

Mieterpflichten in Nebenverträgen
- dargestellt am Beispiel von Werbegemeinschaftsverträgen -
21. Mietgerichtstag in Dortmund
Einführungsreferat zum AK 1

I. Einführung und Ausgangsfallgestaltungen

1. „Wer nicht wirbt, der stirbt“ (who does not woo dies)¹

Der Slogan ist offenbar weltweit bekannt und wird befolgt, wenn man sich die Fülle von Prospekten vor Augen führt, die einem ins Haus flattern. Die spannende Frage, ob der Satz neben der Autorität seines Urhebers viel Wahrheit auf die Waage bringt, stellt scheinbar keiner – weil ihre Antwort „ja“ so augenscheinlich ist oder man – des ausgegebenen Geldes wegen – lieber nicht tiefer nachdenken will? Die grundsätzliche Sinnfrage ist hier auch nicht zu stellen, sondern eher die operative nach der vertraglichen Gestaltung der Werbung, die sich seit etlichen Jahren bei Einkaufszentren stellt. Dabei ist als Ausgangspunkt der Überlegungen zu notieren: Was allenthalben als sinnvolles, nicht verbotenes wirtschaftliches Handeln angesehen wird, weil es letztlich dem Gesamtnutzen aller Beteiligten dient,² muss auch von der Rechtsordnung ermöglicht werden. Die Frage ist nur, wie. Dem will ich am Beispiel von Beitrittspflichten zu Werbegemeinschaften nachgehen, die in der Praxis nach wie vor im Vordergrund stehen dürften. Bei der bloßen Umlagelösung (der Vermieter lässt die koordinierte Werbung betreiben und verlangt als Betriebskostenteil einen Obolus von den Mietern) birgt letztlich gegenüber der Umlage anderer Betriebskostenteile keine Besonderheiten; wir werden nur am Ende im Rahmen des Ausblicks hierauf zurückkommen. Zur Beitrittspflicht sind jüngere Erkenntnisse des XII. Zivilsenats bekannt, die teils auf der Schnittlinie zwischen Miet- und AGB-Recht sowie Verbandsrecht angesiedelt sind. Manches scheint danach zumindest für die Praxis geklärt, etliches ruft zum weiteren Nachdenken auf.

2. Die Fälle

Lassen Sie uns die Fragen anhand dreier Beispielsgestaltungen angehen:

a) Im Einkaufszentrum X ist eine Werbegemeinschaft gebildet, die aus dem Betreiber und den jeweiligen Mietern besteht. Im Mietvertrag, den M abschließen möchte, heißt es in einer mit

¹ Der Ausspruch wird dem amerikanischen Industriellen *Henry Ford* (1863-1947) zugeschrieben.

² *Joachim*, Anm. zu BGH NJW 2006, 3057, spricht davon, dass eine „funktionierende Werbegemeinschaft ... ein integraler Bestandteil eines jeden Center-Vermarktungskonzepts“ sei.

„Werbegemeinschaft“ überschriebenen Klausel: Der Mieter verpflichtet sich, der im Centrum gebildeten Werbegemeinschaft **GbR/eV/neV** beizutreten. Es folgen Regelungen über eine nach Mietfläche gestaffelte Beitragspflicht. Die Mitgliedschaft ist bei bestehendem Mietverhältnis nicht kündbar.

Sofern der Mieter der Werbegemeinschaft nicht beitrifft, ist er zur Zahlung einer in Abhängigkeit der gemieteten Fläche zur angegebenen Gesamtmietfläche des Centers stehenden Umlage an den Vermieter verpflichtet. (Hier wird auch der Frage nachzugehen sein, was gilt, wenn dieser letzte Satz der Klausel fehlt.)

b) Die Regelung ist unter „Sonstiges und Schlussbestimmungen“ im Zusammenhang mit der Benennung von Personen, die oder denen gegenüber Vertragserklärungen abgegeben werden können, und einer Salvatorischen Klausel untergebracht.

c) Macht es einen Unterschied, wenn der Vermieter eine entsprechende Regelung nicht in den Mietvertrag aufgenommen hat, diesen aber nur abzuschließen bereit ist, wenn der Mieter zeitgleich mit dem Abschluss des Mietvertrags eine Beitrittserklärung zur Werbegemeinschaft (in den zuvor genannten Rechtsformvarianten) abgibt.

II. Vorfrage: Wer ist eigentlich für die Werbung zuständig

Einschlägige Veröffentlichungen zur mietrechtlichen Sonderlage in Einkaufszentren streichen die Notwendigkeit eines gemeinschaftlichen Werbeauftritts für derartige Veranstaltungen heraus. Noch relativ nüchtern formuliert, kann man nachlesen: „Bei Einkaufszentren vermag die bloße Eigenwerbung einzelner Mieter oft nicht die langfristige Anziehungskraft der Zentren sicherzustellen. Um die Attraktivität des Einkaufszentrums zu erhalten und zu steigern, sehen die Betreiber solcher Zentren deshalb aus Gründen der besseren Vermarktung regelmäßig vor, daß sich die Mieter des Zentrums zum Zwecke gemeinsamer Verkaufsförderungs- und Werbemaßnahmen zusammenschließen.“³ Andernorts heißt es, zum „Gelingen eines Einkaufszentrums“ leiste die gemeinsame Bewerbung einen maßgeblichen Beitrag, ja es gebe eine „zwingende Notwendigkeit“ zu gemeinsamen Werbemaßnahmen.⁴ Ähnlich formuliert soll ein „attraktives und funktionierendes Shopping-Center“ darauf basieren, „dass es als Ganzes Werbung betreibt und im Erscheinungsbild auftritt, um so Kunden derart anzusprechen, dass diese sich mit ‚ihrem‘ Shopping-Center identifizieren, dieses aufsuchen, dort verweilen und Konsum tätigen.“⁵ In der Tat, die beobachtete Lebenswirklichkeit in derartigen Einkaufszentren bestätigt den

³ So wörtlich bei *Lindner-Figura*, NZM 1999, 738.

⁴ *Bieber/Eupen*, Mietrecht in Einkaufszentren und anderen Spezialimmobilien, 2010, Teil B XII. Rn. 1.

⁵ *Joachim*, NZM 2000, 785 (798).

literarischen Befund. Die Werbung ist einheitlich, der Internetauftritt verspricht ein „rundum-Angebot“ mit einheitlichen Öffnungs- und Schließzeiten und was sonst der Kunde begehrt.

Wenn nun das einheitliche Werbeverhalten offenbar doch „existentiell“ ist für die Betreiber und Mieter derartiger Center, könnte man auf die Idee kommen, dass die Werbung zur Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 BGB gehört. Denn ebenso wie dies bei dem Schutz vor Konkurrenz angenommen wird,⁶ könnte die einheitliche Bewerbung erst die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache herbeiführen. Soweit ersichtlich, wird die Parallele aber nicht gezogen, sondern angenommen, dass die Bewerbung des Centers nicht zu den originären Vermieterpflichten aus § 535 Abs. 1 BGB zu rechnen ist.⁷ Das verwundert auf den ersten Blick: Die (ungeschriebene) Konkurrenzschutzverpflichtung des Vermieters wird in § 535 Abs. 1 BGB angesiedelt, weil zu den Eigenschaften der Mietsache nicht nur ihre physischen Bedingungen zählen, sondern „auch die tatsächlichen Zustände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen. Dazu gehören auch Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen.“⁸ Man könnte nun annehmen, dass es letztlich keinen systematisch bedeutsamen Unterschied machen könne, ob der Gebrauch der Mietsache durch Konkurrenz oder durch Nicht-Bewerbung gestört wird. Allerdings liegt der Grund des Konkurrenzschutzes eben darin, dass durch eine Konkurrenzsituation der Gebrauch der Mietsache behindert wird und es im Einzelfall eine Frage der Abwägung ist, wie weit der Mieter derartigen Störungen entgegenwirken kann oder sie hinzunehmen hat. Bei der Bewerbung des Objekts geht es aber nicht um Störungen, sondern darum, dass durch sie Geschäftschancen eröffnet werden. Das ist aber nicht mehr Aufgabe des Vermieters, auch wenn er als Betreiber des Centers natürlich von einem einheitlichen Werbeauftritt mindestens ebenso profitiert wie der einzelne Mieter auch. Eine Zuweisung der Bewerbung des Centers in den Rahmen der Pflichten des Vermieters aus § 535 Abs. 1 BGB kann also bei genauem Hinsehen nicht vorgenommen werden, was für die weiteren, auch AGB-rechtlichen Überlegungen zu notieren ist.

III. Werbegemeinschaft in der Rechtsprechung des BGH

1. BGH NJW 1979, 2304

Der BGH hatte sich, soweit ersichtlich, erstmals im Jahr 1979 mit einer Kombination von Mietvertrag und Werbegemeinschaft in einem Einkaufszentrum zu befassen gehabt. Diese war zunächst jedenfalls in der Rechtsform eines nicht eingetragenen Vereins verfasst, im weiteren Verlauf scheint man sich das überlegt und eher als GbR aufgefasst zu haben. Der Mietvertrag war schon 1970 geschlossen

⁶ BGH NJW 1978, 585 (586); BGH NZM 2013, 52 Rn. 35 ff.

⁷ *Lehmann-Richter*, ZMR 2017, 861.

⁸ So wörtlich in BGH NZM 2013, 52 Rn. 30.

worden, in demselben Jahr erfolgte der Beitritt zur Werbegemeinschaft neV.⁹ So alt ist das Phänomen also schon. Damals hatte der BGH meines Erachtens mit einem „Trick“ vermieden, sich Gedanken über die Zulässigkeit einer Beitrittspflicht zu machen. Es heißt in den Urteilsgründen dazu, die Mieterin habe „sich wie ein Mitglied verhalten“, so dass die „Rechtsverbindlichkeit der in der Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag enthaltenen Beitrittsverpflichtung ... nicht erörtert zu werden“ brauche.¹⁰ Gegenstand dieser Entscheidung war nur noch die Frage, ob die Koppelung der Verbandsmitgliedschaft an die Dauer des Mietvertrags an § 723 BGB oder an dem zwingenden § 39 Abs. 2 BGB zu messen ist, wobei der BGH nach einigem argumentativen Hin-und-Her im Hinblick auf die Besonderheiten des Verbands § 723 BGB für einschlägig gehalten hat. Wir werden darauf zurückkommen.

