

MANDANTENBRIEF 01/2012

Liebe Leserinnen und Leser,

im ersten Mandantenbrief 2012 stellen wir aktuelle Rechtsentwicklungen des Gesellschaftsrechts in Europa (Spanien) vor. Das deutsche Gesellschaftsrecht wird gegenwärtig häufig von Ansprüchen gegen Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder großer Aktiengesellschaften beansprucht. Im privaten Immobilienrecht geht es um die Überwachung des Auftragnehmers durch den Bauherrn, das Grundbuch- und Grundakteneinsichtsrecht sowie Probleme des gewerblichen Mietrechts bei Kündigung gegenüber einer Außengesellschaft bürgerlichen Rechts oder die Frage der Sittenwidrigkeit bei Divergenzen zwischen vereinbarter und marktüblicher Miete. Das öffentliche Baurecht muss sich immer wieder mit der Zulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben beschäftigen. Arbeitsrechtliche und prozessrechtliche Themen ergänzen unsere Berichterstattung.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre.

Ihr
Dr. Johannes Grooterhorst
Rechtsanwalt



INHALT

- **AKTUELLES: DER BLICK ÜBER DEN ZAUN: BEMERKENSWERTE NEUREGELUNGEN IM SPANISCHEN RECHT DER KAPITALGESELLSCHAFTEN**
- **HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT: ORGANHAFTUNG VON VORSTAND UND AUFSICHTSRAT**
- **IMMOBILIENRECHT: KEIN MITVERSCHULDEN DES BAUHERRN BEI FEHLENDER ÜBERWACHUNG DES BAUUNTERNEHMERS**
- **ARBEITSRECHT: URLAUBSABGELTUNG IM ERBFALL**
- **GEWERBLICHES MIETRECHT: KÜNDIGUNG GEGENÜBER EINER (AUSSEN-) GBR**
- **ÖFFENTLICHES RECHT: EILANTRÄGE GEGEN MÖBELMÄRKTE IN GÜTERSLOH BLEIBEN ERFOLGLOS**
- **VERFAHRENSRECHT: BEIBEHALTUNG DES RICHTERSTANDS DES ERFÜLLUNGORTS AUCH BEI NACHTRÄGLICHEM WOHNSITZWECHSEL**

A. AKTUELLES

**AUSGANGSLAGE:
EIN EINHEITLICHES
KAPITALGESELLSCHAFTS-
RECHT SEIT 2010**

DER BLICK ÜBER DEN ZAUN: BEMERKENSWERTE NEUREGELUNGEN IM SPANISCHEN RECHT DER KAPITALGESELLSCHAFTEN

Die Mitteleuropäer muss es überrascht haben, dass mitten im spanischen Sommer, am 02.07.2010, die grundlegende Neufassung des Gesetzes über die Kapitalgesellschaften erging (real decreto legislativo 1/2010 de 2 behulio, veröffentlicht BOE – BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (Spanisches Gesetzblatt) Nr. 162, 03.07.2010, Seiten 58472 ff.).

Diese umfassende gesetzliche Erneuerung der Kapitalgesellschaften enthält einheitliche Regeln über die – ebenso wie in Deutschland – in Spezialgesetzen geregelten Aktiengesellschaft (SA Sociedad Anonima einschließlich der Kommanditgesellschaften auf Aktien) die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (SL Sociedad de responsabilidad limitada) – sowie eigene Regeln für die börsennotierten Aktiengesellschaften (sociedades anonimas cotizadas).

**NEUE TEILREFORM
DER REFORM
DAS GESETZ 2520/2011,
IN KRAFT SEIT
02. OKTOBER 2011**

Ein Jahr nach der umfassenden Erneuerung des Kapitalgesellschaftsrechts, wieder im Sommer, verkündete König Juan Carlos 1 das Gesetz 2520/2011 vom 01. August 2011 (BOE Nr. 184 vom 02.08.2011, Teil 1, S. 87462) über die Teilreform (reforma parcial) des Kapitalgesellschaftsgesetzes.

Nach der Präambel beabsichtigt das Gesetz, die Kosten der Organisation und des Funktionierens von Kapitalgesellschaften zu reduzieren und einige Vorschriften über eine „Modernisierung“ der Kapitalgesellschaft einzuführen, die nachdrücklich (insistentemente) von der Praxis verlangt wurden, sowie Vorschriften aufzuheben, die ungerechtfertigte Unterschiede zwischen der Verfassung der Aktiengesellschaften und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedeuteten. Außerdem soll eine EU-Direktive des Europäischen Parlamentes und des Rates umgesetzt werden, die sich mit bestimmten Rechten der Aktionäre von börsennotierten Aktiengesellschaften befasst.



Das neue Änderungsgesetz ist am 02.10.2011 in Kraft getreten.

**ZIELE: GESELLSCHAFTSKOSTEN
EINSPAREN – JURISTISCHE PER-
SON ALS GESCHÄFTSFÜHRER
– VERZICHT AUF FORMALIEN –
WEITERE ANGLEICHUNG VON
AG (SA) UND GMBH (SL)**

Die besondere Finanzkrise in Spanien belastet auch die Wirtschaft. Die Regierung sah offenbar Anlass, jedenfalls die Gesellschaften von unnötigen Kosten zu entlasten: Die neu eingeführten Änderungen im Kapitalgesellschaftsrecht erlauben dem Unternehmen, weitgehend auf elektronische Medien (bei Einladungen, Verkündungen, Beschlüssen, Veröffentlichungen) zurückzugreifen und auf die – teuren – Kosten für Veröffentlichungen in Amtsblättern und großen regionalen Tageszeitungen zu verzichten. Dies geschieht jetzt wohl europaweit.

Unter dem Begriff der Kostenersparung erfasst das Gesetz auch den Ersatz öffentlicher Versteigerungen von Grundstücken im Liquidationsfall durch den freihändigen Verkauf bei der AG sowie den Verzicht auf die Unterschriftenbeglaubigung von Geschäftsführern bei der Vorlage von Jahresabschlüssen.

