 186 KL] m.w.N.; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Rn. 1033). Dies gilt sogar dann, wenn der Zustand der Mietsache eine Benutzung oder Weitervermietung nicht zulässt (Wolf/Eckert/Ball, a. a. O.).

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte ihrer Verpflichtung zur Räumung des Objekts in einer Weise nicht nachgekommen war, die eine Besitzausübung durch die Klägerin wesentlich beeinträchtigt hätte, weshalb auch aus diesem Gesichtspunkt keine „Vorenthaltung“ durch die Beklagte folgt ist. Weder die Aussage des Zeugen F., der bekundete, in dem Objekt hätten sich zu diesem Zeitpunkt noch einzelne Einrichtungsgegenstände (Kühlaggregate, Kassentische, ein Schallplattenschrank; vgl. Protokoll vom 3. August 2007) befunden, noch die Angaben in dessen Schreiben vom 14. Juli 2006 rechtfertigen den Schluss, es sei nicht hinreichend geräumt gewesen. Mithin bedarf es keiner Entscheidung, ob der Aussage des Zeugen F. oder der des Zeugen N. der Vorzug zu geben ist. Denn N. hat eine vollständige Räumung bekundet. Das Landgericht ist jedenfalls zutreffend davon ausgegangen, dass die zurückgelassenen Gegenstände allenfalls eine untergeordnete Rolle gespielt und einer Besitzübertragung des Objekts auf die Klägerin nicht entgegengestanden hätten. Sie hätten somit die Besitzausübung der Vermieterin, wenn diese die Räume am 14. Juli 2006 übernommen hätte, nur unwesentlich beeinträchtigt (vgl. hierzu auch BGH NJW 1983, 1049 (1050); NJW 1988, 2665 [= WuM 1988, 270]; Senat MDR 2005, 744 = DWW 2005, 156 f. [= GuT 2005, 27 KL]). Die Zurückweisung des Rückgabeangebots allein aufgrund der zurückgelassenen Gegenstände wäre deshalb treuwidrig gewesen (§ 242 BGB), weshalb sich die Klägerin nicht mit Erfolg darauf berufen kann.

IV. Hat eine Berufung – wie hier – keine Aussicht auf Erfolg, wird im Falle der Zurückweisung des Rechtsmittels im Beschlussverfahren die Anschlussberufung wirkungslos, weshalb über sie sachlich nicht zu entscheiden ist (§ 524 Abs. 4 ZPO). Ausführungen hierzu sind aufgrund des derzeitigen Verfahrensstands deshalb nicht veranlasst (Senat NJW 2003, 1260 [= GuT 2003, 20 KL]).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§ 266 StGB**  
**Gewerberaummieta;**  
**gesetzliche Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kauttionen; vereinbarte Vermögensbetreuungspflicht; Untreue; Feststellung eines Nachteils**

**Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kauttionen bei Wohnraum- und Gewerberaummieta (im Anschluss an BGHSt 41, 224 [= WuM 1996, 53]).**

(BGH, Beschluss vom 2. 4. 2008 – 5 StR 354/07)

1 **Aus den Gründen:** Das Landgericht [Berlin] hat – neben Teileinstellung und -freispruch – den Angeklagten G. S. wegen Untreue in 201 Fällen – unter Einbeziehung einer Geldstrafe aus einer rechtskräftigen Vorverurteilung – zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt sowie gegen ihn ein Berufsverbot für vier Jahre ausgesprochen. Gegen seine Ehefrau E. S. und seinen Sohn M. S. hat das Landgericht wegen Beihilfe zur Untreue Geldstrafen in Höhe von 150 Tagessätzen bzw. 90 Tagessätzen verhängt. Gegen dieses Urteil wenden sich sämtliche Angeklagten mit ihren Revisionen, die

jeweils mit der Sachrüge im vollen Umfang Erfolg haben. Der Generalbundesanwalt hat – ohne Begründung – Terminantrag gestellt und zur Sache keine Ausführungen gemacht (vgl. zur gleichwohl zulässigen Verfahrensweise nach § 349 Abs. 4 StPO Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 349 Rdn. 37; Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 349 Rdn. 30).

2 I. Das landgerichtliche Urteil enthält folgende Feststellungen und Wertungen:

3 1. Der Angeklagte G. S. war faktischer Geschäftsführer der W. Q. GmbH, der Komplementärin der ... KG, sowie der Sa. GmbH, die Komplementärin der Sa. KG war. An beiden Unternehmen hielten Familienmitglieder die Mehrzahl der Geschäftsanteile, nämlich unter anderem seine mitangeklagte Ehefrau E. (bei der ...) und sein mitangeklagter Sohn M. (bei der Sa.). Die Angeklagten E. und M. S. waren auch jeweils Geschäftsführer des Unternehmens, an dem sie eine Mehrheitsbeteiligung innehatten.

4 Sowohl die ... KG als auch die Sa. KG vermieteten ihnen gehörende Wohn- und Gewerbeimmobilien. Entsprechend der mietvertraglichen Regelungen waren die Mieter zur Stellung von Kauttionen verpflichtet. Die Kauttionen wurden meist in bar übergeben oder per Überweisung an die beiden Gesellschaften geleistet. Der Angeklagte G. S., der in beiden Unternehmen alle wesentlichen Entscheidungen traf, zahlte die Kauttionen jeweils auf ein Girokonto bei der Sparkasse zwischen August 1994 und März 1997 ein. Beide Konten waren – für jede der beiden Gesellschaften separat – seit August 1993 in eine Kontokorrentvereinbarung einbezogen, was dazu führte, dass zwischen sämtlichen Konten ein täglicher Ausgleich stattfand. Damit konnten auf einigen Konten entstandene Negativsalden durch Guthaben auf anderen Konten der Gesellschaft, unter anderem auch durch das Kauttionskonto, ausgeglichen werden. Die eingezahlten Kauttionen wurden auf diese Weise in das allgemeine Umlaufvermögen der beiden Unternehmen überführt und standen für die Deckung sämtlicher Verbindlichkeiten zur Verfügung. Es kam ebenfalls zu Transaktionen zwischen der ... KG und der Sa. KG. Insgesamt hat der Angeklagte G. S. Kauttionen in einer Höhe von mindestens 500 000 DM vereinnahmt. Über das Vermögen der ... KG wurde später das Insolvenzverfahren eröffnet. Die einzelnen Mieter konnten bis heute ihre Kauttionsansprüche nicht realisieren, weil der Insolvenzverwalter das noch vorhandene Guthaben in Höhe von 260 000 DM hinterlegt und bislang nicht an die Mieter als Gläubiger der Kauttionen ausbezahlt hatte.

5 2. Das Landgericht hat bereits die Einzahlungen der Kauttionen auf die beiden Girokonten als jeweils selbständige Untreuehandlungen gewürdigt. Damit habe der Angeklagte G. S. als faktischer Geschäftsführer seine treuhänderische Pflicht gegenüber den Mietern verletzt, die Kauttionen so anzulegen, dass sie vor einem Zugriff der Gläubiger der jeweils vermietenden Gesellschaft geschützt seien. Dies gelte nicht nur für die Wohnraummieta, für die eine solche Pflicht ausdrücklich geregelt sei (§ 550b Abs. 2 BGB a. F. – jetzt § 551 Abs. 3 BGB), sondern ebenso für die Vermietung von Gewerberaum. Die Einzahlung der Gelder auf das Girokonto habe in jedem Falle eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet, zumal die eingezahlten Kauttionen die Liquiditätslage der Gesellschaften abgesichert hätten.

6 Die Angeklagten E. und M. S. hätten Beihilfe zur Untreue geleistet, weil sie durch ihre Strohmann Tätigkeit dem Angeklagten G. S. die einzelnen Taten erst ermöglichten.

7 II. Die Revisionen aller drei Angeklagten führen zur umfassenden Aufhebung der landgerichtlichen Verurteilungen.

8 1. Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte G. S. habe mit der Einzahlung der von den Mietern geschuldeten Kauttionen auf das Girokonto bei der Sparkasse jeweils eine selbständige Untreuehandlung begangen, begegnet durchgreifenden Bedenken.

9 a) Allerdings hat das Landgericht ohne Rechtsverstoß angenommen, dass durch die gesetzliche Regelung des § 550b

Abs. 2 BGB a. F. (nunmehr § 551 Abs. 3 BGB) zugleich eine auf Gesetz beruhende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründet wurde. Wie der Bundesgerichtshof bereits in seinem Beschluss vom 23. August 1995 (BGHSt 41, 224 [= WuM 1996, 53]) ausgeführt hat, stellt diese gesetzliche Regelung einen Ausgleich zwischen dem Sicherungsbedürfnis des Vermieters auf der einen und dem Schutzbedürfnis des Mieters auf der anderen Seite her; sie schützt dabei insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff von dessen Gläubigern. Deshalb habe der Gesetzgeber die Mietkaution in Anlehnung an die Vorschriften über die Anlage von Einnahmen des Wohnungsverwalters (§ 27 Abs. 4 WEG) oder über den Umgang mit Mündelgeldern (§§ 1806, 1807 BGB) im Rahmen der Wohnungsmiete als Treuhandverhältnis ausgestaltet (BGHSt 41, 224, 228 unter Bezugnahme auf BT-Drucks 9/2079, S. 10). Auch wenn der dem Vermieter insoweit verbleibende Ermessensspielraum relativ eng gezogen sei, entstehe mit der Entgegennahme der Kautionsleistung eine Vermögensbetreuungspflicht, die für den Vermieter durch die mietrechtlich vorgesehene Verwendung dieser Gelder begründet werde (BGHSt a. a. O. S. 229; Schönemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 113; kritisch hierzu: Dierlamm in MK-StGB 2006 § 266 Rdn. 11; Samson/Günther in SK-StGB 39. Lfg. § 266 Rdn. 29).

10 An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest, wobei es keiner Vertiefung bedarf, ob die in der Literatur kritisierte Anknüpfung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB an eine vertragliche Nebenpflicht aufrechtzuerhalten ist (Sowada JR 1997, 28; Dierlamm a. a. O.). Der Senat hat vielmehr deutlich gemacht, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht aus den Sonderregeln für die Wohnraummiete (§ 550b Abs. 2 BGB a. F.) ergibt (BGHSt 41, 224, 227 f.), also keine durch Rechtsgeschäft, sondern eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht darstellt. Mit der Anlage der Gelder unter Verstoß gegen die gesetzliche Regelung des § 550b Abs. 2 BGB a. F. hat der Angeklagte G. S. deshalb pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gehandelt.

11 b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts entsteht eine solche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nur bei der Wohnraummiete. Das Landgericht hat eine Erstreckung auf gewerbliche Mietverhältnisse damit begründet, dass aus der Sicht dieser Mieter ebenfalls eine Sicherung der eingebrachten Kautions erforderlich sei, weil auch die gewerblichen Mieter nicht unerhebliche Risiken eingingen. Die gewerblichen Mieter müssten deshalb gleichermaßen am strafrechtlichen Schutz des § 266 Abs. 1 StGB teilnehmen. Dieser Ansatz des Landgerichts begegnet in zweifacher Hinsicht durchgreifenden Bedenken.

12 aa) Eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht in Bezug auf die Mietkaution scheidet bei der Gewerberaummiete aus. Die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen beziehen sich allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum. Dies ergibt sich aus der Überschrift des Untertitels 2: „Mietverhältnisse über Wohnraum“ und aus § 549 Abs. 1 BGB, der insoweit den spezialgesetzlichen Charakter der Regelungen über Wohnraummietverhältnisse klarstellt. Dies bedeutet aber auch, dass selbst eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 551 Abs. 3 BGB auf gewerbliche Mietverhältnisse ausscheidet. Da der Gesetzgeber die Regelung bewusst nicht als allgemeine mietvertragliche Regelung ausgestaltet, sondern auf Mietverträge über Wohnraum beschränkt hat, fehlt eine Lücke, die im Wege einer Analogie geschlossen werden könnte. Der Senat kann es daher dahinstehen lassen, ob im Blick auf das strafrechtliche Analogieverbot (§ 1 StGB) überhaupt eine derartige – über den Wortsinn hinausgehende – Auslegung mittelbar strafrechtsbegründender zivilrechtlicher Normen zulässig ist (vgl. Dannecker in LK 12. Aufl. § 1 Rdn. 262). Es liegt bei der Gewerberaummiete mithin keine gesetzlich begründete Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf die Kautions vor.

Schon deshalb geht die Erwägung des Landgerichts, auch der gewerbliche Mieter verdiene den Schutz des § 266 StGB, ins Leere.

13 bb) Eine anderweitige Entstehung einer Vermögensbetreuungspflicht ist nicht ersichtlich. Zwar ist eine mietvertragliche Regelung denkbar, die eine entsprechende Anlagepflicht der eingezahlten Kautions vorsieht. In diesem Fall läge eine rechtsgeschäftliche Begründung einer entsprechenden Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB vor. Dass eine derartige Vereinbarung erfolgt ist, hat das Landgericht jedoch nicht festgestellt. Sie liegt auch nicht nahe, zumal die Verträge durch die Vermieterseite vorformuliert gewesen sein dürften.

14 Hingegen begründet die bloße Vereinbarung einer Kautions als solche keine Vermögensbetreuungspflicht. Es ist schon zweifelhaft, ob für die Kautions bei der Gewerberaummiete vergleichbare Regelungen gelten, der Vermieter also überhaupt zu einer abgesonderten und verzinslichen Anlage der Kautionssumme verpflichtet ist. Solches ist schon deshalb fraglich, weil der Gesetzgeber dieses ausdrücklich nur für die Wohnraummiete angeordnet hat. Zudem würde es der unterschiedlichen Interessenlage bei der Gewerberaummiete widersprechen, wenn dort ohne weiteres gleiche Pflichten bestünden. Für die Gewerberaummiete gilt nämlich das Primat der freien Vereinbarung (Palandt/Weidenkaff, BGB 67. Aufl. Einf. v. § 535 Rdn. 122).

15 Für die strafrechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Untreue kann die Frage der Behandlung einer Kautions im Rahmen eines Gewerberaummietverhältnisses aber letztlich offen bleiben. Selbst wenn sich aus der Kautionsvereinbarung nämlich entsprechende Nebenpflichten ergeben sollten (so zur abgesonderten Anlage der Kautions – OLG Nürnberg MDR 2006, 1100 [= GuT 2006, 230] – zu deren Verzinsung – BGH NJW 1994, 3287 [= WuM 1994, 679]), führt dies nicht zur Annahme einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vermögensbetreuungspflicht. Allgemeine schuldrechtliche Pflichten aus einem Vertragsverhältnis genügen für sich genommen nicht (BGHSt 33, 244, 249; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 11, 14, 16; vgl. auch Fischer, StGB 55. Aufl. § 266 Rdn. 29). Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn es sich um Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten zugunsten des Vertragspartners handelt (Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 266 Rdn. 23; vgl. auch BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 9).

16 Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Die vereinbarte Regelung muss – als rechtsgeschäftlich eingegangene Vermögensbetreuungspflicht – mithin zugunsten des geschützten Vertragspartners Elemente einer Geschäftsbesorgung aufweisen (Lenckner/Perron a. a. O. Rdn. 27; vgl. auch BGHSt 28, 20, 23 f.). Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kautions an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine besondere Sicherung nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kautions treuhänderische Pflichten zu übernehmen habe, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden.

17 Treffen den Empfänger der Kautions keine besonderen, ihm vertraglich auferlegten Sicherungspflichten, ist die Einzahlung einer Kautions nicht anders zu beurteilen, als wenn der Mieter für einen künftigen Sicherheitsfall vorleistet. Insoweit besteht an sich immer ein Sicherheitsbedürfnis, das der vorleistende Mieter aber durch eine entsprechende Fassung der Vereinbarung minimieren könnte. Einem gewerblichen Mieter ist die Durchsetzung einer entsprechenden vertraglichen Absicherung auch abzuverlangen. Ein gewisses Sicherheitsbedürfnis wohnt im Übrigen letztlich jeder Vorleistung inne. Dieses dem Lei-

stenden verbleibende Restrisiko reicht jedoch grundsätzlich nicht aus, den Empfänger der Vorleistung mit einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu belasten (BGHSt 28, 20, 23 f.). Gerade im Rahmen von Austauschverhältnissen bedarf es deshalb – sofern eine gesetzliche Bestimmung fehlt – einer ausdrücklichen Vereinbarung, die den Vertragsschließenden insoweit zu einer besonderen Vermögensfürsorge zugunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. Andernfalls erschöpft sich der Verstoß in einer Verletzung der Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten. Dies begründet aber als solches noch keine Untreue (BGHSt 22, 190, 191; 33, 244, 250).

18 2. Da in den Gewerberaummietfällen nach den Feststellungen keine besonderen Kautionsvereinbarungen in dem oben dargestellten Sinne abgeschlossen wurden, führt dies dazu, dass nur in den Fällen, in denen ein Mietverhältnis über Wohnraum begründet worden ist, hinsichtlich der eingezahlten Kautionen eine Vermögensbetreuungspflicht hat entstehen können. Da sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, in welchem der 201 Einzelfälle es sich jeweils um Wohn- oder Gewerberaummiete handelte, kann das Urteil gegen den Angeklagten G. S. schon deshalb insgesamt keinen Bestand haben. Es lässt sich nämlich für keinen der ausgerichteten 201 Fälle ausschließen, dass es sich insoweit nicht um ein Gewerbemietverhältnis gehandelt haben könnte. Im Gegenteil spricht in mehreren Fällen für Gewerberaummietverhältnisse, dass eine juristische Person als Mieter auftritt oder die Höhe der Kaution dies nahelegt. Im Fall 169 der Urteilsgründe hat dies das Landgericht ausdrücklich festgestellt. Die unterbliebene Zuordnung, ob es sich um Wohnraummietverhältnisse handelt, bedingt auch die umfassende Aufhebung der zugrunde liegenden Feststellungen.

19 3. Die Verurteilungen der Angeklagten E. und M. S. wegen Beihilfe zur Untreue haben auch deswegen keinen Bestand, weil durchgreifende Bedenken gegen die Annahme eines Gehilfenvorsatzes bestehen. [wird ausgeführt]

24 III. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat noch auf Folgendes hin:

25 1. Bei den Kautionen für Wohnraummiet bewirkt die Einzahlung der Kaution auf das Girokonto noch nicht ohne weiteres eine (vollendete) Untreue im Sinne des § 266 StGB. Die pflichtwidrige Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht indiziert hier nämlich – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nicht die Feststellung eines Nachteils im Sinne des § 266 StGB.

26 a) Die Strafbarkeit wegen Untreue setzt voraus, dass ein Vermögensnachteil entstanden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bereits dann eingetreten sein, wenn eine schadensgleiche Vermögensgefährdung gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Gefährdung nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet (BGHSt 44, 376, 384; 48, 354, 357).

27 Eine solche schadensgleiche Vermögensgefährdung entsteht allerdings nicht bereits, wenn die Kaution nicht vom sonstigen Betriebsvermögen abgesondert, sondern auf ein „allgemeines“ Konto eingezahlt wird. Insoweit ist die Sachverhaltskonstellation nicht anders zu beurteilen als allgemein die unterlassene Einzahlung von Fremdgeldern auf einem Anderkonto, obwohl eine Rechtspflicht zu einer abgesonderten Anlage dieser Gelder besteht. Nach der ständigen Rechtsprechung führt ein solches Verhalten nicht zu einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB, soweit der Betreffende jederzeit bereit und fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren (BGHSt 15, 342; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 56). Hierzu fehlen bislang Feststellungen. Zwar stünde die auf dem Girokonto eingezahlte Kaution grundsätzlich dem Zugriff von Privatgläubigern des Vermieters offen; damit wären diese Guthaben gefährdet. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet diese bloße abstrakte Möglichkeit jedoch noch nicht. Die Gefahr eines endgültigen Verlusts eines

Vermögensbestandteils muss vielmehr so groß sein, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat (BGHSt 51, 165, 177; vgl. auch BGHSt 21, 112 ff.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 32).

28 Im Rahmen der Prüfung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung kommt es deshalb insgesamt auf die Vermögensverhältnisse des Vermieters an. Nur soweit aufgrund der Gesamtumstände die naheliegende Gefahr besteht, dass auf dieses „allgemeine“ Konto zugegriffen werden könnte, liegt eine zu einer Minderbewertung führende Vermögensgefährdung vor (vgl. BGHSt 44, 376, 384). Dies setzt – sofern man schon in der Einzahlung auf das allgemeine Konto eine Untreuehandlung sehen wollte – voraus, dass bereits zu diesem Zeitpunkt eine drohende Überschuldung der vermietenden Gesellschaft bestand, die einen Zugriff der Gläubiger erwarten ließ.

29 Eine solche Prüfung wird der neue Tatrichter vorzunehmen haben. Dabei wird auch dem Umstand Beachtung einzuräumen sein, dass der Angeklagte G. S. mit dem Kontoausgleichssystem sämtliche Konten der Gesellschaft miteinander verbunden hat, um so Negativsalden weitgehend zu vermeiden. Dies hat indizielle Wirkung für die wirtschaftliche Gesamtsituation der Gesellschaft, weil ersichtlich ab diesem Zeitpunkt die Kautionen für die Deckung anderweitiger Verbindlichkeiten verwandt wurden und damit ihre Rückzahlbarkeit unmittelbar gefährdet war. Gleiches gilt insbesondere auch im Hinblick auf den Ausgleich des Hauptkontos Ende 1995 und die Querüberweisungen zwischen ... und Sa. Ergäbe sich eine entsprechende angespannte Vermögenslage beider Gesellschaften, dann wäre eine Einzahlung auf den Girokonten, obwohl zu diesem Zeitpunkt der Kontenausgleich bereits institutionalisiert war, regelmäßig mit einer schadensgleichen Vermögensgefährdung verbunden. Dies gilt jedenfalls, solange sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft nicht nachhaltig gebessert haben, wofür allerdings nach den bisherigen Feststellungen kein Anhalt besteht.

30 Eine Untreue durch Unterlassen käme in Betracht, falls die einzelne Kaution im Zeitpunkt ihrer Einzahlung noch nicht gefährdet und ihre Rückzahlbarkeit erst später aufgrund der Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse beider Unternehmen nicht mehr gewährleistet gewesen sein sollte. Insoweit würde die Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten G. S. zugleich eine Garantenpflicht begründen. Ihm obliegt es nämlich, die eingezahlten Kautionen so zu sichern, dass sie nicht zur Deckung von Verbindlichkeiten der beiden Gesellschaften herangezogen werden können (vgl. BGHSt 49, 147, 164).

31 b) Das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet bei dem Angeklagten G. S. einen Tatvorsatz, wenn er die zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände erkannt hat. Zu dem kognitiven Element, nämlich dass er aufgrund der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaften eine nicht gegebene Rückzahlbarkeit der Mietkaution zumindest für möglich gehalten hatte (vgl. BGHSt 48, 331, 348), muss zusätzlich noch das voluntative Element hinzutreten. Dies bedeutet, dass der Angeklagte G. S. die konkrete Gefahr erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet (BGHSt 51, 100, 120 f.; vgl. auch BGHSt 48, 331, 347 ff.).

32 2. Ließe sich feststellen, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der beiden Gesellschaften so angespannt waren, dass die eingezahlten Kautionen schon aus diesem Grund erheblich gefährdet waren, käme auch eine Verurteilung wegen Betrugs nach § 263 StGB in Betracht, wenn dem Angeklagten G. S. hinsichtlich einer sich aus der schlechten Vermögenssituation der Gesellschaften möglicherweise ergebenden schadensgleichen Vermögensgefährdung insoweit Vorsatz nachgewiesen werden könnte (vgl. BGHSt 48, 331, 346 f.). Da dies nicht völlig ausgeschlossen werden kann, scheidet ein Freispruch auch in den Fällen aus, in denen eine Gewerberaummiete unzweifelhaft vorliegt (wie im Fall 169 der Urteilsgründe).

33 3. Ein von der Verteidigung behaupteter Verbotsirrtum ist nicht ersichtlich. Die Verteidigung meint, dass jedenfalls erst nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. August 1995 (BGHSt 41, 224 [= WuM 1996, 53]) und deren Veröffentlichung den Angeklagten die Kenntnis von der Strafbarkeit ihres Verhaltens vorgeworfen werden könne.

34 Die Verteidigung belegt mit der von ihr dargestellten Fehlvorstellung der Angeklagten – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – noch keinen Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB. Ein Verbotsirrtum nach dieser Vorschrift kommt nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (BGHSt 15, 377, 383; BGH NStZ 1996, 236, 237; wistra 1986, 218). Der Unrechtsgehalt wird hier aber bereits durch den Verstoß gegen die gesetzlich normierten Pflichten zur Anlage einer Kaution vermittelt (§ 550b BGB a. F. = § 551 Abs. 3 BGB). Hiergegen verstieß der Angeklagte G. S. Die Annahme, er habe diese Vorschrift des Mietrechts zumindest ihrem Inhalt nach nicht gekannt, liegt bei ihm ebenso fern wie bei den Mitangeklagten E. und M. S. Es ist deshalb schon kein Irrtum im Sinne des § 17 StGB gegeben, sondern allenfalls eine unbeachtliche falsche rechtliche Einordnung (vgl. BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 14). Selbst wenn die Angeklagten die Kautionsregelung für den Bereich der Wohnraummiete nicht gekannt haben sollten, wäre ein solcher Irrtum, der die Normen ihres unmittelbaren beruflichen Bereichs betraf, ohne weiteres vermeidbar gewesen.

35 4. Zur Bestimmung des Schuldumfangs bedarf es der Feststellung des tatsächlich eingetretenen Schadens (vgl. BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 27). Hierbei kommt einem bloßen Gefährdungsschaden nicht das gleiche Gewicht zu wie dem endgültig eingetretenen Nachteil (Fischer, StGB 55. Aufl. § 266 Rdn. 82). Dies erfordert grundsätzlich, dass der Tatrichter Feststellungen zu dem Ausfall trifft, der dem einzelnen Mieter entstanden ist. Dafür kann der Tatrichter gehalten sein, für die einzelne Kaution mögliche Gegenansprüche des Vermieters zu berechnen, die durch die Kaution gesichert werden sollen. Ein Schaden scheidet bei der im Rahmen der Untreue gebotenen Gesamtbilanzierenden Betrachtung (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 55) nämlich dann aus, wenn der durch den Kautionsverlust geschädigte Mieter seinerseits von Ersatzansprüchen gegenüber dem Vermieter frei wird.

36 Lässt sich die Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens nicht ermitteln, kann der Tatrichter auf den Gefährdungsschaden abstellen. Belässt er es dabei, muss er dann allerdings zugunsten des Angeklagten im Rahmen der Strafzumessung davon ausgehen, dass tatsächlich kein endgültiger Schaden eingetreten ist.

37 5. Der neue Tatrichter wird die Frage einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung umfassend zu prüfen haben. Die Ausführungen des Landgerichts hierzu begegnen Bedenken. Es reicht nicht aus, in den Urteilsgründen lediglich auf die bisher verstrichene Verfahrensdauer zu verweisen (hier: mehr als neun Jahre). Der Tatrichter ist vielmehr verpflichtet, das Maß der eingetretenen rechtsstaatswidrigen Verzögerung zu bestimmen (BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 17, 20, 21) und hierfür eine Kompensation festzulegen (BGH, Beschluss vom 13. Februar 2008 – 2 StR 356/07). Nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 2008 (NJW 2008, 860 ff. zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen) hat die Kompensation nunmehr grundsätzlich in der Form zu erfolgen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt. Dabei wird der neue Tatrichter den im angefochtenen Urteil vorgenommenen Strafabschlag berücksichtigen können. Gegen die vom 3. Strafsenat erwogene Möglichkeit einer Erhöhung der bisher verhängten Strafe (BGH, Beschluss vom 18. Januar 2008 – 3 StR 388/07) hätte der Senat indes dogmatische Be-

denken. Für den Fall, dass nach dem Ergebnis der neuen Hauptverhandlung ein Schuldspruch gegen die Angeklagten E. und M. S. noch in Betracht kommen sollte, wird eine Einstellung des Verfahrens, jedenfalls aber eine Sanktion unterhalb einer Geldstrafe in Betracht zu ziehen sein. Die grundsätzlich übliche Kompensation schließt nämlich nicht aus, in besonders krassen Fällen der Verfahrensverzögerung das Verfahren wegen eines dann eingetretenen Verfahrenshindernisses abzubrechen (BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 2) oder nach §§ 153 ff. StPO einzustellen. Weiterhin kann auch das Absehen von Strafe oder eine Verwarnung mit Strafverbehalt geboten sein (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 21), wenn allein eine vollstreckungsrechtliche Anrechnung nicht mehr ausreicht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### §§ 116, 233 ZPO

#### Gewerbliches Mietverhältnis; Prozesskostenhilfe PKH für den Insolvenzverwalter; Insolvenz des Mieters

#### Zur Prozesskostenhilfe für den Insolvenzverwalter bei Massearmut.

(BGH, Beschluss vom 12. 3. 2008 – XII ZB 4/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger macht gegen den Beklagten als Insolvenzverwalter Ansprüche aus einem gewerblichen Mietverhältnis geltend. Das Landgericht Köln hat den Beklagten u. a. verurteilt, 13 219,90 € aus der Insolvenzmasse an den Kläger zu zahlen. Das Urteil ist dem Beklagten am 20. April 2007 zugestellt worden. Mit am 21. Mai 2007 (Montag) beim Oberlandesgericht Köln eingegangenen Schriftsatz hat der Beklagte Prozesskostenhilfe für die Durchführung eines Berufungsverfahrens beantragt, soweit er zur Zahlung von 13 219,90 € verurteilt worden ist. Das Oberlandesgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 5. Juli 2007, dem Beklagten zugestellt am 10. Juli 2007, zurückgewiesen. Mit am gleichen Tag eingegangenen Schriftsatz vom 17. Juli 2007 hat der Beklagte Berufung gegen das Urteil des Landgerichts eingelegt, diese begründet und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt. Mit Beschluss vom 30. Juli 2007, dem Beklagten zugestellt am 2. August 2007, hat das Oberlandesgericht die Berufung des Beklagten verworfen und den Antrag auf Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen. Es meint, wenn eine Partei – wie hier – innerhalb der Berufungsfrist Prozesskostenhilfe für die Durchführung des Berufungsverfahrens beantrage, dann komme Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht, sofern die Partei davon habe ausgehen dürfen, dass ihr Prozesskostenhilfe zu gewähren sei. Daran fehle es hier. Die Insolvenzmasse sei nicht prozesskostenhilfebedürftig. Aus der vom Beklagten geltend gemachten Masseunzulänglichkeit folge nicht, dass die Masse prozesskostenhilfebedürftig sei. Dies sei nur dann der Fall, wenn aus der Masse die Kosten des Berufungsverfahrens nicht bestritten werden könnten. Nach der Masseunzulänglichkeitsanzeige des Beklagten vom 24. April 2007 sei dies nicht der Fall. Das vorhandene Barvermögen reiche aus, um die zu erwartenden Prozesskosten zu finanzieren.