2. BGH NZM 2006, 775

Erst in neuerer Zeit ist die Verpflichtung des Gewerberaummieters zum Beitritt in eine – wie auch immer verfasste – Werbegemeinschaft „ins Gerede gekommen“ und wieder ist es vor allem das AGB-Recht, das zum Fallstrick der Vertragsgestaltung werden kann. Ausgangspunkt der Betrachtung ist zunächst das Urteil des BGH vom 12.7.2006.¹¹ Der BGH hatte die Verpflichtung der Mieter eines Einkaufszentrums, auf Verlangen der Vermieterin einer Werbegemeinschaft beizutreten, nicht als überraschend (§ 305c Abs. 1 BGB) und auch nicht per se als unangemessen angesehen; im konkreten Fall war die Werbegemeinschaft aber in der Rechtsform einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft verfasst, woran der BGH die Beitrittsverpflichtung scheitern ließ, denn diese Rechtsform zieht die persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in entsprechender Anwendung der §§ 128 ff. HGB nach sich, da es sich um eine vermögenstragende Außen-GbR handelt.¹² Im übrigen fehlte jede Eingrenzung der auf den einzelnen Mieter/Gesellschafter zukommenden Kosten, da nach der Klausel der Vermieter „die Details“ festlegt.¹³

3. BGH NZM 2016, 520

Rund 10 Jahre später wird die Entscheidung zweifach bestätigt. Im Urteil vom 13.4.2016¹⁴ hat der BGH die Beitrittsverpflichtung zu einer in der Rechtsform eines eV verfassten Werbegemeinschaft abgesegnet, weil ja bekanntermaßen die Mitglieder des Vereins für die Verbandsverbindlichkeiten nicht einzustehen haben. Da die Höhe der monatlichen Beiträge in der Satzung des Vereins in absoluten Zahlen angegeben war, sah der BGH auch insofern keinen Anlass zu (Transparenz-) Bedenken.

⁹ BGH NJW 1979, 2304.

¹⁰ BGH NJW 1979, 2304 f.

¹¹ NZM 2006, 775 = NJW 2006, 3057 m. Anm. *Joachim* und *Hau*, LMK 2006, 196761.

¹² Seit BGHZ 146, 341 gefestigte Rechtsprechung.

¹³ Man fragt sich bisweilen, was Klauselgestalter sich denken.

¹⁴ NZM 2016, 520 m. Anm. *Burbulla*.

4. BGH NZM 2016, 683

In der zweiten Entscheidung aus dem Jahr 2016 zum Thema Werbegemeinschaft¹⁵ wird das Gesellschaftsrecht zu einer Klärung herangezogen, die manch einen überrascht haben mag, der Sache nach aber konsequente Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft darstellt. Der Sachverhalt unterschied sich insofern von der 2006-er Entscheidung, als hier keine mietvertragliche Verpflichtung zum Beitritt in eine Werbegemeinschaft bestand, sondern ein paralleler Abschluss von Mietvertrag und Beitrittsvertrag vom Vermieter vorgegeben war. Identisch war, dass in beiden Fällen der Verband in die Rechtsform der GbR gekleidet war. Der BGH ließ dahinstehen, ob die Gestaltung eine Umgehungsgestaltung nach § 306a BGB darstellt und damit unwirksam ist. Denn bei unterstellter Umgehung und daraus abzuleitender Unwirksamkeit der Beitrittsvereinbarung handelte es sich um einen „fehlerhaften Beitritt“, der nach der hierauf anzuwendenden Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft¹⁶ nicht zur Nichtigkeit der Beitrittsvereinbarung von Anfang an führt, sondern nur ein Sonderkündigungsrecht ex nunc nach sich zieht. Alles, was an Rechten und Pflichten bis zur Wirksamkeit der Kündigung entstanden ist, bleibt von ihr - wie stets – unberührt. Voraussetzung für die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Beitritt ist nur, dass der Beitritt „in Vollzug gesetzt worden ist“, dass also der Gesellschafter Beiträge entrichtet und Gesellschafterrechte wahrgenommen hat, denn dann sind Rechtstatsachen geschaffen, über die sich die Rechtsordnung nicht – via Nichtigkeit – hinwegsetzen kann.¹⁷ Negative Anwendungsvoraussetzung ist, dass die Aufrechterhaltung des Verbands auf fehlerhafter Grundlage nicht in Konflikt gerät mit höherrangigen rechtlichen Wertvorstellungen, was aber – das kann hier kurz gemacht werden – bei der AGB-rechtlich begründeten Fehlerhaftigkeit nicht anzunehmen ist. Selbst gegenüber dem aufgrund Widerrufsfehlers nach verbraucherrechtlichen Bestimmungen unwirksamen Beitritt zur Gesellschaft setzt sich die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft durch.¹⁸ Dann kann aber für den unternehmerischen Klauselkontrollbereich schwerlich ein höheres Schutzniveau reklamiert werden.

IV. Konsequenzen aus der Rechtsprechung für die Gestaltung

In der Gestaltungspraxis stellt sich die Frage, ob mit den soeben vorgetragenen Ergebnissen der Rechtsprechung „alles klar ist.“ Das wird man sich unter verschiedenen Aspekten anzusehen haben, wobei dann auch die Einzelargumentation des BGH, die in dem voranstehenden Überblick weitgehend ausgespart sind, zu würdigen sind. Vorab ist zu notieren: Der „Gestaltungshinweis“, individualvertragliche Regelungen zu treffen, ist reine Illusion – und der in anderem Zusammenhang geäußerte Hinweis des

¹⁵ NZM 2016, 683 m. Anm. *Baumann*.

¹⁶ BGHZ 26, 330 (334 ff.).

¹⁷ Ständige Rspr., der auch BGH NZM 2016, 683 Rn. 22 f., folgt.

¹⁸ EuGH NZM 2010, 332 Rn. 35 ff. (Rn. 50 mit LS 2); und dazu die „Umsetzungsentscheidung“ BGH NJW 2010, 3096 Rn. 12.

BGH, der Vermieter könne eine Mitgliedschaft „praktisch nur durch die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen erreichen“,¹⁹ richtig. Wenn in einem Einkaufszentrum drei oder mehr Mieter angesiedelt sind, kann man den Weg über eine echte Individualvereinbarung angesichts der überaus strengen Anforderungen der Rechtsprechung an das Vorliegen ausgehandelter Klauseln als nicht gangbar ansehen. Man sollte daher auch nicht allzu viel Gehirnschmalz auf denkbare „Strategien“ entwickeln, die am langen Ende doch bei der Feststellung, es handele sich um AGB, enden. Die weiteren Überlegungen gehen vom AGB-Charakter der einschlägigen Regelungen aus.

1. Keine Überraschung durch Beitrittspflicht im Mietvertrag – Grundsatz mit Ausnahme

Keinen Anstoß nimmt der BGH an Beitrittsverpflichtungen unter dem Aspekt des Überraschungsverbots aus § 305c Abs. 1 BGB. Begründet wird dies mit der weiten Verbreitung derartiger Klauselgestaltungen.²⁰

Das OLG Düsseldorf²¹ wird als alte Belegstelle genommen für den gegenteiligen Standpunkt, was aber bei genauerer Lektüre des Urteils nicht richtig ist. Das Gericht hatte zwar eine Klausel als überraschend kassiert, die es dem Mieter auferlegte, einen festgelegten monatlichen Werbebeitrag an eine Werbegemeinschaft zu zahlen, unabhängig davon, ob der Mieter deren Mitglied war. Für die Zeit des tatsächlich erfolgten Beitritts aufgrund einer mietvertraglichen „Sollvorschrift“²² hatte das Gericht indes nicht die leiseste Andeutung dahin geäußert, dass der Beitritt irgendwie problematisch sein könnte.

Dem neueren Standpunkt der Rechtsprechung insbes. des BGH wird man für den Regelfall beipflichten können, auch wenn die Argumentation etwas knapp springt. Denn weite Verbreitung allein nimmt einer Klausel dann nicht das Überraschungsmoment, wenn der Erwartungshorizont eines durchschnittlichen vertragstypischen Klauselgegners durch andere Umstände des Vertragsschlusses dahin geprägt wurde.²³ Es gibt keine Beitrittspflicht. Unter diesem Aspekt kann eine Überraschung mit der klauselschädlichen Überrumpelungswirkung etwa daraus herrühren, dass die Regelung unsystematisch im Vertragstext „versteckt“ oder einfach an einer nicht mit ihrem Regelungsgehalt zusammenhängenden Stelle untergebracht worden ist, wie es in der Fallvariante 2 b) – aus falltaktischen Erwägungen recht plump – simuliert worden ist. Es steht freilich zu hoffen, dass niemand auf die Idee einer solchen – mit Verlaub – offenkundig schwachsinnigen Regelungssystematik kommt. Das Beispiel sollte verdeutlichen, dass mit der generellen Aussage „keine Überraschungswirkung“ im Einzelfall behutsam

¹⁹ BGH NJW 2006, 3057 Rn 11 = NZM 2006, 775.

²⁰ BGH NJW 2006, 3057 Rn. 10 = NZM 2006, 775; bestätigt (ohne weitere Begründung) in BGH NJW 2016, 2489 Rn. 23 = NZM 2016, 520.

²¹ ZMR 1993, 469.