Neu geregelt sind auch die Auflösungsgründe: Die Einstellung der Geschäftstätigkeit für die Dauer eines Jahres ist ein Auflösungsgrund für alle Kapitalgesellschaften.

Abweichend von §§ 6 GmbHG, 76 AktG erlaubt Art. 212 BIS, dass eine juristische Person Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft ist.

Für das deutsche Verständnis von der Mitgliedschaft in Kapitalgesellschaften besonders interessant ist die neue Regelung über den Austritt aus einer Kapitalgesellschaft (Art. 348 BIS des Gesetzes):

**BEMERKENSWERT: AUSTRITTS-
RECHT BEI DIVIDENDEN/AUS-
SCHÜTTUNGSVERWEIGERUNG**

Gesellschafter sind vom Beginn des 5. Geschäftsjahres nach Eintragung ins Handelsregister an berechtigt, aus der Gesellschaft auszutreten, wenn die Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung (junta general) nicht mindestens ein Drittel des – gesetzlich ausschüttungsfähigen – Gewinns des vorangegangenen Geschäftsjahres ausschüttet. Börsennotierte Aktiengesellschaften sind von dieser Regelung ausgenommen (Art. 348 BIS Nr. 3).

Die neue spanische Regelung für alle nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften dient dem Minderheitenschutz gegenüber einer auf Thesaurierung – oder Verdrängung der Minderheit – gerichteten Politik von Mehrheitsgesellschaftern in der Gesellschaft. Das deutsche GmbH-Recht hat zu § 34 GmbHG in Lehre und Rechtsprechung ein Austrittsrecht entwickelt (grundlegend BGH, Urt. v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 369 „Grundprinzip des Verbandsrechts“). Während in Deutschland über den Umfang und die Bedeutung des wichtigen Grundes diskutiert wird, hat der spanische Gesetzgeber ein zwingendes Austrittsrecht formuliert. Es orientiert sich an objektiven Kriterien und verzichtet nach seinem Wortlaut auf alle subjektiven Elemente (die Sphäre der Gesellschafter, Verhalten, Unzumutbarkeit, etc.). Die Praxis in Spanien wird zeigen, ob die textliche Striktheit durchgehalten werden kann.

**DEUTSCHLAND: NICHT GESETZ-
LICH GEREGLTES AUSTRITTS-
RECHT BEI WICHTIGEM GRUND**

In der Praxis läuft das Austrittsrecht darauf hinaus, dass der in der Gewinnausschüttung „klein gehaltene“ Minderheitsgesellschafter seinen Anteil gegen eine Abfindung zurückgeben kann. Auf die Rechtsform der Kapitalgesellschaft kommt es dabei nicht an.

**WIRTSCHAFTLICHER PRAXISHIN-
WEIS: MINDERHEITENSCHUTZ**

DR. DETLEF BRÜMMER

B. HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

ORGANHAFTUNG – VORSTAND UND AUFSICHTSRAT

Mit Urteil vom 20.09.2011 (II ZR 234/09) hatte der BGH über die Klage eines Insolvenzverwalters einer AG gegen deren ehemalige Vorstandsmitglieder – die Beklagten zu 1. und 2. – sowie den ehemaligen stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats – den Beklagten zu 3. – zu entscheiden.

In dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt hatten die Beklagten zu 1. und 2. unter Mitwirkung des Aufsichtsratsmitgliedes, des Beklagten zu 3., Aktien an eine D. AG ausgegeben, obwohl die D. AG ihrer Bareinlageverpflichtung nicht nachgekommen war. Vielmehr einigte man sich auf eine rechtliche Konstruktion, bei der die D. AG ihre Einlage in der Form erbringen sollte, dass sie auf die Rückforderung aus einem Wertpapierdarlehensvertrag verzichtete. Zuvor hatte die D. AG der AG 679.133 Aktien aufgrund eines Wertpapierdarlehensvertrages übereignet. Das mitwirkende Aufsichtsratsmitglied, der Beklagte zu 3., war zugleich Partner einer Anwaltskanzlei, die ständige Beraterin der Schuldnerin war.



Der BGH kam zu dem Schluss, dass die D. AG für den Erhalt der Aktien eine Bareinlage leisten musste, weil die Festsetzung des Verzichts auf die Rückerstattung des Aktiendarlehens als Sacheinlage unwirksam war (§ 205 AktG alte Fassung).

**DARLEHENSVERZICHT ALS
SACHEINLAGE – HAFTUNG**

Im Zuge dieser Entscheidung stellte der BGH noch einmal folgende Rechtsgrundsätze im Zusammenhang mit der Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern in den Vordergrund:

**RECHTSBERATER KEINE
ERFÜLLUNGSGEHILFEN DES
VORSTANDES**

- Rechtsanwälte sind grundsätzlich keine Erfüllungsgehilfen des Vorstands bei – wie vorliegend – Beauftragung im Namen der Gesellschaft. Die Vorstandsmitglieder müssen sich grundsätzlich ein Verschulden der beratenden Rechtsanwälte nicht zurechnen lassen. So gelten die Rechtsanwälte der durch die AG beauftragten Anwaltskanzlei grundsätzlich nicht als Erfüllungsgehilfen des Vorstands. Eine Zurechnung des Verschuldens beauftragter Dritter kommt nur dann in Frage, wenn das Vorstandsmitglied selbst eine Hilfsperson in die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten einschaltet. Ist eine Rechtsanwaltskanzlei im Namen der Gesellschaft eingeschaltet, werden die Rechtsanwälte regelmäßig im Pflichtenkreis der Gesellschaft und nicht in dem der Vorstandsmitglieder tätig.