2 Der Beklagte wendet sich gegen die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Verwerfung der Berufung durch das Oberlandesgericht.

3 **Aus den Gründen:** II. 1. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und zulässig (§§ 238 Abs. 2 Satz 1, 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

4 Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, weil das Berufungsgericht die vom Beklagten für eine Wiedereinsetzung in die Berufungsbegründungsfrist vorgetragene Gründe mit unzutreffenden Erwägungen übergangen und damit dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat. Nach gefestigter

Rechtsprechung dient das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in besonderer Weise dazu, den Rechtsschutz und das rechtliche Gehör zu garantieren. Daher gebieten es die Verfahrensgrundrechte auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), den Zugang zu den Gerichten und den in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (BGHZ 151, 221, 227 m.w.N.; Senatsbeschluss vom 9. Februar 2005 – XII ZB 225/04 – FamRZ 2005, 791, 792). Gegen diesen Grundsatz verstößt die angefochtene Entscheidung.

5 2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet und führt zur Wiedereinsetzung in die schuldlos versäumte Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist.

6 a) Eine arme Partei, die ein Rechtsmittel einlegen will, hat grundsätzlich Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn sie ihr Prozesskostenhilfesuch bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht hat (st. Rspr. seit BGHZ 16, 1, 39). Sie ist bis zu der Entscheidung über ihren Antrag so lange als ohne ihr Verschulden an der Einlegung des Rechtsmittels verhindert anzusehen, als sie nach den gegebenen Umständen vernünftigerweise nicht mit der Ablehnung ihres Antrags wegen fehlender Bedürftigkeit rechnen musste (Senatsurteil vom 11. November 1992 – XII ZB 118/92 – NJW 1993, 732). Das war hier entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Fall. Die Meinung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei trotz seiner Erklärung der Masseunzulänglichkeit in der Lage, die Prozesskosten aus der Masse zu bestreiten, steht im Widerspruch zu höchstrichterlicher Rechtsprechung. Danach ist bei Masseunzulänglichkeit i. S. des § 208 InsO grundsätzlich davon auszugehen, dass die Kosten i. S. des § 116 ZPO nicht aufgebracht werden können (BAG Beschluss vom 28. April 2003 – 2 AZB 78/02 – ZIP 2003, 1947; BVerwG Beschluss vom 8. Februar 2006 – 8 PKH 4/05 – ZIP 2006, 1542 f.; BGH Beschluss vom 27. September 2007 – IX ZB 172/06 – ZIP 2007, 1225 f.). Denn der Insolvenzverwalter darf bei Masseunzulänglichkeit keine neuen Masseforderungen begründen, die nicht aus der Masse beglichen werden können. Die verwaltete Masse reicht also nicht zur Bestreitung der Prozesskosten aus. Wenn die Anzeige der Masseunzulänglichkeit noch nicht allzu lange zurückliegt, dann kann bereits in der Anzeige als solcher ein starkes Indiz dafür liegen, dass die Kosten nicht aufgebracht werden können. Die Insolvenzordnung knüpft gewichtige Folgen an die Anzeige (§§ 208, 210, 211 InsO). Dies und die sehr weit gehende Haftung des Insolvenzverwalters (§ 60 InsO) ist im Allgemeinen eine ausreichende Basis für die Annahme, dass die Anzeige der Masseunzulänglichkeit zu Recht erfolgt ist (BAG a. a. O.).

7 Der Beklagte hatte seinem Prozesskostenhilfeantrag vom 21. Mai 2007 seine Masseunzulänglichkeitsklärung vom 24. April 2007 beigelegt und auf sie Bezug genommen. In dieser hatte er angegeben, dass eine liquide Masse von 18 350,32 € vorhanden und mit weiteren Einnahmen derzeit nicht zu rechnen sei. Dem stünden Masseschulden in Höhe von rund 15 000 € (Kosten für Insolvenzverfahren), 2064,03 € (Honoraranspruch des Insolvenzverwalters) und 13 219,90 € (Forderung gegen die Insolvenzmasse, zu deren Begleichung der Beklagte als Insolvenzverwalter verurteilt worden war und die er mit der Berufung abwehren wollte) gegenüber, so dass die Masse nicht ausreiche, um die Masseschulden zu tilgen.

8 Unter diesen Umständen durfte der Insolvenzverwalter bei Stellung seines Prozesskostenhilfeantrages davon ausgehen, dass ihm Prozesskostenhilfe nicht wegen fehlender Bedürftigkeit versagt würde. Anhaltspunkte dafür, dass die Angaben des Beklagten in seiner Masseunzulänglichkeitsanzeige unzutreffend waren oder sich die Vermögenslage der Masse seit der erst wenige Wochen zurückliegenden Erklärung geändert haben, liegen nicht vor.

9 b) Soweit das Berufungsgericht die Versagung der Wiedereinsetzung weiter damit begründet, dass die beabsichtigte Berufung keine Aussicht auf Erfolg habe und sich insoweit auf seinen die Gewährung von Prozesskostenhilfe ablehnenden Beschluss stützt, ist auch diese Begründung nicht frei von Rechtsirrtum. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsbeschluss vom 6. Juli 1988 – IVb ZB 147/87 – FamRZ 1988, 1152 f.) darf aus Gründen der Chancengleichheit von mittellosen und bemittelten Parteien bei der Frage, ob nach der Verweigerung von Prozesskostenhilfe Wiedereinsetzung gewährt werden kann, nur darauf abgestellt werden, ob sich der Antragsteller für bedürftig halten durfte. Eine Prüfung der Erfolgsaussicht darf dagegen nicht durchgeführt werden. Das gilt auch, wenn – wie hier – die Prozesskostenhilfe mangels Erfolgsaussicht des beabsichtigten Rechtsmittels versagt worden ist (Senatsbeschluss vom 11. November 1992 – XII ZB 118/92 – NJW 1993, 732, 733).

10 c) Die gleichzeitig ausgesprochene Verwerfung der Berufung steht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht entgegen, weil diese Entscheidung durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ihre Grundlage verliert und damit gegenstandslos wird (Senatsbeschlüsse vom 15. August 2007 – XII ZB 101/07 – FamRZ 2007, 1725, 1726; vom 10. Mai 2006 – XII ZB 42/05 – NJW 2006, 2269 und vom 9. Februar 2005 – XII ZB 225/04 – FamRZ 2005, 791, 792).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Art. 103 GG; § 765a ZPO**  
**Räumungszwangsvollstreckung; Wohnung und**  
**Arztpraxis; Räumungsschutz; Gesundheitsgefährdung;**  
**rechtliches Gehör**

**Dem Vorbringen des Räumungsschuldners, der das Gebäude, in dem sich seine Wohnung und die von ihm betriebene Arztpraxis befinden, aufgrund Zuschlagsbeschlusses zu räumen hat, ist zum Bestehen einer Gesundheitsgefährdung nicht deshalb weniger sorgfältig nachzugehen, weil das Fachgericht von dem Schuldner als Arzt etwa unmittelbar substantiierten Vortrag ohne weitere Ergänzungsmöglichkeit durch Atteste verlangen dürfte.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 13. 3. 2008 – I ZB 59/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Gläubigerin betreibt gegen den Schuldner aus einem Zuschlagsbeschluss vom 17. August 2006 im Wege der Zwangsvollstreckung die Räumung des Gebäudes „A.“ in J., in dem sich die Wohnung des Schuldners und die von ihm betriebene Arztpraxis befinden.

2 Der Schuldner hat mit Schriftsatz seines anwaltlichen Vertreters vom 11. Mai 2007 Räumungsschutz nach § 765a ZPO beantragt. Zur Begründung hat er vorgetragen, er befinde sich in einer sehr schlechten körperlichen und psychischen Verfassung und habe bereits Selbstmordgedanken geäußert. Daraufhin habe ihn eine Vertreterin des zuständigen Gesundheitsamts aufgesucht. Er führe mit der Gläubigerin Verhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrags. Darüber hinaus habe er sich auch um die Anmietung eines anderen Objekts bemüht. Einem Vertragsabschluss hätten bislang die mit der Gläubigerin geführten Verhandlungen entgegengestanden. Zudem müssten die in Aussicht genommenen Ersatzräume noch zu einer Arztpraxis umgebaut werden, was einen Zeitraum von etwa sechs Monaten, mindestens jedoch drei Monate, erfordere. Eine Zwangsräumung würde zu einer Zerstörung seiner beruflichen Existenz führen.

3 Das Amtsgericht Luckenwalde hat den Räumungsschutzantrag des Schuldners mit Beschluss vom 11. Mai 2007 zurückgewiesen. Seine dagegen gerichtete sofortige Beschwerde ist erfolglos geblieben.

4 Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Schuldner seinen mit Schriftsatz vom 16. Mai 2007 gestellten Räumungsschutzantrag weiter. Die Gläubigerin hat sich im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht geäußert.

5 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs.1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Der angefochtene Beschluss verletzt den Schuldner in seinem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs.1 GG).

6 1. Das Beschwerdegericht [LG Potsdam] hat ausgeführt, im Beschwerdeverfahren sei nicht mehr darüber zu befinden, ob der Vollstreckungsschutzantrag wegen einer bei dem Schuldner gegebenen Suizidgefahr begründet sei. Der anwaltlich vertretene Schuldner habe in der mündlichen Verhandlung am 30. Mai 2007 auch nach Anhörung der Amtsärztin, die eine fortbestehende Selbsttötungsgefahr bejaht habe, ausdrücklich erklärt, dass der Vollstreckungsschutzantrag nicht mehr auf eine bei ihm gegebene Suizidgefahr gestützt werde.

7 Die von dem Schuldner in der mündlichen Verhandlung neu geltend gemachten Gefahren eines Herzinfarktes, Kreislaufzusammenbruchs, Bluthochdrucks oder ähnlicher Leiden seien nicht hinreichend substantiiert, um daraus auf eine ernsthafte Gesundheits- und Lebensgefahr im Falle der Räumung schließen zu können. Die Behauptungen des Schuldners seien ersichtlich „ins Blaue“ hinein erfolgt. Daher habe keine Veranlassung bestanden, dem Schuldner Gelegenheit zu geben, sein Vorbringen durch Vorlage eines Attestes weiter zu belegen.

8 2. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht. Die Annahme des Beschwerdegerichts, es könne bei einer Zwangsräumung nicht von einer ernsthaften Gesundheits- oder Lebensgefahr für den Schuldner ausgegangen werden, verletzt den Schuldner in seinem Verfahrensgrundrecht aus Art. 103 Abs.1 GG.

9 a) Ist mit einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit des Schuldners verbunden, so kann dies die Untersagung oder einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 765a ZPO rechtfertigen. Dabei ist aber stets eine Abwägung der – in solchen Fällen ganz besonders gewichtigen – Interessen des Schuldners mit den Vollstreckungsinteressen des Gläubigers vorzunehmen. Es kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich auch der Gläubiger auf Grundrechte berufen kann. Ist sein Räumungstitel nicht durchsetzbar, wird sein Grundrecht auf Schutz seines Eigentums (Art. 14 Abs.1 GG) und auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) beeinträchtigt. Dem Gläubiger dürfen keine Aufgaben überbürdet werden, die nach dem Sozialstaatsprinzip dem Staat und damit der Allgemeinheit obliegen (BGHZ 163, 66, 72 ff. [= WuM 2005, 407]). Es ist deshalb auch dann, wenn bei einer Räumungsvollstreckung eine konkrete Lebensgefahr für einen Betroffenen besteht, sorgfältig zu prüfen, ob dieser Gefahr nicht auf andere Weise als durch Einstellung der Zwangsvollstreckung wirksam begegnet werden kann. Dabei kann vom Schuldner erwartet werden, dass er alles ihm Zumutbare unternimmt, um Gefahren für Leben und Gesundheit möglichst auszuschließen (BGHZ 163, 66, 74 [= WuM a. a. O.]; BGH, Beschl. v. 22.11.2007 – I ZB 104/06, WuM 2008, 36 Tz. 9 = FamRZ 2008, 260).

10 b) Der Schuldner hat in der mündlichen Verhandlung des Beschwerdegerichts am 30. Mai 2007 geltend gemacht, er gehe davon aus, dass wegen der Stresssituation im Zusammenhang mit der bevorstehenden Räumung bei ihm zwar keine Suizidgefahr mehr, aber die Gefahr sonstiger Gesundheitsbeeinträchtigungen bestehe. Insbesondere gehe er davon aus, dass ihm ein Herzinfarkt, ein Kreislaufzusammenbruch, Bluthochdruck und ähnliche Erkrankungen drohten. Er bitte darum, ihm Gelegenheit zu geben, dazu in angemessener Frist und unter Vorlage von Attesten vorzutragen zu können.

11 Das Beschwerdegericht hat dieses Vorbringen mangels hinreichender Substantiierung bei seiner Entscheidung unberücksichtigt gelassen. Es hat angenommen, die Behauptungen des Schuldners seien erkennbar „ins Blaue“ hinein erfolgt. Als Arzt wäre es dem Schuldner möglich gewesen, eine gesundheitliche Situation nachvollziehbar darzulegen, welche die Annahme derartiger Gefährdungen im Zusammenhang mit der Räumungsmaßnahme rechtfertigte. Ein solcher Vortrag sei nicht erfolgt. Daher habe für die Kammer auch keine Veranlassung bestanden, dem Schuldner Gelegenheit zu geben, sein Vorbringen durch Vorlage eines Attestes weiter zu belegen.

12 c) Die Rechtsbeschwerde rügt mit Recht, dass diese Beurteilung des Beschwerdegerichts den Schuldner in seinem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs.1 GG) verletzt.

13 aa) Die Vorschrift des Art. 103 Abs.1 GG gewährleistet dem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten das Recht, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern (BVerfGE 60, 175, 210; 64, 135, 143; 86, 133, 144). Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt erkennen kann, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung möglicherweise ankommt. Ein Gericht verstößt gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs, wenn es ohne vorherigen Hinweis (§ 139 Abs.1 ZPO) Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (BVerfGE 84, 188, 190; 86, 133, 144 f.; BVerfG NJW 2003, 2524; BGH, Beschl. v. 15. 2. 2005 – XI ZR 144/03, FamRZ 2005, 700 f.).

14 bb) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs.1 GG im vorliegenden Fall verletzt. Mit Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht habe seiner richterlichen Hinweispflicht in der mündlichen Verhandlung am 30. Mai 2007 nicht genügt. Das Gericht hat gemäß § 139 ZPO darauf hinzuwirken, dass ein Verfahrensbeteiligter sich über alle erheblichen Tatsachen vollständig erklärt. Es hat insbesondere auch deutlich zu machen, dass es den bisherigen Vortrag eines Beteiligten als unzureichend oder nicht hinreichend substantiiert erachtet. Dementsprechend hätte das Beschwerdegericht den Schuldner in der mündlichen Verhandlung am 30. Mai 2007 darauf hinweisen müssen, dass es zur schlüssigen Darlegung einer konkreten Lebens- oder Gesundheitsgefährdung bei Vornahme einer Zwangsräumung weiteren Vortrag des Schuldners für erforderlich hielt.

15 Auch wenn es sich bei dem Schuldner um einen Arzt handelt, brauchte er nicht damit zu rechnen, dass das Beschwerdegericht sein Vorbringen zum Bestehen einer Gesundheitsgefährdung ohne Hinweis auf fehlende Substanz unberücksichtigt lassen würde, zumal der Schuldner gebeten hatte, ihm die Möglichkeit zur Konkretisierung durch Vorlage von Attesten einzuräumen. Der Annahme einer Behauptung „ins Blaue“ hinein stehen zudem die Ausführungen der Mitarbeiterin des Sozialpsychiatrischen Dienstes des Landkreises T. in der mündlichen Verhandlung am 30. Mai 2007 entgegen, die erklärt hat, sie sehe aufgrund der intensiven Exploration weiterhin eine Gefährdungssituation bei dem Schuldner, die ihrer Ansicht nach einer intensiven ambulanten Therapie über einen Zeitraum von sechs bis neun Monate bedürfe, um eine ausreichende Stabilisierung zu bewirken. Eine Räumungsvollstreckung hätte Belastungssituationen zur Folge, die einer Therapie sehr abträglich wären. Danach kann dem Schuldner nicht angelastet werden, dass er sein Vorbringen zur konkreten Gesundheitsgefährdung bei Durchführung einer Räumungsvollstreckung in der mündlichen Verhandlung nicht weiter substantiiert hat. Ihm hätte zumindest Gelegenheit zur Ergänzung seines Vorbringens durch Vorlage von ärztlichen Attesten gegeben werden müssen.

16 d) Das Beschwerdegericht hat den Anspruch des Schuldners auf rechtliches Gehör auch in entscheidungserheblicher

Weise verletzt. Der Schuldner hat in der Rechtsbeschwerdebeurteilung dargelegt, bei einem Hinweis des Beschwerdegerichts auf die fehlende Substanz seines Vortrags hätte er sein bisheriges Vorbringen noch in der mündlichen Verhandlung ergänzt und unter Beweisanspruch (Zeugnis und Attest der Diplom-Medizinerin M.) vorgetragen, dass er durch die Zwangsversteigerung seines Wohn- und Praxisgebäudes eine schwere Belastungsreaktion mit emotionaler Krise erlitten habe und darüber hinaus an einer arteriellen Hypertonie mit Angina pectoris leide mit der Folge, dass er zur Durchführung eines Wohnungswechsels nicht in der Lage sei, weil die damit verbundenen physischen und psychischen Belastungen ihm nicht zuzumuten seien und mit einer Verschlechterung seines Gesundheitszustands zu rechnen sei.

17 Hätte das Beschwerdegericht dem Schuldner weiteren Vortrag und die Vorlage eines Attests der Diplom-Medizinerin M. ermöglicht, wäre es möglicherweise zu einer anderen Entscheidung gelangt (vgl. dazu BGH FamRZ 2005, 700 f.).

18 III. Danach ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

### §§ 550, 147 BGB; § 522 ZPO – Gewerberaummiete; Schriftform; Annahmefrist; Essentialia des Mietvertrags; Rechtsnatur des Übergabeprotokolls

Zur Wahrung der Schriftform nach § 550 Satz 1 BGB ist es in der Regel ausreichend, wenn das nach § 147 Abs. 2 BGB abgegebene Vertragsangebot der einen Mietpartei von der anderen Mietpartei binnen zwei bis drei Wochen angenommen wird (Anschluss an KG – 8 U 182/06 – WuM 2007, 475).

Der Schriftform des § 550 BGB ist dann Genüge getan, wenn sich die wesentlichen Vertragsbedingungen – insbes. Vertragsgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses – aus der Vertragsurkunde ergeben. Weitere Bestimmungen müssen in die Urkunde aufgenommen werden, wenn sie nach dem Willen der Vertragsparteien wichtige Bestandteile des Vertrages sein sollen.

Da ein „Übergabeprotokoll“ kein wesentlicher Bestandteil des Mietvertrages ist, kommt es für die Wahrung der Schriftform weder darauf an, dass diese Anlage nicht vom Mieter unterzeichnet ist noch darauf, dass der Mieter falsch bezeichnet ist.

(KG, Beschluss vom 13. 9. 2007 – 12 U 36/07)

### § 67 VVG – Regressverzicht des Gebäudeversicherers; Regressverzicht bei Hausratversicherung; Familienprivileg

1 Das Berufungsurteil ist im Umfang des in der Beschwerde angekündigten Revisionsantrags gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben, weil das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt hat. Es hat zwar unter Hinweis auf die Senatsurteile vom 13. September 2006 (BGHZ 169, 86 [= WuM 2006, 627] und IV ZR 116/05 – NJW 2006, 3711 [= WuM 2006, 624]) zutreffend entschieden, dass der Regress der Klägerin in ihrer Eigenschaft als Gebäudeversicherer ausgeschlossen ist. Es hat aber übersehen, dass die Klägerin in Höhe von 59 075,27 € nebst Zinsen auch einen auf sie in ihrer Eigenschaft als Hausratversicherer nach § 67 Abs. 1 VVG a. F. übergegangenen Schadensersatzanspruch geltend macht. Die Rechtsprechung des Senats zum Regressverzicht des Gebäudeversicherers kann auf die Hausratversicherung des Vermieters nicht übertragen werden (Senatsurteil vom 13. September 2006 – IV ZR 26/04 – NJW 2006, 3714 [= WuM 2006, 577, 631]).

2 Der Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich, weil die Voraussetzungen des Familienprivilegs nach § 67 Abs. 2 VVG a. F. (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12. November 1985 – VI ZR 223/84 – VersR 1986, 333) nicht festgestellt sind.

(BGH, Beschluss vom 12. 3. 2008 – IV ZR 348/07)

**Hinw. d. Red.:** Zum Regressverzicht des Gebäude-Feuerversicherers gegenüber dem Haftpflicht-versicherten Mieter bei Brandstiftung durch Dritte im Komplex eines Einkaufszentrums vgl. BGH GuT 2006, 319.

### § 2 HpfIG; § 10 AVBWasserV – Gebäude-Wasserschaden als Haftpflichtschaden beim Wasserversorgungsunternehmen; Defekt der Anschlussleitung vor der Wasseruhr

Inhaber des von einer Wasserversorgungsanlage abzweigenden Hausanschlusses ist regelmäßig das Versorgungsunternehmen. Das gilt auch dann, wenn aufgrund des § 10 Abs. 6 AVBWasserV nach den Versorgungsbedingungen der Anschlussnehmer Eigentümer der Hausanschlussleitung wird, dem Wasserversorgungsunternehmen jedoch weiterhin die Unterhaltung der Leitung obliegt (Ergänzung zum Senatsurteil vom 1. Februar 2007 – III ZR 289/06 – NJW-RR 2007, 823 [= GuT 2007, 148 KL]).

(BGH, Urteil vom 7. 2. 2008 – III ZR 307/05)

### §§ 328, 677 BGB – Vertrag zugunsten Dritter; Bebauung zum Verkauf vorgesehener städtischer Grundstücke mit Mietwohnhäusern und den erforderlichen Stellplätzen auf einem weiteren städtischen Grundstück; Kaufverträge mit den Grundstückserwerbern; Pflichtenbindungen im Innenverhältnis; Kostentragung des Stellplatzanlagen-Bauwerks

In einem Vertrag zugunsten Dritter muss der begünstigte Dritte nicht konkret bezeichnet werden; es genügt, wenn er bestimmbar ist (im Anschluss an BGHZ 75, 75).

(BGH, Urteil vom 16. 11. 2007 – V ZR 208/06)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2008, 160–163.

### § 463 BGB a. F. – Grundstückskauf; Mietwohnungen ohne baurechtliche Genehmigung; Mangel; Nichterfüllungsschaden

Liegen die Kosten, die erforderlich sind, um die Kaufsache in einen mangelfreien Zustand zu versetzen, erheblich über deren mangelbedingten Minderwert, kann der Käufer als Nichterfüllungsschaden grundsätzlich nur den Minderwert ersetzt verlangen.

(BGH, Urteil vom 16. 11. 2007 – V ZR 45/07)

### §§ 311, 437, 652 BGB; §§ 1, 2 GVO – Grundstücksmakler; Falschberatung des Kunden; Provisionsanspruch; Schadensersatzanspruch des Käufers; Restitutionsbefähigung des Grundstücks

a) Erhält der Maklerkunde vom Verkäufer während der Vertragsverhandlungen und während der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags die unzutreffende Auskunft, das Grundstück sei nicht restitutionsbefähigt, und schließt er deshalb den Kaufvertrag ab, steht ihm wegen der Verletzung von Pflichten des durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstandenen Schuldverhältnisses, sofern er hierdurch einen Schaden erlitten hat, ein Schadensersatzanspruch zu, der den Verkäufer nach § 249 Abs. 1 BGB verpflichtet, den Käufer so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht geschlossen.

b) Löst sich der Käufer unter solchen Umständen vom Kaufvertrag, ehe die nach der Grundstücksverkehrsordnung erforder-



derliche Genehmigung erteilt wird, wird der Kaufvertrag nicht wirksam; ein Provisionsanspruch des Maklers entsteht dann nicht.

c) Während des Schwebezustands bis zur Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung stehen dem Käufer in Bezug auf die Restitutionsbefähigung des Grundstücks keine Gewährleistungsansprüche zur Verfügung, die Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen berühren könnten.

(BGH, Urteil vom 17.1.2008 – III ZR 224/06)

### § 227 ZPO – Bestimmung des Verhandlungstermins; Urkundsprozess

Die gerichtliche Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung ist nur ausnahmsweise und in engen Grenzen anfechtbar, insbesondere wenn eine willkürliche Ungleichbehandlung vorliegt.

Aus dem Zweck des Urkundsprozesses lässt sich kein Anspruch auf bevorzugte schnelle Terminierung ableiten.

(KG, Beschluss vom 28.11.2007 – 12 W 73/07)

### § 281 ZPO – Verweisung an ein anderes Gericht; internationale Zuständigkeit; Rechtsmittel

1 Gemäß § 281 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist eine Entscheidung, mit der – wie hier – der Rechtsstreit wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit an ein anderes Gericht verwiesen worden ist, unanfechtbar. Dies gilt auch, wenn die Verweisung durch Urteil ausgesprochen wird (BGHZ 2, 278, 279 f.; BGH, Beschluss vom 24. Mai 2000 – III ZB 9/00, NJW-RR 2000, 1731, 1732; Zöller/Greger, ZPO 26. Aufl. § 281 Rdn. 14).

2 Soweit die Nichtzulassungsbeschwerde auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. April 1986 (BGHZ 97, 287 ff.) verweist, lässt sich auch hiermit die Statthaftigkeit des Rechtsmittels nicht begründen. Zwar hat der Bundesgerichtshof dort ein zweitinstanzliches Urteil für anfechtbar erachtet, durch das der

Rechtsstreit an ein anderes erstinstanzliches Gericht verwiesen worden war. Der Fall lag jedoch anders als der Streitfall. Es ging dort um eine Abgabe an ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Bundesgerichtshof hat die Anfechtbarkeit nur deshalb bejaht, weil es für die Verweisung an ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit an einer speziellen Regelung zur Unanfechtbarkeit der Abgabeentscheidung, wie sie § 281 Abs. 2 ZPO enthält, fehle. Anders als in jenen Fällen sei hier daher allein auf die allgemeinen Voraussetzungen abzustellen gewesen, unter denen gegen gerichtliche Entscheidungen ein Rechtsmittel statfinde (BGHZ 97, 287, 289 f.).

3 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist schließlich auch nicht deshalb entgegen § 281 Abs. 2 Satz 2 ZPO statthaft, weil das Berufungsgericht nicht nur die örtliche Zuständigkeit geprüft, sondern in den Entscheidungsgründen auch die internationale Zuständigkeit als gegeben erachtet und zudem in einer gesonderten Verfügung außerhalb des Urteils die Auffassung vertreten hat, die Entscheidung sei auch insofern bindend. Über die Frage, ob das Urteil tatsächlich auch bezüglich der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte, die in jedem Verfahrensabschnitt von Amts wegen zu prüfen ist (BGHZ 153, 82, 84 ff.; Senat, BGHZ 157, 224, 227 f.), Bindungswirkung entfaltet, haben zunächst die – mangels Anfechtbarkeit der Verweisungsentscheidung nunmehr zuständigen – Instanzgerichte zu befinden. Deren Entscheidung zur internationalen Zuständigkeit unterliegt dann gegebenenfalls der Nachprüfung im Rechtsmittelverfahren.

(BGH, Beschluss vom 22.4.2008 – XI ZR 355/06)

### §§ 766, 807, 900 ZPO – Vermögensverzeichnis; Nachbesserung; Ergänzungsauftrag; Erinnerung in der Zwangsvollstreckungssache

Ein Gläubiger, der geltend macht, der Gerichtsvollzieher habe ein unvollständiges oder ungenaues Vermögensverzeichnis aufgenommen, ist zunächst gehalten, beim Gerichtsvollzieher eine Nachbesserung zu beantragen. Erst wenn der Gerichtsvollzieher den Antrag ablehnt, steht dem Gläubiger dagegen die Erinnerung nach § 766 ZPO zu.

(BGH, Beschluss vom 4.10.2007 – I ZB 11/07)

### § 885 ZPO; § 13 GVKostG – Zwangsvollstreckungskosten; weitere Einlagerung aufbewahrungspflichtiger Geschäftsunterlagen des Vollstreckungsschuldners

Bei den Kosten, die nach Ablauf der zweimonatigen Aufbewahrungsfrist des § 885 Abs. 4 Satz 1 ZPO für die weitere Einlagerung der dem Vollstreckungsschuldner gehörenden aufbewahrungspflichtigen Geschäftsunterlagen entstehen, handelt es sich nicht um notwendige Zwangsvollstreckungskosten, für die der Vollstreckungsgläubiger nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 GVKostG als Kostenschuldner einzustehen hat.