²² Die Klausel lautete: „Der Mieter soll zu Zwecken der Gemeinschaftswerbung der Werbegemeinschaft angehören. Alle weiteren Einzelheiten werden in der Satzung der Werbegemeinschaft geregelt.“

²³ Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, AGB-Recht, 6. Aufl., § 305c Rn. 25; BeckOK-BGB/H. Schmidt, 44. Edt., § 305c Rn. 16.

umzugehen und nicht vorschnell ein Häkchen an die Klausel zu machen ist. Auch ohne dass man auf die Umstände des Einzelfalls abstellen müsste, wie es § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB für die Inhaltskontrolle von b2c-Klauseln vorgibt, kommt also eine Überraschung durch die Klauselgestaltung nicht nur bei einer „abstrakten“ Überrumpelung in Betracht, sondern auch dann, wenn die konkrete Klauselgestaltung (in sich) so erfolgt, dass mit ihrem Ergebnis ein typischer Vertragspartner nicht zu rechnen hat.

2. Die richtige Verbandsform

Auch das scheint – inzwischen – geklärt: Alle Verbandsformen, die eine institutionell vorgeprägte persönliche Haftung der Mitglieder für die Verbandsschulden kennen, scheiden vom Grundsatz her aus. D.h., die GbR geht nicht,²⁴ der eV schon.²⁵ GmbH, AG, Genossenschaft gingen danach auch, sind aber offenbar ungebräuchlich, was bei der AG auf der Hand liegt (weil auch als nicht börsennotierte Gesellschaft viel zu kompliziert zu gründen und zu handhaben). In Betracht käme unter dem Aspekt des Gründungs- und Handlingaufwands die UG (haftungsbeschränkt), aber auch hier spricht schon die Komplikation, dass bei einem Mitgliederwechsel durch Anteilsübertragung die notarielle Beurkundung verpflichtend ist (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG), gegen diese Gesellschaftsform. Bisweilen wird auch die KG mit Mietern als Kommanditisten ins Spiel gebracht.²⁶ Vertiefende Betrachtung soll dem eV und eine knappe der KG gewidmet sein. Darüber hinaus sollte man sich mit den Konsequenzen der fehlerhaften Gesellschafts-Lösung befassen.

a) Eingetragener Verein

Nach der oben zitierten Rechtsprechung des BGH steht die Betrachtung des eV im Vordergrund. Der eingetragene Verein, auch „Idealverein“ genannt, wird in § 21 BGB als ein Verein definiert, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Ist das aber der Fall, kommt als Organisationsform des BGB der wirtschaftliche Verein in Betracht, der nach § 22 BGB eben einen wirtschaftlichen Geschäftszweck verfolgt und mangels anderer einschlägiger Gesetzesregeln die Rechtsfähigkeit durch Verleihung erlangt. Beiden Vereinsformen gemein ist die Haftungskanalisation auf das Verbandsvermögen – was ihn ja nach Ansicht des BGH „salonfähig“ macht, also tauglich, Organisationsform einer Werbegemeinschaft ist. Gegen die Ansicht des BGH regt sich Widerstand aus prominenter Mietrechtsfeder: *Arnold Lehmann-Richter* hat gegen die BGH-Entscheidung Stellung bezogen. Dabei argumentiert er in zwei Richtungen. Aus dem AGB-Recht kommt der Einwand, da der Vermieter via Umlegung der Werbeaufwendungen, die er für das Einkaufszentrum verauslagt, von den Mietern Erstattung der Kosten begehren könne, wiege das Vermieterinteresse an der institutionalisiert gemeinschaftlichen Bewerbung des Einkaufszentrums nicht sehr schwer. Demgegenüber wiege die

²⁴ BGH NJW 2006, 3057.

²⁵ BGH NJW 2016, 2489 = NZM 2016, 520.

²⁶ *Bieber/Eupen*, Mietrecht in Einkaufszentren und anderen Spezialimmobilien, 2010, Teil B XII. Rn. 44.

Verpflichtung, einer Werbegemeinschaft beizutreten, auf Seiten des Mieters schon wegen des Eingriffs in die negative Vereinigungsfreiheit schwer. Ob es durch Mitwirkungsbefugnisse aufgewogen werden könne dahinstehen, denn jedenfalls nehme die Werbegemeinschaftskonstruktion dem Mieter Ansprüche gegen den Vermieter, wenn die Werbung nicht funktioniere, da der Vermieter nach dem Mietvertrag selbst keine Werbung schulde. Insoweit diene die Einschaltung des Verbands in erster Linie der Risikominimierung auf Vermieterseite. Die zweite Linie entspringt dem Verbandsrecht: Die Prämisse, der Idealverein sei die berufene Organisationsform, breche sich am eben nicht idealistischen Zweck der Vereinstätigkeit. Wörtlich heißt es bei *Arnold Lehmann-Richter*: „...ein Verein, dessen Zweck es ist, seinen Mitgliedern Geschäftschancen zu ermöglichen, ist auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, auch wenn er für sich keinen Gewinn erstrebt.“²⁷

Ob es sich bei der Tätigkeit der Werbegemeinschaft um eine wirtschaftliche oder eine ideelle handelt, ist nun nicht nur von akademischem Interesse, und es ist auch nicht einerlei, ob der Verein überhaupt rechtsfähig ist und nach welchem Regime er Rechtsfähigkeit erlangt oder nicht. Denn: Die Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen wirtschaftlichen Verein nach § 22 BGB stellt eine Ausnahme dar, die nur erfolgt, wenn die Wahl einer nach bundesrechtlichen Vorschriften geregelten Gesellschaftsform im Einzelfall unzumutbar ist. Man spricht von der Subsidiarität des Konzessionssystems gegenüber dem System der Normativbedingungen.²⁸ Und dass man auch als nicht-rechtsfähiger Verein strukturiert sein kann, mag richtig sein, löst hier aber keine Probleme, im Gegenteil: Es ist zwar inzwischen anerkannt, dass § 54 BGB überholt ist, der aus nicht mehr akzeptablen rechtspolitischen Gründen den nicht rechtsfähigen Vereinen das Leben schwermachen wollte, indem er sie zu ihren Lasten dem Gesellschaftsrecht und damit der unbeschränkten Mitgliederhaftung unterworfen hatte. Inzwischen werden auch die nicht rechtsfähigen Vereine wie rechtsfähige Vereine behandelt – solange es sich um nicht-wirtschaftliche handelt. Sofern es sich demgegenüber um Wirtschaftsvereine handelt, behält § 54 BGB seine Brisanz und werden die Mitglieder zur Haftung herangezogen, wie wenn sie Gesellschafter einer GbR wären.²⁹

Stellt man sich nun zuerst die Frage, ob die Tätigkeit als „Werbegemeinschaft“ wirtschaftlicher oder nicht wirtschaftlicher Natur ist, könnte man versucht sein, „natürlich“ von wirtschaftlicher Betätigung auszugehen, denn Werben gehört zum Wirtschaften. Damit wäre aber wohl doch etwas grobschlächtig argumentiert, denn die Abgrenzung scheint doch differenzierter, wobei die Problematik in dem Satz zusammengefasst ist, den man bei *K. Schmidt* nachlesen kann: „Die Abgrenzung zwischen nichtwirtschaftlichen und wirtschaftlichen Vereinen gehört zu den umstrittensten Fragen des ganzen

²⁷ *Lehmann-Richter* ZMR 2017, 861 (864).

²⁸ Allg. Ansicht, BVerwG NJW 1979, 2261.

²⁹ BeckOK-BGB/*Schöpflin*, 44. Edt., § 54 Rn. 35 f.; pointiert *Flume*, ZHR 148 (1984), 503 (517): „Für den nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein trifft die Verweisung auf das Gesellschaftsrecht insgesamt ins Schwarze.“

Vereinsrechts.³⁰ Durchgesetzt hat sich die auf *K. Schmidt* zurückgehende teleologisch-typologische Abgrenzungsmethode, die nach dem Normzweck des § 22 BGB ausgeht und danach fragt, welchen Vereinigungen das Gesetz es zumutet, in den Rechtsformen des Gesellschafts- und Genossenschaftsrechts aufzutreten. Die Regelung des § 22 BGB hat dabei nicht den Schutz der einzelnen Verbandsmitglieder im Blick, sondern den der Gläubiger: Die gesellschaftsrechtlichen Spezialvorschriften sehen zu deren Schutz entweder eine persönliche Haftung der Verbandsmitglieder oder aber die handelsregistergerichtlich geprüfte Aufbringung eines „Kapitalstocks“ vor, was beides typischerweise erforderlich ist, wenn der Verband in bestimmter Weise tätig ist. Letzteres ist nach dieser Abgrenzungsmethode dann der Fall, wenn der Verband entweder selbst unternehmerisch an einem externen Markt tätig ist, dies auf einem internen Markt tut oder genossenschaftlich wirkt.³¹ Sofern ein Verband unter eine der drei Gruppierungen fällt, wäre er als Verein grundsätzlich nicht eintragungsfähig nach § 21 BGB; als Korrektiv hat sich zur Vermeidung allzu rigoroser Ergebnisse das sog. „Nebenzweckprivileg“ eingebürgert, das wirtschaftlich untergeordnete Betätigungen eintragungsschädlich stellt.³²

Sieht man sich vor dem Hintergrund dieser Typologie die „Landschaft“ der Werbegemeinschaften an, stellt man einerseits „empirisch“ fest, dass die Werbegemeinschaften in Städten und Gemeinden offenbar durchgehend als eV strukturiert und ersichtlich ins Vereinsregister eingetragen sind. Die Zielsetzung derartiger Vereine, die die Marketingbemühungen der Gewerbetreibenden im Ort kanalisieren, werden nun nicht so unterschiedlich von einer gleichgerichteten Veranstaltung in einem Center sein, dass man daraus eine unterschiedliche Handhabung herleiten müsste: Was den in einer Gemeinde oder Stadt angesiedelten Gewerbetreibenden Recht ist, muss den in einem Center angesiedelten billig sein.