**SELBSTSTÄNDIGE PFLICHTEN
VON AUFSICHTSRAT UND
VORSTAND**

- Der Vorstand kann sich nicht unter Berufung auf eine unzutreffende Beratung durch den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Aufsichtsratsstätigkeit entlasten. Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats bestehen neben den Pflichten des Vorstands (§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG). Es kommt daher eine gesamtschuldnerische Haftung der Aufsichtsratsmitglieder neben den Vorstandsmitgliedern in Betracht.
- Das Aufsichtsratsmitglied, das über beruflich erworbene Spezialkenntnisse verfügt, unterliegt, soweit sein Spezialgebiet betroffen ist, insoweit einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab zur Bewertung eines Pflichtenverstößes.

PRAXISHINWEIS

Das Urteil des BGH zeigt, dass Pflichtverstöße der Aufsichtsratsmitglieder das Vorstandsmitglied wegen eigener Pflichtverstöße im Ergebnis nicht entlasten können. Das Urteil zeigt aber ebenfalls, dass auch Aufsichtsratsmitglieder in der Praxis nicht verschont werden und neben den Vorstandsmitgliedern haften. Dies gilt vor allem dann, wenn ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab wegen Spezialkenntnissen des Aufsichtsratsmitgliedes gibt. Das Aufsichtsratsmitglied ist angehalten, bei Vorliegen solcher Spezialkenntnisse, den Gegenstand seiner Zustimmung genau zu prüfen.

JOHANNA WESTERMEYER

C. IMMOBILIENRECHT

I. PRIVATES BAURECHT: KEIN MITVERSCHULDEN DES BAUHERREN BEI FEHLENDER ÜBERWACHUNG DES BAUNTERNEHMERS

Aus einem Werkvertrag zur Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses schuldete der Bauherr unstreitig noch einen Werklohnanspruch in Höhe von ca. €67.000,00. Der Auftraggeber berief sich auf ein Zurückbehaltungsrecht, da im Zusammenhang mit der fehlerhaften Erstellung einer Drainage Mängelansprüche bestünden. Nachdem der Auftraggeber ein selbstständiges Beweisverfahren eingeleitet hatte, bestätigte der Sachverständige das Vorhandensein dieser Mängel und ermittelte den Mangelbeseitigungsaufwand mit €112.484,21.

In technischer Hinsicht trat der Auftragnehmer dem Gutachten nicht entgegen. Seine restliche Werklohnvergütung trat er an einen Dritten ab, der sodann eine Zahlungsklage einreicht.

Der Auftraggeber setzte sich gegen diese Klage zur Wehr, indem er mit den Mängelansprüchen, wie sie der Sachverständige in dem selbstständigen Beweisverfahren festgestellt hatte, aufrechnete.

Unter anderem trat der Zedent den Mängelansprüchen mit dem Argument entgegen, der Geschäftsführer des Auftraggebers habe die Bauleitung/Objektüberwachung übernommen. Der Auftraggeber habe den Auftragnehmer nicht an der fehlerhaften Ausführung der Arbeiten gehindert.

Der Bundesgerichtshof bestätigte jüngst in seinem Beschluss vom 08.09.2011 – VII ZR 153/09 – das Urteil des Oberlandesgericht München (OLG München, Urteil vom 23.06.2009 – 13 U 5313/08). Er war wie das OLG München der Auffassung, der Umstand, dass der Geschäftsführer des Auftraggebers den Auftragnehmer nicht an der fehlerhaften Ausführung der Arbeiten gehindert habe, könne den Auftragnehmer nicht, auch nicht teilweise entlasten. Der Auftragnehmer habe nämlich gegen den Bauherren keinen Anspruch darauf, dass dieser ihn bei den Bauarbeiten überwache und dadurch mangelhafte Leistungen verhindere.

KEIN ÜBERWACHUNGSANSPRUCH DES AUFTRAGNEHMERS GEGENÜBER DEM AUFTRAGGEBER

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts München stellt die Abwandlung eines Klassikers des Bauprozesses dar. Es kommt vor, dass sich Auftragnehmer damit verteidigen, der durch den Auftraggeber beauftragte objektüberwachende Architekt habe gleichermaßen den Baumangel nicht erkannt und sei gegen das Vorgehen des Auftragnehmers nicht eingeschritten. Nach ständiger Rechtsprechung ist es jedoch nicht Aufgabe des objektüberwachenden Architekten, die Interessen des Auftragnehmers wahrzunehmen. Daher entlasten Fehler des projektüberwachenden Architekten den Auftragnehmer nicht (OLG Celle, Urteil vom 02.06.2010 – 14 U 205/03).

Diese Rechtsprechung muss jedoch gleichermaßen Anwendung finden für den hier streitgegenständlichen Fall, dass der Auftraggeber selbst die Objektüberwachung wahrnimmt. Anders ist der Sachverhalt hingegen, wenn der Baumangel auf einem Planungsfehler eines vom Auftraggeber beauftragten Planers beruht. In diesem Falle können sich der objektüberwachende Architekt und das ausführende Unternehmen grundsätzlich auf mitwirkendes Verschulden des Bauherrn berufen (BGH, IBR 2009, 92).

PARALLELFALL: KEIN ÜBERWACHUNGSANSPRUCH DES AUFTRAGNEHMERS GEGENÜBER DEM OBJEKTÜBERWACHENDEN ARCHITEKTEN

RALF-THOMAS WITTMANN

II. GRUNDBUCH- UND GRUNDAKTENEINSICHT DER PRESSE

Mit Beschluss vom 17.08.2011 (V ZB 47/11) entschied der BGH, dass der Presse ein (umfangreiches) Einsichtsrecht in das Grundbuch und die dazugehörigen Grundakten zustehen kann, wenn das Informationsinteresse der Presse an der Kenntnisnahme des Grundbuchinhalts gegenüber dem Recht des Eigentümers an der Geheimhaltung der grundbuchlichen Daten vorrangig ist. Dies ist der Fall, wenn die Einsichtnahme der Recherche und der Berichterstattung über eine Frage dient, die die Öffentlichkeit wesentlich angeht und die Recherche der Aufbereitung einer ernsthaften und sachbezogenen Auseinandersetzung dient.