(BGH, Beschluss vom 21.2.2008 – I ZB 53/06)

### § 7 Nr. 8 BRAO – Zulassung zur Rechtsanwaltschaft; Anwaltsberuf; Unternehmensberatung

Zur Unvereinbarkeit einer Tätigkeit als „Berater und Akquisiteur“ für eine Unternehmensberatungsgesellschaft mit dem Anwaltsberuf.

(BGH, Beschluss vom 26.11.2007 – AnwZ(B) 111/06)

**KL-Mitglieder:** VRiKG Grief, Berlin; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

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 Sponsoren 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**

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. Es fördert Selbstbewusstsein und soziale Stärke.

Bitte unterstützen Sie die Projektarbeit der DESWOS.  
DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V., Gustav-Heinemann-Ufer 84–88, 50968 Köln, www.deswos.de  
Stadtsparkasse Köln, Kontonummer 660 22 21, BLZ 370 501 98 (Spenden absetzbar)

# Teileigentum

## § 15 WEG; § 1004 WEG

**Teileigentum „Laden“; zulässige Ladenöffnungszeiten;  
Postfiliale im Laden;  
Imbiß-(Steh-)Tische vor dem Geschäft**

**1. Aus der Bezeichnung eines Teileigentums als Laden kann nicht abgeleitet werden, dass die Öffnungszeiten auf die zulässigen Öffnungszeiten zum Zeitpunkt der Eintragung der Teilungserklärung im Grundbuch beschränkt sind.**

**2. Ein Aufstellen von Tischen vor dem Geschäft zum Verzehr dort gekaufter Waren ist mit einer Zweckbestimmung als Laden nicht vereinbar.**

**3. In einem als Laden bezeichneten Raum kann eine Postfiliale betrieben werden.**

(OLG München, Beschluss vom 30. 4. 2008 – 32 Wx 035/08)

**Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten streiten um die Nutzung einer als Laden bezeichneten Teileigentumseinheit.

Das Amtsgericht hat es der Antragsgegnerin untersagt, vor dem Teileigentum Tische aufzustellen zum Zwecke des Verzehrs von Speisen und Getränken, die im Laden gekauft wurden, das Ladengeschäft am Sonntag zu öffnen und in dem Laden eine Postfiliale bzw. die Vornahme von Postbankgeschäften zu betreiben. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat das Landgericht mit Beschluss vom 5. 2. 2008 die amtsgerichtliche Entscheidung dahin abgeändert, dass entsprechend dem gestellten Antrag die Öffnung des Ladens am Sonntag von 8 - 11 Uhr untersagt wird und dass das Verbot zur Vornahme von Post und Postbankgeschäften aufgehoben wird. Gegen die Entscheidung des Landgerichts haben die Antragsteller und die Antragsgegnerin weitere Beschwerde eingelegt.

**Aus den Gründen:** Die Rechtsmittel sind zulässig. Die sofortige weitere Beschwerde der Antragsgegnerin ist teilweise begründet, die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller ist unbegründet.

1. Der Senat teilt die auch von dem Beteiligten nicht in Zweifel gezogene Auffassung des Landgerichts, dass es sich bei der Bezeichnung als Laden um eine Vereinbarung mit Zweckbestimmungscharakter und damit zur zulässigen Nutzung handelt.

2. Entgegen der Auffassung des Landgerichts verbietet die Zweckbestimmung als Laden jedoch nicht, dass das Geschäft auch sonntags von 8–11 Uhr geöffnet ist. Der Senat vermag sich der Auffassung des Landgerichts nicht anzuschließen, dass die Bezeichnung als Laden statischen Charakter in dem Sinne entwickelt, dass die zum Zeitpunkt der Abfassung der Teilungserklärung geltenden Ladenschlusszeiten eingehalten werden müssen.

Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Landgerichts, dass bei der Auslegung einer Grundbucheintragung im Grundsatz von den Verhältnissen im Zeitpunkt der Eintragung auszugehen ist (OLG Hamburg MDR 1998, 1156). Das klärt aber nicht die Frage, welche Bedeutung Ladenöffnungszeiten und ihre Veränderung für die wohnungseigentumsrechtlich zulässige Nutzung haben.

Ein Laden gestattet den Verkauf von Waren an Endverbraucher innerhalb der gesetzlichen Öffnungszeiten (vgl. z. B. OLG München NZM 2008, 44; Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, § 14 Rn. 96). Soweit der Begriff Laden impliziert, dass dieser nur während der gesetzlichen Öffnungszeit geöffnet ist, beruht dies darauf, dass eine weitergehende Nutzung schon aus öffentlich-rechtlichen Gründen nicht zulässig ist. Bereits das schließt es aber nicht aus, dass in dem Laden auch außerhalb der gesetzlichen Öffnungszeiten Tätigkeiten entwickelt werden, wie etwa das Auffüllen der Regale. Das Merk-

mal der Öffnungszeiten wird vor allem auch dann herangezogen, wenn es darum geht, andere Nutzungsarten zu beurteilen im Hinblick darauf, ob sie mehr stören als die Nutzung als Laden. All dies beantwortet jedoch nicht die Frage, welche Nutzungsmöglichkeiten gegeben sind, wenn sich die rechtlichen Rahmenbedingungen ändern.

Dabei bedarf die Frage keiner Entscheidung, ob sich die Wohnungseigentümer über § 14 Nr. 1 WEG hinaus auf die Nichteinhaltung gesetzlich vorgeschriebener Ladenschließungszeiten berufen können. Ein solcher Fall liegt nicht vor. Jedenfalls dann, wenn sich die Nutzung des Ladens in zeitlicher Hinsicht innerhalb der gesetzlichen Vorschriften hält, steht die Bezeichnung als Laden einer Öffnung innerhalb der gesetzlichen Ladenöffnungszeiten auch dann nicht entgegen, wenn diese gegenüber dem Zeitpunkt der Abfassung der Teilungserklärung erweitert worden sind (OLG Hamm NZM 2007, 805 [= GuT 2007, 386]). Das ergibt sich zunächst daraus, dass es eine erhebliche Erschwerung sowohl der Selbstnutzung als auch der Vermietung für ein Ladengeschäft bedeuten würde, wenn dieses gegenüber vergleichbaren Geschäften einen Wettbewerbsnachteil dadurch hätte, dass es gesetzliche Ladenöffnungszeiten nicht ausnutzen darf. Ein derart erheblicher Eingriff in die Nutzungsmöglichkeit wäre nur dann zu rechtfertigen, wenn die Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung) oder eine sonstige Vereinbarung hierzu eine ausdrückliche Regelung enthalten würden. Hinzu kommt, dass sich der Begriff Laden auf die bauliche Ausgestaltung und den Betrieb mit Schwerpunkt Einzelhandel bezieht (BayObLGZ 1980, 159). Ein Laden ist auch dann ein Laden, wenn er geschlossen oder über die gesetzlichen Öffnungszeiten hinaus geöffnet ist. Maßgeblich für den Begriff des Ladens ist nicht die konkrete Nutzung in der jeweiligen Situation, sondern die allgemeine Nutzung nach baulicher Gestaltung und typischer Nutzung. Selbst bei Nutzungsarten eines Ladens, die über das Zulässige hinausgehen, bleibt ein Laden ein Laden. Es kommen dann nur einzelne Unterlassungsansprüche in Betracht.

3. Zu Recht hat das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts gebilligt, dass das Aufstellen von Tischen außerhalb des Ladens zu unterlassen ist. Der Anspruch ergibt sich aus § 1004 Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 3 WEG. Die Vorinstanzen haben keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, ob die Tische auf einer Fläche aufgestellt werden, die zum Grundstück der Eigentumsanlage gehört, oder auf öffentlichem Straßengrund. Dies nötigt indes nicht zur Zurückverweisung, da in beiden Fällen ein so enger Bezug zum Laden bestehen würde, dass dessen Charakter dadurch geprägt würde. Das Aufstellen von Tischen zum sofortigen Verzehr von Waren an Ort und Stelle geht über den Begriff eines Ladens hinaus und begründet die Annahme eines zumindest teilweisen Betriebs gaststättenähnlicher Art. Da maßgeblich die Art des Betriebes für die Charakterisierung als Laden ist, kommt es auf das Gesamtgepräge des Betriebs und nicht darauf an, in wessen Eigentum das Grundstück steht, auf dem die Tische aufgestellt werden.

Ob das Aufstellen von Tischen sozialadäquat oder gar im allgemeinen Interesse wünschenswert ist, wie die Rechtsbeschwerde meint, mag dahinstehen. Beides ist jedenfalls nicht geeignet, über die Beschränkungen in der Teilungserklärung hinwegzuhelfen.

Völlig un schlüssig ist die Behauptung der Antragsgegnerin, dass das Unterlassungsbegehren der Antragsteller mutwillig ist. Eine Verletzung der Amtsermittlungspflicht des Landgerichts (§ 12 FGG) ist nicht erkennbar. Der Vortrag der Antragsgegnerin ist unsubstantiiert und außerdem in sich widersprüchlich. Die Antragsgegnerin hat nicht einmal den Versuch gemacht zu erklären, warum sie einerseits vorträgt, dass nur einige Kunden einmal eine Tasse Kaffee trinken und eine Butterbreze essen, während andererseits behauptet wird, dass das Aufstellen von

Tischen die Kommunikation der Bürger fördert und eine gewisse Annehmlichkeit für die Kundschaft bietet. Selbst dem eigenen Vortrag der Antragsgegnerin ist deshalb nicht zu entnehmen, dass die Belästigung, die von den Tischen ausgeht, nur unerheblich ist. Im Übrigen macht es einen Unterschied, ob Straßenlärm vorhanden ist oder ob der Lärm von der nach Meinung der Antragsgegnerin förderungswürdigen Kommunikation der Bürger ausgeht. Gerade ein Gespräch erregt besondere Aufmerksamkeit und wirkt deshalb besonders störend.

4. Unbegründet ist die Beschwerde der Antragsteller. Sie haben keinen Anspruch darauf, dass der Betrieb einer Postfiliale unterlassen wird. Soweit es um den Verkauf von Briefmarken und anderen postüblichen Sortimenten geht, ist dieser Verkauf ohne weiteres von der Bezeichnung als Laden gedeckt. Soweit weitere Postgeschäfte und Postbankgeschäfte abgewickelt werden, ist nicht erkennbar, dass dies mehr stört als die Benutzung als Laden. Anlieferungen und Abfahrten sind auch bei anderen Ladengeschäften hinzunehmen. In welcher Weise und wie häufig dies erfolgt, ist eine Frage des Einzelfalls. Jedenfalls ist der Hin- und Abtransportverkehr keine Beeinträchtigung, die für einen Laden untypisch wäre.

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Stoll, München

**§§ 13, 14, 15 WEG; § 1004 BGB**  
**Vermietetes Teileigentum; Begegnungsstätte für Senioren;**  
**Zweckbestimmung „Gewerbeinheit“;**  
**gaststättenähnliche Einrichtung; Geruchsausdünstung**

**1. Der Betrieb einer Begegnungsstätte für Senioren (Öffnung an 5 Wochentagen zwischen 12 Uhr und 14 Uhr für Publikum) durch einen gemeinnützigen Verein überschreitet nicht den mit der Zweckbestimmung „Gewerbeinheit“ für das Teileigentum eröffneten Nutzungsrahmen.**

**2. Der Nutzung des Teileigentums als gaststättenähnliche Einrichtung über die Mittagszeit steht die Zweckbestimmung „Gewerbeinheit“ nicht entgegen, weil diese sogar die Führung einer „echten“ Gaststätte erlaubt.**

**3. Von der Einrichtung ausgehende Geruchsbeeinträchtigungen können nur dann einen Unterlassungsanspruch der Miteigentümer begründen, wenn die Geruchsbeeinträchtigungen die im Falle des Betriebes einer Gaststätte hinzunehmenden überschreiten.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. 5. 2008 – I-3 Wx 162/07)

**Zum Sachverhalt:** Die Teileigentumseinheit Nr. 5 der Wohnungseigentumsanlage wurde bis Mitte 2004 als Ladenlokal genutzt. Seitdem betreibt dort ein Mieter der Antragsgegnerin, ein gemeinnütziger Verein, eine von ihm als Begegnungsstätte für ältere Menschen mit Mittagstisch bezeichnete Einrichtung. Durch deren Betrieb sieht sich die Antragstellerin Geruchs- und Lärmbelästigungen ausgesetzt.

Die Antragstellerin beantragt in erster Linie, die Antragsgegnerin zu verpflichten, es zu unterlassen, die Sondereigentumseinheit Nr. 5 als Gaststätte bzw. Esslokal zu nutzen bzw. nutzen zu lassen, sowie hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, dafür Sorge zu tragen, dass die durch die Nutzung der Sondereigentumseinheit Nr. 5 als Esslokal verursachte Geruchs- und Lärmbelästigung unterlassen wird, äußerst hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eines Restaurants einzuhalten.

**Aus den Gründen:** II. 1. Die Zurückweisung des Hauptantrages durch das Landgericht [Düsseldorf] hält rechtlicher Überprüfung im Sinne der §§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, 546 ZPO Stand.

Zu Recht hat das Beschwerdegericht einen Anspruch der Antragstellerin auf Unterlassung der gegenwärtigen Nutzung des Teileigentums der Antragsgegnerin gemäß §§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, 15 Abs. 3 WEG verneint.

Zwar besteht für dieses Unterlassungsbegehren ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin. Die Nutzungsuntersagung ist nicht Gegenstand einer Eigentümerversammlung gewesen. Dies steht einem Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin aber zumindest deshalb nicht entgegen, weil sie vor Einleitung des hiesigen Verfahrens um die Einberufung einer derartigen Versammlung zum Zwecke der Beschlussfassung „über die Zulässigkeit der Vermietung des Teileigentums“ angetragen (Schreiben vom 6. Oktober 2004) und der Verwalter hierauf (mit Schreiben vom 19. Oktober 2004) die Befassung einer Eigentümerversammlung mit diesem Tagesordnungspunkt abgelehnt hatte.

In der Sache jedoch kann jeder Wohnungseigentümer mit den in seinem Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben verfahren, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegen stehen, § 13 Abs. 1 WEG. Derartige entgegenstehende Rechte Dritter können sich namentlich aus Gebrauchsregelungen der Eigentümer im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG ergeben, und hierbei kommen Vereinbarungen gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG, damit auch in einer Teilungserklärung getroffene Regelungen (§§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 4 Satz 1 WEG) in Betracht. Ein Fall solcher Regelungen sind Zweckbestimmungen mit Vereinbarungscharakter. Liegen sie vor, darf ein Sondereigentum grundsätzlich nur im Rahmen der Zweckbestimmung genutzt werden; eine andere Nutzung ist nur dann zulässig, wenn sie der Zweckbestimmung nicht widerspricht und für die übrigen Eigentümer nach einer typisierenden Betrachtungsweise keine Beeinträchtigung verursacht, die die mit der vereinbarten Zweckbestimmung regelmäßig verbundenen Beeinträchtigungen überschreitet (BayObLG NJW-RR 1994, S. 1038 [= WuM 1995, 50]); OLG München ZMR 2007, S. 718 ff. [= GuT 2007, 40]; OLG Hamm NZM 2007, S. 805 f. [= GuT 2007, 386] mit weiteren Nachweisen).

Einer Präzisierung bedürfen diese Grundsätze für den Fall, dass die Angaben in Teilungserklärung, Gemeinschaftsordnung und Aufteilungsplan im Hinblick auf die vorbezeichnete Benutzungsregelung (in Abgrenzung zur Bestimmung des räumlichen Gegenstandes des Sondereigentums, dazu BGHZ 130, 159 ff. [= WuM 1995, 614]) nicht übereinstimmen. Dabei geht grundsätzlich die – „schuldrechtliche“ – Gemeinschaftsordnung der – „sachenrechtlichen“ – Teilungserklärung vor (BayObLG, Beschluss vom 9. Februar 2005 in Sachen 2 Z BR 227/04 mit weiteren Nachweisen). Demgegenüber wird eine Zweckbestimmung in einer Teilungserklärung grundsätzlich nicht dadurch in Frage gestellt, dass im Aufteilungsplan die einzelnen Räume eines Teileigentums abweichend beschriftet sind. Denn der Beschriftung kommt regelmäßig nicht die Bedeutung einer Zweckbestimmung zu, weil es Aufgabe eines Aufteilungsplans nur ist, die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe der im Sonder- und der im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich zu machen, § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG; darüber hinaus müsste bei anderer Auffassung auch die Bezeichnung einzelner Räume eines Wohneigentums in einem Aufteilungsplan (Wohn-, Schlaf-, Kinderzimmer und Ähnliches) die Qualität einer Zweckbestimmung haben, was abwegig ist. Vielmehr stellen solche Angaben in Aufteilungsplänen in der Regel bloße Nutzungsvorschläge dar (BayObLG ZMR 2000, S. 234 [= GuT 2002, 121 KL]; HansOLG ZMR 2003, S. 445 f.; OLG Zweibrücken NJW-RR 2005, S. 1540 f. [= GuT 2005, 262]). Nichts anderes ergibt sich aus der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des OLG Zweibrücken (in FGPrax 2006, S. 113 f. [= GuT 2006, 157]), nach der sich „im Einzelfall“ eine Angabe im Aufteilungsplan als – einschränkende – Konkretisierung einer Regelung in der Teilungserklärung darstellen kann. Dieses Ergebnis beruhte dort auf einer Auslegung der in jenem Sachverhalt gegebenen Umstände.

Was speziell den Fall einer Nutzung eines als gewerbliche Räume zweckbestimmten Teileigentums als Tagesstätte mit Kontakt- und Informationsstellenfunktion für einen bestimmten Personenkreis anbelangt, kann die Auslegung der Zweckbestimmung ergeben, dass nicht die Absicht der Gewinnerzie-

lung im Vordergrund steht, vielmehr eine Nutzung gestattet sein soll, die mit Publikumsverkehr und also mit einer regelmäßig höheren Intensität als bei Wohnzwecken einhergehen kann (OLG Zweibrücken NJW-RR 2005, S. 1540 f. [= GuT 2005, 262]). Um sachlich nicht gerechtfertigte Unterschiede zwischen gewerblichen und sonstigen Tätigkeiten zu vermeiden, hat der Senat bereits in der Vergangenheit (Beschluss vom 14. November 2007 in Sachen I-3 Wx 40/07 [= GuT 2007, 450 = WuM 2008, 114]) allein auf die Störungsintensität des jeweiligen konkreten Tätigkeitsbildes abgestellt, nicht hingegen darauf, ob es sich um ein Gewerbe oder um eine freiberufliche Tätigkeit handele. Nicht anders liegen die Dinge bei dem Vergleich einer gewerblichen Tätigkeit mit derjenigen eines gemeinnützigen Vereines; letztere kann nicht allein wegen der fehlenden Absicht der Gewinnerzielung als zweckbestimmungswidrig erachtet werden.

Soweit eine Zweckbestimmung als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen ist, unterliegt sie wie alle Grundbucheintragungen und dort zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligungen der selbständigen Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Dieses hat auf den Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder in Bezuggenommenen ergibt, abzustellen (OLG München ZMR 2007, S. 718 ff. [= GuT 2007, 40] mit weiteren Nachweisen).

Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Teilungserklärung um eine Art Mantelurkunde; die Verbindung des Sondereigentums „an einer bestimmten Wohnung oder Gewerbeinheit“ mit jedem Miteigentumsanteil ergibt sich nicht aus der Teilungserklärung selbst, sondern allein aus deren Anlage I, dem „Verzeichnis der Miteigentumsanteile“, dessen Inhalt mithin die Funktion von Angaben in einer Teilungserklärung zukommt. Dort ist in der Beschreibung zu Nr. 5 nur von „Gewerbeinheit“ die Rede. Dies ist die maßgebliche Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter. Daran könnte man allenfalls deshalb zweifeln, weil sowohl in der Anlage I (Überschrift) als auch in der Urkunde selbst (S. 2, 2. Satz) von „Wohn- und Geschäftshaus“ die Rede ist und man unter „Geschäft“ zumindest umgangssprachlich ein Ladengeschäft zu verstehen pflegt. Indes folgt bereits in der Urkunde auf jenen Begriff unmittelbar die Ergänzung „mit einer Gewerbeinheit und vier Wohnungen“, und auch in der Anlage I beschränkt sich in der Liste selbst die Beschreibung zu Nr. 5 auf den Begriff „Gewerbeinheit“. Danach ist davon auszugehen, dass Urkunde und Anlage den Ausdruck „Geschäftshaus“ lediglich als Schlagwort zur Bezeichnung eines mischgenutzten Gebäudes mit Wohneinheiten und Gewerbeinheit verwenden, ohne mit diesem Schlagwort die in der Beschreibung vereinbarte Zweckbestimmung einschränken zu wollen.

Eine die genannte Zweckbestimmung verdrängende Bestimmung in einer Gemeinschaftsordnung gibt es nicht. Eine derartige Ordnung existiert zwar, enthält aber keine hier einschlägigen Regelungen. Die im Aufteilungsplan ausgewiesene Angabe „Laden“ stellt nur einen Nutzungsvorschlag, und zwar nicht einmal für die Sondereigentumseinheit insgesamt, sondern allein für den vorderen Raum – in dem sich ersichtlich ein sehr großes Fenster, ein Schaufenster, befindet – dar. Selbst wenn man die Angabe, da für den zweiten Hauptraum keine Bezeichnung vorhanden ist, auf die Einheit insgesamt beziehen wollte, würde dies ihren Charakter noch nicht verändern. Schließlich ergibt sich nichts anderes daraus, dass die weiteren existierenden Bezeichnungen „WC“ und „Flur“ solche sind, die faktisch die Zweckbestimmung eines Raumes – wegen des Vorhandenseins von Sanitäreinrichtungen und Treppen – zwingend beschreiben; hieraus lässt sich nicht der Rückschluss ziehen, auch bei den potentiell multifunktionalen Räumen gebe eine in den Plan aufgenommene Bezeichnung die Zweckbestimmung dieses Raumes oder gar der Einheit insgesamt zwingend vor.

Die durch den Mieter der Antragsgegnerin ausgeübte Nutzung hält sich in dem von der Zweckbestimmung „Gewerbeinheit“ eröffneten Rahmen. Sollte es sich hier primär um eine

Begegnungsstätte für Senioren handeln – wofür nach Aktenlage mehr sprechen dürfte –, steht die fehlende Gewinnerzielungsabsicht des Mieters, eines gemeinnützigen Vereines, aus den oben benannten Gründen dem nicht entgegen. Sollte man in der Nutzung in erster Linie eine gaststättenähnliche Einrichtung über die Mittagszeit sehen können, ist deren Betrieb zulässig, weil zumindest jegliche gewerbliche Tätigkeit, die im Grad ihrer Lästigkeit nicht einer industriellen Nutzung nahe kommt, erlaubt ist und damit sogar die Führung einer „echten“ Gaststätte möglich wäre.

Auf die vom Amtsgericht angestellte vergleichende Betrachtung mit einem „Laden“ kommt es nicht an.

2. Hinsichtlich des ersten Hilfsantrages hingegen hat das Beschwerdegericht teilweise nicht rechtsfehlerfrei entschieden, weil es insoweit gebotene Aufklärungen unterlassen hat, was diesbezüglich zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache nötig ist.

Ein Unterlassungsanspruch der Antragstellerin nach §§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, 14 Nr. 1, 2. Fall WEG kommt nach dem bisherigen Verfahrensstoff, was Geruchbelästigungen anbelangt, in Betracht.

Sonder- und Gemeinschaftseigentum dürfen nur so genutzt werden, dass über das unvermeidliche Maß hinausgehende Nachteile nicht eintreten. Ob eine Nutzung aufgrund mit ihr verbundener Immissionen darüber hinausgeht, bemisst sich unter Wohnungseigentümern nicht unmittelbar nach §§ 906 ff. BGB, da die §§ 14, 15 WEG insoweit Sondervorschriften darstellen (Riecke/Schmid-Abramenko, WEG, 2006, § 14, Rdnr. 7). Dementsprechend wird das zulässige Maß in erster Linie durch Gebrauchsregelungen nach § 15 Abs. 1 und 2 WEG bestimmt. Mit anderen Worten hat jeder Eigentümer die bei der bestimmungsgemäßen Nutzung des Wohn- oder Teileigentums entstehenden Gerüche und Geräusche grundsätzlich zu dulden (Riecke/Schmid-Abramenko a. a. O., Rdnr. 8; nur dies besagt auch OLG München ZMR 2007, S. 215 f.). Verpflichtet danach ein schonender Gebrauch nicht zur Vermeidung jeglicher Immissionen, müssen Küchengerüche nicht gänzlich vermieden, wohl aber dann, wenn sie außerhalb des Sondereigentums verstärkt auftreten, gegebenenfalls durch eine Dunstabzugshaube mit Filter auf ein verträgliches Maß verringert werden (Bay-ObLG NJW-RR 2001, S. 156 ff. [= WuM 2001, 141]; OLG Köln NJW-RR 1998, S. 83 f. [= WuM 1997, 453]; Riecke/Schmid-Abramenko a. a. O.; Weitnauer-Lüke, WEG, 9. Aufl. 2005, § 14, Rdnr. 3).

a) Bezüglich der von der Antragstellerin gerügten Lärmbelästigungen hat das Landgericht ausgeführt:

Ein Anspruch auf Unterlassung einer Belästigung durch Lärm könne allenfalls angenommen werden, wenn dieser das normale, mit der Nutzung als Begegnungsstätte einhergehende Maß überschreite. Dies sei jedoch weder von der Antragstellerin hinreichend vorgetragen, noch habe die Kammer hierzu während des durchgeführten Ortstermins Feststellungen treffen können. Es sei hinzunehmen, dass die Fenster der Sondereigentumseinheit Nr. 5 zeitweise geöffnet würden und dann eine höhere Lärmbelästigung als bei geschlossenen Fenstern gegeben sei. Bei alledem sei zu berücksichtigen, dass die Begegnungsstätte lediglich an den 5 Wochentagen zwischen 12.00 Uhr und 14.00 Uhr für Publikum geöffnet sei.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. Ob das Landgericht zu Recht als Maßstab die Nutzung als Begegnungsstätte – und nicht als Gaststätte – herangezogen hat, mag auf sich beruhen; hierdurch ist die Antragstellerin nicht beschwert, da der vom Beschwerdegericht gewählte Maßstab der strengere ist. Sodann ist das Vorbringen der Antragstellerin in der Antragschrift wie auch in der Anlage zu ihrem Schriftsatz vom 6. Oktober 2005 (tabellarische Aufstellungen zu Belästigungen) so pauschal geblieben, dass das Beschwerdegericht jedenfalls ohne ergänzende Ermittlungen im Anschluss an den Ortstermin davon ausgehen durfte, gerade die Antragstellerin treffende, relevante Beeinträchtigungen, die über die bestimm-

mungsgemäße Nutzung der Sondereigentumseinheit hinaus gingen, seien nicht feststellbar. Die von den Mietern R. berichteten (Anlage zum Schriftsatz vom 3. April 2006) Lärmbelästigungen durch Reinigungen nach 23.00 Uhr und abendliche Versammlungen des Vorstandes des gemeinnützigen Vereins lassen nicht erkennen, ob überhaupt und inwieweit die Antragstellerin davon betroffen sein soll. Zu Eigen gemacht hat sie sich jene Ausführungen nicht.

Im Übrigen kommt die Antragstellerin im Rechtsbeschwerdeverfahren auf den Gesichtspunkt der Lärmbelästigungen auch nicht gesondert zurück.

b) Im Hinblick auf Geruchsbelästigungen hat das Beschwerdegericht erwogen:

Auch insofern bestünde ein Anspruch der Antragstellerin auf Unterlassung nur, wenn die Beeinträchtigungen das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß überschreiten. Dabei sei auch hier die konkrete zulässige Nutzung der Gewerbeeinheit zugrunde zu legen. Danach sei es zulässig, diese als Begegnungsstätte zu nutzen und den Besuchern zubereitete Speisen anzubieten. Hiermit seien beim Kochen auftretende Gerüche unvermeidbar verbunden. Es lasse sich nicht feststellen, dass diese Gerüche ein nicht mehr hinzunehmendes Maß erreichen würden. Die Darlegungen der Antragstellerin dazu gäben nur ihren subjektiven Eindruck wieder; ihnen könne nicht entnommen werden, dass die Geruchsbelästigungen über dasjenige hinaus gingen, was unter Umständen durch ein tägliches Kochen auch für eine größere Familie in einer Wohnung auftreten würde. Auch die Augenscheinseinnahme beim Ortstermin durch die Kammer habe nicht zu gegenteiligen Feststellungen geführt. Namentlich hätten weder im Treppenhaus noch in der Wohnung der Antragstellerin Gerüche festgestellt werden können, obgleich am Tage des Ortstermins Eintopf und damit eine geruchsintensive Speise gekocht worden sei. Objektive Feststellungen zu relevanten Geruchsbelästigungen hätten insgesamt nicht getroffen werden können. Darüber hinaus wären gelegentlich auftretende erhebliche Gerüche angesichts der zulässigen Nutzung als Begegnungsstätte mit Speisenausgabe auch hinzunehmen. Vor diesem Hintergrund seien auch die von der Antragstellerin benannten weiteren Zeugen nicht zu vernennen gewesen, da von ihren Aussagen keine weiterführenden Erkenntnisse zu erwarten gewesen seien; auch die Zeugen hätten nur subjektive Eindrücke vermitteln können, die einen Schluss auf eine objektiv erhebliche Beeinträchtigung nicht zugelassen hätten.