Was veröffentliche Rechtsprechung zur Eintragungsfähigkeit einer Werbegemeinschaft ins Vereinsregister anbelangt, ist diese nicht sehr reich gesät. Zu nennen ist eine Entscheidung des BayObLG zur Werbegemeinschaft in der Stadt Günzburg, die vom Ergebnis her offen ist (die Entscheidung war eine vorläufige, die endgültige ist nicht bekannt, allerdings kann man im Internet nachsehen, dass Günzburg mindestens eine Werbegemeinschaft in der Rechtsform des eV hat).³³ Die Argumentation des Gerichts unterscheidet zwischen dem wirtschaftlichen Zweck der Werbegemeinschaft, den der Senat als unzweifelhaft ansieht (weil die stärkere Ausweitung der Einzelhandels angestrebt werde) und dessen Verwirklichung durch einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, den der Senat ablehnt: Dass der Verein regelmäßig als Nachfrager von Leistungen auftrete, mache seine Betätigung nicht zum wirtschaftlichen

³⁰ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2002, § 23 III. 2.

³¹ *K. Schmidt*, GesR, § 23 III 2 c.

³² *K. Schmidt*, GesR, § 23 III 2 c.

³³ BayObLG RPflegler 1977, 19.

Geschäftsbetrieb.³⁴ In der Sache konnte das BayObLG nicht „durchentscheiden“, weil es den Verein in der Tätigkeit der ausgelagerten HilfsGeschäfte (und damit nach der oben erwähnten Typologie als genossenschaftlich zu strukturieren) angesehen hatte, wozu aber noch Ermittlungen dahin anzustellen waren, ob hierzu ein kaufmännischer Betrieb erforderlich war.

Eine Entscheidung des Hanseatischen OLG Bremen zur Werbegemeinschaft Bremerhaven³⁵ sieht die Werbegemeinschaft als eintragungsfähig an, weil es letztlich wegen der Vielfalt der Mitglieder die ausgelagerte unternehmerische Tätigkeit wohl dadurch mediatisiert angesehen hat, dass die jeweiligen Werbemaßnahmen dem einzelnen Betrieb nicht mehr ohne weiteres zugeordnet werden können, womit wiederum das genossenschaftliche Element hinter die allgemeine Attraktivitätssteigerung des Standorts insgesamt zurück.

Das AG Berlin-Hohenschönhausen hat kurzer Hand eine als „Werbegemeinschaft ‚Helle Mitte‘ Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ auftretende Werbegemeinschaft zu einem nicht eingetragenen Idealverein „umfunktioniert“, weil es „nicht ersichtlich (sei), dass die Klägerin eine planmäßige, anbietende, entgeltliche Tätigkeit am Markt entfaltet“.

Welche Konsequenzen können nun gezogen werden? Kann man angesichts nicht trennscharfer Abgrenzung von wirtschaftlichem und nicht wirtschaftlichem Verein überhaupt „riskieren“, die Gründung eines eV als Werbeträger vorzusehen? Jenseits aller verbandsrechtlichen Abgrenzungsfragen scheint jedenfalls „auf der Fläche“, also im gemeindlichen Sektor, die Registergerichte kein großes Bedenken davon abzuhalten, die Werbegemeinschaften als Idealvereine anzusehen. Macht man sich das zu eigen, könnte man eine entsprechende Werbegemeinschaft auch im Einkaufszentrum vorsehen. Die Frage stellt sich dann, wenn der Verband zur Eintragung beim Vereinsregister angemeldet wird. Sollte die Eintragung versagt werden, besteht eben keine Verpflichtung, der als eV gedachten Werbegemeinschaft beizutreten, denn den eV wird es nicht geben und zum Beitritt in einen anders verfassten Verband hat der Mieter sich nicht verpflichtet. Erfolgt die Eintragung im Vereinsregister und entsteht damit der eV, könnte man von einer Beitrittsverpflichtung ausgehen, es sei denn, es bestünde dennoch ein nicht überschaubares Haftungsrisiko für den Fall, dass die Eintragung als eV sich als falsch erwiese. Damit ist aber nicht zu rechnen, denn: Sofern ein Verein als eingetragener vom Register bestätigt wird, kommt dieser Eintragung so etwas wie „Bestandsschutz“ zu, der die Mitglieder insbesondere davor bewahrt, im Wege der Durchgriffshaftung für die Verbandsverbindlichkeiten haftbar gemacht zu werden, es sei denn, die Mitglieder hätten sich diesen Durchgriff durch missbräuchliche Gestaltung im Einzelfall verdient. Die bloße Verfolgung auch wirtschaftlicher Interessen durch einen eV wird man

³⁴ BayObLG RPfleger 1977, 19 juris Rn. 30 aE.

³⁵ OLG Bremen OLGZ 1989, 1.

aber als einen solchen, die Durchgriffshaftung auslösenden Missbrauch nicht genügen lassen. Darauf verweist mit einigem Recht auch der BGH in der Entscheidung zur Zulässigkeit der Beitrittsverpflichtung zu einem Werbe-eV, wenn er die berühmte „Kolpingwerk-Entscheidung“ des II. Zivilsenats in Bezug nimmt.³⁶ Die einzige Sanktion, die dem Verein blüht, der entgegen dem ideellen Zweck einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb entfaltet, ist die Amtslöschung nach § 395 FamFG, die aber nur ex nunc wirkt und nicht plötzlich kommt, sondern erst die Löschungsandrohung und Verstreichenlassen einer Widerspruchsfrist oder fruchtlosem Widerspruch nach § 395 Abs. 2 FamFG. Damit besteht genügend Zeit, entweder den Austritt aus dem Verein aus wichtigem Grund zu erklären oder für eine Struktur zu sorgen, die ohne persönliche Haftung auskommt. Wichtig erscheint, dass auch im Lauf des Lösungsverfahrens nach § 395 FamFG die persönliche Haftung der Vereinsmitglieder nicht besteht.

Vor dem Hintergrund dieses „verbandsrechtlichen Szenarios“ scheint mir die Verpflichtung zum Beitritt zu einem Werbegemeinschafts-eV zunächst in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats tolerabel.

Gegen diese Rechtsprechung ist Art. 9 Abs. 1 GG, in der Variante der negativen Vereinigungsfreiheit, in Stellung gebracht worden.³⁷ Der BGH ist bekanntlich der Ansicht, dass die Gestaltung einer Beitrittspflicht nicht gegen die negative Vereinigungsfreiheit verstoße, weil das Grundrecht nicht schrankenlos gelte und die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit auch in AGB durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Der Mieter trete aus eigenem Entschluss in die Mieterposition im Rahmen eines Einkaufszentrums, in dem eine Werbegemeinschaft gegründet werden solle, was „weitgehend üblich“ und effektiv sei. Es heißt dann – etwas kurz und bündig: Eine unangemessene Benachteiligung sei nicht ersichtlich.³⁸ Im übrigen, so der BGH weiter, sei die Lösung, die das Berufungsgericht präferiere, sich zwar gegen die Mitgliedschaft zu entscheiden, andererseits aber verpflichtet zu sein, den vollen Mitgliedsbeitrag zu entrichten, auch nicht vorzugswürdig – ein Gedanke, dem man schwer widerstehen kann, der aber nicht – das sei hier vorweggenommen – die einzige Alternative für die Verteilung der Werbekosten darstellt. Hier ist nicht der Ort, die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Vereinigungsfreiheit auszuleuchten. Daher vielleicht etwas kursorisch so viel: Wenn man aus der Grundrechtsnorm via Drittwirkung Folgen für das Verhältnis zwischen Privaten herleiten möchte, ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt der Schutzbereich des Grundrechts berührt ist. Im Bereich der Drittwirkung kann das Grundrecht ja schwerlich weiter gehen als im „eigentlichen“ Anwendungsbereich staatsgerichteter Teilhabe- und Abwehrrechte. Nun ist bei der „positiven“ Vereinigungsfreiheit das Bundesverfassungsgericht bei der Umschreibung des Schutzbereichs den Weg gegangen, sozusagen die spezifischen Wirkungen von den

³⁶ BGH NZM 2016, 520 Rn. 27 unter Verweis auf BGH NZG 2008, 670 Rn. 14 ff.

³⁷ *Lehmann-Richter*, ZMR 2017, 861 (863).

³⁸ BGH NJW 2006, 3057 Rn. 12.

unspezifischen abzugrenzen: Wenn eine Vereinigung wie Jedermann im Rechtsverkehr tätig ist, ohne dass die vereinsrechtlichen Besonderheiten zum Tragen kommen, richtet sich der Grundrechtsschutz nicht nach Art. 9 GG, sondern nach den sonstigen, materiellen Individualgrundrechten.³⁹ Ein weiteres kommt hinzu: Art. 9 GG ist durch „einen personalen Grundzug gekennzeichnet“.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG die Anwendung des Art. 9 Abs. 1 GG auf Wirtschaftsgesellschaften bisher eher zurückhaltend beurteilt⁴¹ und etwa in der Mitbestimmungsentscheidung erwogen, ob das Schutzgut und der Inhalt des Grundrechts überhaupt bei größeren Kapitalgesellschaften angesprochen seien, eben weil dort das „personale Element bis zur Bedeutungslosigkeit“ zurücktrete.⁴² Da in concreto durch die angegriffenen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften aber ohnedies keine Verletzung des Grundrechts bewirkt wurde, konnte das BVerfG die Entscheidung offenlassen. In älteren Entscheidungen etwa zur Zwangszuteilung von Aktien hatte es aber eine Verletzung des Grundrechts verneint, weil im Wirtschaftsleben die Aktie „überwiegend als bloßes Vermögensrecht angesehen“ werde.⁴³ Nun haben wir es hier nicht mit großen Aktiengesellschaften zu tun, sondern mit kleinen Vereinen, aber der Zusammenschluss erfolgt hier jenseits des personalen Bezugs zu rein wirtschaftlicher Zielsetzung (wenn auch nicht zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb), schlicht zur gebündelten Bewerbung der im Center zusammengefassten beruflichen Betätigung. Ob diese mit der Vereinigungsfreiheit im Schutzbereich des Art. 9 GG richtig abgebildet ist oder eher in die Anwendung der allgemeinen Vertragsfreiheit oder Berufs-(ausübungs-)freiheit gehört, mag man bezweifeln. Wenn man Art. 9 GG anwenden will, ist natürlich zu berücksichtigen, dass insofern nur die mittelbare Drittwirkung des Grundrechts zum Tragen kommen kann, da auch Art. 9 GG keine Grundrechtsbindung von Privat zu Privat begründet, seine Wirkung vielmehr in der gerichtlichen Anwendung von Generalklauseln und zivilrechtlichen Wertungen zeitigt.⁴⁴

In diesem Rahmen wird man allerdings der Linie des BGH, die keinen Grundrechtsverstoß annimmt, folgen können, wenn auch mit einer Einschränkung. Der BGH sieht offenbar den Schutzbereich als tangiert an, geht aber im Rahmen der Grundrechtsschrankenlehre von hinreichender Rechtfertigung der Beitrittsverpflichtung aus, u.a. mit der Erwägung, der Mietvertragsabschluss erfolge freiwillig und damit hänge der Beitritt zur üblichen und effektiven Werbegemeinschaft zusammen. Wenn dagegen die Schutzrichtung des AGB-Rechts, „den Kunden vor zwar akzeptierten, ihn aber beeinträchtigenden AGB zu schützen“, ⁴⁵ scheint mir das nicht überzeugend. Es ist ja gerade die Frage, ob durch den Beitritt (zum

³⁹ So wörtlich in der causa Aktionärsvereinigung im Umfeld der Girmes-Sanierung, BVerfG NJW 2000, 1251, unter Verweis auf BVerfG NJW 1986, 772 zu C. II. 1.