In dem dem Urteil des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt beantragte die Herausgeberin eines Nachrichtenmagazins Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten eines Grundstücks, welches im Eigentum eines bekannten Politikers und dessen Ehefrau steht. Das Nachrichtenmagazin beruft sich auf den Verdacht, den Eheleuten seien für den Erwerb des

ABWÄGUNG ZWISCHEN GEHEIMHALTUNGSINTERESSE DES EIGENTÜMERS UND INFORMATIONSINTERESSE DER PRESSE

**EINSICHTSGESUCH AUF
JOURNALISTISCH VERWERT-
BARE INFORMATIONEN
IM SCHUTZBEREICH DER
PRESSEFREIHEIT**

Grundstücks finanzielle Vergünstigungen durch einen bekannten Unternehmer gewährt worden. Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Einsichtnahme in das Grundbuch und die Grundakten zurückgewiesen. Die Beschwerdeinstanz hat der Antragstellerin Auskunft erteilt, dass eine Eigentümergrundschild im Grundbuch eingetragen ist und im Übrigen den Antrag zurückgewiesen.

Nach Auffassung des BGH steht der Antragstellerin ein umfangreiches Einsichtsrecht in das Grundbuch und die Grundakten zu. Das für die Grundbucheinsicht erforderliche berechnigte Interesse (§ 12 Abs. 1 Satz 1 GBO) besteht deshalb, da das Einsichtsgesuch der Antragsstellerin auf die Beschaffung journalistisch verwertbarer Informationen im Zusammenhang mit dem Kauf des Grundstücks zielt und somit der von dem Schutzbereich der Pressefreiheit erfassten publizistischen Vorbereitungstätigkeit zuzuordnen ist.

**ABWÄGUNG MIT
PERSÖNLICHKEITSRECHT**

Das (Persönlichkeits-) Recht des Eigentümers tritt gegenüber dem Recht der Presse an der Kenntnisnahme des Grundbuchinhalts zurück. Angesichts der herausgehobenen politischen Stellung des Grundstückseigentümers betrifft die Recherche eine Frage, die die Öffentlichkeit wesentlich angeht. Sie dient gerade nicht dazu, eine in der Öffentlichkeit vorhandene Neugierde und Sensationslust zu befriedigen.

**EINSICHT IN ALLE
GRUNDAKTEN**

Die Einsichtnahme ist nach Auffassung des BGH auch nicht auf die an dem Grundstück bestellten Grundpfandrechte (Abt. III. des Grundbuchs) beschränkt. Vielmehr erstreckt sich das Einsichtsrecht auf den gesamten Inhalt des Grundbuchs und sämtliche Grundakten. Eine Vorauswahl des Grundbuchamts bzw. der Gerichte über relevante oder nicht relevante Inhalte des Grundbuchs kommt damit nicht in Betracht. Aus diesem Grunde ist die Antragstellerin auch berechnigt, in sämtliche Grundakten Einsicht zu nehmen.

PRAXISHINWEIS



Durch die Einsicht in das Grundbuch können spezielle persönliche Daten des Grundstückseigentümers – wie beispielsweise das Bestehen von Bankverbindlichkeiten oder Ähnliches – bekannt werden. Aus diesem Grunde setzt die Grundbucheinsicht ein berechnigtes Interesse des Einsichtnehmenden voraus. Unzureichend für das Vorliegen eines berechnigten Interesses ist die bloß aus Neugierde oder zu unbefugten Zwecken beantragte Einsichtnahme. Einen Interessenten, der im Wege der Grundbucheinsicht nur den Namen des Grundstückseigentümers erfahren will, um mit ihm wegen eines eventuellen Verkaufs des Grundstücks Verbindung aufzunehmen, hat gleichfalls kein berechnigtes Interesse. Bei der Einsichtnahme in das Grundbuch durch die Presse ist das allgemeine Informationsinteresse der Presse gegenüber dem Recht des Grundstückseigentümers an der Geheimhaltung der Daten abzuwägen. Das Einsichtnahmerecht der Presse überwiegt, wenn die Einsichtnahme der Berichterstattung über eine die Öffentlichkeit wesentlich interessierende Frage dient.

DR. RAINER BURBULLA

D. ARBEITSRECHT

URLAUBSABGELTUNGSANSPRÜCHE IM ERBFALL

Mit Urteil vom 20.09.2011 – 9 AZR 416/10 – hat das BAG entschieden, dass Urlaubsabgeltungsansprüche nicht vererblich sind.

In dem zugrunde liegenden Fall war ein Kraftfahrer seit April 2008 bis zu seinem Tod durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Urlaub konnte daher in den Jahren 2008 und 2009 nicht

gewährt werden. Nachdem das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin (Beklagte) mit dem Tod des Kraftfahrers geendet hatte, verlangte die Klägerin als Erbin von der Beklagten Abgeltung des in 2008 und 2009 nicht gewährten Urlaubes.

Nachdem das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hatte, jedoch das Landesarbeitsgericht eine Abgeltung von 35 Urlaubstagen in Höhe von €3.230,00 brutto zugesprochen hatte, entschied der Senat des BAG, dass mit dem Tod des Arbeitnehmers der Urlaubsanspruch erlischt. Der Urlaubsanspruch wandelt sich daher nach dem Tod des Arbeitnehmers nicht nach § 7 Abs. 4 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) in einen Abgeltungsanspruch um.

**ERLÖSCHEN DES ABGELTUNGS-
ANSPRUCHS MIT DEM TOD DES
ARBEITNEHMERS – KEINE UM-
WANDLUNG IN GELDANSPRUCH**

Der Entscheidung des BAG ist Recht zu geben. Bei dem Urlaubsanspruch handelt es sich um einen höchstpersönlichen Anspruch, der nur dem Arbeitnehmer in Person zugutekommen soll. Erben sollen von einem solchen Urlaubsanspruch nicht profitieren können.