Diese Erwägungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Der gegebene Fall weist die Besonderheit auf, dass die tatsächlich ausgeübte Nutzung in einem Teilbereich – nämlich der Zubereitung und Ausgabe von Speisen – einer anderen Nut-

zung – nämlich derjenigen als Gaststätte –, die gleichfalls zulässig wäre, im tatsächlichen Erscheinungsbild eng verwandt ist und von dieser nur durch Umstände unterschieden wird, die aus Sicht der übrigen Eigentümer bloße Zufälligkeiten darstellen – hier der Unterschied von gemeinnütziger und gewerblicher Tätigkeit. Dann erstreckt sich der Schutz der Nutzung des Sondereigentums nach Maßgabe der oben unter 1. aufgezählten Grundsätze auf diejenige Nutzungsart, die die übrigen Eigentümer bei typisierender Betrachtungsweise am meisten beeinträchtigt. Dies ist im vorliegenden Fall nach allen in Betracht kommenden Kriterien – Häufigkeit, Dauer, Intensität und Eigenart der Geruchswirkung sowie betroffener Tageszeit – eine Nutzung als Gaststätte. Dementsprechend steht der Antragstellerin der von ihr geltend gemachte Unterlassungsanspruch nur zu, wenn sich feststellen ließe, dass die auftretenden Geruchsbeeinträchtigungen unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien die im Falle des Betriebes einer Gaststätte hinzunehmenden überschreiten.

Hierzu fehlt es bislang an verwertbarem konkreten Vortrag der Beteiligten. Er wird nunmehr nachzuholen sein. In seinem Rahmen vorgebrachte Ermittlungsanregungen („Beweisantritten“) wird das Beschwerdegericht im gebotenen Umfang nachzugehen haben. In diesem Zusammenhang sei bemerkt, dass sich der Tatrichter bei Geruchsbelästigungen eine Überzeugung nicht nur anhand eines durchgeführten Ortstermins, sondern auch auf der Grundlage sonstiger Beweismittel, insbesondere der Schilderung von Zeugen, bilden kann (BGHZ 140, 1 ff.).

3. Schließlich hat das Beschwerdegericht den weiteren Hilfsantrag der Antragstellerin zu Recht zurückgewiesen.

Über ihn kann bereits derzeit abschließend entschieden werden, da schon jetzt fest steht, dass der in erster Linie gestellte Hilfsantrag allenfalls teilweise, aber nicht in vollem Umfang Erfolg haben wird.

In der Sache ist der zweite Hilfsantrag unbegründet, da nichts dafür erkennbar ist, dass die Antragstellerin über die bisher behandelten Ansprüche hinaus von der Antragsgegnerin auf privatrechtlicher oder gar auf wohnungseigentumsrechtlicher Grundlage die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften fordern könnte.

III. Die Kostenentscheidung ist auch für das Verfahren der Rechtsbeschwerde dem Landgericht vorzubehalten. Erst aufgrund weiteren Verfahrensstoffes wird sich absehen lassen, auf welchen Grundlagen die Ermessensentscheidung (vgl. §§ 62 Abs. 1, 47 Satz 1 und 2 a. F. WEG) zu erfolgen haben wird.

Die Festsetzung des Geschäftswertes [10 000 EUR] beruht auf §§ 62 Abs. 1 WEG, 48 Abs. 3 WEG a. F..

Mitgeteilt von RiOLG von Wnuck-Lipinski, Köln

## Wettbewerb

### Internet – Umschau Mai 2008

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

#### Auswanderung – zieht ICANN um nach Brüssel?

Zieht die Internet-Regierung ICANN vom kalifornischen Marinadel Rey ins belgische Brüssel? In einer offiziellen Anfrage an US-Handelsminister Carlos Gutierrez wollen gleich mehrere Mitglieder des US-Repräsentantenhauses die Zukunft von ICANN geklärt wissen.

Schon seit einigen Jahren schwirren Gerüchte durch die Netzwelt, wonach ICANN seinen Sitz ins Ausland verlegen soll. Die-

se räumliche Trennung von den USA soll zugleich auch die Unabhängigkeit der im Oktober 1998 gegründeten und bisher dem US-Wirtschaftsministerium unterstellten Internet-Verwaltung von den USA dokumentieren. Konkrete Umzugspläne sind nicht öffentlich bekannt, auch wenn das Drängen auf mehr Eigenständigkeit zuletzt deutlich zunahm. Offenbar beunruhigt von der unklaren Faktenlage und vor dem Hintergrund, dass im September 2009 das „Joint Project Agreement“ (JPA) zwischen der US-Regierung und ICANN endet, haben sich nun Edward Markey und John Dingell zusammen mit 14 weiteren Kollegen in einem Brief an den US-Handelsminister Gutierrez gewandt, um

ihrer Sorge vor grundlegenden Änderungen bei ICANN Ausdruck zu verleihen.

In ihrem Brief vom 6. Mai 2008 betonen sie zunächst, dass ICANN seit über einem Jahrzehnt eine wesentliche Rolle bei der Sicherheit und Stabilität des Internets spielt. Dabei hat ICANN eine Reihe von Änderungen durchlaufen, angefangen von einer Repräsentanz für alle Internetnutzer hin zu einer koordinierenden Einrichtung, die Regelungen und Prozesse schafft, die das Internet reibungslos funktionieren lassen. Doch auch wenn immer noch mehr Transparenz und Rechenschaft bei ICANN gefragt ist, so darf sich nach Ansicht von Markey und Dingell das US-Wirtschaftsministerium weder jetzt noch in Zukunft aus der Oberaufsicht zurückziehen und ICANN der Privatwirtschaft überlassen. Unter Setzung einer Frist von zwei Wochen fordern sie den Minister auf, sich zu erklären, ob er an der Oberaufsicht festhalte, in welcher Weise man dies tun wolle, ob die Root Server weiterhin in den USA verbleiben und wie man sicherstellt, dass ICANN seinen Hauptsitz unverändert innerhalb der USA hält. Es steht zu vermuten, dass mit dieser Anfrage das Tauziehen um ICANN hinter den Kulissen kräftig an Fahrt gewinnt; bereits im Juni anlässlich des nächsten ICANN-Meetings in Paris wird erneut Gelegenheit sein, die Zukunft intensiv zu diskutieren.

Im Rahmen der „Mid Term Review of the Joint Project Agreement“ der NTIA (National Telecommunications and Information Administration) hat sich übrigens auch die deutsche Domain-Verwaltung DENIC eG im Februar 2008 zu Wort gemeldet. Die DENIC betont in ihrer Stellungnahme ihre Unterstützung für das Konzept der industriellen Selbstregulierung, das zur Schaffung von ICANN geführt hat.

Den vollständigen Brief finden Sie unter:  
<http://short4u.de/4826fa06a5632>

Die Stellungnahme der DENIC finden Sie unter:  
<http://short4u.de/4826fbeb422b>

Weitere Informationen zu ICANN finden Sie unter:  
<http://www.icann.org>

### LG München I – haben Gebäude ein Namensrecht?

Das Landgericht München I beschäftigte sich in dem Rechtsstreit um den Domain-Namen schloss-eggersberg.de (Urteil vom 01.04.2008, Az. 33 O 15411/07) mit der Frage, ob der Eigentümer eines Grundstücks Inhaber eines Rechts am Namen eines auf dem Grundstück befindlichen Gebäudes sein kann. Er kann.

Der Kläger ist seit 1962 Eigentümer eines Grundstückes, auf dem sich das im Jahr 1604 fertig gestellte Schloss Eggersberg befindet. Er richtet in dem Schloss einen Gastronomie- und Hotelbetrieb namens „Hotel Schloss Eggersberg“ ein. Die Beklagte ist Dokumentarfilmerin und Inhaberin der Domain schloss-eggersberg.de. Sie will nach langer kostenintensiver Recherche eine filmische Dokumentation über das Schloss Eggersberg drehen und die Domain für die Produktion nutzen. Unter der Domain ist bislang kein Inhalt abrufbar. Der Kläger mahnte die Beklagte zunächst mit einem Schreiben vom 16. Februar 2007 und dann weitere Male erfolglos ab. Die Beklagte weigerte sich, eine Unterlassungserklärung abzugeben. So blieb nur noch der Klageweg.

Der Kläger machte Ansprüche aufgrund der Geschäftsbezeichnung des Hotel- und Gastronomiebetriebs (§§ 15 Abs. 5, 5 Abs. 2 MarkenG) und aufgrund Namensrechts (§ 12 BGB) gegen die Beklagte geltend. Er meint, Inhaber der Namensrechte nach § 12 BGB an dem Gebäudenamen „Schloss Eggersberg“ zu sein; § 12 BGB sei hier anwendbar, da die Domain lediglich registriert ist und keine Inhalte abrufbar seien. Weiter ist er der Ansicht, Gebäudenamen seien schutzfähig, soweit der Name an der Bezeichnung ein schutzwürdiges wirtschaftliches oder sonstiges Interesse bestehe.

Das LG München I bestätigte in seinem Urteil die Ansicht des Klägers. Ihm stehe als Eigentümer des Grundstücks, auf

dem sich das Schloss befindet, ein Namensrecht im Sinne von § 12 BGB an dem Begriff „Schloss Eggersberg“ zu. Die Beklagte sei nicht berechtigt, den Namen zu führen, weshalb hier eine Namensanmaßung vorliege, die zu einer Zuordnungsverwirrung führe. Die Interessen der Beklagten an der Domain greifen nicht durch: das Projekt befinde sich noch in der Planung, so dass kein Titelschutzrecht erwachsen ist. Aber selbst wenn, so läge die Priorität dieses Titelschutzes allenfalls im Jahr 2006, in dem sie mit ihrer Arbeit begonnen hat. Der Kläger hingegen könne sich zumindest auf das Jahr 1962 berufen.

Mit dieser Entscheidung des LG München I wird dem Namensrecht eine weitere Variante abgewonnen. Im Rahmen des Rechtsstreits wurde von den Parteien auf die Entscheidung des LG München I (14.12.2000, Az.: 4 HKO 10643/99) zu den Domains neuschwanstein.de/.com Bezug genommen. Doch in dieser Entscheidung, bei welcher die Bayerische Schlösserverwaltung gegen die Betreiber der Internet-Seiten geklagt hatte, bezog sich das Gericht auf den Aspekt der markenrechtlich relevanten Rufausbeutung (§ 14 MarkenG), da die Betreiber honorare für Informationsmaterial einnahmen.

Die Entscheidung des LG München I finden Sie unter  
<http://snipurl.com/27d8j>

### TMG – neues Gesetz schon renovierungsbedürftig

Erst vor gut einem Jahr ist das Telemediengesetz (TMG) an den Start gegangen. So ganz glücklich war man damals schon nicht damit. Die Parteien waren sich einig, das Gesetz schnell zu ändern und den Gegebenheiten anzupassen; passiert ist bisher jedoch nichts. Im Herbst 2007 haben die Oppositionsparteien jeweils Vorschläge für Änderungen des Gesetzes vorgelegt, die insbesondere die Fragen der Mitstörerhaftung und deren präzise Regelung thematisieren. Am 08. Mai 2008 fand in der 160. Sitzung des Bundestages eine Aussprache über diese Vorschläge statt – die Bundesregierung lehnte sie alle ab.

Die FDP-Fraktion forderte in ihrem Vorschlag (BT-Drs. 16/5613) zum Beispiel, dass Anbieter von Telemediendiensten nicht mit unerfüllbaren Haftungs- und Verantwortlichkeitsregeln oder Überwachungspflichten konfrontiert werden, und Inhalteanbieter oder Plattformbetreiber nicht in eine Zwickmühle zwischen eventuellen Haftungsansprüchen von Dritten einerseits und Vertragsbindungen und der Gefahr von Schadensersatzforderungen seitens der Kunden andererseits gebracht werden dürfen. Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke schlugen unter anderem vor, die Belange des Verbraucherschutzes, der informationellen Selbstbestimmung und des Datenschutzes in einer Überarbeitung des Telemediengesetzes gebührend zu berücksichtigen, sowie weitgehende Regelungen zu Werbee-mails zu schaffen.

Die 160. Sitzung des Bundestages fand am vergangenen Donnerstag (8.5.2008) statt; zu welcher Uhrzeit das Telemediengesetz besprochen wurde, ist nicht ersichtlich. Die Regierung und Verantwortliche aus dem Wirtschaftsministerium schienen nicht anwesend zu sein. Abgeordneter Hans-Joachim Otto (FDP) meinte, die Verantwortlichen kurz vorher im Biergarten gesehen zu haben. Die Stimmung im Saal wird wunderbar im Protokoll wiedergegeben. Auf Seiten der Regierung hat man die Probleme erkannt, doch bei der Umsetzung hapert es noch. Die Oppositionsparteien verstehen nicht recht, warum man das Gesetz nicht den Gegebenheiten schneller anpasst und die aktuell undurchsichtige Rechtslage besonders hinsichtlich der Mitstörerhaftung klärt.

Dr. Martina Krogmann von der CDU/CSU berichtet über den Gang der Dinge und beteuert, das Wirtschaftsministerium arbeite mit Hochdruck an der Überarbeitung des Telemediengesetzes (TMG), um bestehende Lücken zu schließen, die seinerzeit bewusst offen gelassen wurden. Nach Ansicht von Frau Krogmann seien die wichtigsten zu überarbeitenden Bereiche des Gesetzes die Haftungsregeln und die Verantwortlichkeiten im Internet für Inhalte, die von Dritten eingestellt werden. Ei-

nig ist man sich, dass – aufgrund divergierender Rechtsprechung, die auf das unklare Gesetz zurückzuführen ist – Rechtsunsicherheit besteht.

Im Grunde kommen sich die Fraktionen in ihren Ansichten sehr nahe, jedenfalls bei der essenziellen Frage der Mitscherhaftung. Alle sind sich einig, dass hier Änderungen vorgenommen werden müssen, und das schnell. Doch aus Sicht der Regierung nicht so schnell, dass den Anträgen der Fraktionen Folge geleistet werden müsste. Handlungsbedarf sieht Klaus Barthel von der SPD bei der Haftung für Inhalte des Internetauftritts eines Diensteanbieters, bei Suchmaschinen, insbesondere wenn eine bereits gelöschte Seite noch vorgehalten wird, und schließlich im Bereich der Hyperlinks, die differenziert betrachtet werden müssten, je nach dem ob jemand bewusst einen Link auf rechtswidrige Inhalte setzt oder die verknüpfte Seite erst im Laufe der Zeit rechtswidrige Inhalte aufweist. Barthels versichert, dass die Oppositionsparteien in die Beratungen hinsichtlich der Gesetzesänderungen miteinbezogen werden, sobald ein Kabinettsentwurf vorliegt. Dies werde, so Barthels, noch in diesem Jahr der Fall sein.

Bis also eine Gesetzesänderung auf dem Tisch liegt, werden noch zahlreiche Unterlassungserklärungen unterschrieben und Rechtsstreite geführt werden. Die schwierige Rechtsituation wird fortbestehen und Kleinhändler, Blogger, Forenbetreiber und viele andere im Internet agierende Personen die Sache nicht erleichtern.

Die Vorschläge der Fraktion findet man unter:

<http://snipurl.com/28nwl> (FDP)

<http://snipurl.com/28nwt> (Bündnis 90/Die Grünen)

<http://snipurl.com/28nwz> (Die Linke)

Wenn einem die Form bei [bundestag.de](http://bundestag.de) nicht gefällt:

<http://snipurl.com/28rwd> („Telemediengesetz“)

findet man den maßgebenden Ausschnitt des Sitzungsprotokolls auch bei RA Dr. Bahr:

[http://www.Dr-Bahr.com/news\\_det\\_20080510005250.html](http://www.Dr-Bahr.com/news_det_20080510005250.html)

### LG Hamburg – „gleitende Haftung“ für Foren?

Das Landgericht Hamburg hat am 04.12.2007 (Az.: 324 O 794/07) eine einstweilige Verfügung gegen den Blogger Stefan Niggemeier bestätigt, wonach diesem untersagt wird, einen bestimmten Kommentar zu veröffentlichen. Nun liegen die Entscheidungsgründe vor, und Stefan Niggemeier hat Auszüge daraus veröffentlicht.

Am Sonntag, 12. August 2007, hatte ein Leser um 3.37 Uhr morgens einen rechtswidrigen Kommentar zu einem Blogeintrag von Herrn Niggemeier zum Thema Call-TV-Moderatorinnen und Abmahnung gepostet; um 11.06 Uhr hatte Herr Niggemeier den Kommentar entfernt. Die Antragstellerin hatte ihn jedoch gelesen und die Unterlassung begehrt, nachdem der Kommentar bereits gelöscht war. Vor dem LG Hamburg erlangte sie eine einstweilige Verfügung, gegen die Herr Niggemeier Widerspruch einlegte. Verhandelt wurde am 04.12.2007. Das LG Hamburg bestätigte die einstweilige Verfügung. Es sieht den Blogbetreiber in der Verantwortung und machte differenzierte Ausführungen zur Haftung von Forenbetreibern.

Nach Ansicht des Landgerichts Hamburg besteht für Forenbetreiber ein „gleitender Sorgfaltsmaßstab“ mit einem Spektrum abgestufter Prüfungspflichten: Je wahrscheinlicher vorhersehbar ist, dass infolge eines Eintrages schwere Persönlichkeitsverletzungen zu erwarten sind, desto höher sind die Prüfungspflichten des Betreibers, die bis hin zu einer Dauer- und Vorabkontrollpflicht anwachsen. Der gleitende Sorgfaltsmaßstab ergibt sich nach Ansicht des Gerichts, weil Meinungs- und Medienfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlich gleichwertig sind. Hier habe Herr Niggemeier den rechtsverletzenden Kommentar nach eigenem Vortrag selbständig nach sieben Stunden gelöscht, was ihm das Gericht zu Gute hält. Aber das rettet ihn nicht: Es war aus Sicht des Gerichts konkret vorhersehbar, dass es jederzeit zu schwerwie-

genden Persönlichkeitsrechtsverletzungen Dritter kommen konnte. Der Blogeintrag bei Herrn Niggemeier bewegt sich selbst im Grenzbereich des persönlichkeitsrechtlich Zulässigen, denn er nennt die Moderatorinnen von Call-TV-Sendungen beim Namen und schlug einen außerordentlich scharfen und polemischen Ton an. Aus diesem Grunde bestand ein so gravierender Anlass zu der Befürchtung, es komme durch Kommentare zu schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen Dritter, dass die (nachträgliche) Überprüfung der Kommentare durch Herrn Niggemeier nicht ausreichte. Er stand in der Pflicht, die eingehenden Kommentare fortwährend zu überprüfen, einen geeigneten Moderator einzuschalten oder die Kommentare schubweise, nach dem er sie kontrolliert hatte, freizugeben.

Der Argumentation von Herrn Niggemeier, eine derartige Prüfungspflicht sei ihm aufgrund des großen Umfangs seines Weblogs (500 eigene Einträge mit 13 000 hierauf bezogenen Kommentaren allein im vergangenen Jahr) unzumutbar gewesen, verfiel nicht. Das Gericht stellt sich auf den Standpunkt, wer „ein öffentliches Diskussionsforum eröffnet, kann sich seiner Pflicht zur angemessenen Überwachung dieses Forums nicht dadurch entziehen, dass er es auf ein für ihn nicht mehr angemessen kontrollierbares Maß anwachsen lässt.“

Stefan Niggemeier hat angekündigt, in Berufung zu gehen. Wir sind gespannt, wie das OLG Hamburg die Sache beurteilt. Immerhin pauschalisiert das LG Hamburg die Pflichten des Forenbetreibers nicht, sondern differenziert je nach Inhalt des jeweiligen Eintrages. Man darf das durchaus als kleinen Schritt in eine angenehmere Forenhaftung verstehen.

Weitere Informationen unter:

<http://snipurl.com/1zxv0>

Das Urteil des LG Hamburg findet man unter:

<http://short4u.de/47bc8603358e8>

Wer einen Überblick über das Haftungsrecht der Forenbetreiber bekommen will, dem sei das Skript zum Thema von Dr. Stephan Ott empfohlen:

<http://www.linksandlaw.de/forenhaftung-tmg.htm>

### OGH-Urteil – Österreichs Domain-Recht kippt!

Der Oberste Gerichtshof in Österreich (OGH) hatte als Revisionsgericht über die Frage zu entscheiden, ob eine Domain, deren Inhalte zeitweise Markenrechte verletzte, zu löschen ist (Urteil vom 02.10.2007, Az.: 17 Ob 13/07x). In Abkehr zur bisherigen eigenen Rechtsprechung geht der OGH davon aus, dass, soweit die Nutzung einer Domain nach materiellem Recht nicht gänzlich untersagt werden könne, in der Regel auch kein Anspruch auf Einwilligung in deren Löschung bestehe.

Die Parteien streiten um die Löschung der Domain [amade.at](http://amade.at). Die Klägerin ist Inhaberin diverser entsprechender österreichischer Marken, teilweise seit 20 Jahren; seit 1998 ist die Wortmarke AMADE auch in der Klasse 42 (Verpflegung, Beherbergung von Gästen und Hotelreservierungen) für die Klägerin eingetragen. Die Beklagten betreiben die Domain [amade.at](http://amade.at), die vom Beklagten zu 1) 1999 registriert wurde. Seit Dezember 2001 ist eine Marke AMADE auch für die Beklagten eingetragen. Nach einem früheren Rechtsstreit, bei dem die Kläger scheiterten, und ebenfalls gescheiterten Verkaufsverhandlungen, richteten die Beklagten im Januar 2005 auf ihrer Website eine Buchungsplattform für Beherbergungsbetriebe aus dem Land Salzburg ein. Die Kläger erhoben daraufhin Klage und beantragten Unterlassung hinsichtlich der Buchungsplattform sowie Einwilligung in die Löschung der Domain. Die Beklagten stellten im Laufe des Rechtsstreits den Buchungsservice wieder ein und betreiben wieder das Gratis-eMail-Programm, das sie bereits vor dem Buchungsservice unter [amade.at](http://amade.at) betrieben haben.

Vor dem Landesgericht Salzburg erging ein Teilurteil (vom 7. Juni 2006, GZ 4 Cg 70/05h-16), in dem dem Anspruch auf Einwilligung in die Löschung stattgegeben wurde. Das Oberlandesgericht in Linz (Urteil vom 28. März 2007, GZ 1 R

202/06a-20) bestätigte das Urteil. Die Beklagte legte dagegen Revision zum Obersten Gerichtshof (OGH) Österreichs ein. Der OGH hob mit Urteil vom 02.10.2007, Az.: 17 Ob 13/07x, die Entscheidung der Vorinstanz auf. In seinen Gründen führt er aus, die Vorinstanzen haben sich an der Rechtsprechung des OGH orientiert und den Anspruch auf Löschung der Domain amada.at nach § 52 Markenschutzgesetz (MSchG) bestätigt. Doch sieht der OGH die Rechtslage mittlerweile differenzierter. Er verweist auf Lehre und Literatur, die die Rechtsansicht des OGH kritisch beurteilen und der Ansicht sind, ein Lösungsanspruch ergebe sich nicht zwingend aus § 52 MSchG; es komme letztlich auf den Inhalt unter der Domain an. Denn die Rechtsverletzung könne durch Änderung des Inhalts beseitigt sein; § 52 Abs. 1 MSchG verlangt lediglich die Beseitigung der Beeinträchtigung. Mit deren Beseitigung sei die Nutzung der Domain mit legalen Inhalten erlaubt.

Das Problem verlagert sich damit ganz auf die Frage der Wiederholungsgefahr, die von den Vorinstanzen und der bisherigen Rechtsprechung des OGH in solchen Fällen grundsätzlich angenommen wird/wurde: Kennzeichenrechtsverletzende Inhalte könnten jederzeit unter der Domain wieder eingestellt werden. Doch nun meint der OGH, die Einwände von Lehre und Literatur treffen im Kern zu. Da die Beklagten die strittigen Inhalte bereits bei Schluss der Verhandlung von der Website entfernt hatten, lag kein rechtswidriger Zustand mehr vor. Er führt weiter aus: „Selbst wenn die strittigen Inhalte bei Schluss der Verhandlung noch vorhanden gewesen wären, hätte sich die Rechtswidrigkeit des Zustands nur aus der dadurch begründeten Verwechslungsgefahr ergeben. Nur die Beseitigung dieses Zustands hätte die Klägerin nach allgemeinen Grundsätzen verlangen können.“ Dabei verweist der OGH auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes im Streit um die Domain vossius.de. Der BGH meinte in seiner Entscheidung, ein Lösungsanspruch könne nur bestehen, wenn schon das Halten des Domain-Namens für sich gesehen Rechte des Klägers verletzt. Zur Wiederholungsgefahr führte der OGH aus: „Denn auch wenn der Inhaber die Domain in einer Weise genutzt hat, die in Markenrechte eines Dritten eingriff, begründet ihre Existenz als solche noch nicht die typische Gefahr, dass er dieses Verhalten wiederholt. Vielmehr bestehen (...) von vornherein unzählige Möglichkeiten einer rechtmäßigen Nutzung. Dieser Unterschied schließt es im Regelfall aus, § 52 Abs. 2 des MSchG auf die Löschung einer Domain anzuwenden.“

In Abkehr zur eigenen Rechtsprechung geht der OGH nun also davon aus, dass, soweit die Nutzung einer Domain nach materiellem Recht nicht gänzlich untersagt werden könne, in der Regel auch kein Anspruch auf Einwilligung in deren Löschung bestehe. Diese Sicht der Dinge bringt das Domain-Recht nicht nur in Österreich einen guten Schritt voran – in die richtige Richtung.

Diese Rechtsprechung hat im deutschen Rechtsgebiet schon beinahe eine Tradition. So sah auch das OLG Köln (Urteil vom 01.06.2007, Az.: 6 U 35/07) im Fall aidu.de keine Veranlassung, dem Lösungsbegehren der Klägerin stattzugeben, da unter den der Marke AIDA jeweils nicht identischen Domain-Namen auch andere Inhalte zu finden sein könnten und so eben keine Rechtsverletzung vorläge. Auch der BGH hatte sich der Frage nochmals gewidmet: im Streit um die Domain euro-telekom.de, in der er bekräftigte, dass soweit nicht schon das Halten des Domain-Namens durch den Inhaber per se eine Rechtsverletzung darstellt, kein Lösungsanspruch besteht.

Die Entscheidung des OGH findet man unter:  
[http://rechtsanwalt-boecker.de/urteile/OGH\\_17\\_Ob\\_13\\_07x.html](http://rechtsanwalt-boecker.de/urteile/OGH_17_Ob_13_07x.html)

Die Entscheidung des OLG Köln zu aidu.de findet man unter:  
[http://rechtsanwalt-boecker.de/urteile/OLG\\_Koeln\\_6\\_U\\_35\\_07.html](http://rechtsanwalt-boecker.de/urteile/OLG_Koeln_6_U_35_07.html)

Das Urteil des BGH zu euro-telekom.de (vom 19.07.2007, AZ.: I ZR 137/04) findet man unter:  
<http://snipurl.com/1q2pn>

Die vossius.de-Entscheidung des BGH findet man unter:  
<http://www.jurpc.de/rechtspr/20020155.htm>

### LG Braunschweig – Schwenk bei Keywords-Urteilen?

Das Landgericht Braunschweig setzte sich in einer aktuellen Entscheidung (Urteil vom 26.03.2008, Az.: 9 O 250/08) einmal mehr mit Markenrechtsverletzungen durch Keywords in Adwordwerbung auseinander und kam zu einem anderen Ergebnis als sonst: Es sah im vorliegenden Falle keine Rechtsverletzung. Doch der allseits wahrgenommene Schwenk der Rechtsprechung in Braunschweig scheint das nicht zu sein.

Die Klägerin ist Anlageberatungsgesellschaft und Inhaberin einer am 19.01.2007 eingetragenen Marke. Die Beklagten sind Rechtsanwälte einer Anwaltskanzlei, die sich auf Anlagerechtsfälle spezialisiert haben. Sie betreiben unter dem Domain-Namen bruellmann-rae.de eine Internetseite, auf der sie einen Bericht über die Klägerin und deren Anlageangebote veröffentlicht hatten. In einer Googleanzeige haben die Beklagten den Namen der Klägerin und deren Marke als Keyword für ihre Internetseite genutzt. Bei Eingabe des Namens und der Marke der Klägerin als Suchbegriff bei Google erschien deshalb neben anderen auch die Anzeige der Beklagten. Die Klägerin hatte daraufhin mehrere Anwaltskanzleien, darunter die Beklagten, kostenpflichtig abgemahnt und gegen die Beklagten eine einstweilige Verfügung beantragt.

Die Klägerin geht von einer Markenrechtsverletzung aus. Die Beklagten halten entgegen, daran fehle es, da keine Dienstleistungsähnlichkeit bestehe: aus der Anzeige gehe klar hervor, dass es sich um eine Anwaltskanzlei handele. Mithin stehe man auch nicht im Wettbewerb, so dass auch keine Ansprüche wegen einer Wettbewerbsverletzung bestünden. Schließlich liege auch keine Verletzung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts vor, da der Bericht über die Klägerin auf der Internetseite der Beklagten vom Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt sei.

Das LG Braunschweig (Urteil vom 26.03.2008, Az.: 9 O 250/08) hat den Antrag auf einstweilige Verfügung wegen fehlenden Verfügungsanspruchs zurückgewiesen. Ein Anspruch aus dem Markenrecht liege mangels markenmäßiger Benutzung des Markenbegriffs durch die Beklagten nicht vor. Dabei macht das Gericht deutlich, dass es weiter davon ausgeht, dass die Verwendung eines geschützten Zeichens als Keyword in einer Adwordkampagne grundsätzlich Zeichenrechte verletzen kann. Doch muss das Zeichen auch markenmäßig genutzt werden. Ob aber eine markenmäßige Benutzung vorliege, hänge von der Nutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr ab. Es komme darauf an, dass die Benutzung der Marke im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes auch der Unterscheidung der Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer diene.