⁴⁰ BVerfGE 50, 290 juris-Rn. 153.

⁴¹ So wörtlich die Analyse der Rspr. bei Maunz/Dürig/Scholz, GG, Stand: 81. EL. Sept. 2017, Art. 9 GG Rn. 57.

⁴² BVerfGE 50, 290 juris-Rn. 157.

⁴³ BVerfGE 4, 7 juris-Rn. 65.

⁴⁴ Maunz/Dürig/Scholz, GG, Stand: 81. EL. Sept. 2017, Art. 9 GG Rn. 96.

⁴⁵ *Lehmann-Richter*, ZMR 2017, 861 (863).

Verein) der Vertragspartner beeinträchtigt wird. Allein aus dem Verstoß gegen die negative Vereinigungsfreiheit kann man die Beeinträchtigung wohl nicht herleiten. Hier kommt nämlich eine andere Erwägung ins Spiel, nämlich die vereinsrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse, die eben an eine verbandsrechtliche Struktur gebunden sind. Allerdings hat der BGH in der den Werbeverein betreffenden Entscheidung eine Vertragsregelung „durchgewinkt“, die die Mitwirkungskomponente als rechtfertigendes Element nachgerade konterkariert. In der mietvertraglichen Verpflichtungsklausel hieß es, „Beschlüsse des Werbevorstands und der Vollversammlung der Werbegemeinschaft sind für alle Mieter verbindlich.“⁴⁶ Leider sind im Urteil die Satzungsbestimmungen zu den verfassungsmäßigen Rechten und Pflichten des „Werbevorstands“ und der Mitgliederversammlung nicht mitgeteilt. Bekanntermaßen enthält das Vereinsrecht in den §§ 25 ff BGB teils nachgiebige (§ 40 BGB) Vorschriften über den Vorstand und die Mitgliederversammlung einschließlich prozeduraler Bestimmungen über Geschäftsführung und Willensbildung. Wie bei jedem Verband, kann auch im Verein eine Beschlussfassung fehlerhaft erfolgen, sei es, dass man sich bspw. über die zwingende Vorschrift des § 34 BGB⁴⁷ (Stimmrechtsausschluss bei Beschlüssen über Geschäfte mit dem Mitglied oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits mit dem Mitglied) hinwegsetzt, sei es, dass man sonstige Satzungs- oder gesetzliche Vorgaben missachtet. Dass man sich als Mitglied gegen einen derartigen Beschluss wehren können, unterliegt keinem Streit. Uneinheitlich wird nur das Prozedere behandelt, unter dem man Beschlussmängel geltend machen kann: Steht nur die Feststellungsklage oder die einwendungsweise Geltendmachung der Beschlussnichtigkeit zur Verfügung oder kann man auf die aktienrechtlichen Vorschriften über Nichtigkeit (§§ 241 f. AktG) oder Anfechtbarkeit (§§ 243 ff. AktG) zurückgreifen?⁴⁸ Das muss hier nicht entschieden werden. Jedenfalls ist nämlich unstrittig, dass eine Möglichkeit gegeben sein muss, Beschlussmängel in welchem Verfahren auch immer geltend zu machen. Wenn schon im Mietvertrag die Pflicht enthalten ist, jedwede Beschlussfassung als verbindlich anzusehen, ist diese Möglichkeit ausgeschlossen. Insofern würde die Klausel im Mietvertrag einen antizipierten Rechtsmittelverzicht gegen Beschlüsse des Vereins darstellen, der einerseits überraschend (§ 305c Abs. 1 BGB), andererseits aber die Mitgliedschaftsrechte des Mieters im Verein in einer Weise einschränken, die nicht durch Rechtspositionen des Vermieters oder auch nur des Vereins in der Abwägung gerechtfertigt wären, so dass sie an § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB scheitert.

Zwischenfazit insoweit: Die Verpflichtung, einer in der Rechtsform des eingetragenen Vereins organisierten Werbegemeinschaft scheidet nicht an Art. 9 GG, vorausgesetzt, die Mitwirkungsbefugnisse des Vereinsmitglieds sind nicht durch Verbindlicherklärung von Vereinsorgan-Beschlüssen ausgehöhlt.

⁴⁶ BGH NJW 2016, 2489 = NZM 2016, 520 in der Sachverhaltswiedergabe.

⁴⁷ § 40 BGB erwähnt in der Aufzählung nachgiebiger Vorschriften die Norm nicht.

⁴⁸ Übersicht über den Meinungsstand bei BeckOGK-BGB/Notz, Std. 1.10.2017, § 32 Rn. 169 ff.

Gegen die Zulässigkeit der Beitrittsverpflichtung ist weiter der Gedanke ins Feld geführt worden, die Werbegemeinschaft führe zu „Risikominimierung“ auf Vermieterseite, weil der Mieter sich bei unterbliebener oder fehlerhafter Werbung nicht an den Vermieter wenden könne.⁴⁹ Auch dies scheint mir bei Lichte betrachtet kein durchschlagendes Argument gegen die Zulässigkeit der Vereinslösung. Denn ohne eine dahingehende Verpflichtung des Vermieters im Mietvertrag ist der Vermieter für die Bewerbung des Centers nicht zuständig, wie wir bereits eingangs festgestellt haben. Wenn es aber keine Verpflichtung des Vermieters gibt, kann er diese auch weder verletzen noch zulasten des Mieters verlagern.

b) KG

Nur kurz zur KG: Wem die Situation des Werbe-eV „nicht geheuer“ ist, wer aber auf eine gesellschaftsrechtliche Lösung nicht verzichten möchte, könnte die KG in der Form der UG (oder GmbH) & Co. KG in Betracht ziehen. Die Mieter könnten Kommanditanteile erwerben, für die das Gesetz keine Mindestziffer vorsieht. Die Geschäftsführungsbefugnisse der Kommanditisten können im Vertrag abweichend von § 164 HGB gestaltet und den Kommanditisten mehr oder weniger weitreichende Mitbestimmungsmöglichkeiten gegeben werden. Sofern die Kommanditisten-Mieter als Kommanditisten ins Handelsregister eingetragen sind und sie ihre Hafteinlage erbracht haben (die ihnen auch nicht zurückgewährt worden ist), ist ihre Haftung im Außenverhältnis ausgeschlossen (§ 171 Abs. 1 HGB). Soweit gegen die KG eingewandt wird, der Registeraufwand sei zu groß,⁵⁰ scheint mir das nicht unbedingt durchzuschlagen. Es ist ja nicht damit zu rechnen, dass ständig wechselnde Mietverhältnisse vorliegen. Tendenziell langfristige Gewerbemietverhältnisse sprechen eher dafür, dass der Wechsel der Mieter im Center sich eher überschaubar darstellt.

Zwischenfazit: Für die weiteren Überlegungen wird die grundsätzliche Zulässigkeit der mietvertraglichen Verpflichtung unterstellt, einer in der Rechtsform eines haftungsbeschränkten Verbands strukturierten Werbegemeinschaft beizutreten.

c) Augen zu und durch: die fehlerhafte Gesellschaft und alles ist gut?

Nach den zuvor (III.2., 4.) referierten Entscheidungen des BGH zur Unzulässigkeit der GbR-Beitrittsverpflichtung aber auch zur Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft scheinen etliche Betreiber von Einkaufszentren auf dem Standpunkt zu stehen: Wenn wir immerhin die fehlerhafte Gesellschaft haben, können wir beruhigt weitermachen wie bisher. Den Eindruck kann man jedenfalls haben, wenn man einmal das Stichwort „Werbegemeinschaft“ „googelt“ und auf das jeweilige

⁴⁹ *Lehmann-Richter*, ZMR 2017, 861 (864).

⁵⁰ *Bieber/Eupen*, Mietrecht in Einkaufszentren und anderen Spezialimmobilien, 2010, Teil B XII. Rn. 44.