PRAXISHINWEIS

JOHANNA WESTERMEYER

E. GEWERBLICHES MIETRECHT

I. KÜNDIGUNG GEGENÜBER EINER (AUSSEN-) GbR

Mit Urteil vom 23.11.2011 (XII ZR 210/09) entschied der BGH, dass es bei der Kündigung gegenüber einer (Außen-) GbR ausreichend ist, wenn die Kündigung gegenüber der Gesellschaft erklärt wird und die Kündigungserklärung einem vertretungsberechtigten Gesellschafter zugeht.

**KÜNDIGUNGSERKLÄRUNG
GEGENÜBER DER GESELL-
SCHAFT UND ZUGANG BEI
VERTRETUNGSBERECHTIGTEM
GESELLSCHAFTER**

In dem dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt kündigte die Klägerin einen mit einer Gemeinschaft von Bürgern (§§ 266 ff. ZGB-DDR) bestehenden Garagennutzungsvertrag. Die Klägerin ließ die Kündigung allen ihr bekannten Mitgliedern der Gemeinschaft zustellen. Eine Zustellung gegenüber allen tatsächlich vorhandenen Mitgliedern erfolgte nicht. Auch erfolgte keine Zustellung der Kündigung gegenüber der Gemeinschaft als solcher.

**GARAGENNUTZUNGSVERTRAG
ALS MIETVERTRAG**

Der BGH hält die Kündigung für wirksam. Er betrachtet den Garagennutzungsvertrag als Mietvertrag und wendet auf die Gemeinschaft von Bürgern die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts an (§ 4 Abs. 2 Satz 2 SchuldrechtsAnpG). Aufgrund ihrer Teilnahme am Rechtsverkehr wertet sie der BGH als Außen-GbR.

**GRUNDSATZ DER GbR: KÜNDI-
GUNGSERKLÄRUNG VON ALLEN
UND AN ALLE GESELLSCHAFTER
– AUSNAHME AUSSEN-GbR**

Bei der GbR als Personenmehrheit ist es erforderlich, dass die Kündigungserklärung von und gegenüber allen Gesellschaftern abgegeben wird. Bei der Außen-GbR gilt hierbei eine Ausnahme. Ausreichend ist nach Auffassung des BGH der Zugang der Kündigungserklärung gegenüber einem vertretungsberechtigten Gesellschafter, wenn sich aus der Kündigung entnehmen lässt, dass das Mietverhältnis mit der Gesellschaft gekündigt werden soll.

Bei der Kündigung gegenüber einer GbR sollte der Kündigende die Kündigung möglichst allen Gesellschaftern zustellen lassen. Ausreichend ist nach Auffassung des BGH zwar der Zugang der Kündigungserklärung gegenüber einem vertretungsberechtigten Gesellschafter. Da bei der GbR allerdings kein dem Handelsregister entsprechendes Register existiert, kann die Ermittlung der Vertretungsberechtigung eines Gesellschafters schwierig und zum Beispiel im Hinblick auf (nachträgliche) abweichende Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander ungewiss sein.

PRAXISHINWEIS

DR. RAINER BURBULLA

**HÖHERE MIETE FÜR EINZEL-
FLÄCHE ALS MARKTÜBLICHE
MIETE DURCH WERTSICHER-
UNGSKLAUSEL**

**VORAUSSETZUNG FÜR
SITTENWIDRIGKEIT „MISS-
VERHÄLTNIS“ UND „WEITERE
SITTENWIDRIGE UMSTÄNDE“**

**KEINE VERTRAGSANPASSUNG
DURCH GESCHÄFTSGRUND-
LAGENENTWICKLUNG –
RISIKOSPHÄRE DES MIETERS**

PRAXISHINWEIS

**II. KEINE SITTENWIDRIGKEIT ALLEIN BEI MISSVERHÄLTNISSEN ZWISCHEN VEREIN-
BARTER UND MARKTÜBLICHER MIETE**

Mit Beschluss vom 28.07.2011 (24 U 35/11) entschied das OLG Düsseldorf, dass die Vereinbarung über eine (überhöhte) Miete nicht schon deshalb sittenwidrig und damit nichtig ist, wenn zwischen der vereinbarten und der marktüblichen Miete ein auffälliges Missverhältnis besteht. Hinzu kommen muss eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten.

In dem dem Beschluss des OLG Düsseldorf zugrunde liegenden Sachverhalt schlossen die Parteien einen Mietvertrag über eine Eisdielen in einem Einkaufszentrum. Sie trafen im Mietvertrag eine Vereinbarung zur Wertsicherung, nach der der Vermieter die Miete in einem bestimmten Rahmen erhöhen konnte. Nach einer vom Vermieter auf dieser Basis erfolgten Mieterhöhung stieg die Miete um 21,00 €/m² auf 51,34 €/m² und überstieg damit die von den weiteren Mietern im Einkaufszentrum zu zahlende Miete – und damit die marktübliche Miete – von ca. 21,00 bis 45,00 €/m². Der Mieter beruft sich auf Sittenwidrigkeit und begehrt eine Anpassung der Miete an die marktübliche Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist die Vereinbarung über die Miete weder sittenwidrig noch führt die Mieterhöhung zu einer Störung der Geschäftsgrundlage.

Eine Vereinbarung der Parteien über die Miethöhe ist dann sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB), wenn sie in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung der Gebrauchsüberlassung steht und wenn weitere sittenwidrige Umstände hinzukommen, beispielsweise eine „verwerfliche Gesinnung“ des durch den Vertrag objektiv Begünstigten oder eine Ausnutzung der Un- erfahrenheit des Vertragspartners (vgl. grundlegend BGH, Urt. v. 28.04.1999 – XII ZR 150/97).