Dies vermochte das Gericht im Falle der Beklagten allerdings nicht zu erkennen, da aufgrund des Zusatzes „Anwälte informieren über Chancen, Risiken und mögliche Ansprüche“ in deren Anzeige deutlich werde, dass sie das klägerische Zeichen nicht in herkunftshinweisender Funktion verwendeten. Die Beklagten böten ihre eigenen Beratungsleistungen an und nutzten das klägerische Zeichen exemplarisch, um ihr Arbeitsfeld zu beschreiben. Das Gericht war vielmehr der Ansicht, die Nutzung der konkreten Marke sei gerade durch § 23 Nr. 3 MarkenG gerechtfertigt, da die Nutzung notwendig sei, um Betroffene besser darüber zu informieren, welche Mandate die Kanzlei betreue. Darüber sieht das Gericht auch keine Verwechslungsgefahr, da die Parteien ersichtlich in unterschiedlichen Branchen tätig sind. In den übrigen Punkten bestätigte das Gericht die Argumentation der Beklagten und wies daraufhin die einstweilige Verfügung zurück.

Einige Fachleute atmen angesichts der Entscheidung aus Braunschweig auf, hatten doch die Gerichte dort bisher keine klare Differenzierung zwischen dem Einsatz von Meta-Tags und Keywords vorgenommen. Man geht dort grundsätzlich von einer Rechtsverletzung durch die nicht berechtigte Nutzung von



Kennzeichenrechten aus. Auch diese Entscheidung steht dem nicht entgegen, und ein Wandel der braunschweiger Rechtsprechung ist nicht abzusehen; in der Begründung weist das Gericht darauf hin, auch weiterhin an der bekannten braunschweiger Rechtsprechung festzuhalten. Das gilt jedenfalls für das Landgericht. Noch ist das Urteil nicht rechtskräftig; und das Oberlandesgericht Braunschweig könnte sich vielleicht die Sache noch überlegen.

Die Entscheidung findet man unter:  
<http://snipurl.com/26bkx>

<mailto:dingeldey@domain-recht.de>  
<mailto:RA@daniel-dingeldey.de>

**§ 91 ZPO**  
**Wettbewerb; Kosten eines Abwehrens**

**Die dem Beklagten durch ein vorgerichtliches Abwehrens Schreiben entstandenen Kosten stellen, soweit sie auf die Verfahrensgebühr nicht anrechenbar sind, keine notwendigen Kosten der Rechtsverteidigung i. S. des § 91 Abs.1 Satz 1 ZPO dar.**

(BGH, Beschluss vom 6.12.2007 – I ZB 16/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Verfügungskläger, ein Wettbewerbsverband, mahnte den Verfügungsbeklagten, der eine Drogeriemarktkette betreibt und eine Kundenzeitschrift herausgibt, mit anwaltlichem Schreiben vom 4. Januar 2006 wegen Verstößen gegen das Verbot der redaktionellen Werbung ab. Der Verfügungsbeklagte trat der Abmahnung mit Anwaltsschreiben vom 18. Januar 2006 hinsichtlich eines Beitrags mit dem Titel „Mehr Kraft für die Augen“ entgegen. Das Landgericht wies den vom Verfügungskläger deshalb gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit Urteil vom 21. Februar 2006 kostenpflichtig zurück.

2 Im Kostenfestsetzungsverfahren hat der Verfügungsbeklagte in einem Nachfestsetzungsantrag für das vorgerichtliche Abwehrens Schreiben eine auf die Verfahrensgebühr nicht anrechenbare 0,65-Geschäftsgebühr gemäß Nr. 2400 VV-RVG in Höhe von 419,90 € netto geltend gemacht.

3 Das Landgericht Ulm hat die Gebühr antragsgemäß festgesetzt.

4 Die sofortige Beschwerde des Verfügungklägers hat zur Abweisung des Kostennachfestsetzungsantrags des Verfügungsbeklagten geführt (OLG Stuttgart, Beschl. v. 5. 2. 2007 – 8 W 20/07, juris).

5 Mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Verfügungsbeklagte seinen Kostennachfestsetzungsantrag weiter. Der Verfügungskläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

6 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund ihrer Zulassung gemäß § 574 Abs.1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthaft und auch ansonsten zulässig. Der Umstand, dass dem angefochtenen Beschluss ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zugrunde liegt, in dem die Rechtsbeschwerde wegen des durch § 574 Abs.1 Satz 2, § 542 Abs. 2 Satz 2 ZPO begrenzten Instanzenzugs auch im Falle ihrer Zulassung ausgeschlossen ist (BGHZ 154, 102, 103), steht dem nicht entgegen. Diese Begrenzung gilt nicht für das Kostenfestsetzungsverfahren, das als selbständiges Verfahren mit einem eigenen Rechtsmittelzug ausgestaltet ist (vgl. BGH, Beschl. v. 6. 4. 2005 – V ZB 25/04, NJW 2005, 2233; Beschl. v. 19. 4. 2007 – I ZB 47/06, GRUR 2007, 999 Tz. 8 = WRP 2007, 1205 – Consulente in marchi).

7 III. In der Sache hat die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat mit Recht angenommen, dass die dem Verfügungsbeklagten durch das vorgerichtliche Abwehrens Schreiben entstandenen Kosten, soweit sie auf die Verfahrensgebühr nicht anrechenbar sind, keine notwendigen Kosten

der Rechtsverteidigung i. S. des § 91 Abs.1 Satz 1 ZPO darstellen und im Kostenfestsetzungsverfahren daher nicht erstattungsfähig sind.

8 Für die Beurteilung des Streitfalls ist es entscheidend, dass ein Abwehrens Schreiben, auch wenn es die Reaktion auf ein Abmahnschreiben darstellt, nicht anders als dieses auf die Vermeidung einer gerichtlichen Auseinandersetzung abzielt. Kosten, die zur Abwendung eines drohenden Rechtsstreits aufgewendet werden, stellen keine Kosten der Prozessvorbereitung dar, die dann, wenn sie in Bezug auf einen bestimmten Rechtsstreit vorgenommen worden sind, im Kostenfestsetzungsverfahren erstattungsfähig sind (OLG Schleswig JurBüro 1981, 582; Zöller/Herget, ZPO, 26. Aufl., § 91 Rdn. 13 „Vorbereitungskosten“; a.A. OLG Hamburg OLG-Rep 2006, 691, 692). Wie der beschließende Senat in der Entscheidung „Geltendmachung der Abmahnkosten“ ausgeführt hat, gehören die Kosten einer Abmahnung im Hinblick auf deren Funktionen – Streitbeilegung ohne Inanspruchnahme der Gerichte und Ausschluss der für den Gegner ohne vorherige Abmahnung grundsätzlich bestehenden Möglichkeit, den gerichtlich geltend gemachten Anspruch mit der Kostenfolge des § 93 ZPO anzuerkennen – nicht zu den einen Rechtsstreit unmittelbar vorbereitenden Kosten (BGH, Beschl. v. 20.10.2005 – I ZB 21/05, GRUR 2006, 439 Tz. 12 = WRP 2006, 237). Nichts anderes gilt für die Kosten eines Abwehrens Schreibens; denn ein solches Schreiben soll einen drohenden Rechtsstreit nach seiner Bestimmung nicht fördern, sondern gerade verhindern.

9 In dieser Hinsicht unterscheidet sich ein Abwehrens Schreiben auch von einer Schutzschrift. Diese wird bei Gericht eingereicht, um zu verhindern, dass in einem Eilverfahren, dessen Anhängigkeit oder Anhängigwerden der Verfasser der Schutzschrift erwartet, eine Unterlassungsverfügung ergeht, ohne dass diejenigen Gesichtspunkte Berücksichtigung finden, die aus der Sicht des Verfassers der Schutzschrift gegen ihren Erlass sprechen. Eine Schutzschrift ist damit auf ein bestimmtes, wenn auch meist nur drohendes gerichtliches Verfahren bezogen, das sie insofern fördern soll, als das Gericht bei seiner Entscheidung bereits die Gründe kennen soll, die nach Auffassung des Antragsgegners gegen den Erlass der einstweiligen Verfügung sprechen. Die für eine Schutzschrift aufgewendeten Kosten sind deshalb grundsätzlich dann erstattungsfähig, wenn ein Verfügungsantrag eingereicht und damit ein Prozessrechtsverhältnis begründet wird (vgl. BGH, Beschl. v. 13. 2. 2003 – I ZB 23/02, GRUR 2003, 456 = WRP 2003, 516 – Kosten einer Schutzschrift).

10 Der Umstand, dass im Streitfall am Ende des Abwehrens Schreibens angemerkt war, man gehe davon aus, dass der Abmahrende, sollte er wider Erwarten einen Rechtsstreit einleiten, das Abwehrens Schreiben von sich aus dem Verfügungsantrag an das Gericht beilegen werde, rechtfertigt es hier ebenfalls nicht, das Abwehrens Schreiben hinsichtlich der Kostenerstattung wie eine Schutzschrift zu behandeln. Dem Verfügungsbeklagten stand es frei, seinerseits auf die Abmahnung hin bei Gericht eine Schutzschrift einzureichen und auf diese Weise bereits im Voraus auf das drohende Verfahren einen fördernden Einfluss zu nehmen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Ebenso OLG Düsseldorf, ebenfalls Beschluss vom 6.12.2007 – I-10 W 153/07.

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

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

### §§ 823, 1004 BGB; Art. 2, 5, 12 GG – Wettbewerb; Hinnahme wahrheitsgemäßer Kritik; „Gen-Milch“; Schlagwort-Meinungsäußerung

Zur Zulässigkeit der Bezeichnung von Milchprodukten als „Gen-Milch“.

(BGH, Urteil vom 11. 3. 2008 – VI ZR 7/07)

**Hinw. d. Red.:** Dazu Berufungsgericht OLG Köln PM GuT 2004, 258 und GuT 2006, 391. Die Pressemeldung Nr. 50/2008 des BGH vom 11. 3. 2008 zum Urteil vom 11. 3. 2008 – VI ZR 7/07 – lautet:

»Bundesgerichtshof erlaubt Greenpeace, Milchprodukte als „Gen-Milch“ zu bezeichnen

Die Theo Müller GmbH & Co. KG, deren Unternehmen Milch- und Molkereiprodukte unter anderem unter den Marken „Müller“, „Weihenstephan“ und „Sachsenmilch“ vertreiben, wendet sich dagegen, dass Greenpeace e.V. in einer Vielzahl von öffentlichkeitswirksamen Aktionen in den Jahren 2004 und 2005 ihre Produkte als „Gen-Milch“ bezeichnet hat.

Das Landgericht hat dem Beklagten verboten, die Produkte der Unternehmen der Klägerin als „Gen-Milch“ zu bezeichnen, sofern nicht gleichzeitig darauf hingewiesen wird, dass die Produkte selbst nicht gentechnisch verändert sind bzw. dass sich nach derzeitigem wissenschaftlichem Stand in den Produkten keine Komponenten aus der gentechnischen Veränderung der Futtermittel nachweisen lassen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Der Gebrauch des Begriffs „Gen-Milch“ durch den Beklagten genießt den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Der objektive Sinngehalt des Begriffs ist unter Einbeziehung des Kontextes zu beurteilen, in dem der Beklagte ihn verwendet hat. Die Bezeichnung „Gen-Milch“ bringt als Oberbegriff der von Greenpeace e.V. durchgeführten Kampagne plakativ und schlagwortartig dessen Ablehnung gegen die Herstellung von Milchprodukten unter Verwendung von Milch zum Ausdruck, die u. a. von Kühen stammt, die auch mit gentechnisch veränderten Futtermitteln gefüttert werden, ohne dass diese Produkte – geltendem Recht entsprechend, das eine Kennzeichnungspflicht insoweit nicht vorsieht – entsprechend gekennzeichnet werden.

Unerheblich ist, ob sich die betroffene Milch in ihrer Beschaffenheit von Milch unterscheidet, bei deren Herstellungsprozess auf den Einsatz von Verfahren zur gentechnischen Veränderung verzichtet wurde und ob genmanipulierte DNA aus Futtermitteln nach wissenschaftlicher Erkenntnis in die Milch übergehen kann. Denn selbst wenn ein Einfluss der angewandten Verfahren auf die Beschaffenheit von Milch und Milchprodukten nicht besteht oder nicht nachweisbar ist, weist der Begriff „Gen-Milch“ aus sich heraus keinen unwahren konkreten Tatsachenkern auf. Es kann nämlich ein allerdings weit verstandener Zusammenhang zwischen dem Einsatz von Verfahren zur gentechnischen Veränderung und dem Produkt schon darin gesehen werden kann, dass ein solches Verfahren im Produktionsprozess zur Anwendung kommt. Die daran von Greenpeace geäußerte Kritik muss die Klägerin hinnehmen.«

### §§ 3, 4, 5 UWG; § 1 PAngV – Wettbewerb; Werbung mit Preisen; fehlerhafte Preisauszeichnung im Laden

Ist die Ware am Regal mit einem höheren als dem in der Werbung angegebenen Preis ausgezeichnet, fehlt es an einer wettbewerbsrelevanten Irreführung, wenn dem Kunden an der Kasse von vornherein nur der beworbene Preis in Rechnung gestellt

wird. Die unrichtige Preisauszeichnung verstößt dann zwar gegen die Preisangabenverordnung, führt aber nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach § 3 UWG (Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 29. 6. 2000 – I ZR 29/98, WRP 2000, 1258, 1261 – Filialleiterfehler; Urt. v. 30. 3. 1988 – I ZR 101/86, GRUR 1988, 629, 630 = WRP 1989, 11 – Konfitüre).

(BGH, Urteil vom 4. 10. 2007 – I ZR 182/05)

### §§ 3, 4 UWG; § 1 PAngV; § 1 BGB-InfoV – Wettbewerb; Informationspflichten im Fernabsatz; Umsatzsteuerhinweis

a) Wer im Fernabsatz für Waren oder Leistungen unter Angabe von Preisen wirbt, muss darauf hinweisen, dass der geforderte Preis die Umsatzsteuer enthält.

b) Gelten bei einem Fernabsatzgeschäft über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften, braucht ein Unternehmer den Verbraucher nicht nach § 1 Abs. 4 Nr. 3b BGB-InfoV auf diesen Umstand und auf den Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen hinzuweisen.

(BGH, Teil-Versäumnis- und Endurteil v. 4. 10. 2007 – I ZR 22/05)

**Hinw. d. Red.:** Auszug aus der Pressemeldung Nr. 140/2007 des BGH zu dieser Entscheidung:

„Nach § 1 Abs. 2 der Preisangabenverordnung (PAngV) ist ein Versandhändler dazu verpflichtet, beim Angebot von Produkten gegenüber Verbrauchern anzugeben, dass die geforderten Preise die Umsatzsteuer enthalten. Er ist außerdem nach § 312c BGB i.V.m. § 1 Abs. 4 Nr. 3b BGB-InfoV verpflichtet, spätestens bei Lieferung der Ware über geltende Gewährleistungsbedingungen zu informieren.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte ein Versandhandelsunternehmen, das in Deutschland im Wege des Fernabsatzes Oberbekleidung und Accessoires an Verbraucher vertreibt, in einer Werbung Preise angegeben, ohne darauf hinzuweisen, dass diese die Umsatzsteuer enthielten. Die auf Unterlassung klagende Mitbewerberin beanstandete zudem, dass der Händler die Verbraucher nicht spätestens bei Lieferung über die Gewährleistungsregelungen informierte, wobei die Geschäftsbedingungen der Beklagten insoweit keine von den gesetzlichen Vorschriften abweichenden Bestimmungen enthielten. Das OLG Hamburg [Urt. v. 23. 12. 2004 – 5 U 17/04 – GuT 2005, 33 KL] hatte der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte überwiegend Erfolg.

Der BGH hat zwar die Auffassung des Berufungsgerichts bestätigt, dass nach § 1 Abs. 2 PAngV in der Werbung des Versandhändlers der Hinweis, dass die Umsatzsteuer enthalten ist, der Preisangabe eindeutig zuzuordnen, leicht erkennbar und deutlich lesbar sein muss. Der Hinweis müsse aber – anders als das OLG Hamburg meinte – nicht unmittelbar neben dem angegebenen Preis stehen. Vielmehr reiche es im Falle einer Anzeigenwerbung aus, wenn der Hinweis auf die Umsatzsteuer eindeutig dem Preis zugeordnet sei. Dies könne auch durch einen klaren und unmissverständlichen Sternchenhinweis geschehen.

Der BGH hat ferner entschieden, dass der Händler zu einer Information der Verbraucher über gesetzliche Gewährleistungsvorschriften nicht verpflichtet ist. Die Informationspflicht des § 1 Abs. 4 Nr. 3b BGB-InfoV erfasse nur vertragliche Gewährleistungsbedingungen. Über solche Regelungen könne sich der Verbraucher nicht ohne weiteres auf anderem Wege informieren. Dagegen bestehe – auch unter Berücksichtigung des spezifischen Charakters von Fernabsatzgeschäften – kein besonderes Interesse des Verbrauchers an einer Information über die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen. Ein Versandhändler, der keine abweichenden vertraglichen Gewährleistungsrechte vereinbare, müsse daher weder die gesetzlichen Regelungen beifügen noch auf die Geltung der gesetzlichen Regelungen hinweisen.“

# Besteuerung

**Steuern – Umschau Mai 2008**

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

## Vermietungsabsicht bei leerstehender Wohnung

Der Kläger (KI) betreibt eine Dentallabor-Handelsvertretung und erzielt insoweit Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Er erwarb 1996 eine 58 qm große Wohnung in einem Mehrfamilienhaus für DM 274 974,-, die im November 1997 fertiggestellt wurde. In den Jahren 1997 und 1998 erklärte er insoweit negative Einkünfte aus V+V von ./ DM 14 912,- bzw. ./ DM 19 017,-. Insbesondere wegen Bankzinsen, AfA und Sonder-AfA erklärte er weitere negative Einkünfte aus V+V in 1999 von ./ DM 130 078,-, in 2000 von ./ DM 17 459,-, in 2001 von ./ DM 14 574,-, in 2002 von ./ € 7 103,- und in 2003 von ./ € 6 762,-. Trotz des jahrelangen Leerstandes hatte der KI seine Bemühungen, die Wohnung zu vermieten, nicht gesteigert oder verändert. Weder hatte er seine Bemühungen auf mehr Erfolg versprechende Medien ausgedehnt, noch hatte er einen Makler beauftragt oder versucht, die Wohnungsverwaltung zu beauftragen. Erst am 22. 9. 2004 beauftragte er die Wohnungsverwaltung, die dann einen Mieter ab 1. 12. 2004 zu einer mtl. Kaltmiete von € 320,- für Wohnung und Garage fand.

Das FA verneinte für die Streitjahre 1999 bis 2003 die Einkünftezielungsabsicht des KI. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung erkannte auch das FG Hamburg mit Urteil vom 24. 8. 2007 (Steuer-Telex 2008, 184) die erklärten negativen Einkünfte des KI aus V+V nicht an. Dieser berief sich zwar auf einen erheblichen Leerstand an Wohnungen in der Region und in der Wohnungsanlage. Er habe auch ein- bis zweimal im Jahr Zettel an Bäumen etc. aufgehängt. Dies sei jedoch bei einer seit Jahren leer stehenden Wohnung nicht ausreichend, um eine Vermietungsabsicht darzulegen. Es sei erforderlich gewesen, die Vermietungsbemühungen zu steigern bzw. umzustellen, wenn ersichtlich sei, dass die bisher getroffenen Maßnahmen zu keinem Erfolg führten.

## Öffentliche Toilettenanlage als hoheitliche Tätigkeit?

Die Klägerin (KI), eine Stadt, unterhielt im Streitjahr 2001 mehrere Wochenmärkte, für die sie Standplätze auf verschiedenen städtischen Grundstücken zur Verfügung stellte. Die diesen Märkten dienenden Einrichtungen waren im Marktamt (Marktbetrieb) zusammengefasst. Dieser Marktbetrieb ist ein Betrieb gewerblicher Art, dessen Gewinn die KI durch Einnahmenüberschussrechnung ermittelte. Einer der Märkte fand zweimal wöchentlich (mittwochs und samstags) auf dem X-Platz statt. Der Markt öffnete um 7,00 Uhr und endete gegen Mittag. Die Stände wurden regelmäßig bis 14,00 Uhr abgebaut. Auf dem Markt boten ca. 35 bis 40 Händler überwiegend Lebensmittel an. Im Jahr 2000 errichtete die KI eine öffentliche Toilettenanlage in einer Stichstraße, die den X-Platz mit dem unmittelbar daneben liegenden Y-Platz verbindet. Die Toilettenanlage liegt nur wenige Meter vom Markt entfernt. Mit dem Neubau wurde eine etwas weiter entfernte unterirdische Toilettenanlage ersetzt. Die Herstellungskosten beliefen sich auf DM 319 000,- und wurden von der KI fremdfinanziert. Ein besonderes Entgelt für die Benutzung erhob die KI nicht. Die Toilettenanlage ist montags bis samstags geöffnet, an Markttagen ab 7,00 Uhr, an den anderen Tagen ab 8,00 Uhr bis jeweils 19,00 Uhr. Mit dem Betrieb und der Unterhaltung beauftragte die KI einen privaten Unternehmer. Sie ordnete die öffentliche Toilettenanlage dem Betriebsvermögen des Marktbetriebs zu und erfasste die aktivierten Herstellungskosten in dessen Anlagenverzeichnis. Für das Streitjahr 2001 machte sie die gesamten Aufwendungen für die Toilettenanlage (AfA und Zinsen) als Betriebsausgaben des Marktbetriebs geltend. Dies verweigerte jedoch das FA, weil die öffentliche Toilettenanlage nicht dem

Betriebsvermögen des Marktbetriebs zugeordnet werden könne und verminderte den Verlust des Marktbetriebs entsprechend. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren beschränkte die KI den Betriebsausgabenabzug auf ein Viertel des gesamten Aufwands, was der anteiligen Nutzung der Toilettenanlage für den Markt entspreche. Das FG Düsseldorf gab der Klage mit Urteil vom 22. 6. 2006 (EFG 2006, 1785) insoweit statt. Der BFH jedoch wies diese mit Urteil vom 7. 11. 2007 (DB 2008, 733) ab. Die Toilettenanlage konnte nicht dem gewillkürten Betriebsvermögen des Marktbetriebes der KI zugeordnet werden, weil sie ausschließlich deren hoheitlicher Tätigkeit im Rahmen kommunaler Daseinsvorsorge diene. Sie wurde unabhängig von Marktzeiten zur Benutzung durch die Allgemeinheit zur Verfügung gestellt.

Es ist sicherlich nicht so ohne weiteres nachzuvollziehen, dass der Betrieb einer öffentlichen Toilette die Ausübung hoheitlicher Tätigkeit darstellt.

## Errichtung und Verkauf zweier Großobjekte als Grundstückshandel

Die Klägerin (KI) ist eine aus zwei Architekten bestehende GbR, die in den Jahren 1984 bis 1988 fünf Wohn- und Geschäftshäuser errichtete, umbaute und vermietete. Ein gewerblich genutztes Großobjekt veräußerte sie im Streitjahr 1989 und ein weiteres im Streitjahr 1990. Die zunächst für diese Jahre erklärten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung wertete das FA nach einer Außenprüfung als einen gewerblichen Grundstückshandel, und zwar für 1989 in Höhe von DM 3 520 155,- und für das Folgejahr in Höhe von DM 1 620 467,-. Die beiden Objekte hatten jeweils eine gewerbliche Fläche von mehr als 1000 qm, ein Objekt war langfristig für 15 Jahre mit Verlängerungsoption vermietet und der Gesellschaftsvertrag der GbR nannte als Gesellschaftszweck nicht die Veräußerung von Objekten. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren sah auch das FG München mit Urteil vom 25. 10. 07 (DStZ 2008, 159) die Errichtung und den Verkauf der zwei Großobjekte als gewerblichen Grundstückshandel an. Die langfristige Vermietung des einen Objekts sei hier ein zusätzliches Verkaufsargument, Großobjekte von mehr als 1000 qm Nutzfläche seien nicht gleichzusetzen einem Ein- oder Zweifamilienhaus, die Übernahme unüblicher Gewährleistungspflichten und des Fertigstellungsrisikos spreche ebenso wie die Branchennähe der Architekten für eine von Anfang an bedingte Veräußerungsabsicht und damit für gewerblichen Grundstückshandel. Auf das Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze komme es hier nicht an.

Es bleibt abzuwarten, ob der BFH diese Auffassung des FA und der Vorinstanz teilen wird, dass Großobjekte den Rahmen eines Zählobjektes sprengen.

## Mindern öffentliche Zuschüsse erst ab Zahlung die Sonderabschreibung?

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Klägerin (KI), erzielte gewerbliche Einkünfte aus der Vermietung einer Ferienanlage und ermittelte ihren Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG durch Einnahmenüberschussrechnung. Sie erwarb in 1995 eine alte Schule und baute sie in den Jahren 1995 bis 1997 zu einer Ferienanlage um. Im Zuge des Umbaus sind Herstellungskosten von DM 1 541 184,- und Anschaffungskosten für das Inventar von DM 527 510,- entstanden. Mit Bewilligungsbescheid vom 10. 6. 1997 erhielt die GbR die Zusage auf Gewährung eines öffentlichen Zuschusses aus Landesmitteln von DM 840 000,-. Die Mittel wurden in zwei Raten ausgezahlt, und zwar die erste Rate in Höhe von DM 601 600,- in 1998 und die zweite in Höhe von DM 238 400,- in 1999. Bezuschusst wurden die baulichen Investitionen sowie die Einrichtung des Objekts, nicht dagegen der Erwerb des Schulgebäudes. Es wurde hierbei u. a. verlangt, dass zwei dauerhafte Arbeitsplätze geschaffen und für mind. fünf Jahre tatsächlich besetzt wurden.

Die GbR verteilte den Zuschuss im Jahr der Zahlung auf die Anschaffungskosten des Grund und Bodens, des Gebäudes und des Inventars sowie auf die nachträglichen Herstellungskosten. Die Sonderabschreibungen nach § 4 Fördergebietsgesetz hatte sie auf der Basis der nicht um den Zuschuss gekürzten Bemessungsgrundlage vorgenommen.

Im Rahmen einer Außenprüfung in 2002 kam der Prüfer zu dem Ergebnis, der Zuschuss dürfe gem. Bewilligungsbescheid nur auf die baulichen Investitionen und das Inventar aufgeteilt werden. Auch sei die AfA des Gebäudes und des Inventars bereits im Jahr der Bewilligung (1997) um den Zuschuss zu mindern. Auf den späteren Zufluss der Geldbeträge sei auch im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG nicht abzustellen. Insofern sei die Fördergebiet-AfA nach Kürzung um den Zuschuss vorzunehmen. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung wies auch das FG Münster mit Urteil vom 27. 4. 2005 (EFG 2005,1206) die Klage ab.

Der BFH bestätigte mit Urteil vom 29.11. 2007 (IV R 81/05, im Internet seit dem 9. 4. 2008) die Auffassung des FG und der Vorinstanz. Bei der reinen Geldrechnung gem. § 4 Abs. 3 EStG ordne schon das Gesetz gem. § 4 Abs. 3 Satz 3 EStG die Durchbrechung des Zu- und Abflussprinzips für die AfA einschl. Bemessungsgrundlage an. Für die Anschaffungskosten sei es unerheblich, ob diese bezahlt seien oder nicht. Von daher habe das FG zutreffend entschieden, dass Sonderabschreibungen gem. dem FöGg von den im Zeitpunkt der Zusage um den Zuschuss geminderten Anschaffungs- oder Herstellungskosten vorzunehmen sind.

### Vorauszahlung von Erbbauzinsen in voller Höhe Werbungskosten?

Das vom Kläger (KI) mit notarieller Urkunde vom 1. 12. 2004 unterbreitete Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über ein Wohnungserbbaurecht mit einer Laufzeit von 99 Jahren nahm die GmbH als Verkäuferin mit notariellem Vertrag vom 17. 12. 2004 an. Der nach dem Erbbaurechtsvertrag auf die Dauer von 99 Jahren zu zahlende Erbbauzins sollte durch eine Einmalzahlung abgelöst werden. Der Besitzübergang erfolgte zum 1. 7. 2005, die geleistete Einmalzahlung zur Ablösung der Erbbauzinsen erfolgte im Streitjahr 2005. Der KI erklärte bei seinen Einkünften aus V+V diese Einmalzahlung in voller Höhe als Werbungskosten. Das FA verteilte jedoch den in 2005 gezahlten Einmalbetrag gem. § 11 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 EStG i. d. F. v. 9. 12. 2004 auf den Zeitraum von 99 Jahren.

Das FG München bestätigte die Verteilung mit Urteil vom 31. 7. 2007 (EFG 2008,115; Revision zum BFH unter IX R 48/07). Der BFH hatte mit Urteil vom 23. 9. 2003 (BStBl II 2005,159) eine Einmalzahlung von Erbbauzinsen für 99 Jahre steuerlich für zulässig erklärt. Wegen der deshalb zu erwartenden Steuersparmodelle und erheblichen Steuerausfälle hat der Gesetzgeber die Vorschrift des § 11 Abs. 2 EStG entsprechend geändert, der Bundestag hat den entsprechenden Gesetzentwurf am 28. 10. 2004 angenommen. Von daher hatte der KI kein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der alten für ihn günstigeren gesetzlichen Regelung.

Es dürfte zu erwarten sein, dass der BFH die Vorinstanz bestätigen wird, zumal das BVerfG bei der sog. unechten Rückwirkung von Gesetzen bisher keinen Vertrauensschutz zubilligt.

### Arbeitgeber-Zuschuss zum häuslichen Arbeitszimmer: Vermietungseinkünfte?

Arbeitgeber zahlen ihren Arbeitnehmern häufig für die Bereitstellung eines Büros in ihrem Haus oder ihrer Wohnung ein Nutzungsentgelt. Sie bieten ihnen zwecks Kostensenkung an, ihre Arbeitsleistung teilweise im häuslichen Arbeitszimmer zu erbringen. Hierbei teilen sich zwei Mitarbeiter grundsätzlich den betrieblichen Arbeitsplatz, so dass dem Arbeitnehmer in der Zeit am häuslichen Arbeitsplatz der Arbeitsplatz im Betrieb nicht zur Verfügung steht. So wird z. B. dem Arbeitnehmer aufgrund einer Betriebsvereinbarung eine Aufwandspauschale von

mtl. € 30,- gezahlt. Das Betriebsstätten-FA hat dem Arbeitgeber mit Anrufungsauskunft bestätigt, es liege kein Arbeitslohn vor.