Impressum der aufgefundenen Seiten schaut. In einer nicht geringen Zahl von Fällen sind es GbR. Es stellen sich aber Anschlussfragen: Unterstellt, der Vermieter begnügt sich mit der „Lösung“ der fehlerhaften Gesellschaft. Besteht ein Anspruch auf Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft? Was ist mit Neuankömmlingen? Gibt es einen Anspruch auf Beitritt zur GbR und was ist, wenn ein Mieter zwar den Mietvertrag abschließt, aber keinen Beitritt erklärt oder ihn erklärt, aber gleich wieder die Kündigung der Mitgliedschaft ausspricht? In diesen Fällen stellen sich statusrechtliche Fragen und auch solche nach der Kostentragungspflicht.

aa) Kein Anspruch auf „fehlerhaften Beitritt“ und Aufrechterhaltung fehlerhafter Beteiligung

Gesichert ist: Wer als Vermieter so beratungsresistent oder risikobewusst ist,⁵¹ trotz der erkannten Unwirksamkeit der GbR-Lösung weiterzumachen, als wenn nichts gewesen wäre, muss sich nicht wundern, dass ein Anspruch auf Beitritt zur GbR nun einmal nicht besteht. Solange der Beitritt nicht in Vollzug gesetzt ist, hilft die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft/dem fehlerhaften Beitritt nichts. Es gibt vor allem keinen Anspruch auf Begründung einer fehlerhaften Gesellschaft oder auf Erklärung eines fehlerhaften Beitritts. Wenn der fehlerhafte Beitritt erfolgt ist, kann der Mieter seine Gesellschafterstellung kündigen. Ein Anspruch auf Aufrechterhaltung der fehlerhaften Beteiligung kann auch nicht aus Kündigungsausschlussklauseln hergeleitet werden, denn wenn schon die Beitrittsverpflichtung unwirksam ist, ist es die Aufrechterhaltungsverpflichtung auch. Nach Wirksamkeit der Kündigung gibt es jedenfalls keine Beitragspflichten zur Gesellschaft. Ob es sonstige vertragliche Ansprüche gibt, werden wir noch alsbald erörtern.

bb) „Junktim-Lösung“?

Nun wird der Vermieter sich in derartigen Konstellationen so „behelfen“, dass er - ausgesprochen oder nicht – ein „Junktim“ schafft zwischen Mietvertrag und Beitrittserklärung: Kein Beitritt, kein Mietvertrag. Das mag ein Fall von § 306a BGB sein (dazu später noch)⁵², führt aber auch nur zum fehlerhaften Beitritt. Beugt der Mieter sich dem, tritt er also im Interesse der Rettung des Mietvertragsschlusses der GbR bei und wird der Beitritt in Vollzug gesetzt, ist er zunächst als wirksam zu behandeln, aber es besteht ein Sonderkündigungsrecht, das sozusagen die im Vertrag vermutlich vorgesehenen Kündigungsbeschränkungen überholt.

cc) Umlagemöglichkeit aufgrund sonstiger vertraglicher Anspruchsgrundlagen?

Sowohl im einen Fall (der Mieter verweigert erfolgreich den Beitritt) wie im anderen Fall (der Mieter tritt zwar bei, kündigt die fehlerhaft begründete Mitgliedschaft aber sogleich wieder) stellt sich die

⁵¹ Zur Ehrenrettung ist aber darauf hinzuweisen, dass eine formwechselnde Umwandlung einer GbR in einen eV nicht vorgesehen ist, vgl. § 191 UmwG, so dass nur der beschwerliche – und teure, ggf. steuerschädliche – Weg der Auflösung der GbR und Neubegründung des eV offensteht. Auch dies könnte Ursache des „Augen zu und durch“ sein.

⁵² Unten zu V.2.

Anschlussfrage: Wie wird die Werbung finanziert, konkret gefragt, gibt es einen Anspruch wessen auch immer gegen den „renitenten“ Mieter auf Beteiligung an der „Gesamtwerbung“? Die Frage stellt sich schon deswegen, weil ja die Werbung für das Einkaufszentrum geschaltet wird und weil – von wahrscheinlich außergewöhnlichen Gestaltungen, in denen die Nichtmitglieder werbetechnisch separiert werden können, abgesehen – die Nichtmitglieder ja von der Werbung fürs Ganze profitieren – unterstellt, man profitiert von Werbung messbar.

(1) „Flankierende“ Regelung als Auffanganspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommen zunächst flankierende Regelungen in Betracht, die für den Fall, dass eine Werbegemeinschaft oder eine Mitgliedschaft in ihr nicht wirksam begründet oder wirksam beendet wird, die Beteiligung des Mieters an den Kosten der Gemeinschaftswerbung vorsehen. Dass eine solche Werbekostenumlage möglich ist, schwingt in diversen Entscheidungen mit, wenn dort zugestanden wird, dass eine Verbandslösung nicht die einzig denkbare Alternative darstellt, sondern daneben die einfache Umlagelösung in Betracht kommt.⁵³ Hier liegt das Problem weniger im Grundsätzlichen als in der transparenten Gestaltung, aus der sich mit hinreichender Deutlichkeit Gegenstand (welche Werbemaßnahmen werden in welchem voraussichtlichen Turnus und zu welchem Anlass durchgeführt) und Höhe sowie Grenze der Kostenbelastung des Mieters ergeben muss, so dass er bereits bei Abschluss des Mietvertrags seinen wirtschaftlichen Aufwand abschätzen kann. Da hier lediglich Kostenumlage im Rahmen des Mietverhältnisses erfolgt, ist der Mieter gegen überbordende Maßnahmen mindestens durch das Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt, das nach der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH auch in der Gewerbemiete anzuwenden ist, wenn auch nicht nach den wohnraumrechtlichen Bestimmungen der §§ 556 Abs. 3 S. 1, 560 Abs. 5 BGB, so doch als Nebenpflicht des Vermieters nach § 242 BGB.⁵⁴ Das soll hier nur notiert werden.

(2) Ergänzende Vertragsauslegung?

Spannender ist die Frage, ob es eine vertragliche Anspruchsgrundlage⁵⁵ in den Fällen gibt, in denen flankierende Vertragsregelungen keine Kostenumlage in Hinsicht auf die Werbungskosten enthalten. Die mietvertragliche Regelung, die lediglich die Beitrittspflicht zur Werbe-GbR vorsah, ist unwirksam und kann allenfalls für die Dauer des in Vollzug gesetzten Beitritts die Beitragspflicht zur GbR begründen. Ansonsten bleibt es bei der Unwirksamkeit der Regelung und der Aufrechterhaltung des Restvertrags bei Geltung der dispositiven Gesetzesbestimmungen, wie sich aus § 306 Abs. 1 und 2 BGB ergibt. Nun ist inzwischen weitgehend anerkannt, dass zu dem dispositiven Gesetzesrecht nicht nur die

⁵³ ZB in BGH NJW 2006, 3057 Rn. 11 = NZM 2006, 775; BGH NJW 2016, 2489 Rn. 25 = NZM 2016, 520.

⁵⁴ BGH NZM 2010, 864 Rn. 17; OLG Hamburg BeckRS 2004, 06389; dazu auch BeckOGK-BGB/Hörndler, BGB, Std. 1.1.2018, § 578 Rn. 112.

⁵⁵ Ansprüche aus GoA oder Bereicherung sollen hier nicht erörtert werden.

Normen mit sachlich-rechtlichem Gehalt zählen (die hier freilich unergiebig ist, weil § 535 Abs. 1 S. 3 BGB erkennbar sämtliche Nebenkosten dem Vermieter zuweist), sondern auch „methodische Vorschriften“, zu denen man die §§ 133, 157 BGB rechnen kann, in denen die ergänzende Vertragsauslegung grundgelegt ist.⁵⁶ Diese kommt in Betracht, wenn ein Vertrag entweder von Anfang an oder durch späteren Wegfall einer Teilregelung eine planwidrige⁵⁷ Lücke aufweist. Eine solche planwidrige Lücke liegt vor, wenn auch durch Rückgriff auf das dispositive Recht kein Ergebnis erzielt werden kann, das eine angemessene und interessengerechte Lösung darstellt.⁵⁸ Man kann also davon sprechen, dass der von den Parteien angelegte Regelungsplan unvollständig ist und sozusagen „zu Ende gedacht“ werden muss, um ihn vollständig zu machen, d.h., um zu einem den Interessen beider Parteien entsprechenden Resultat zu kommen. Dabei kommt es nicht so sehr darauf an, was die konkreten Parteien vereinbart hätten, wenn sie den Vertrag „zu Ende denken“, sondern darauf, was redliche Parteien typischerweise vereinbart hätten.⁵⁹ Die ergänzende Vertragsauslegung muss im Bereich der AGB-Kontrolle freilich mit der Regelauslegung in § 306 Abs. 2 BGB harmonisiert werden. Das wird einmal dadurch erreicht, dass vorrangig das dispositive Gesetzesrecht zur Anwendung kommt, wenn dies geeignet ist, die typischerweise gegebene Interessenlage der Parteien zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.⁶⁰ Ist festzustellen, dass ein angemessener Ausgleich via Anwendung des Gesetzesrecht nicht zu erreichen ist, muss weiter hinzukommen, dass – wie der BGH in neueren Entscheidungen zutreffend fordert – der fehlende Lückenschluss zu einem Ergebnis führt, „das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge (völlig) einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt.“⁶¹ Entgegen der generellen Linie bei der ergänzenden Auslegung von Individualverträgen wird richtigerweise bei derjenigen von AGB nicht die Einschränkung gemacht, eine Ergänzung scheidet aus, wenn es mehrere denkbaren Alternativen gibt, die zur Auffüllung in Betracht kommen.⁶²

Was folgt daraus für unser Problem? Im hier gegebenen Zusammenhang einer unwirksamen Beitrittsverpflichtung ohne flankierende Werbungskostenüberwälzung wäre das Ergebnis der AGB-Prüfung einmal, dass der Mieter letzten Endes kein Mitglied der Werbegemeinschaft wird (oder bleiben muss) und außerhalb der Mitgliedschaft keine Kostentragungspflicht bestünde, er aber andererseits von der

⁵⁶ Grundlegend BGHZ 90, 69 (75 f.) – Tagespreisurteil; BGH NJW 2017, 662 Rn. 32 mN aus der Rspr.; BeckOKBGB/H. Schmidt, BGB, 44. Edt., Std. 1.11.2017, § 306 Rn. 12. Auf diese wies auch schon das OLG Hamburg BeckRS 2004, 06389 in der Berufungsentscheidung zu BGH NJW 2006, 3057 = NZM 2006, 775, hin.

⁵⁷ Krit. dazu *Jauernig/Mansel*, BGB, 16. Aufl., § 157 Rn. 2.

⁵⁸ BGH NJW 2015, 955 Rn. 27.

⁵⁹ Etwa BGH NJW 2015, 1167 Rn. 26.

⁶⁰ BeckOGK-BEB/*Bonin*, BGB, Std. 1.11.2017, § 306 Rn. 59.