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf fehlte es im zugrunde liegenden Sachverhalt an der zweiten Voraussetzung der Sittenwidrigkeit, der verwerflichen Gesinnung des Begünstigten. Aus einem auffälligen Missverhältnis zwischen der vereinbarten und der marktüblichen Miete kann nach Auffassung des Senats gerade nicht auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten geschlossen werden. Vielmehr müsse im Streitfall tatrichterlich festgestellt werden, ob der wirtschaftlich oder intellektuell Überlegene die schwächere Position seines Vertragspartners bewusst zu seinem eigenen Vorteil ausgenutzt hat. Der Umstand, dass der Vermieter anderen Mietern im Einkaufszentrum Nachlässe gewährt und mit nachträglich eingezogenen Mietern niedrigere Mietvereinbarungen getroffen hat, genügt zu einer derartigen Ausnutzung nicht.

Auch stehe dem Mieter kein Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage zu, weil sich die mietvertraglich geschuldete Miete über die marktübliche Miete hinaus entwickelt hat. Entscheidend stellt das OLG Düsseldorf auf die jeweiligen Risikosphären im Gewerberaummietrecht ab. Das Risiko, dass sich die vertraglich vereinbarte Miete von der marktüblichen Miete wegentwickelt, liegt bei der Partei, die sich auf die vertraglichen Regelungen zur Miete eingelassen hat.

Um das Risiko eines (erheblichen) Auseinanderfallens der vertraglich geschuldeten Miete von der marktüblichen Miete während einer langen Vertragslaufzeit zu vermeiden, können die Parteien eine sog. Marktmietklausel im Mietvertrag vereinbaren. Bei Vereinbarung einer solchen Klausel im Mietvertrag müssen die Parteien nach einer gewissen Vertragslaufzeit (z.B. nach

Ablauf der Festmietzeit oder Eingreifen einer Option auf Vertragsverlängerung) die Miete prüfen und ggf. über die Miete auf der Grundlage der dann geltenden Marktmieten neu verhandeln.

DR. RAINER BURBULLA

F. ÖFFENTLICHES RECHT

I. AGGLOMERATION VON EINZELHANDELSBETRIEBEN MIT EINER VERKAUFSFLÄCHE VON INSGESAMT 3.360 M² ALS EINKAUFSZENTRUM IM SINNE VON § 11 ABS. 3 BAUNVO

Das OVG Koblenz hatte in einer aktuellen Entscheidung (Urteil vom 03.11.2011 – 1 A 10270/11) darüber zu befinden, ob die Erweiterung einer Ansammlung mehrerer kleinflächiger Einzelhandelsbetriebe in Nievern planungsrechtlich zulässig ist. Im dortigen Gewerbegebiet „Maaracker“ sind bereits ein Lebensmittel-Supermarkt mit ca. 800 m² Verkaufsfläche, ein Dänisches Bettenlager mit 451 m² Verkaufsfläche, ein Drogeriemarkt sowie ein weiterer Einzelhandelsbetrieb vorhanden.

Der Eigentümer beantragte nunmehr die zusätzliche Baugenehmigung für die Errichtung eines Textil- und eines Schuhmarktes. Gegen die erteilte Baugenehmigung ging die Nachbarstadt Bad Ems vor – mit Erfolg. Gemäß dem VG Koblenz (Urteil vom 23.09.2010 – 7 K 220/10.KO) konnte die Stadt Bad Ems die Genehmigung erfolgreich anfechten, da sie u. a. in ihrem Recht auf interkommunale Abstimmung verletzt worden ist. Denn vorliegend sei mit den beiden weiteren Einzelhandelsbetrieben im Ergebnis die sukzessive Errichtung eines Einkaufszentrums im Sinne von § 11 Abs. 3 BauNVO genehmigt worden, welches nur in einem Sondergebiet in Abstimmung mit den Nachbargemeinden zugelassen werden könne.

Diese Entscheidung hat das OVG Koblenz nunmehr bestätigt: Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt ein Einkaufszentrum dann vor, wenn eine räumliche Konzentration von Einzelhandelsbetrieben verschiedener Art und Größe vorliegt, die entweder einheitlich geplant ist oder sich doch in anderer Weise als „gewachsen“ darstellt. Dem entspreche es, dass Vorhaben in Nievern als Einkaufszentrum in diesem Sinne einzuordnen: Die Einzelhandelsbetriebe sind von dem Eigentümer des Geländes auf dem in Rede stehenden Areal einheitlich geplant, finanziert und sukzessive verwirklicht worden. Die Betriebe befinden sich auf einem inselartigen gemeinsamen Areal, das nur über eine einheitliche Zufahrt zu erreichen ist, sie sind ohne Einhaltung von Abständen aneinander gebaut bzw. sollen so errichtet werden und sind zudem um einen gemeinsamen Parkplatz angeordnet. Damit aber trete der Gebäudekomplex aus Kundensicht als miteinander verbunden in Erscheinung und sei damit als Einkaufszentrum anzusehen. Dem stehe schließlich auch nicht die verhältnismäßig geringe Gesamtgröße von 3.360 m² Verkaufsfläche entgegen. Denn eine Mindestgröße der Verkaufsfläche sei für ein Einkaufszentrum gesetzlich nicht definiert. Zu verlangen sei eine Größe, die deutlich über die von großflächigen Einzelhandelsbetrieben nach § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauNVO hinausgehe (800 m² Verkaufsfläche, Vermutung erheblicher Fernwirkungen ab 1.200 m² Geschossfläche). Diesem Erfordernis sei bei dem Projekt in Nievern bei 3.360 m² Verkaufsfläche ausreichend Rechnung getragen.