Die OFD Münster hat dazu mit Verfügung vom 27. 2. 2008 (DB 2008,729) die Auffassung der Finanzverwaltung dargelegt. Da die Büronutzung im überwiegenden betrieblichen Interesse des Arbeitgebers liege, handele es sich nicht um Arbeitslohn. Einnahmen aus V+V setzen die Vereinbarung eines schriftlichen – oder mündlichen – Mietvertrags voraus. In den meisten Fällen dieser Art fehle es jedoch an einem Mietvertrag neben dem Arbeitsvertrag, so dass Einnahmen aus V+V, die dann regelmäßig zu negativen Einkünften führen würden, nicht anzuerkennen sind. Ob die Aufwendungen des Arbeitnehmers nach Abzug der Arbeitgeberzahlungen als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit anzuerkennen sind (Arbeitszimmerkosten), ist davon abhängig, ob das Büro den Mittelpunkt der gesamten beruflichen Tätigkeit des Arbeitnehmers darstellt. Der Mittelpunkt bestimmt sich nach dem inhaltlichen (qualitativen) Schwerpunkt der beruflichen Tätigkeit, wobei das zeitliche Moment ein erhebliches Indiz darstellt. Verbringt der Arbeitnehmer nur maximal 50% seiner Arbeitszeit im häuslichen Arbeitszimmer, stellt dieses (noch) nicht den Mittelpunkt seiner beruflichen Betätigung dar.

### § 1 UStG; §§ 535, 581 BGB Umsatzsteuer; Geschäftsveräußerung bei Veräußerung verpachteter Immobilien; Fortführung des Pachtvertrags

**Die Lieferung eines weder vermieteten noch verpachteten Grundstücks ist im Regelfall keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a UStG.**

(BFH, Urteil vom 11. 10. 2007 – V R 57/06)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 7. Oktober 1999 ein bebautes Grundstück und Einrichtungsgegenstände. Der Gesamtkaufpreis belief sich auf 950 000 DM zuzüglich Umsatzsteuer. Hiervon entfielen 350 000 DM auf die Einrichtung. Nach dem Vertrag war der Verkauf umsatzsteuerpflichtig. Besitz, Nutzen und Lasten sollten am 1. November 1999 übergehen. Der Veräußerer hatte das Gebäude für den Betrieb als Diskothek verpachtet. Der Pachtvertrag endete vor der Besitzeinweisung und ging nicht auf die Klägerin über.

Am 30. Oktober 1999 verpachtete die Klägerin das Objekt mit der Diskothek an ihre Gesellschafterin M mit Wirkung ab 1. November 1999. Die Umsatzangaben des Veräußerers S erwiesen sich als unrealistisch. Die neue Pächterin war nicht in der Lage, Pachtzahlungen zu leisten. Zivilrechtlich erstrebte die Klägerin die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Ein von ihr erwirkter Titel konnte aber nicht vollstreckt werden.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt -FA-) erkannte den Vorsteuerabzug nicht an, da eine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a des Umsatzsteuergesetzes 1999 (UStG) vorliege, und setzte die Umsatzsteuer auf 0 DM fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) Brandenburg stützte die Klageabweisung darauf, dass es sich um eine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a UStG handele. Entscheidend sei, ob die übertragenen Vermögensgegenstände ein hinreichendes Ganzes bilden, um die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu ermöglichen. Dies bedürfe einer Gesamtbewertung, bei der insbesondere die Art der übertragenen Vermögensgegenstände und der Grad der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit zwischen den vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen seien. Die Klägerin habe die Verpachtungstätigkeit des Veräußerers ohne nennenswerte zeitliche Unterbrechung fortgesetzt. Sie habe einen Tag vor der Besitzeinweisung einen Pachtvertrag mit einer neuen Pächterin abgeschlossen. Beim Betrieb der Diskothek sei keine längere Pause eingetreten. Das veräußerte und durch die Klägerin betriebene Ge-

werbe erscheine identisch. Im Hinblick auf die nahtlose Fortsetzung der Verpachtungstätigkeit sei unerheblich, dass die Klägerin keinen Pachtvertrag des Veräußerers übernommen, sondern selbst einen Pachtvertrag abgeschlossen habe. Für die Übernahme eines Unternehmens spreche auch, dass der Umsatz des übernommenen Unternehmens katastrophal eingebrochen sei und deshalb Pachtzahlungen unterblieben seien. Gerade dies zeige, dass ein laufender Diskothek-Betrieb übernommen worden sei und nicht nur eine leer stehende Immobilie.

Mit ihrer hiergegen eingelegten Revision rügt die Klägerin, dass keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a UStG vorliege. Sie, die Klägerin, habe keine Verpachtungstätigkeit des Veräußerers fortgesetzt, sondern das Objekt nach Beendigung des vom Veräußerer abgeschlossenen Pachtvertrages übernommen. Die bloße Übertragung eines Grundstücks könne nicht zu einer Geschäftsveräußerung führen.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des FG aufzuheben und das FA zur erklärungsgemäßen Veranlagung zu verurteilen. Das FA beantragt Zurückweisung der Revision. Für die Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a UStG komme es nicht auf die Übernahme eines Pachtvertrages an, da die Klägerin bereits vor der Besitzeinweisung einen eigenen Pachtvertrag mit einer neuen Pächterin abgeschlossen habe. Der Klägerin sei die Fortführung der bisherigen Verpachtungstätigkeit ohne weitere nennenswerte Aufwendungen möglich gewesen.

**Aus den Gründen:** II. Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zur Aufhebung der Vorentscheidung sowie zur Zurückweisung der Sache an das FG. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz liegt im Streitfall keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a UStG vor. Es sind zur Entscheidung des Streitfalls weitere Feststellungen zu treffen.

1. Nach § 1 Abs. 1a UStG unterliegen Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer. Die Vorschrift setzt voraus, dass ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird.

a) § 1 Abs. 1a UStG dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 8 und Art. 6 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/388/EWG (Richtlinie 77/388/EWG) in nationales Recht und ist richtlinienkonform auszulegen (vgl. z. B. Urteil des Bundesfinanzhofs —BFH— vom 18. Januar 2005 V R 53/02, BFHE 208, 491, BFH/NV 2005, 810).

Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG bezweckt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH), die Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen zu erleichtern und zu vereinfachen (EuGH-Urteil vom 27. November 2003 C-497/01, Zita Modes, Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Randnr. 32). Im Hinblick auf diesen Zweck erfasst Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG die Übertragung der Geschäftsbetriebe und der selbständigen Unternehmensteile, die jeweils materielle und immaterielle Bestandteile umfassen, die zusammengenommen ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil bilden, mit dem eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann (EuGH-Urteil Zita Modes in Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Randnr. 39 f.). Der Erwerber muss darüber hinaus die Absicht haben, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben. Nicht begünstigt ist die sofortige Abwicklung der übernommenen Geschäftstätigkeit (EuGH-Urteil Zita Modes in Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Randnr. 44).

b) Im Hinblick auf die nach der EuGH-Rechtsprechung erforderliche Absicht des Erwerbers, den übertragenen Ge-

schäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben, kommt es maßgeblich darauf an, ob das übertragene Vermögen die Fortsetzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten Tätigkeit ermöglicht. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Art des übertragenen Vermögens/Teilvermögens und der Grad der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit zwischen den vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen (BFH-Urteil vom 28. November 2002 V R 3/01, BFHE 200, 160, BStBl II 2004, 665).

2. Nach diesen Grundsätzen ist die Veräußerung eines Gebäudes ohne Übergang eines Mietvertrages keine Geschäftsveräußerung. Die Übertragung eines unvermieteten Grundstücks führt nicht zur Übertragung eines Unternehmensteils, mit dem eine selbständige Tätigkeit fortgeführt werden kann, sondern zur Übertragung eines einzelnen Vermögensgegenstandes. Fehlt es an weiteren Faktoren wie z. B. einer bestehenden Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks, kann kein „Geschäftsbetrieb“ angenommen werden. Es bleibt vielmehr bei einer grundsätzlich nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG steuerfreien Grundstücksübertragung.

3. Die Vorinstanz ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Das Urteil war daher aufzuheben und an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Es liegt keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a UStG an die Klägerin vor, da dieser lediglich ein unverpachtetes Grundstück übertragen wurde.

Der von der Klägerin beanspruchte Vorsteuerabzug aus dieser (als steuerpflichtig behandelten) Grundstückslieferung an sie setzt aber weiter voraus, dass die Klägerin keine (steuerfreien) Verwendungsumsätze nach § 15 Abs. 2 UStG ausführte. Das FG hat auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Es ist insbesondere aufzuklären, ob die Klägerin das Grundstück entgeltlich (als Unternehmerin) verpachtete und ggf. nach § 4 Nr. 12 UStG auf die Steuerfreiheit verzichtete und ob eine Rechnung mit gesondertem Steuerausweis vorliegt.

**§§ 1, 10 UStG; § 642 BGB; §§ 2, 6 VOB/B  
Bauvertrag; Umsatzsteuer; Entschädigung und  
Schadensersatz im Werkvertrag; steuerbare Leistungen**

**a) Der gemäß § 642 BGB zu zahlenden Entschädigung liegt eine steuerbare Leistung des Unternehmers zugrunde. Diese Entschädigung ist Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG und damit Bemessungsgrundlage für den Umsatz.**

**b) Die gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B zu zahlende geänderte Vergütung ist Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG für die geänderte Leistung des Auftragnehmers und damit Bemessungsgrundlage für den Umsatz.**

**c) § 6 Nr. 6 VOB/B gewährt dem Auftragnehmer einen Schadensersatzanspruch, dem keine steuerbare Leistung zugrunde liegt, so dass hierfür eine Umsatzsteuerpflicht ausscheidet.**

(BGH, Urteil vom 24.1.2008 – VII ZR 280/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht Ansprüche wegen Bauzeitverlängerung geltend.

2 Die Beklagte beauftragte unter Vereinbarung der VOB/B die Klägerin im Mai 1998 mit Heizungs-, Lüftungs-, Sanitär- und MSR-Leistungen, die nach der ursprünglichen Planung Ende Mai 1999 fertiggestellt sein sollten. In der Folgezeit vereinbarten die Parteien zahlreiche Nachträge.

3 Mit Schreiben vom 18. November 1998 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sich die Fertigstellung des Bauvorhabens um zwei bis drei Monate verschiebe. Ihr, der Beklagten, sei bewusst, dass die Auftragnehmer Mehrkosten anmelden könnten. In der Folgezeit erstellte die Beklagte mehrere aktua-

lisierte Terminpläne; zuletzt war ein Fertigstellungstermin im März 2001 vorgesehen. Die Klägerin stellte ihre Leistungen im Mai 2001 fertig; die Beklagte nahm diese ab.

4 Die Klägerin hat mit der Klage unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen rund 1 Mio. € verlangt. Das Landgericht Berlin hat die Klage bis auf einen Betrag in Höhe von 53,15 € (= 103,96 DM) abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klägerin weitere 109 960,62 € (= 215 064,28 DM) für eine Bauzeitverzögerung von drei Monaten zugesprochen. Dieser Betrag enthält Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 15 167 €. Mit der vom Senat in Höhe dieses Betrags zugelassenen Revision möchte die Beklagte die Abweisung der Klage insoweit erreichen.

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

6 I. Das Berufungsgericht hat es offengelassen, ob der Anspruch der Klägerin aus § 2 Nr. 5 VOB/B, aus § 6 Nr. 6 VOB/B oder aus § 642 BGB folgt. Das Berufungsgericht hat wegen des Schreibens der Beklagten vom 18. November 1998 und des weiteren Verhaltens der Beklagten angenommen, die Beklagte trage die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Klägerin wegen einer Verzögerung von drei Monaten der insoweit geltend gemachte Anspruch nicht oder nicht in voller Höhe zustehe. Der Ersatzanspruch sei, selbst wenn dieser aus § 6 Nr. 6 VOB/B herzuleiten wäre, zumindest ein vergütungsähnlicher Anspruch, so dass insoweit Umsatzsteuer anfalle.

7 II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

8 1. Auch ohne eine besondere Vereinbarung ist davon auszugehen, dass die Beklagte nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag zur Zahlung von Umsatzsteuer nur insoweit verpflichtet ist, wie die Klägerin steuerbaren Umsatz hatte; soweit die Klägerin dagegen allein gemäß § 14 Abs. 2 oder 3 UStG a. F. (§ 14 c UStG n. F.) verpflichtet sein sollte, Umsatzsteuer abzuführen, weil sie in ihrer Rechnung Umsatzsteuer ausgewiesen hat, kann dies eine entsprechende Zahlungspflicht der Beklagten nicht begründen (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2007 – VII ZR 83/05, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Das Berufungsgericht hätte daher der Klägerin nicht Umsatzsteuer zusprechen dürfen ohne zu entscheiden, ob der Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B, § 642 BGB oder § 6 Nr. 6 VOB/B begründet ist, denn die Umsatzsteuerpflicht ist hinsichtlich dieser Ansprüche nicht einheitlich zu beurteilen. Ergibt sich der Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B, ist er auf die für die Leistung des Auftragnehmers zu entrichtende Vergütung gerichtet, die aufgrund der Änderung des Bauentwurfs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers zu erhöhen ist. Damit erhöht sich auch die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer entsprechend (§ 10 Abs. 1 Satz 2 UStG). Ebenso gewährt § 642 BGB einen Anspruch, bei dem Umsatzsteuer anfällt (dazu 2.). Dagegen besteht keine Umsatzsteuerpflicht, soweit der Auftraggeber gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet ist (dazu 3.).

9 2. Einer gemäß § 642 BGB zu zahlenden „Entschädigung“ liegt eine steuerbare Leistung zugrunde.

10 a) Steuerbarer Umsatz liegt vor, wenn zwischen der erbrachten Leistung und dem erhaltenen Gegenwert ein unmittelbarer Zusammenhang besteht, wobei die gezahlten Beträge die tatsächliche Gegenleistung für eine bestimmbare Leistung darstellen, die im Rahmen eines Rechtsverhältnisses, in dem gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, erbracht wurde (EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007 – C-277/05, BFH/NV 2007, Beilage 4, S. 424 = IStR 2007, 667, Tz. 19; BGH, Urteil vom 22. November 2007 – VII ZR 83/05, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Unerheblich ist es, ob die Gegenleistung nach der zivilrechtlichen Dogmatik als Schadensersatz oder als Vergütung bezeichnet wird (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2001 – X ZR 71/99, BauR 2001, 1903, 1904 = NJW 2001, 3535 = ZfBR 2001, 534). Nicht erforderlich ist es auch, dass dem Lei-

stungsaustausch ein rechtlich verbindliches Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt (BGH, Urteil vom 22. Oktober 1997 – XII ZR 142/95, DB 1998, 875 = NJW-RR 1998, 803 = MDR 1998, 94 m.w.N.). Entscheidend ist allein, ob die Zahlung der Summe mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in einer Wechselbeziehung steht. Das Verhalten des Leistenden muss darauf abzielen oder zumindest geeignet sein, ein Entgelt für die erbrachte Leistung auszulösen (BGH, Urteile vom 17. Juli 2001 – X ZR 71/99, BauR 2001, 1903, 1904 = NJW 2001, 3535 = ZfBR 2001, 534 und vom 22. Oktober 1997 – XII ZR 142/95, DB 1998, 875 = NJW-RR 1998, 803 = MDR 1998, 94 m.w.N.).

11 b) Die Entschädigung gemäß § 642 BGB, deren Rechtsnatur umstritten ist (vgl. Boldt, BauR 2006, 185, 193; Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804 ff.; Schilder, Der Anspruch aus § 642 BGB – Grundlagen und Berechnung der zusätzlichen Vergütung, 2006, S. 109 ff., jeweils m.w.N.), ist nach diesem steuerrechtlichen Verständnis ein Entgelt für Leistungen des Unternehmers, mit denen sie in einer Wechselbeziehung steht. Der Unternehmer wird dafür vergütet, dass er für den Besteller Kapital und Arbeitskraft bereithält (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 1988 – VII ZR 179/87, BauR 1988, 739, 740). Dem entspricht, dass sich die Höhe der „Entschädigung“ nach der Höhe der vereinbarten Vergütung bestimmt, § 642 Abs. 2 BGB. Die Vorschriften zur Berechnung von Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB, sind dagegen nicht auf den Anspruch aus § 642 BGB anwendbar (BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 – VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32, 40).

12 Der Annahme, dass mit dem Anspruch aus § 642 BGB eine steuerbare Leistung entgolten wird, steht das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 18. Juli 2007 (C-277/05, BFH/NV 2007, Beilage 4, S. 424 = IStR 2007, 667) nicht entgegen. Dort hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Angeld, das ein Gast bei einer Hotelbuchung zu zahlen hat, nicht Gegenleistung für eine steuerbare Leistung ist. Im Unterschied zu diesem Angeld, das im Falle der Vertragsdurchführung mit dem Übernachtungspreis verrechnet wird, besteht der Anspruch gemäß § 642 BGB neben dem Anspruch auf die vereinbarte Vergütung (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 – VII ZR 185/98, a. a. O.). Zudem muss der Unternehmer in den Fällen des § 642 BGB über das bei der Vereinbarung der Vergütung angenommene Maß hinaus seine Leistung bereithalten; der Hotelbetreiber in dem vom Gerichtshof entschiedenen Fall erbringt dagegen mit der Freihaltung des reservierten Zimmers nur die Leistung, zu der er aufgrund des Beherbergungsvertrages ohnehin verpflichtet ist (vgl. EuGH, a. a. O., Tz. 23 ff.).

13 3. § 6 Nr. 6 VOB/B gewährt dagegen einen Schadensersatzanspruch, dem keine steuerbare Leistung zugrunde liegt.

14 a) Die umsatzsteuerrechtliche Behandlung des Anspruchs aus § 6 Nr. 6 VOB/B in der Literatur ist nicht einheitlich (für die Annahme eines „echten“ Schadensersatzes vgl. etwa OFD Berlin, VfG. vom 21. August 2000, St 137-S 7100-4/00; Husmann in: Rau/Dürrwächter, UStG, Stand 2003, § 1 Rdn. 443; Schuhmann in: Rau/Dürrwächter, UStG, Stand 2003, § 10 Rdn. 65, S. 68/2; Probst in: Hartmann/Metzenmacher, UStG, Stand 8/05, E § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rdn. 298; Binner, BrBp 2005, 185, 189; Hochstadt/Matten, BauR 2003, 626, 632; für eine umsatzsteuerpflichtige Leistung hingegen z. B. Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, 5. Aufl., Rdn. 1497).

15 b) Schadensersatzzahlungen gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B sind keine Gegenleistung für eine Leistung des Auftragnehmers an den Auftraggeber. Die Leistung des Auftragnehmers ist das Werk. Das Werk wird durch Behinderungen, die Ansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B auslösen können, nicht verändert (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1988, 487, 490; Vygen in: Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 5. Aufl., Rdn. 307). Anders als im Fall des § 2 Nr. 5 VOB/B bleiben die Pflichten des Auftragnehmers und daher auch die Vergütung als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer unverändert.

16 Der Auftragnehmer erbringt aufgrund der Behinderungen im Unterschied zu § 642 BGB keine zusätzlichen steuerbaren Leistungen. Mit dem Schadensersatzanspruch wird der Ausgleich des Vermögensschadens verlangt, der sich aus Behinderungen ergibt, die sich als vertragliche Pflichtverletzungen erweisen. Dies gilt auch dann, wenn als Schaden Ersatz für die Kosten verlangt wird, die dem Auftragnehmer dadurch entstanden sind, dass er für die Herstellung des Werks zusätzlichen Aufwand hatte, etwa durch den zusätzlichen Einsatz eines Projekt- oder Bauleiters, wie dies die Klägerin hier unter anderem geltend macht; auch dieser Aufwand ist keine Leistung an den Auftraggeber. Dem entspricht es, dass der nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu ersetzende Schaden auf der Grundlage der §§ 249 ff. BGB errechnet wird. Soweit aus der Entscheidung des Senats vom 21. März 1968 (VII ZR 84/67, BGHZ 50, 25, 29 f.) eine andere Auffassung abzuleiten sein könnte, hält der Senat hieran nicht fest.

17 4. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird die Feststellungen treffen müssen, die erforderlich sind, um beurteilen zu können, aus welchem Rechtsgrund die Klage begründet ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 8 KAG NRW; §§ 2, 21, 25 VOB/A  
Straßenbaubeitrag; entgegen Vergaberecht vergebene  
Bauarbeiten; Kommunalabgabe**

**Eine Vergaberechtswidrigkeit schließt nicht als solche die Beitragsfähigkeit von Aufwand eines Straßenausbaus aus, sondern nur insoweit, als sie zu einem erhöhten Aufwand geführt hat.**

(OVG Münster, Urteil vom 19. 2. 2008 – 15 A 2568/05)

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger wandte sich gegen einen Beitragsbescheid, mit dem die Kosten einer nachmaligen Herstellung einer Straße geltend gemacht wurden, die früher eine Bundesstraße und dann zur Gemeindestraße abgestuft worden war. Außerdem bemängelte der Kläger, dass die Bauarbeiten unter Verstoß gegen Vergaberecht vergeben worden seien. Die Klage hatte in beiden Instanzen keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:** Der Beklagte hat den beitragsfähigen Aufwand richtig angesetzt. Keinerlei beitragsrechtliche Bedeutung hat die Auffassung des Klägers, die im Jahre 1969 zur Gemeindestraße abgestufte Bundesstraße sei bereits verschlissen gewesen und aus diesem Grunde sei der Ausbaaufwand ganz oder anteilig dem Bund zuzurechnen. Für eine solche Aufwandsverminderung gibt es keinen Anlass. Beitragsfähig ist der Aufwand, der durch die Ausbaumaßnahme in Erfüllung des Bauprogramms im Rahmen des Grundsatzes der Erforderlichkeit verursacht wurde (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 22. 11. 2005 – 15 A 873/04 –, NWVBl. 2006, 231). Das ist hier der gesamte geltend gemachte Aufwand. Eine Gemeinde ist nicht verpflichtet, im Rahmen einer Abstufung nur solche Straßen in die eigene Baulast zu übernehmen, die nicht verschlissen sind. Erst Recht haben die Anlieger keinen Anspruch darauf, dass der Straßenbaulastträger einer Bundesfernstraße vor einer Abstufung die Straße nachmalig herstellt.

Der Aufwand ist auch nicht mit Rücksicht auf die in den beitragsfähigen Aufwand eingeflossenen Kosten für die Baustelleneinrichtung zu kürzen. Dabei ist unerheblich, ob die Ausbauarbeiten unter Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts vergeben wurden. Wie oben ausgeführt, ist für die Beitragsfähigkeit von Aufwand allein maßgeblich, ob er durch die Ausbaumaßnahme in Erfüllung des Bauprogramms im Rahmen des Grundsatzes der Erforderlichkeit verursacht wurde. Die Vergaberechtswidrigkeit alleine stellt die Erforderlichkeit von Aufwand nicht in Frage, vielmehr ist das nur dann der Fall, wenn die Vergaberechtswidrigkeit zu einem erhöhten Aufwand ge-

führt hat, etwa wenn statt des wirtschaftlichsten Angebots ein Angebot zu unangemessenem Preis zum Zuge kommt (§§ 2 Nr. 1 Satz 1, 25 Nr. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 und 3 der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A – VOB/A –). (Vgl. dazu, dass auch im Gebührenrecht ein Vergaberechtsverstoß alleine nicht dazu führt, dass der betreffende Aufwand nicht in die Gebührenkalkulation eingestellt werden dürfte, OVG Münster, Urteil vom 1. 9. 1999 – 9 A 3342/98 –, NRWE Rn. 165).

Ein solcher aufwandrelevanter Vergaberechtsverstoß steht hier nicht in Rede. Der in der Tat auffällig hohe Betrag für die Position Baustelleneinrichtung, der fast 20% des Gesamtangebotspreises umfasst, ist ein Hinweis auf eine unzulässige Mischkalkulation, die gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b, 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A zum Ausschluss des Angebots führt (vgl. zu einer solchen Konstellation OVG Koblenz, Beschluss vom 2. 1. 2006 – 1 Verg 6/05 –, juris).

Eine – hier unterstellte – Mischkalkulation mag zu einer unzulässig intransparenten und gleichheitswidrigen Vergabe geführt haben. Es ist aber nicht erkennbar, dass dadurch höherer Aufwand entstanden ist. Die übrigen Angebote setzen zum Teil zwar deutlich niedrigere Preise für die Position Baustelleneinrichtung an. Jedoch ist der Gesamtpreis des zum Zuge gekommenen Anbieters noch immer so niedrig, dass selbst dann, wenn diesem Gesamtpreis einschließlich der Kostenposition Baustelleneinrichtung der jeweilige Preis für die Baustelleneinrichtung der Konkurrenzangebote hinzugefügt würde, das so erhöhte Angebot immer noch günstiger als das jeweilige Konkurrenzangebot wäre. Damit kann nicht festgestellt werden, dass der geltend gemachte Aufwand zum Teil nicht erforderlich und damit nicht beitragsfähig wäre.

Mitgeteilt von der Veröffentlichungskommission des OVG Münster

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

**§ 988 BGB; §§ 1, 11, 23 TreuHG; §§ 4, 9, 15 UStG – Privatisierung volkseigenen Vermögens; Treuhandgesetz; Herausgabe der Mieten und Umsatzsteuer an den Zuordnungsberechtigten**

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 11. Juli 2006 wird zurückgewiesen.

Die Rechtssache wirft keine entscheidungserheblichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf. Eine Entscheidung ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO). Der Zuordnungsbescheid bindet zwar die Zivilgerichte mangels Beteiligung des Beklagten nicht, ist aber in der Sache richtig, weil § 1 Abs. 5 THG einen Rechtsübergang nach §§ 11 Abs. 2, 23 THG nicht hindert (Senat, Urt. v. 23. Februar 2001, V ZR 463/99, VIZ 2001, 384, 385). Ein Zuordnungsberechtigter kann nach § 988 BGB Herausgabe der Mieten für ein Grundstück verlangen, das ihm später selbst zugeordnet wird (Senat, Urt. v. 22. Juni 2007, V ZR 136/06, NJW 2008, 221, 222). Die Herausgabe der Mieten umfasst auch Herausgabe der Umsatzsteuer, weil die nach §§ 4 Nr. 12, 9 Abs. 1 UStG mögliche Option für die Umsatzsteuer nicht dazu dient, einen durchlaufenden Posten zu verwalten, sondern einen Vorsteuerabzug nach § 15 UStG zu ermöglichen (Senat, Urt. v. 10. Oktober 2003, V ZR 39/02, VIZ 2004, 69, 71 [= GuT 2004, 18 KL]; Urt. v. 30. September 2005, V ZR 185/04, ZOV 2005, 359, 360 [= GuT 2006, 264 KL], beide zu § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG).

(BGH, Beschluss vom 14. 2. 2008 – V ZR 285/06)

### **§ 276 BGB a. F. – Steuerinländer durch (Zweit-)Wohnsitznahme am Ort des künstlerischen Engagements; Schaden durch erhöhte Steuerbelastung**

Zu Schadensersatzansprüchen eines ausländischen Künstlers (Dirigenten) gegen eine Gemeinde,

- weil diese ihm zur Anmietung einer Wohnung im Gemeindegebiet geraten habe, ohne zu berücksichtigen, dass diese Begründung eines Zweitwohnsitzes zu einer erhöhten Steuerbelastung führte,
  - sowie wegen Verletzung der Pflicht zu korrektem Steuerabzug.
- (BGH, Urteil vom 13. 3. 2008 – III ZR 165/07)

### **§§ 199, 812 BGB – Verjährung; Bereicherungsanspruch gegen den Steuerberater; Beratungsverbot wegen Rechtsberatungsgesetzes**

Die für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderliche Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners setzt grundsätzlich keine zutreffende rechtliche Würdigung voraus. Das gilt auch für Bereicherungsansprüche nach den §§ 812 ff. BGB (hier: Rückforderung der vertraglichen Vergütung wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz).

(BGH, Beschluss vom 19. 3. 2008 – III ZR 220/07)

### **§ 64 GmbHG – Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Insolvenzreife**

1 Der Antrag des Beklagten, ihm für das beabsichtigte Revisionsverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen, war abzulehnen, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, weil der Senat im Falle einer Revisionseinlegung nach § 552 a ZPO verfahren müsste (s. hierzu auch BGH, Beschl. v. 27. September 2007 – V ZR 113/07, iuris Tz. 1). Die Erfolgsaussicht des Rechtsmittels muss auch bei einer zugelassenen Revision gegeben sein (BGH, Beschl. v. 24. Juni 2003 – VI ZR 130/03, iuris Tz. 2).

2 1. Ein Grund, die Revision gegen das angefochtene Urteil wegen einer höchstrichterlich zu klärenden Rechtsfrage zuzulassen, besteht nicht mehr. Nach Erlass des Berufungsurteils hat der erkennende Senat im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung des 5. Strafsenats (s. zuletzt Beschl. v. 9. August 2005 – 5 StR 67/05, ZIP 2005, 1678 ff.), der das Berufungsgericht gefolgt ist, ausgesprochen, dass er die früher erwogene „Vorrangrechtsprechung“ fallen lässt, um den Geschäftsführer nicht strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen, wenn er die Sozialversicherungsbeiträge nicht abführt und damit seiner Massesicherungspflicht nachkommen will (Sen.Urt. v. 14. Mai 2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1455 ff. [= GuT 2007, 256 KL]).

3 2. Die Rechtsverfolgung des Beklagten bietet auch im Übrigen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.