⁶¹ BGH EnWZ 2017, 23 Rn. 16; dem folgend etwa BeckOKBGB/H. Schmidt, BGB, 44. Edt., § 306 Rn. 13; BeckOGK-BGB/*Bonin*, Std. 1.11.2017, § 306 Rn. 60.

⁶² BGH NJW 2005, 3559 Rn. 47; BGH NJW 2012, 1865 Rn. 35; BeckOKBGB/H. Schmidt, BGB, 44. Edt., § 306 Rn. 14; BeckOGK-BGB/*Bonin*, Std. 1.11.2017, § 306 Rn. 64, je mwN auch zum gegenteiligen Standpunkt.

Werbung für das Einkaufszentrum profitiert, was man als „Trittbrettfahren“ bezeichnet hat.⁶³ Die Kosten der Werbung blieben entweder am Vermieter hängen oder die anderen Mieter würden einen proportional höheren Anteil tragen müssen, um die Werbung – auch zugunsten des Opponierenden – zu finanzieren. Bei beiden (Vermieter und anderen Mietern) könnte man zwar darauf hinweisen, dass sie ja ebenfalls von der Werbung – unterstellt – profitieren, da die Werbung ja nicht allein im Interesse des nicht zahlungspflichtigen Mieters, sondern eben im Interesse des Centers wie der übrigen Mieter geschaltet wird. Nur: Ist es ein angemessener Ausgleich aller beteiligten Interessen, dass hier jemand mitfinanziert wird? Bei der Grundkonstellation, in der die ergänzende Vertragsauslegung im AGB-Recht diskutiert wird, hat man es mit dem Zweiparteienverhältnis von Verwender (zB: Autoverkäufer mit „Tagespreisklausel“)⁶⁴ und Verwendungsgegner (zB Autokäufer) oder Energieversorger und Anschlusskunde⁶⁵ zu tun. Bei der missglückten Werbegemeinschaftskonstruktion sind aber nicht nur die Interessen auf der Zweierebene, sondern zugleich diejenigen der anderen Mieter unmittelbar betroffen. Da das dem opponierenden Mieter aber bei Abschluss der Vereinbarungen bekannt ist, erscheint es mir richtig, dies in der Bewertung der Frage zu berücksichtigen, ob die Befreiung von der finanziellen Beteiligung des opponierenden Mieters hinzunehmen ist oder eine so grundlegende Verwerfung im Rahmen des angemessenen Interessenausgleichs ist, dass sie via ergänzender Vertragsauslegung zu korrigieren ist. Diese unmittelbare Betroffenheit geht mE über das hinaus, was ja immer gilt, wenn eine AGB unwirksam ist, mit deren Hilfe Aufwandspositionen des Verwenders auf den Verwendungsgegner überwältigt werden sollen. Der Verwender ist dann entweder gehalten, seine Gewinnannahme zu korrigieren oder die Aufwandsposten in seine allgemeine Preiskalkulation einzustellen, was dazu führt, dass die an sich einen treffenden Kosten „sozialisiert“ und auf die Gesamtheit der Kunden umzulegen sind. Hier scheint mir der Kreis derer, auf die die Werbekosten umgelegt werden, deutlich kleiner als die Gesamtheit der Kunden, was für sich genommen vielleicht noch nicht einmal ein durchschlagendes Argument wäre. Es kommt aber die andere Seite hinzu, nämlich die Identifikation des Nutznießers dieser „sozialisierten“ Kosten. Es wird einer konkret freigestellt, und die anderen müssen zahlen. Das will mir schwerlich einleuchten. Bei der Wertung kommt ein weitere hinzu: Warum ist denn die Klausel unwirksam, die den Mieter zum Beitritt in die Werbegemeinschaft bR verpflichtet? Es ist nicht das schiere Übermaß oder die einseitige Überbewertung der eigenen Interessen des Vermieters, sondern die unrichtige Rechtsformwahl. Beim Verein oder KG ginge es, wie wir gesehen haben, bei der GbR nicht, weil die Haftungsfolgen unübersichtlich sind. Das reicht natürlich aus, die Klausel unter AGB-rechtlichem Aspekt zu kassieren, aber reicht das auch aus, das Ergebnis zu rechtfertigen, den Klauselgegner von den Kosten der Werbung freizustellen? Mir will scheinen, dass hiermit kein angemessener

⁶³ *Joachim*, NZM 2000, 785 (798 f.).

⁶⁴ BGHZ 90, 69.

⁶⁵ ZB BGH NJW 2017, 320 (Gassonderkunde).

Ausgleich aller beteiligten Interessen erreicht ist, sondern eine Verschiebung des Vertragsgefüges einseitig zugunsten des Vertragspartners und zulasten auch der übrigen Mieter. Das rechtfertigt mE die ergänzende Vertragsauslegung des Mietvertrags dahin, dass der Mieter zwar nicht verpflichtet ist, einer Werbe-GbR beizutreten oder ihr weiterhin anzugehören. Aber er ist verpflichtet, einen seinem Anteil an der Gesamtheit der beworbenen Geschäfte entsprechenden Teil der Werbekosten zu tragen. Der vernünftigerweise anzuwendende Maßstab dürfte sich dabei aus dem Verhältnis der Mietfläche zur Gesamtfläche ergeben. Da es sich um eine Kostenumlage im Mietvertrag handelt, ist der Mieter wieder durch das Wirtschaftlichkeitsgebot gegen irrealer Vorstellungen der Werbenden geschützt.

Entsprechend der Lösung im Tagespreisurteil des BGH ist nun aber auch die Position des Mieters zu gewichten. Wenn der Mieter sich nun überhaupt nicht mit der Werbebeteiligung zufrieden geben kann, kommt ein Lösungsrecht in Betracht, demzufolge der Mieter unabhängig von vertraglichen Kündigungs- oder Laufzeitregeln den Mietvertrag kündigen können. Im Tagespreisurteil des BGH, zur Erinnerung, war eine Klausel unwirksam, nach der der Preis für ein Kfz sich nicht nach dem Listenpreis im Vertragsschlusszeitpunkt, sondern nach demjenigen im Lieferzeitpunkt richtete. Der BGH hat die Klausel für unwirksam gehalten, hat es aber bei der Lösung nicht dabei sein Bewenden gelassen, dann eben den Preis im Kaufvertragszeitpunkt als maßgeblich anzusehen, sondern letztlich den im Lieferzeitpunkt. Sofern der Preis aber eine erheblich größere Erhöhung als die allgemeinen Lebenshaltungskosten erfahren hatte, hat der BGH dem Kunden ein Rücktrittsrecht eingeräumt.⁶⁶

Das wird zugegebenermaßen dem entsprechen, was im Gesellschaftsvertrag vorgegeben war, so dass man sich fragen kann, ob dies nicht letztlich auf eine geltungserhaltende Reduktion einer Übermaßklausel hinausläuft, die bekanntermaßen im deutschen AGB-Recht zumindest weit überwiegend für unwirksam gehalten wird, und zwar zu Recht. Der entscheidende Unterschied wird aber deutlich, wenn man keine ergebnisbezogene Betrachtung wählt, sondern auf die Zielsetzung der ergänzenden Vertragsauslegung schaut: Bei der geltungserhaltenden Reduktion geht es um das Interesse des Verwenders. Wieweit kann man seiner Klauselgestaltung zur Wirksamkeit verhelfen. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung geht es weder um das Interesse des konkreten Verwenders noch eines typischerweise anzutreffenden Verwenders allein, sondern um das Interesse beider Vertragsparteien, das in möglichst weitem Umfang berücksichtigt werden soll, hier sogar noch erweitert um die Interessen der Mitmieter. Dieser unterschiedliche methodische Ansatz gibt den Ausschlag und rechtfertigt die ergänzende Vertragsauslegung. Das so gefundene Ergebnis der Kostenumlage ist auch nicht sozusagen von hinten durch die Brust ins Auge doch dasselbe, was im Falle der Gesellschafterstellung gegeben wäre. Zwar

⁶⁶ BGHZ 90, 69 (78 ff.).

ist auch nach der ergänzenden Vertragsauslegung der Mieter zur anteiligen Kostentragung verpflichtet, aber der kardinale Unterschied besteht darin, dass er als Nichtgesellschafter nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zwingend gesamtschuldnerisch und akzessorisch entsprechend § 128 HGB haftet.

V. AGB-rechtliche Prüfung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen

Lassen Sie uns nun noch eine Frage erörtern, die sich anschließt, wenn man grundsätzlich die Pflichtmitgliedschaft in einem Werbeverband zulässt, soweit es sich um eine haftungsbeschränkte Verbandsform handelt.

1. Bereichsausnahme § 310 Abs. 4 S. 1 BGB: Keine AGB-Kontrolle im Gesellschaftsrecht

Verträge ua auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts unterliegen nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB keiner AGB-rechtlichen Kontrolle. Das war schon im alten AGBG so vorgesehen (§ 23 Abs. 1 AGBG) und der Überzeugung des Gesetzgebers geschuldet, dass im Gesellschaftsrecht keine AGB-Kontrolle notwendig sei und die auf Austauschkonstellationen ausgerichteten AGB-Kontrollvorschriften auch gar nicht passen.⁶⁷ Auf eine Definition des Gesellschaftsrechts glaubte der Gesetzgeber, ebenso verzichten zu können wie auf Vorgaben zur Abgrenzung des Gesellschafts- vom Schuldrecht, weil diese „ohne eine detaillierte Regelung vollziehbar“ erscheine⁶⁸ – ein Optimismus, der sich voraussehbarerweise (weil sich ja Juristen mit der Norm beschäftigen würden) als verfehlt erwies.⁶⁹

Es waren dabei nicht zuerst die Mietrechtler, die die Grauzone zwischen Gesellschafts- und Schuldrecht ausloteten. Zu erinnern ist beispielsweise an eine „Club“-Gestaltung zur Einräumung von „Ferienrechten“.⁷⁰ Der Anbieter hatte die Kunden in eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion eingebunden, deren formaler Vertragszweck die Zurverfügungstellung von „Ferienrechten“ war, wofür die (in concreto: stillen) Gesellschafter eine Einlage von rund 9.350 € in das Unternehmen des Verwenders einlegten. Die Kündigungsfrist betrug sieben Jahre ab der vollständigen Einlageleistung. Neben der stillen Gesellschafterstellung erwarb der Gesellschafter eine Club-Mitgliedschaft, für die nochmals vierteljährliche Beiträge zu leisten waren, welche als Deckungsbeitrag für die Unterhaltung der Ferienimmobilie, aber auch – und darum ging es ausweislich der besonderen Hervorhebung im Informationsmaterial über den „Club“ hauptsächlich – als Entgelt für die Berechtigung, verbilligt alle möglichen Leistungen in

⁶⁷ BT-Drs. 7/3919, 41.