Wie die Entscheidung zeigt, können je nach Einzelfall auch verhältnismäßig kleine Ansammlungen von Einzelhandelsbetrieben planungsrechtlich als Einkaufszentren eingeordnet werden. Das OVG Koblenz hat darüber hinaus noch einmal unterstrichen, dass ein Einkaufszentrum

ANFECHTUNG DER ZUSÄTZLICHEN GENEHMIGUNG FÜR FACHMARKT DURCH NACHBARGEMEINDE

BEGRIFF DES EINKAUFSZENTRUMS – KEINE MINDESTGRÖSSE DER VERKAUFSFLÄCHE

PRAXISHINWEIS: MÖGLICHE SUKZESSIVE ENTWICKLUNGEN ZUM EINKAUFSZENTRUM

auch sukzessive entwickelt und eine Ansammlung voneinander unabhängiger Betriebe zu einem solchen zusammenwachsen kann. Die von dem Bauherrn vorgesehene „Salami-Taktik“ ist in Nievern nicht aufgegangen.

ISABEL GUNDLACH

**NACH GUTACHTERANALY-
SE KEINE UNZUMUTBAREN
STÄDTEBAULICHEN AUSWIR-
KUNGEN AUF NACHBARSTÄDTE**



**PRAXISHINWEIS: METHODISCH
ÜBERZEUGENDE GUTACHTER-
PROGNOSE ÜBER UMSATZUM-
VERTEILUNGEN**

II. EILANTRÄGE GEGEN MÖBELMÄRKTE IN GÜTERSLOH BLEIBEN ERFOLGLOS

Mit Entscheidungen vom 28.10.2011 lehnte das OVG Münster den begehrten Eilrechtsschutz Bielefelds und Rheda-Wiedenbrücks gegen die von der Stadt Gütersloh erteilten Baugenehmigung zum Neubau zweier Möbelmärkte ab (2 B 1037/11, 2 B 1049/11). Auch die Anträge der beiden Nachbarstädte, den zugrundeliegenden Bebauungsplan einstweilig außer Vollzug zu setzen, blieben ohne Erfolg (2 B 1078/11.NE, 2 B 1172/11.NE).

Es ging um die Ansiedlung zweier Möbelmärkte mit maximal 29.500 m² bzw. 4.000 m² Verkaufsfläche auf einem innenstadtnahen, brachliegenden ehemaligen Gewerbeareal in Gütersloh. Wie das OVG Münster festhielt, sind weder die Baugenehmigungen für die Möbelmärkte noch der zugrundeliegende Bebauungsplan zu beanstanden. Der Bebauungsplan verfüge über ein von nachvollziehbaren städtebaulichen Gründen getragenes Plankonzept. Unzumutbare städtebauliche Auswirkungen zulasten der Nachbarstädte seien ausweislich der vorliegenden, methodisch nicht zu beanstandenden Einzelhandelsuntersuchung nicht zu ersehen. Die Planrealisierung durch die Errichtung der beiden Möbelhäuser sei von den Nachbarkommunen daher hinzunehmen.

Im entschiedenen Zusammenhang waren die vom Gutachter prognostizierten Umsatzumverteilungen, die das OVG Münster für methodisch überzeugend erarbeitet hielt, nicht so hoch, dass eine Verletzung der Nachbarkommunen gegeben war. Es zeigt sich: Handwerklich und methodisch einwandfreie Grundlagenerarbeitungen sind der Schlüssel zu einer erfolgreichen Einzelhandelsansiedlung.

ISABEL GUNDLACH

G. VERFAHRENSRECHT

I. BEIBEHALTUNG DES BESONDEREN RICHTSSTANDS DES ERFÜLLUNGORTS AUCH BEI NACHTRÄGLICHEM WOHNSITZWECHSEL – KEINE BINDUNG AN VERWEI- SUNGSBESCHLÜSSE BEI VERFAHRENSFEHLERN

Die Zivilprozessordnung bestimmt sogenannte Allgemeine Gerichtsstände, Besondere Gerichtsstände und Ausschließliche Gerichtsstände. Zu den Besonderen Gerichtsständen zählt unter anderem der Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Gemäß § 29 Abs. 1 ZPO ist bei Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis über dessen Bestehen das Gericht des Ortes zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

**ALLGEMEINE UND BESONDERE
GERICHTSSTÄNDE**

**ZUSTÄNDIGKEITSBESTIMMUNG
DURCH OLG TROTZ VERWEI-
SUNGSBESCHLUSSES – WEGEN
VERFAHRENSFEHLER VORRANG
DES BESONDEREN RICHTS-
STANDES DES ERFÜLLUNGORTES**

In einem jüngst veröffentlichten Beschluss (21.10.2011 – 31 Sa 72/11) hatte sich das Oberlandesgericht Hamm mit folgender Frage auseinanderzusetzen: Der Kläger nahm den beklagten Makler auf Schadensersatz in Anspruch. Tatsächlich war der Beklagte zwischenzeitlich in den Sprengel des Amtsgerichts Andernach verzogen. Das Amtsgericht Essen erklärte sich hiernach für unzuständig und verwies den Rechtsstreit an das Amtsgericht Andernach. Das Amtsgericht Andernach erklärte sich seinerseits für unzuständig und bat das Oberlandesgericht Hamm gem. § 36 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2 ZPO um Zuständigkeitsbestimmung.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm war als zuständiges Gericht das Amtsgericht Essen zu bestimmen. Gegenstand des Rechtsstreits waren Schadensersatzansprüche des Klägers wegen einer behaupteten Verletzung der Pflichten aus dem Maklervertrag durch den Beklagten. Erfüllungsort für die nach Auffassung des Klägers verletzte Aufklärungs-, Hinweis- und Kontrollpflichten des Maklers ist gem. § 269 Abs. 1, 2 BGB regelmäßig dessen Wohn- und Geschäftssitz zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses. Da zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Essen Sitz des Beklagten war und Erfüllungsort der verletzen primären Leistungspflicht, resultiert nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm eine Zuständigkeit des Amtsgerichts Essen auch für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch gemäß § 29 ZPO. An der Zuständigkeit des Amtsgerichts Essen änderte sich auch daran nichts, dass der Beklagte nach Vertragsschluss in den Sprengel des Amtsgerichts Andernach umzog.