(BGH, Beschluss vom 26. 11. 2007 – II ZA 17/06)

### **§ 370 AO; Ar0RK – Steuerhinterziehung; Tateinheit; Umsatzsteuer; rechtsstaatswidrige Verzögerung des Verfahrens; „Vollstreckungsmodell“; besonders gelagerter Einzelfall**

Ergänzend zur Antragsschrift des Generalbundesanwalts bemerkt der Senat:

1. In den Fällen 13 a und 13 b, 20 a und 20 b, 22 a und 22 b, 23 a und 23 b, 26 a und 26 b, 29 a und 29 b sowie 30 a und 30 b der Urteilsgründe ist das Landgericht jeweils zu Unrecht von Tateinheit ausgegangen. Die Abgabe jeder einzelnen unrichtigen Steuererklärung ist grundsätzlich als selbständige Tat im Sinne von § 53 StGB zu werten. Fällt die Abgabe mehrerer Steuerklärungen im äußeren Vorgang zusammen, kann ausnahmsweise dann Tateinheit vorliegen, wenn in den Erklärungen über-

einstimmende unrichtige Angaben über die Besteuerungsgrundlagen enthalten sind (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2007 – 5 StR 292/07 Rdn. 20; BGH wistra 2005, 56 f. m.w.N.). Dies ist hier nicht der Fall. Die unrichtige Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses der Steuerstraftaten beschwert den Angeklagten jedoch nicht.

2. Auch der Strafausspruch hat Bestand.

a) Das Landgericht hat im Rahmen der Strafzumessung dem Umstand hinreichend Rechnung getragen, dass sich die Abgabe unrichtiger – zu nicht gerechtfertigten Steuererstattungen führender – Umsatzsteuervoranmeldungen für den Zeitraum April bis Dezember 2001 und die Nichtabgabe einer Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2001 dieselbe Steuerart und dasselbe Steueraufkommen betreffen und sich der Unrechtsgehalt damit im Hinblick auf die jeweils verschwiegene Umsatzsteuer überschneidet, wenn auch nicht vollständig deckungsgleich ist (vgl. dazu BGHSt 49, 359, 362 ff.; BGH wistra 2005, 145, 146 f.).

b) Der Umstand, dass das Landgericht eine rechtsstaatswidrige Verzögerung des Verfahrens durch Strafabschläge bei den Einzelstrafen kompensiert hat, gefährdet den Strafausspruch ebenfalls nicht. Zwar entspricht diese Verfahrensweise nicht der – nach dem Erlass der angefochtenen Entscheidung – geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kompensation des Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK („Vollstreckungsmodell“, vgl. BGH, Großer Senat, Beschluss vom 17. Januar 2008 – GSSSt 1/07, NJW 2008, 860, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). Indes liegt ein besonders gelagerter Einzelfall (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. Januar 2008 – 3 StR 388/07 – und vom 13. Februar 2008 – 3 StR 563/07), in dem der – bereits mehrfach, auch wegen einschlägiger Taten, vorbestrafte – Angeklagte durch die vorgenommene, vor der Rechtsprechungsänderung methodisch anerkannte und verfassungsrechtlich unbedenkliche Kompensation beschwert wäre, nicht vor. Dies gilt zumal im Hinblick auf den gewährten Umfang der Kompensation, der mit dem Ergebnis einer Reduzierung der Gesamtfreiheitsstrafe um sechs Monate nach einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung von einem Jahr und zwei Monaten die vom Großen Senat für Strafsachen für das „Vollstreckungsmodell“ aufgestellten Maßstäbe (vgl. BGH, Großer Senat a. a. O. S. 866 Rdn. 56) übersteigt. Der Senat lehnt zudem die Annahme einer Beschwerde allein im Blick auf die ungesicherte Möglichkeit künftiger Anwendung des § 57 StGB grundsätzlich ab. Andererseits hätte er im Blick auf das Verschlechterungsverbot erhebliche Bedenken, eine verhängte Strafe – auch wenn sie infolge gleichzeitiger Anrechnung zu keiner längeren Vollstreckung führt – zu erhöhen, da sich hieraus für den Rechtsmittelführer zumal nicht stets vollständig absehbare andere Nachteile ergeben können.

(BGH, Beschluss vom 2. 4. 2008 – 5 StR 62/08)

# 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



## Politik und Recht

**SPD-Bundestagsfraktion****Pressemitteilung vom 23. 5. 2008****Bundesrat ratifiziert Vertrag von Lissabon – jetzt ist der Bundespraesident am Zug**

Zur heutigen Zustimmung des Bundesrates zum Vertrag von Lissabon erklären der europapolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Axel Schaefer sowie sein Stellvertreter Michael Roth:

Die SPD begruesst die ueberwaeltigende Mehrheit, mit der der Bundesrat den Vertrag von Lissabon angenommen hat. Aergerlich ist die massive Einflussnahme der Parteifuehrung der Linken auf die Entscheidungen des Landes Berlin. Es ist unverantwortlich, wie die Linke den Lissaboner Vertrag als neoliberalen, kriegstreibenden und unsozialen Machwerk verunglimpft. Um Inhalte geht es dabei schon lange nicht mehr, sondern nur darum Aengste und Vorurteile zu bedienen. Die CDU sollte sich aber wegen der Enthaltung Berlins nicht auf ein zu hohes Ross setzen, wie es der Vertreter Hessens getan hat. Im Bundestag haben sechs Abgeordnete der CDU/CSU-Fraktion gegen den Vertrag gestimmt. Die geschlossene Zustimmung der SPD-Bundestagsfraktion zeigt, wer die wahre Europapartei ist. An einem 23. Mai muss man daran erinnern, dass sich 1863 an diesem Tag die SPD gegrundet und nur drei Jahre spaeter das „vereinigte Europa“ zu einem Kern ihres Programms gemacht hat.

Bezeichnend ist, dass mit Herrn Gauweiler und Herrn Dehm Kraefte der strammen Rechten und vermeintlichen Linken Verfassungsbeschwerden gegen den Vertrag von Lissabon angekuendigt haben. Die politischen Raender sind im Irrtum vereint. Sollten diese – aussichtslosen – Klagen tatsaechlich erhoben werden, so waere es richtig, wenn Bundespraesident Koehler die Ratifikationsurkunde zurueckhielte. Damit gaebe er dem Bundesverfassungsgericht Gelegenheit, das Verfahren in Ruhe und sorgfaeltig, aber zuegig zu bearbeiten. Der Bundespraesident kann und sollte aber das Ratifikationsgesetz unterzeichnen und ausfertigen. Er wuerde damit signalisieren, dass er selbst keinerlei Bedenken hat, dass der Vertrag von Lissabon mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

**BMJ-Newsletter vom 21. 5. 2008****Mehr Rechtsklarheit im Internationalen Privatrecht**

Das Bundeskabinett hat heute das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 – sog. Rom II-Verordnung – beschlossen. Mit diesem Gesetz wird das deutsche Internationale Privatrecht an diese EG-Verordnung angepasst. Das Verhaeltnis der deutschen und der europäischen Vorschriften im Bereich des Internationalen Privatrechts wird damit noch klarer. Dies schafft mehr Rechtssicherheit.

„Die Rom II-Verordnung ist der erste Schritt zur Angleichung des Internationalen Privatrechts in der Europäischen Union. Sind beispielsweise bei einem Verkehrsunfall wegen unterschiedlicher Nationalitaet der Unfallbeteiligten mehrere Rechtsordnungen betroffen, wird nun in den Mitgliedstaaten einheitlich geregelt, welches Recht auf moegliche Schadensersatzforderungen anzuwenden ist. Es zaehlt zu den groeuen Erfolgen der deutschen EU-Ratspraesidentschaft im vergangenen Jahr, dass wir trotz einer schwierigen Verhandlungssituation im Vermittlungsverfahren eine tragfaehige Einigung zwischen den Mitgliedstaaten und dem Europäischen Parlament erzielen konnten“, erklärte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries, die seinerzeit die Verhandlungen unter deutschem Vorsitz leitete.

„Wir muessen nun sicherstellen, dass dieses sehr gute Verhandlungsergebnis in der Praxis auch entsprechend angewendet wird. Für die Buerginnen und Buerg ist es neu, dass sich

das anwendbare Recht zunehmend vorrangig nach Vorschriften des Europarechts richtet. Deshalb wollen wir die Praxis auf diese Neuerung hinweisen und klar machen, dass die EG-Verordnung in ihrem Anwendungsbereich den bisherigen nationalen Vorschriften vorgeht. Dem dient der heute verabschiedete Gesetzentwurf“, erlaeuerte Zypries.

Das Internationale Privatrecht bestimmt bei Faellen, die eine Verbindung zu mehreren Rechtsordnungen haben, welche dieser Rechtsordnungen im Einzelfall anzuwenden ist.

*Beispiel:* Werden deutsche Touristen in Ungarn in einen Unfall verwickelt, den der Fahrer eines in Griechenland zugelassenen Lastwagens verursacht hat, bestimmt das Internationale Privatrecht, ob der Schadensersatzanspruch nach ungarischem, deutschem oder griechischem Recht zu beurteilen ist.

Die Rom II-Verordnung tritt als erster Rechtsakt der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts am 11. Januar 2009 in Kraft. Sie regelt, welches Recht auf auervertragliche Schuldverhaeltnisse, also beispielsweise auf Ansprueche aus einem Autounfall, Anwendung findet.

*Beispiel:* Nach der Rom II-Verordnung kommt im o. g. Beispiel ungarisches Recht zur Anwendung, da nach dieser Verordnung gruendsaetzlich die Rechtsordnung des Staates herangezogen wird, in dem der Schaden eingetreten ist.

Weitere Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft werden u. a. im Internationalen Privatrecht fuer Scheidungs- und Unterhaltssachen erwartet. Die Verordnung zum auf vertragliche Schuldverhaeltnisse anzuwendenden Recht (Rom I-Verordnung) steht kurz vor dem Abschluss.

Beginnend mit der Rom II-Verordnung vollzieht sich eine zunehmende Veraenderung im Internationalen Privatrecht, die greifbare Auswirkungen auf die Praxis hat: Bislang fand der Rechtsanwender die einschlaegigen Vorschriften vornehmlich in deutschen Gesetzen. Kuenftig wird er, soweit Rom II oder andere Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft anwendbar sind, diese vorrangig anzuwenden haben. Um Fehler bei der Rechtsanwendung zu vermeiden und diese grundlegende Aenderung fuer jedermann veraendlich zu machen, sieht der vom Bundeskabinett heute verabschiedete Gesetzentwurf – abgesehen von weiteren Details – eine zentrale Vorschrift vor, die dem Anwender die Pruefungsreihenfolge klar vorgibt. Diese Vorschriften soll an die Spitze der internationalprivatrechtlichen Vorschriften des Einfuehrungsgesetzes zum Buerglichen Gesetzbuche gestellt werden, mit denen der Rechtsanwender in der Regel auch bisher seine Rechtspruefung eingeleitet hat.

**Hinw. d. Red.:** Zur Rom I-Verordnung vgl. BMJ-Newsletter v. 7.12.2007 in GuT 2007, 463 f.

**Richtlinie ueber bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen****Bei grenzueberschreitenden Streitigkeiten kuenftig Mediationsergebnisse vollstreckbar, Zeugnisverweigerungsrecht fuer Mediator, veraehungshemmende Wirkung der Mediation**

Ziel der Richtlinie, die nunmehr in der Fassung des gemeinsamen Standpunktes des Rates vom 28.02.2008 angenommen wurde, ist es, mithilfe der Mediation grenzueberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen kostenguenstig und rasch in einem auergerichtlichen Verfahren, das auf die Beduerfnisse der Parteien zugeschnitten ist, beizulegen. Dem liegt die Annahme zu Grunde, dass Vereinbarungen, die aus einer Mediation hervorgehen, mit groeuer Wahrscheinlichkeit freiwillig befolgt werden und ein wohlwollendes, zukunftsfahiges Verhaeltnis zwischen den Parteien gewahrt wird.

Die Richtlinie erleichtert die Inanspruchnahme der Mediation, indem sie im Wesentlichen Folgendes vorsieht:

1. Die Mitgliedsstaaten sind gehalten, die Ausbildung von Mediatoren sowie die Entwicklung von freiwilligen Verhaltenskodizes und deren Einhaltung zu fördern sowie andere wirksame Verfahren zur Qualitätskontrolle für die Erbringung von Mediationsdiensten einzuführen.

2. Jeder Richter in der Europäischen Gemeinschaft kann den Parteien jederzeit im Verfahren die Teilnahme an einer Informationsveranstaltung zur Mediation nahelegen und sie, wenn er dies für angebracht hält, auffordern, ein Mediationsverfahren in Anspruch zu nehmen.

3. Die Parteien können eine gerichtliche Bestätigung oder notarielle Beurkundung ihrer im Wege der Mediation geschlossenen Vereinbarung veranlassen und damit deren Vollstreckbarkeit in den Mitgliedsstaaten nach geltendem Gemeinschaftsrecht sicherstellen.

4. Die Richtlinie wahrt die Vertraulichkeit der Mediation und sorgt dafür, dass nach einem Scheitern der Mediation in einem anschließenden Gerichtsverfahren Informationen oder Aussagen einer Partei, die aus dem Mediationsverfahren stammen, nicht gegen diese Partei verwendet werden dürfen. Diese Bestimmung ist ausschlaggebend, um das Vertrauen der Parteien zu gewinnen und sie zu ermutigen, die Mediation in Anspruch zu nehmen. In die gleiche Richtung zielt die Einräumung eines Zeugnisverweigerungsrechts des Mediators für den Fall späterer Gerichtsverfahren in Zivil- oder Handelssachen zwischen den Parteien zu dem Inhalt des Mediationsverfahrens.

5. Im Verlauf eines Mediationsverfahrens ablaufende Verjährungsfristen dürfen der Einleitung eines Gerichtsverfahrens nach erfolgloser Mediation nicht entgegenstehen, d. h. die Mediation muss im nationalen Recht verjährungshemmende Wirkung haben. Der Rechtsweg steht den Parteien somit auch nach einem gescheiterten Mediationsversuch weiterhin offen.

Die Mitgliedsstaaten haben ab dem Inkrafttreten der Richtlinie 36 Monate Zeit, um die neuen Bestimmungen in innerstaatliches Recht umzusetzen.

(Quelle: Europäische Kommission; Woche in Brüssel. Ausgabe vom 25. 4. 2008)

**Hinw. d. Red.:** Die zitierte Fassung des Gemeinsamen Standpunktes des Rates vom 28. 2. 2008 kann bis zum 30. Juni 2008 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

## **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 57/2008 vom 20. 5. 2008**

### **Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Durchsuchung bei einem Rechtsanwalt**

Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt. Wegen einiger Passagen in einem Beschwerdeschriftsatz für einen Mandanten erstattete der erkennende Amtsrichter gegen den Beschwerdeführer Strafanzeige wegen Beleidigung. In der Anzeige macht der Richter unter anderem geltend, dass ihm in der Beschwerdeschrift vorgeworfen werde, er hätte in diesem Beschluss 'wider besseres Wissen' Tatsachen falsch dargestellt, hätte zu einer Summe einen Betrag von 400.000 € 'hinzugemogelt' und Beträge in 'unzulässiger und rechtswidriger Weise' übertrieben, sei seiner Verpflichtung nicht nachgekommen, selbst die Grundlagen seiner Entscheidung zu beurteilen, hätte sich für eine behauptete Ungereimtheit scheinbar nicht interessiert, 'weil sie ja vielleicht zugunsten des Beschuldigten gewertet werden müsste' und hätte sich gegenüber einer bestimmten behaupteten Konstellation 'stur nicht erkennend' gestellt. In dem daraufhin von der Staatsanwaltschaft eingeleiteten Ermittlungsverfahren erließ das Amtsgericht einen Durchsuchungsbeschluss, um in der Wohnung und in den Kanzleiräumen „Handakten und Unterlagen“ aufzufinden, „aus denen sich ergibt, ob der Beschuldigte wider besseren Wissen gehandelt hat und was Grundlage seiner Behauptungen in der Beschwerdeschrift vom 14.10. 2005 ... ist“. Bei der Durchsuchung der Kanzlei gab der Rechtsanwalt verschiedene Unterlagen heraus. In seinem Wohnhaus wurden sämtliche Unterlagen durchgesehen, aber nichts gefunden.

Die gegen die Durchsuchungsanordnung und die sie bestätigende Entscheidung des Landgerichts gerichtete Verfassungsbeschwerde des Rechtsanwalts hatte Erfolg. Die 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, dass die angegriffenen Entscheidungen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) verletzen (Beschluss vom 5. Mai 2008 – 2 BvR 1801/06). Zur Begründung heißt es in dem Beschluss unter anderem:

Die herausgehobene Bedeutung der Berufsausübung eines Rechtsanwalts für die Rechtspflege und für die Wahrung der Rechte seiner Mandanten gebietet die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, auch wenn die Beschlagnahme und die auf sie gerichtete Durchsuchung bei einem als Strafverteidiger tätigen Rechtsanwalt durch § 97 StPO nicht generell ausgeschlossen ist, wenn dieser selbst Beschuldigter in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren ist.

Die Durchsuchung der Kanzleiräume und der Wohnung des Beschwerdeführers war nicht erforderlich, um den Tatverdacht zu erhärten. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Äußerungen ergaben sich aus einem Schriftsatz in einer den Ermittlungsbehörden zugänglichen Gerichtsakte. Die Handakte des Beschwerdeführers war zum Beweis der ihm vorgeworfenen Äußerungen nicht erforderlich, denn es war nicht zweifelhaft, dass die vorgeworfenen Äußerungen tatsächlich vom Beschwerdeführer stammten. Das Auffinden etwaigen entlastenden Materials in den Unterlagen des Beschwerdeführers kann den Grundrechtseingriff ebenfalls nicht rechtfertigen; denn es wäre dem Beschwerdeführer ohne weiteres möglich gewesen, solches Material im Rahmen seiner Verteidigung selbständig vorzulegen.

Die angegriffenen Beschlüsse lassen nicht erkennen, dass die Gerichte eine Abwägung der berührten Grundrechte mit der Schwere des Tatvorwurfes vorgenommen hätten. Angesichts der Möglichkeit, durch die Ermittlungen wegen Richterbeleidigung Zugriff auf die sonst den Ermittlungsbehörden nach § 97 Abs. 1 in Verbindung mit § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO entzogenen Verteidigerakten zu erhalten, hätte die Durchsuchung einer besonders sorgfältigen Prüfung und Begründung bedurft. Dabei wäre auch die geringe Beweisbedeutung der zu suchenden Unterlagen für das Ermittlungsverfahren zu berücksichtigen gewesen. Dem angegriffenen Durchsuchungsbeschluss liegt keine diese Gesichtspunkte berücksichtigende Abwägung zugrunde.

**Hinw. d. Red.:** Verfassungswidrige Durchsuchung einer Arztpraxis: BVerfG PM GuT 2008, 72.

## **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 54/2008 vom 9. 5. 2008**

### **Erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen Handyverbot am Steuer**

Gegen die Beschwerdeführerin, eine Rechtsanwältin, wurde ein Bußgeld verhängt, da sie am Steuer ihres Fahrzeugs ein Mobiltelefon benutzt hatte. Im Hinblick darauf, dass sie in jüngerer Vergangenheit bereits in drei Fällen gegen das Handyverbot verstoßen hatte, setzte das Amtsgericht die Geldbuße auf 240 Euro fest. Das Oberlandesgericht verwarf den hiergegen gerichteten Antrag der Beschwerdeführerin. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Verbotsnorm des § 23 Abs. 1a Straßenverkehrsordnung bestünden nicht. Angesichts der Hartnäckigkeit, mit der sich die Beschwerdeführerin immer wieder über das Verbot hinwegsetze, erscheine eine Erhöhung der Geldbuße um das 6-fache auch als schuldangemessen.

Die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin, mit der diese das Handyverbot am Steuer als verfassungswidrig rügte, nicht zur Entscheidung angenommen. (Beschluss vom 18. April 2008 – 2 BvR 525/08)

### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 24/2008 vom 4. 3. 2008** **Versteigerung anwaltlicher Dienstleistungen in einem** **Internetauktionshaus nicht berufswidrig**

Der Beschwerdeführer ist Fachanwalt für Familienrecht. Er bot Beratungen in einem Internetauktionshaus an. Dabei handelte es sich um zwei „Beratungen bis 60 Minuten in familien- und erbrechtlichen Fragen“ mit Startpreisen von 1 € beziehungsweise 75 € und um einen „Exklusivberatungsservice (fünf Zeitstunden)“ mit einem Startpreis von 500 €. Die Rechtsanwaltskammer erteilte dem Beschwerdeführer eine Rüge, da die Versteigerung anwaltlicher Dienstleistungen in der Form von Internetauktionen berufsrechtswidrig sei. Das Amtsgericht bestätigte die Rüge.

Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde war erfolgreich. Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, dass die angegriffenen Entscheidungen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht der Berufsfreiheit verletzen. (Beschluss vom 19. Februar 2008 – 1 BvR 1886/06)

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Nach der Bundesrechtsanwaltsordnung dürfen Rechtsanwälte über ihre berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichten, soweit die Werbung nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist. Die Versteigerung anwaltlicher Beratungsleistungen in einem Internetauktionshaus kann nicht als Werbung um ein Mandat im Einzelfall behandelt werden. Zwar kommt mit dem Meistbietenden ein Mandatsvertrag zustande, jedoch zielt die Werbung des Rechtsanwalts - schon mangels Kenntnis vom potentiellen Mandanten und dessen Beratungsbedarf und weil der Aufruf der Internetseite des Auktionshauses vom Willen des Rechtsuchenden abhängt - nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall.

Ein Verbot der Versteigerung anwaltlicher Beratungsleistungen in einem Internetauktionshaus kann auch nicht auf die Bewertung als eine unsachliche Werbung gestützt werden. Die Art und Weise der Informationsübermittlung ist bei Versteigerungen in einem Internetauktionshaus dadurch gekennzeichnet, dass nur derjenige, der die entsprechende Internetseite aufruft, davon Kenntnis nimmt. Die Werbung über eine solche passive Darstellungsplattform belästigt regelmäßig nicht und drängt sich keiner breiten Öffentlichkeit unvorbereitet auf. Auch die Wiedergabe der angebotenen Beratungsleistungen mit einem niedrigen Startpreis oder dem aktuellen Höchstgebot ist nicht irreführend.

Für eine Beeinträchtigung schützenswerter Gemeinwohlbelange ist nichts ersichtlich. Die Versteigerung von Beratungsleistungen über ein Internetauktionshaus deutet weder auf eine Vernachlässigung von anwaltlichen Berufspflichten hin noch gefährdet dies die ordnungsgemäße Berufsausübung. Die gebührenrechtliche Bestimmung, wonach die Vergütung anhand gesetzlich festgelegter Kriterien vom Rechtsanwalt zu bestimmen ist, wird bei einer Versteigerung nicht konterkariert. Dem Rechtsanwalt steht es frei, eine von den gesetzlichen Gebühren abweichende Honorarvereinbarung zu treffen. Nichts anderes geschieht bei einer Versteigerung.

Eine Versteigerung von Beratungsleistungen in einem Internetauktionshaus verstößt auch nicht gegen das Verbot, das dem Rechtsanwalt untersagt, für die Vermittlung von Aufträgen eine Provision zu zahlen. Die dem Auktionshaus zu zahlende Provision wird nicht für die Vermittlung eines Auftrages geschuldet; denn das Internetauktionshaus stellt lediglich das Medium für die Werbung der Anbieter zur Verfügung. Seine Leistung durch das Überlassen einer Angebotsplattform ist vergleichbar mit den Leistungen der herkömmlichen Werbemedien.

[www.gut-netzwerk.de](http://www.gut-netzwerk.de)

### **BGH-Pressemitteilung Nr. 93/2008 vom 9. 5. 2008** **Unternehmen dürfen für Abmahnung Anwälte einschalten**

Der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gestern entschieden, dass in der Regel im Zuge einer Abmahnung auch die Anwaltskosten des Abmahnenden ersetzt werden müssen (Urteil vom 8. Mai 2008 – I ZR 83/06 – Abmahnkostenersatz).

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet der Telekommunikationsdienstleistungen. Zwei Werber der Beklagten hatten versucht, eine Kundin der Klägerin, der Deutschen Telekom AG, für die Beklagte zu gewinnen, und hatten dabei irreführende Behauptungen aufgestellt. Obwohl die Deutsche Telekom AG eine eigene Rechtsabteilung unterhält, hatte sie die Beklagte durch ein Rechtsanwaltsbüro abmahnen lassen. Da die Beklagte keine Unterlassungserklärung abgab, erwirkte die Klägerin eine einstweilige Verfügung, die die Beklagte schließlich als endgültige Regelung anerkannte. Soweit die Anwaltskosten durch das Gerichtsverfahren veranlasst waren, mussten sie ohnehin von der Beklagten getragen werden. Im Streit waren deswegen nur noch die durch die Abmahnung entstandenen Anwaltskosten.

Das Landgericht und das Berufungsgericht haben der Klage stattgegeben und sich dabei auf eine Bestimmung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gestützt, die dem Abmahnenden einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen gibt. Auch wenn der Wettbewerbsverstoß klar auf der Hand gelegen sei, habe die Klägerin die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für erforderlich halten dürfen.

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung der Vorinstanzen bestätigt. Auszugehen sei von der tatsächlichen Organisation des abmahnenden Unternehmens. Ein Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung sei nicht gehalten, die eigenen Juristen zur Überprüfung von Wettbewerbshandlungen der Mitbewerber einzusetzen und gegebenenfalls Abmahnungen auszusprechen. Die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen gehöre nicht zu den originären Aufgaben eines gewerblichen Unternehmens. Deswegen sei es nicht zu beanstanden, wenn ein Unternehmen wie die Deutsche Telekom AG sich für wettbewerbsrechtliche Abmahnungen der Anwälte bediene, mit denen es auch sonst in derartigen Angelegenheiten zusammenarbeite.

### **OLG Köln-Pressemitteilung vom 22. 2. 2008** **Möbelhaus-Werbung „XXL-Wochenende – 26%+ Rabatt auf alles“ gerichtlich untersagt**

Der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln hat dem Betreiber eines Möbelhauses mit Urteil vom 15.02. 2008 verboten, in Zeitungsanzeigen mit einem „XXLWochenende – mindestens 26%+ Rabatt auf alles“ zu werben (Az. 6 U 140/07). Der Kölner „Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe e.V.“ hatte auf Unterlassung der Werbeaktion geklagt und bereits vor dem Landgericht Köln Recht bekommen. Die dagegen gerichtete Berufung des Möbelverkäufers blieb ohne Erfolg.

Die Werbung mit einer Rabattaktion ist nach Auffassung der Gerichte unzulässig, wenn der frühere Preis (ohne den Nachlass) nicht zeitnah vor der Werbeaktion gefordert worden sei. Bei einer Werbung mit Rabattgewährung gehe der Verbraucher nämlich davon aus, dass ihm mit dieser Aktion ein gegenüber der früheren Situation günstigeres und vorteilhaftes Angebot gemacht werde. Wurde der höhere Preis aber schon längere Zeit vor der Aktion nicht verlangt, werde der Verbraucher irreführt, so dass eine unlautere Wettbewerbshandlung vorliege. Im konkreten Falle hatte der Betreiber des Möbelhauses bereits 3 Monate lang mit „Jubiläumswochen – 26% auf alles“ geworben, woran sich dann nahtlos „Vorteilswochen“ anschlossen, in deren Rahmen – unmittelbar vor der hier zu beurteilenden Werbeaktion – Rabatte zwischen 28% und 70% gewährt wurden. Nach Auffassung des Zivilsenats gewinnt der Adressat der Werbemaßnahme im konkreten Falle den Eindruck, dass es sich bei

dem „XXL-Wochenende“ um ein ganz besonderes Wochenende handle. Die besondere Werbeaussage liege darin, dass das Wochenende um 3 Tage verlängert werde und dass „nur“ an diesen 5 Tagen der Rabatt von 26% gewährt werde, was auch durch die in der Anzeige abgebildeten Kalenderblätter verstärkt werde. Dieser Eindruck sei aber unrichtig, da der Rabatt bereits seit über 3 Monaten gewährt worden sei.

### **BGH-Pressmitteilung Nr. 56/2008 vom 20. 3. 2008**

#### **Urheberrecht und kirchliches Selbstbestimmungsrecht – Umbau des Altarraums einer Kirche –**

Der unter anderem für das Urheberrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte sich gestern mit dem Verhältnis zwischen dem Urheberrecht und dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht auseinanderzusetzen.

Die Beklagte ist die katholische Kirchengemeinde St. Gottfried in Münster. Sie ist Eigentümerin der in den Jahren 1952 und 1953 erbauten Kirche St. Gottfried. Im Jahre 2002 gestaltete sie den Altarraum der Kirche um. Die Klägerin ist der Ansicht, durch diese Umgestaltung werde das Urheberrecht ihres im Jahre 1966 verstorbenen Vaters verletzt. Dieser hatte die Kirche entworfen und den Innenraum gestaltet. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, den ursprünglichen Zustand des Altarraums wiederherzustellen.

Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 – St. Gottfried).

Die Umbaumaßnahmen der Beklagten verstoßen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs zwar gegen das urheberrechtliche Änderungsverbot. Auch der Eigentümer eines Werkoriginals darf grundsätzlich keine Änderungen an dem ihm gehörenden Original vornehmen. Der Urheber hat grundsätzlich ein Recht darauf, dass das von ihm geschaffene Werk der Mit- und Nachwelt unverändert erhalten bleibt. Ein derartiger Konflikt zwischen den Belangen des Urhebers und des Eigentümers kann jedoch letztlich nur durch eine Abwägung der jeweils betroffenen Interessen gelöst werden. Im Streitfall wiegt das Interesse der Beklagten an dem Umbau nach Auffassung des Bundesgerichtshofs schwerer als das Erhaltungsinteresse des Urhebers.

Die Beklagte hatte dargetan, dass sie sich nur deshalb für die Umgestaltung entschieden habe, um die Liturgiereform des Zweiten Vatikanischen Konzils in ihrer Kirche räumlich umzusetzen und die Kirchenbesucher stärker in den Gottesdienst einzubeziehen. Das Berufungsgericht hatte gemeint, die von der Beklagten angeführten Gründe für einen Umbau seien letztlich eine Frage des guten Geschmacks; es hat sie daher nicht als ausschlaggebend angesehen. Die Art und Weise, wie eine Pfarrgemeinde die heilige Messe feiern möchte, habe sich an der Gestaltung des Kirchenraums auszurichten, wenn diese urheberrechtlich geschützt sei. Die Beklagte habe keine beachtlichen Gründe für ihre geänderte Liturgieauffassung aufgeführt. Der Bundesgerichtshof hat diese Auffassung nicht gebilligt. Sie beachtet – so der BGH – nicht hinreichend das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und das Grundrecht der Religionsfreiheit der Beklagten. Für die Beurteilung, ob und inwieweit liturgische Gründe für eine Umgestaltung des Kircheninnenraumes bestehen, kommt es auf das Selbstverständnis der Kirchengemeinde an. Hat diese – wie im Streitfall die Beklagte – ihre Glaubensüberzeugung substantiiert und nachvollziehbar dargelegt, hat sich der Staat einer Bewertung dieser Glaubenserkenntnis zu enthalten.

Auf Seiten des Urhebers ist – so der BGH – im Rahmen der Interessenabwägung bei einem Werk der Baukunst insbesondere zu berücksichtigen, dass der Urheber eines Bauwerks weiß, dass der Eigentümer das Bauwerk für einen bestimmten Zweck verwenden möchte; er muss daher damit rechnen, dass sich aus wechselnden Bedürfnissen des Eigentümers ein Bedarf nach Veränderungen des Bauwerks ergeben kann. So ist dem Schöpfer

einer Kirche bewusst, dass die Kirchengemeinde das Gotteshaus für ihre Gottesdienste nutzen möchte; er muss daher gewärtigen, dass sich wandelnde Überzeugungen hinsichtlich der Gestaltung des Gottesdienstes das Bedürfnis nach einer entsprechenden Umgestaltung des Kircheninnenraums entstehen lassen. Das Interesse des Vaters der Klägerin an der unveränderten Erhaltung seines Werkes musste daher gegenüber dem mit Rücksicht auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als besonders gewichtig zu bewertenden liturgischen Interesse der Beklagten an dem Umbau des Kircheninnenraums zurücktreten.

**Hinw. d. Red.:** Zur Umnutzung von Kirchenbauten vgl. Gallus in GuT 2006, 66.

### **BVerfG-Pressmitteilung Nr. 58/2008 vom 28. 5. 2008**

#### **Gewerbsteuerfreiheit von Selbständigen und Landwirten und Abfärberegelung verfassungsgemäß**

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte aufgrund einer Vorlage des Niedersächsischen Finanzgerichts über zwei Fragen im Zusammenhang mit der Gewerbesteuer zu entscheiden (Beschluss vom 15. Januar 2008 – 1 BvL 2/04) und kam zu folgendem Ergebnis:

Es ist mit dem Gleichheitssatz vereinbar, dass die Einkünfte der freien Berufe, der sonstigen Selbständigen und der Land- und Forstwirte nicht der Gewerbesteuer unterliegen.

Es verstößt auch nicht gegen den Gleichheitssatz, dass nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 Einkommensteuergesetz („Abfärberegelung“) die gesamten Einkünfte einer Personengesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gelten und damit der Gewerbesteuer unterliegen, wenn die Gesellschaft auch nur teilweise eine gewerbliche Tätigkeit ausübt.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Der Gesetzgeber hat bei der Entscheidung darüber, ob die freien Berufe, sonstigen Selbständigen und die Land- und Forstwirte zusammen mit den übrigen Gewerbetreibenden zur Gewerbesteuer herangezogen werden sollen, den ihm zustehenden Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum nicht überschritten. Es gibt nach wie vor hinreichend tragfähige Gründe für eine Differenzierung.

Die Nichteinbeziehung der freien Berufe in die Gewerbesteuer spiegelt eine mittlerweile über 70 Jahre währende Rechts-tradition wider. An dieser über einen so langen Zeitraum tradierten Differenzierung zwischen Gewerbetreibenden und freien Berufen darf der Gesetzgeber so lange festhalten, bis offen zutage tritt, dass im Hinblick auf den Steuergegenstand und die wesentlichen Besteuerungsmerkmale keine tragfähigen Unterschiede mehr zwischen diesen Berufsgruppen bestehen. Dies ist indes nicht der Fall. Die im Regelfall akademische oder vergleichbare besondere berufliche Qualifikation oder schöpferische Begabung als Voraussetzung für die Erlernung und Ausübung eines freien Berufs, die besondere Bedeutung der persönlichen, eigenverantwortlichen und fachlich unabhängigen Erbringung der Arbeit, verbunden mit einem häufig höchstpersönlichen Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber, aber auch die spezifische staatliche, vielfach auch berufsautonome Reglementierung zahlreicher freier Berufe insbesondere im Hinblick auf berufliche Pflichten und Honorarbedingungen lassen bei der gebotenen typisierenden Betrachtung auch heute noch signifikante Unterschiede zwischen freien Berufen und Gewerbetreibenden erkennen.

Diese Unterschiede stehen in einem sachlichen Bezug zu der traditionellen Rechtfertigung der Gewerbesteuer aus dem Äquivalenzprinzip. Danach erweist sich die Herausnahme der freien Berufe aus der Gewerbesteuer nicht als willkürlich. Der Gedanke, dass die Gewerbesteuer einen pauschalen Ausgleich für die besonderen Infrastrukturlasten bietet, die durch die Ansiedlung von Gewerbebetrieben verursacht werden, hat nach wie vor Bestand. Die Annahme, dass die freien Berufe typi-

scherweise in geringerem Umfang Infrastrukturlasten der Gemeinden verursachen als die Gewerbetreibenden, liegt nahe. Die Annäherungen im Berufsbild einer Reihe von freien Berufen auf der einen und von Gewerbetreibenden auf der anderen Seite ändern nichts an der Berechtigung zur typisierenden Einordnung der freien Berufe als im Regelfall weniger personal- und produktionsmittelintensiv. Die auf dieser Annahme beruhende Differenzierung rechtfertigt sich vor allem auch vor dem Hintergrund, dass die Freibeträge für die Gewerbeertrag- und bis 1993 für die Gewerkekapitalsteuer mehrfach erhöht worden sind. Dies hat dazu geführt, dass in den vergangenen Jahren nur noch etwa 30% der Gewerbetreibenden tatsächlich mit Gewerbesteuer belastet wurden. Steuerpflichtig sind danach nicht die kleineren Gewerbebetriebe, die hinsichtlich der Beanspruchung von Infrastrukturlasten am ehesten mit den freien Berufen vergleichbar sind, sondern die ertragsstarken und damit regelmäßig die mittleren und größeren Gewerbebetriebe mit einer typischerweise höheren Verursachung von Infrastrukturlasten.

Die Land- und Forstwirte unterscheiden sich von den Gewerbetreibenden wesentlich durch das in der Flächengebundenheit ihrer Betriebe zum Ausdruck kommende besondere Gewicht des Produktionsfaktors Boden und die Abhängigkeit ihres Wirtschaftserfolges von den Wetterbedingungen. Außerdem unterliegen sie einer Sonderbelastung im Bereich der Grundsteuer. Das Bundesverfassungsgericht hat es daher schon bisher als in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers liegend angesehen, die Land- und Forstwirte nicht der Gewerbesteuer zu unterwerfen.

Schließlich reduzieren verschiedene Anrechnungs- oder Kompensationsbestimmungen im Einkommensteuerrecht, die die „Doppelbelastung“ der Gewerbebetriebe mit Einkommen- und Gewerbesteuer mindern oder weitgehend beseitigen sollen, das Gewicht der Ungleichbehandlung zwischen Gewerbetreibenden und freien Berufen, sonstigen Selbständigen und Land- und Forstwirten im Ergebnis beträchtlich und schließen damit ebenfalls die Annahme einer willkürlichen Entscheidung des Gesetzgebers aus.

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG („Abfärberegelung“) ist mit dem Gleichheitssatz vereinbar. Die hieraus folgende Ungleichbehandlung der gemischt tätigen Personengesellschaft gegenüber dem Einzelunternehmer, der im Gegensatz zur Personengesellschaft gleichzeitig mehrere verschiedene Einkunftsarten verwirklichen kann, ist durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt.

Die Regelung verfolgt in erster Linie das Ziel, die Ermittlung der Einkünfte gemischt tätiger Personengesellschaften zu vereinfachen, indem sie alle Einkünfte typisierend auf die Einkunftsart gewerblicher Einkünfte konzentriert. Der Einwand, die Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Einkünfte und Abgrenzung der Einkunftsarten beständen in gleicher Weise beim Einzelunternehmer, vernachlässigt die Dimension der Probleme bei den Personengesellschaften. Im Fall des Einzelsteuerepflichtigen geht es um die Abgrenzung mehrerer Einkunftsarten bei einem Steuersubjekt. Bei einer Personengesellschaft hingegen ist die Abgrenzung mehrerer Einkunftsarten bei mehreren Steuerpflichtigen erforderlich, die diese zudem noch in unterschiedlicher Intensität verwirklichen können. Dies eröffnet eine Vielfalt von Kombinationsmöglichkeiten an Tätigkeiten und Vermögensobjekten mit Einkunftsarten und Steuerpflichtigen bei einer Personengesellschaft, die die Möglichkeiten eines Einzelunternehmers bei weitem übertreffen. Außerdem ist die Einkünfteermittlung bei der Personengesellschaft durch eine ganze Reihe von steuerlichen Besonderheiten gekennzeichnet, die beim Einzelunternehmer fehlen. Angesichts dieser Schwierigkeiten ist es von Verfassung wegen nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber bei den Personengesellschaften ein gewichtiges Vereinfachungsbedürfnis im Hinblick auf die Ermittlung der Einkünfte gesehen hat.

Ein weiterer legitimer Zweck der Regelung besteht in der Sicherung des Gewerbesteueraufkommens. Die Abfärberegelung soll verhindern, dass infolge unzureichender Abgrenzungs-

möglichkeiten zwischen verschiedenen Tätigkeiten einer Gesellschaft gewerbliche Einkünfte der Gewerbesteuer entzogen werden.

Die mit der Typisierung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG für die Personengesellschaften verbundenen Nachteile stehen in einem vertretbaren Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Zielen. Das Gewicht der mit ihr einhergehenden Ungleichbehandlung der Personengesellschaften ist zwar erheblich. Die Belastung wird allerdings vor allem durch die Möglichkeit gemildert, der Abfärberegelung durch gesellschaftsrechtliche Gestaltung auszuweichen, die mit keinen nennenswerten Belastungen oder Risiken verbunden ist.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 30. 4. 2008**

#### **Bürokratieabbau entlastet die Wirtschaft messbar Zwischenbericht zur Umsetzung des Regierungsprogramms Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung vorgelegt**

Zum Zwischenbericht zur Umsetzung des Regierungsprogramms Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung erklärt der mittelstandspolitische Sprecher und Berichterstatter für Bürokratieabbau der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Michael Fuchs MdB:

Mit der vollständigen Umsetzung des Regierungsprogramms für Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung wird die Wirtschaft jährlich um 4,4 Mrd. Euro entlastet. Dies ist die erfreuliche Bilanz des aktuellen Zwischenberichts zur Umsetzung des Regierungsprogramms, den das Bundeskabinett heute beschlossen hat.

Das Statistische Bundesamt hat insgesamt rund 10.900 Informationspflichten für die Wirtschaft erfasst. Anhand der Bestandsmessungen haben die Ressorts Vereinfachungsmaßnahmen entwickelt, durch die gezielt bürokratische Belastungen für Unternehmen und Betriebe abgebaut werden. Insgesamt 270 Vorschläge liegen vor. Mit den bisher umgesetzten 111 Maßnahmen konnte bereits eine Entlastung in Höhe von 3,2 Mrd. Euro erreicht werden.

Darüber hinaus bereitet das Bundesministerium für Wirtschaft den Entwurf für das Dritte Mittelstandsentlastungsgesetz vor. Hier sind die Aufhebung von verschiedenen Vorschriften und Vereinfachungen im Gewerberecht geplant. Mit dem Gesetz können die Unternehmen voraussichtlich um weitere 100 Mio. Euro entlastet werden.

Der Zwischenbericht zeigt, dass das Programm für bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau wirkungsvoll, angesichts einer Gesamtbelastung von 30 Milliarden Euro allein für den Unternehmenssektor durch Informations- und Dokumentationspflichten aber auch dringend erforderlich ist. Die Bundesregierung hat sich das Ziel gesetzt, bis 2011 insgesamt 25 Prozent dieser Bürokratiekosten abzubauen. Es wäre ein wichtiges Signal, wenn bis zur nächsten Bundestagswahl die Hälfte davon erreicht wird. Alle Beteiligten sind deshalb aufgefordert, zum Gelingen beizutragen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11.12. 2007**

#### **Wichtige Entscheidung morgen zum Vergaberecht erwartet Rechtsunsicherheit beenden**

Zu der am Mittwoch, den 12.12.2007, zu erwartenden Entscheidung des OLG Düsseldorf zum Vergaberecht erklären der wirtschaftspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Laurenz Meyer MdB, der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB, und der Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaft Kommunalpolitik, Peter Götz MdB:

Durch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13. 6. 2007 ist bei den Kommunen erhebliche Unsicherheit darüber entstanden, ob städtebauliche Verträge tatsächlich dem Vergaberecht unterfallen.

Zwar ist es richtig, dass städtebauliche Maßnahmen grundsätzlich auch in Form von Baukonzessionen dem Vergaberecht unterliegen können.

Aber das Gericht geht einen entscheidenden Schritt weiter, indem es feststellt, dass für die Anwendung des Vergaberechts beim Auftraggeber weder ein eigener Beschaffungsbedarf vorliegen, noch ein Entgelt geleistet werden müsse.

Das heißt, die Vergabe eines öffentlichen Auftrags wird finanziert.

Dies hätte zur Folge, dass die Veräußerungen kommunaler Grundstücke, die mit einem solchen städtebaulichen Vertrag verbunden sind, grundsätzlich europaweit ausgeschrieben werden müssen.

Die oben genannte Entscheidung OLG Düsseldorf steht allerdings im Widerspruch zur Entscheidung des BayObLG vom 19.10.2000.

Das BayObLG ist davon ausgegangen, es sei Voraussetzung für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrages, dass der Auftraggeber damit einen eigenen Beschaffungsbedarf befriedigen wolle.

Für eine abweichende Entscheidung dieser Art sieht aber das GWB (§ 124 II) die Pflicht zur Vorlage beim Bundesgerichtshof vor. Dies wurde vom OLG Düsseldorf versäumt, was die erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich zog.

Nun könnte sich eine Möglichkeit ergeben, kurzfristig Rechtssicherheit durch eine höchstrichterliche Entscheidung des BGH herbeizuführen. Die Vergabekammer Düsseldorf hat in einer Folgeentscheidung vom 02.08.2007 ganz offen Kritik daran geäußert, ob allein das Interesse an einer geregelten städtebaulichen Entwicklung ausreichend sein kann. Es steht zu erwarten, dass sich das OLG Düsseldorf in seiner Beschwerdeentscheidung dieser Kritik stellt.

Da auch zu erwarten ist, dass das OLG Düsseldorf seine Rechtsauffassung zum Beschaffungsbedarf hält, sollte wenigstens jetzt durch die durch § 124 II GWB vorgeschriebene Vor-

lagepflicht beim BGH diese Rechtsunsicherheit beendet werden.

Sollte es bei dem unbefriedigten Ergebnis bleiben, dass die Verwirklichung städtebaulicher Ziele, mit denen sich die Kommune nichts beschafft und für die von ihr auch keine Haushaltsmittel verwendet werden, einem Vergabeverfahren zu unterwerfen ist, wäre der Gesetzgeber gezwungen, diesen unhaltbaren Zustand für die Kommunen zu beenden.

**SPD-Bundestagsfraktion  
CDU/CSU-Bundestagsfraktion  
Pressemitteilung vom 22. 2. 2008**

**Vergaberechtsreform schafft Rechtssicherheit für Kommunen**

**Es muss den Kommunen und Investoren möglich sein, ihre bisherige Praxis im Rahmen der städtebaulichen Entwicklung in eigener Verantwortung zu gestalten**

Zur Reform des Vergaberechts und den durch die Entscheidungen des OLG Düsseldorf entstandenen Attentismus bei städtebaulichen Verträgen erklären die kommunalpolitischen Sprecher der Koalitionsfraktion, Peter Götz MdB (CDU) und Bernd Scheelen MdB (SPD), die Berichterstatter von CDU/CSU und SPD im Deutschen Bundestag, Dr. Georg Nüßlein MdB und Reinhard Schultz MdB, sowie der Abgeordnete, Dr. Hans-Peter Uhl MdB (CSU):

Mitte letzten Jahres ist eine Entscheidung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf in der Immobilienlandschaft und bei den Kommunen regelrecht „wie eine Bombe“ eingeschlagen. Anders als die bisherige Rechtsprechung und kommunale Praxis meint das OLG Düsseldorf, dass städtebauliche Entwicklungsverträge in unterschiedlichster Ausgestaltung dem deutschen Vergaberecht unterliegen. Von Anfang an ist diese Rechtsprechung weitgehend auf Kritik gestoßen. Das OLG Düsseldorf hat seine Auffassung mittlerweile in zwei Folgeentscheidungen aufrechterhalten.

Folge der neuen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf war und ist eine erhebliche Verunsicherung bei Kommunen und Investoren. Teilweise haben Großstädte unmittelbar nach Bekanntwerden der Rechtsprechung sämtliche Verkäufe kommu-

---

## 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](mailto:info@prewest.de)

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 4/2008.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 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](mailto:kontakt@kluth-dtp.de), Internet: [www.kluth-dtp.de](http://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](mailto:koch-druckerei@t-online.de)

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew. inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement (Neuabonnements) ab 1. 1. 2008: 159,43 € einschl. 9,- € Versand und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des Abonnementzeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 370 501 98), Konto 36 207 645. IBAN: DE84 3705 0198 0036 2076 45 SWIFT-BIC.: COLSDE33

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder. Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung zu gewerblichen Zwecken.

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

Für unaufgefordert eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Sie werden nur auf Anforderung des Einsenders, die spätestens bis zum Ablauf von 6 Monaten schriftlich beim Herausgeber eingegangen sein muss, auf Kosten und Gefahr des Einsenders zurückgesandt. Nachdruck, fotomechanische Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt werden, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressummeldung oder Nachsendeantrag bei der Post sind seit 1. 7. 2005 nicht ausreichend. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

nalere Grundstücke und schon jahrelang vorbereitete und laufende Investorenprojekte gestoppt. Finanzierungsmodelle der Investoren wurden und werden durch die Verzögerungen nachhaltig gestört. Dringend notwendige Investitionen sind dadurch blockiert und liegen auf Eis.

Wir sind der Auffassung, dass eine Klarstellung im Gesetz notwendig ist, um die Intention des Gesetzgebers bei den vergaberechtlichen Vorschriften innerhalb der EU-Vorgaben deutlich zum Ausdruck zu bringen, um die Interessen der Städte und Gemeinden ausreichend zu berücksichtigen und um den derzeit vorliegenden Investitionsstau bei den Kommunen zu beseitigen.

Die Bundesregierung wurde aufgefordert, im anstehenden Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts eine Klarstellung vorzunehmen, die Rechtssicherheit schafft und den Städten und Gemeinden die nötige Flexibilität beim Abschluss von städtebaulichen Entwicklungsverträgen erhält bzw. zurückgibt.

Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand stehen nicht im rechtsfreien Raum. Sie werden u.A. durch Regelungen des Gemeindefinanzrechts und durch das Beihilferecht der EU kontrolliert.

Wenn aber die öffentliche Hand Grundstücke verkauft, beschafft sie sich regelmäßig keine Leistungen, sie vergibt also keine Aufträge. Die vorgesehene Reform muss daher sicherstellen, dass auf diese Fallgestaltungen das Vergaberecht keine Anwendung findet.

Es muss den Kommunen und Investoren möglich sein, ihre bisherige Praxis im Rahmen der städtebaulichen Entwicklung in eigener Verantwortung zu gestalten und die dafür im Bau- und Planungsrecht bewusst geschaffenen Instrumente wie z. B. städtebauliche Verträge zu nutzen.

## **Deutscher Städte- und Gemeindebund Pressemitteilung vom 29. 4. 2008**

### **Wirtschaftsförderung DStGB: Kommunale Wirtschaftspolitik braucht Bewegungsfreiheit**

Gewerbeflächenentwicklung und Standortmarketing sind die wichtigsten Aufgaben der kommunalen Wirtschaftsförderung. Planungsentscheidungen sind nicht durch Ausschreibungen zu erzwingen.

Der Wirtschaftsausschuss des Deutschen Städte- und Gemeindebundes hat sich mit der weiteren Intensivierung der kommunalen Wirtschaftsförderung befasst. Eine Untersuchung des DStGB bei den kommunalen Wirtschaftsförderungseinrichtungen in Deutschland hat gezeigt, dass die wichtigsten Aufgaben der Wirtschaftsförderung die Entwicklung und Vermittlung von Gewerbeflächen und das Standortmarketing sind.

„Trotz aller Diskussionen über Innovationen in der Wirtschaftsförderung zeigt sich, dass sich die Bedarfe der Wirtschaft auf kommunaler Ebene kaum ändern.“, stellt Bürgermeister Dr. Reinhard Dettmann aus Teterow, stv. Vorsitzender des Ausschusses am Dienstag fest. „Das mittelständische Gewerbe braucht geeignete Flächen und es braucht Fachkräfte. Unsere Aufgabe ist es, Angebote für diese Bedürfnisse zu machen.“, bringt Dettmann die Arbeit der kommunalen Wirtschaftsförderung auf den Punkt.

Diese Aufgaben werden durch das Binnenmarktrecht der EU und dessen Interpretation durch die nationalen Gerichte aber sehr erschwert. So hatten mehrere Oberlandesgerichte entschieden, dass kommunale Grundstücksverkäufe, die mit Baupflichten verbunden sind, europaweit ausgeschrieben werden müssen. Dies betrifft besonders die Umnutzung von militärischen und industriellen Brachflächen für neue gewerbliche Nutzungen.

„Die Anwendung des Vergaberechts auf Grundstücksverkäufe geht zu weit! Baupflichten bei Grundstücksverkäufen verpflichten die Käufer nur, demokratisch gefasste Beschlüsse Städte und Gemeinden zur geordneten städtebaulichen Entwicklung bei ihren Investitionen umzusetzen. Es handelt sich nicht um Beschaffungsvorgänge der Kommunen.“ klärt Dettmann auf. Investitionsbezogene Bebauungspläne, Erschließungsverträge und ähnliche Instrumente dienen dem Allgemeininteresse an guten Rahmenbedingungen für den Wirtschaftsstandort. Der DStGB hat deshalb eine Initiative ergriffen, mit der die Anwendung des Vergaberechts geklärt werden soll. Das Vergaberecht soll danach nur angewandt werden, wenn die Städte und Gemeinden einen eigenen Baubedarf haben – nicht aber auf Grundstücksverkäufe die der geordneten Stadtentwicklung dienen.

„Europäischer Binnenmarkt und das Vergaberecht liegen im Interesse der Bürger und der Kommunen. Die Ausweitung des europäischen Vergaberechts auf Bereiche, die der Umsetzung kommunaler Planung dienen steht aber im Widerspruch zum Europäischen Reformvertrag und der damit vorgenommenen Stärkung der kommunalen Gestaltungsfreiheit.“ so Dettmann.

Die stv. Vorsitzende machte deutlich, dass die europäischen Wettbewerbs- und Binnenmarktregelungen die bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen berücksichtigen müssen. Entscheidungen der Kommunen, die in Partnerschaft mit der Wirtschaft zur effizienten und kostengünstigen Umsetzung kommunaler Planungsentscheidungen im Interesse der Bürger führen, dürften nicht durch eine zu extensive Auslegung des Vergaberechts behindert werden. Gerade die wirtschaftlichen Potenziale kleinerer Städte und Gemeinden würden andernfalls gefährdet.

**Hinw. d. Red.:** Vgl. den Beitrag des DStGB in GuT 2008,196.

## **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 8. 4. 2008**

### **Wohngeldempfänger und Kommunen profitieren Kabinettsbeschluss zur Wohngelderhöhung**

Zum heutigen Beschluss des Bundeskabinetts in Sachen Wohngelderhöhung erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz MdB:

Der Kabinettsbeschluss zur Wohngelderhöhung ist ein weiterer wichtiger Schritt zur fortschreitenden Gesundung der kommunalen Haushalte.

Durch die Wohngelderhöhung und die Neueinführung einer Heizkostenkomponente wird das Wohngeld um rund 60 Prozent verbessert. Gewinner sind neben den Wohngeldempfängern insbesondere die Kommunen.

Zahlreiche Arbeitslosengeld-II-Empfänger werden in das Wohngeld wechseln. Damit reduzieren sich maßgeblich die von den Kommunen zu tragenden Unterkunftskosten für Hartz IV-Empfänger.

Mit dem Beschluss bleibt die Union ihrem Leitbild der Subsidiarität treu und erschließt direkt vor Ort neue Handlungs- und Gestaltungsfreiräume.

## **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 23. 5. 2008**

### **Stopp der Wohngelderhöhung ist eine Zumutung fuer die Betroffenen**

Zum heute vom Bundesrat beschlossenen Stopp der Wohngelderhöhung erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Klaas Huebner:

Der heute vom Bundesrat beschlossene Stopp der Wohngelderhöhung ist den Betroffenen nicht vermittelbar.

# GUT

G 58438

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

Während der federführende Bundsratsausschuss fuer Staedtebau, Wohnungswesen und Raumordnung die Zustimmung zum Gesetz empfohlen hatte, liessen sich die Ausschuesse fuer Arbeit und Sozialpolitik und fuer Finanzen von sachfremden Erwaegungen leiten und empfahlen die Anrufung des Vermittlungsausschusses.

Mit dem nun vom Bundesrat mehrheitlich beschlossenen Stopp des Gesetzes wollen die Laender Aenderungen bei der Finanzierung der Grundsicherung erzwingen. So wird ein gutes Gesetz instrumentalisiert fuer andere politische Ziele. Das ist eine Zumutung fuer die Betroffenen.

Die Interessen der beduerftigen Mieterinnen und Mieter werden damit zum Spielball foederalstaatlicher Auseinandersetzungen. Mit solch voellig sachfremden und problemfernen Aktionen leisten die Laender dem Foederalismus und der politischen Kultur einen Baerendienst.

Um so wichtiger ist es nun, auf sachfremde Geschaefte zu verzichten und das Gesetz schnell im Vermittlungsausschuss zu beraten und zu beschliessen.

## **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 29. 4. 2008**

### **Bund kein Vorbild bei bundeseigenen Wohnungen**

Zur Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zum Bestand bundeseigener Wohnungen und bundeseigener Wohnungsunternehmen erklärt Bettina Herlitzius, wohnungspolitische Sprecherin:

Derzeit befinden sich im Besitz der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben rund 50 000 Wohnungen – alle sind in einem miserablen energetischen Zustand. Nur fünf der Wohnungen sind barrierefrei, auch Wohnungen mit Sozialbelegung sind nicht vorhanden.

Der Bund plant in den nächsten Jahren den Verkauf von 30 000 Wohnungen. Damit entzieht er sich seiner sozialen Verantwortung. Denn öffentliche Wohnungen stellen ein erhebliches Kapital in der Daseinsvorsorge insbesondere von sozial schwachen Haushalten dar. Öffentliche Wohnungsunternehmen sind wesentliche Partner der Stadtentwicklung und in Programmen zur sozialen Integration. Ein weiterer Wohnungsausverkauf ist nicht hinnehmbar und gerechtfertigt. Auch öffentliche Wohnungsunternehmen können wirtschaftlich arbeiten.

Selbst beim Klimaschutz ist der Bund mit seinen eigenen Wohnungen kein Vorbild. Der energetische Standard der Wohnungen entspricht dem Standard der 1970er Jahre. Hier muss dringend investiert und nachgebessert werden.

Wir fordern die selbsternannte Klima-Kanzlerin Merkel auf, ihre Bestrebungen im Klimaschutz auch auf den Bundesbesitz anzuwenden und sich für einen Erhalt und eine vernünftige Sanierung der Wohnungen der Bundesanstalt einzusetzen.

## **Gegen Gebot privat zu verkaufen**

Entscheidungen des Reichsgerichts, 28 Bände, (RGZ 103-130)

Wohnungseigentum (WE) 1987 - 1998, 10 Bände, privat gebunden

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Band 1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899 (1979)

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Band 3, Sachenrecht, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899 (1979)

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Band 4, Familienrecht, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899 (1979)

Entscheidungen des Kammergerichts in Miet- und Pacht-, Kosten und Strafsachen, kartoniert, Bde. 1-10, 13, 14, 19-21

Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 4 Bde. (1, 2, 3, 5)

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, gebunden, 5. Aufl. 1983

Martinek, Franchising, Habilitationsschrift 1985 (DIN A 4)

Festschrift für Herbert Schimansky, 1999

Festschrift für Franz Merz, 1992

Münchener-Kommentar-ZPO, 2. Aufl., 3 Bände + Ergänzungsband ZPO-Reform

**Anfragen bitte an Telefon Düsseldorf 0211 / 633 481**

## **Unsere Anzeigenpreisliste 1/2008**

im Internet: [www.prewest.de](http://www.prewest.de)

oder gemailt: [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)

oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54



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