Um eine endlose Verweisung zwischen verschiedenen Gerichten zu vermeiden, bestimmt § 281 Abs. 2 Satz 4 ZPO, dass der Beschluss, durch den das zunächst angerufene Gericht sich für unzuständig und an das Folgericht verweist, für das Verweisungsgericht bindend ist. Grundsätzlich hätte das Amtsgericht Andernach daher den Rechtsstreit nicht wieder zurückverweisen dürfen an das Oberlandesgericht Hamm.

PRAXISHINWEIS

Tatsächlich hatte jedoch der Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts Essen ausnahmsweise keine Bindungswirkung. Denn der Beschluss, so das OLG Hamm, habe auf einer Verletzung rechtlichen Gehörs beruht.

WIRKSAMKEIT VON VERWEISUNGSBESCHLÜSSEN

Zutreffend habe das Amtsgericht Andernach festgestellt, dass das Amtsgericht Essen dem Beklagten mit Verfügung vom 06.07.2011, die dem Beklagten am 14.07.2011 zugestellt worden ist, eine Stellungnahmefrist von 10 Tagen einräumte, dessen ungeachtet jedoch die Stellungnahme erst gar nicht abwartete, sondern bereits am 15.07.2011 den Verweisungsbeschluss erließ.

Dies war nach Auffassung des OLG Hamm ein Grund, die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses zu versagen.

RALF-THOMAS WITTMANN



II. FERNBLEIBEN VOM VERHANDLUNGSTERMIN – SANKTIONEN GEGENÜBER EINEM GMBH-GESCHÄFTSFÜHRER

Gemäß § 278 Abs. 1 ZPO soll im Falle eines Zivilrechtsstreits das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein. Gemäß § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Gericht im Rahmen der mündlichen Verhandlung das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen.

Vor diesem Hintergrund kommt es in der Gerichtspraxis regelmäßig vor, dass das Gericht zur ersten mündlichen Verhandlung (oder auch zu folgenden Verhandlungen) das persönliche Erscheinen der Parteien anordnet. Handelt es sich bei einer Prozesspartei um eine GmbH, so lädt das Gericht regelmäßig den Geschäftsführer als deren gesetzlichen Vertreter.

ANORDNUNG DES PERSÖNLICHEN ERSCHEINENS EINES GESCHÄFTSFÜHRERS EINER GMBH

Die Anordnung des persönlichen Erscheinens ist sehr ernst zu nehmen. Denn gegen eine fernbleibende Partei kann ein Ordnungsgeld verhängt werden.

Genau dies geschah in einer Entscheidung des Landgerichts Dresden. Dort bestimmte das erstinstanzliche Gericht gegen die fernbleibende Geschäftsführerin ein Ordnungsgeld in Höhe von €240,00.

Die Geschäftsführerin legte hiergegen Beschwerde ein.

**FESTSETZUNG EINES ORD-
NUNGSGELDES GEGEN DIE
GMBH – NICHT DEN GE-
SCHÄFTSFÜHRER**

Die Beschwerde hatte Erfolg, aber vermutlich nicht mit der von ihr gewünschten Rechtsfolge. Das Oberlandesgericht bestätigte sehr wohl die Berechtigung zur Verhängung eines Ordnungsgeldes. Allerdings war das Oberlandesgericht der Auffassung, dass sich die Anordnung der Teilnahme an der Verhandlung an die juristische Person und nicht an den Geschäftsführer persönlich richtet. Das Ordnungsgeld habe daher nicht gegen die Geschäftsführerin persönlich, sondern nur gegen die GmbH verfügt werden dürfen (OLG Dresden, Beschluss vom 02.11.2011 – 5 W 1069/11).

**PRAXISHINWEIS: NOTWENDIG-
KEIT DER BESTELLUNG EINES
QUALIFIZIERTEN TERMINVER-
TRETERS**

Nicht selten kommt es vor, dass der Geschäftsführer zeitlich verhindert ist oder aber zur Aufklärung des Sachverhalts nichts beitragen kann. In diesem Falle empfiehlt es sich, entweder das erkennende Gericht zu bitten, von der Anordnung des persönlichen Erscheinens abzu- sehen oder aber, mit einer entsprechenden Vollmacht ausgestattet, einen sog. Terminvertreter in die mündliche Verhandlung zu entsenden. Dieser muss allerdings zur Aufklärung des Tat- bestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss ermächtigt sein, § 141 Abs. 3 ZPO.

RALF-THOMAS WITTMANN

**IMPRESSUM
HERAUSGEBER**

Grooterhorst & Partner
Rechtsanwälte
Königsallee 53–55
40212 Düsseldorf
Tel. +49(0)211/864 67-0
Fax +49(0)211/13 13 42
info@grooterhorst.de
www.grooterhorst.de

TERMINE

**09. MAI
2012**

Crenet Frühjahrskonferenz 2012, in 28217 Bremen,
H. Siedentopf (GmbH & Co. KG), Lloydstraße 4-6
Rechtliche Rahmenbedingungen bei der
Revitalisierung von Industrieanlagen
Referent Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst,
Partner, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

**14. JUNI
2012**

IREBS Immobilienakademie GmbH, in Eltville,
Kloster Eberbach
Intensivstudium Handelsimmobilien
Grundlagen Mietrecht für Handelsimmobilien
Referent Rechtsanwalt Dr. Rainer Burbulla,
Partner, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

**29. JUNI
2012**

ZfIR Zeitschrift für Immobilienrecht Jahrestagung,
in Frankfurt
Aktuelle Rechtsentwicklungen im Gewerbe-
mietraumrecht
Referent Rechtsanwalt Dr. Rainer Burbulla,
Partner, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

Sollten Sie Interesse haben, an einer der Veranstaltungen teilzunehmen,
sprechen Sie die Referenten an: www.grooterhorst.de