⁶⁸ BT-Drs. 7/3919, 41; auch der Gesetzgeber der Schuldrechtsnovelle hat sich zu dem in § 310 Abs. 4 S. 1 BGB insoweit wortgleich fortgeführten Gesetzestext keine weiteren Gedanken gemacht, BT-Drs. 14/6040, 160.

⁶⁹ *Bieder* ZHR 174 (2010), 705 (707) spricht zutreffend davon, die „Scheidelinie zwischen kontrollfähigen Formularbestimmungen und kontrollfreien gesellschaftsrechtlichen Abreden (verlaufe) nicht so geradlinig, wie dies der vermeintlich klare Gesetzeswortlaut erwarten ließe.“

⁷⁰ BGH NJW-RR 1992, 379.

Anspruch und Waren „vom Auto bis zu Möbeln“, wie es im Urteil hieß, zu erwerben. Ein Verbraucher-
verband monierte die Länge der Kündigungsfrist im Gesellschaftsvertrag und sah darin eine unwirk-
same Klausel (heute nach § 309 Nr. 9a, § 307 BGB). In diesem und vergleichbaren Fällen stellt sich
zunächst die Frage, ob überhaupt der Anwendungsbereich der Klauselkontrolle eröffnet ist oder es
sich um einen Fall handelt, der unter die Bereichsausnahme fällt. Dazu ist eine ganze Menge von Ab-
grenzungsfragen zu bewältigen. Ohne hier auf die Details zu Einzelverträgen wie zB Wertpapieremis-
sionsbedingungen oä oder auf Meinungsverschiedenheiten zur Grundkonzeption der Abgrenzung⁷¹
eingehen zu müssen, kann man folgende Abgrenzungsleitlinie ziehen: Die Bereichsausnahme ist dann
angesprochen mit der Folge der Kontrollfreiheit nach den AGB-rechtlichen Sonderbestimmungen,
wenn es sich um unmittelbare gesellschaftsvertragliche oder Satzungsregelungen handelt, die mit-
gliedschaftsrechtlicher Natur sind und der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dienen.⁷² Das hatte
der BGH so schon am 11.11.1991 ausgesprochen und in einer etwas älteren Entscheidung zur Genos-
senschaft pointierter dahin ausgedrückt, dass es sich um Regelungen handeln müsse, die unmittelbar
auf der Satzung beruhen und „mit der Mitgliedschaft in der Genossenschaft stehen und fallen: Sie ent-
stehen ohne weiteres durch die mit dem Beitritt verbundene Unterwerfung unter die Satzung ... und
entfallen wieder mit der Beendigung der Mitgliedschaft. Vertraglich begründete Verpflichtungen set-
zen dagegen einen zusätzlichen Vertragsschluss voraus...“⁷³ Die bloße Aufnahme von Regelungen in
die Satzung macht sie dabei nicht per se kontrollfrei. Es gibt eben auch formelles Satzungsrecht, das
aber materiell Austauschvertragsrecht darstellt und dann vom Zweck der Bereichsausnahme her gese-
hen die Freistellung von der AGB-Kontrolle nicht rechtfertigt. Auch das hatte der BGH bereits in der
zitierten Entscheidung so ausgedrückt:

*„Hat das Rechtsverhältnis dagegen ausschließlich die Satzung zur Grundlage, so gehört es, auch
wenn es auf einen Austausch von Leistungen gerichtet ist, der korporationsrechtlichen Sphäre
an, es sei denn, die an objektiven Maßstäben auszurichtende Auslegung der Satzung ergäbe,
daß es sich lediglich um eine nur äußerlich (als unechter Satzungsbestandteil) in die Satzung
aufgenommene vorformulierte Regelung allgemeiner schuldrechtlicher Beziehungen ohne ma-
teriellen (echten) Satzungscharakter handelt.“*

Sieht man sich vor dieser Abgrenzungsformel den „Club-Fall“ an, wird man, wie es der BGH tatsächlich
getan hat, zu unterscheiden haben: Alles, was unmittelbar die Stellung als Gesellschafter betrifft, weil
Regelungen in Rede stehen, die im konkreten Fall mitgliedschaftlicher Natur sind und unmittelbar der
Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dienen, ist kontrollfrei, alles, was darüber hinausgeht, unter-
liegt der Klauselkontrolle. Im „Club-Fall“ führte das dazu, dass die recht lange Kündigungsfrist

⁷¹ Dazu Bieder ZHR 174 (2010), 705, der (724 ff.) für eine auf einer typologischen Gesamtbetrachtung fußenden Abgrenzung
zwischen kontrollfähigen und gesellschaftsvertraglichen/nicht kontrollfähigen Regelungen plädiert.

⁷² BGH NJW-RR 1992, 379.

⁷³ BGH NJW 1988, 1729 f.

unwirksam war, soweit sie den verbilligten Leistungsbezug betraf, nicht aber, soweit unmittelbar das Ferienunterkunftsangebot, weil dies unmittelbar vom Gesellschaftszweck gedeckt war, ja ihn unmittelbar förderte.

Nun verkompliziert sich die Betrachtung allerdings dadurch etwas, dass man nicht nur von zwei Kategorien ausgehen kann, in die gesellschaftsvertragliche Regelungen zu fassen sind. Neben die „echten“ Satzungsbestimmungen (kontrollfrei) und die formal Satzungsrecht darstellenden, materiell aber Austauschverhältnisse regelnden Klauseln (nicht kontrollfrei) treten Regelungen, die Doppelcharakter haben, die also sowohl das verbandsrechtliche wie das austauschrechtliche Verhältnis von Verband zu Mitgliedern betreffen. Angeklungen ist dies bereits in dem zuvor besprochenen Club-Beispiel. Entwickelt wurde die Figur des Doppelcharakters aber insbes. im Hinblick auf Bedingungen in Satzungen eines VVaG, die sowohl das versicherungsvereinsrechtliche als auch das versicherungsvertragsrechtliche Verhältnis betrafen.⁷⁴ Derartige Klauseln, die sowohl materieller Satzungsinhalt als auch Regelung im Rahmen des Versicherungsvertragsverhältnisses darstellten, hat der BGH nicht unter die Bereichsausnahme gefasst, sie also der Klauselkontrolle unterworfen. Begründet hat er das von den Kriterien der Bereichsausnahme aus argumentierend damit, dass die Austauschbeziehung nicht unmittelbar auf der Satzung beruhe, diese vielmehr nur die Voraussetzungen für die dann im Austauschrechtsverhältnis geregelten Einzelbestimmungen schaffe.⁷⁵

Was ergibt sich aus all dem für den „Werbegemeinschaftsfall“? Auch hier muss man unterscheiden zwischen dem, was unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruht, mitgliedschaftlicher Natur ist und dem Verbandszweck dient, darüber hinausgehenden Austauschbeziehungen, die in einem eher zufälligen Verhältnis zur Mitgliedschaft im Verband stehen und Regelungen mit „Doppelcharakter“. Nun besteht der Zweck der Werbegemeinschaft darin, als Leistung an die Mitglieder (unter Einschluss des Vermieters) Werbung für das Einkaufszentrum zu betreiben. Das ist nicht ein „on top“, das zum Verbandszweck hinzukommt, es ist der Verbandszweck – und damit unterfällt die Regelung dieser Rechtsbeziehungen vor der Hand nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle (vorbehaltlich der sogleich anzusprechenden Umgehungsprüfung). Allerdings ist ja Voraussetzung der Bereichsausnahme nach den Rechtsprechungskriterien, dass die statutarische Pflicht mit der Mitgliedschaft steht und fällt. In allen Klauselgestaltungsfällen, die sozusagen eine „zweite Regelungsebene“ für den Fall eingezogen haben, dass die Mitgliedschaft im Verband aus irgendwelchen Gründen scheitert oder beendet wird und dann eine Kostenumlage auf den Mieter vorsehen, ist diese Voraussetzung allerdings nicht

⁷⁴ BGH NJW 1998, 454 (455).

⁷⁵ BGH NJW 1998, 454 (455).

gegeben. Das würde dafür sprechen, die Klauseln von der Bereichsausnahme auszunehmen, die die Erbringung und Bezahlung der Werbung betreffen.

Auch der telos der Bereichsausnahme könnte für das zuvor Festgestellte sprechen. Nach der Gesetzesbegründung soll im Gesellschaftsrecht eine AGB-Kontrolle nicht erfolgen, weil einerseits die auf Austauschverträge ausgerichteten Kontrollvorschriften nicht passen⁷⁶ (was aber per se nur für die heutigen §§ 308 ff. BGB gilt)⁷⁷ und andererseits ein – weiterer – Schutz durch die AGB-rechtlichen Kontrollnormen nicht von Nöten ist.⁷⁸ Letzteres versteht sich vor dem Hintergrund, dass einerseits Gesellschaftsverträge zumindest bei personalistischer Gestaltung in der Regel ohnedies keine AGB, sondern ausverhandelte und damit individuelle Bedingungen darstellen. Andererseits bestehen gerade in AG (§ 23 Abs. 5 AktG), Genossenschaft (§ 18 S. 2 GenG) und in abgeschwächtem Maß auch beim Verein (§ 40 BGB) Schutzvorschriften, von denen nur eingeschränkt abgewichen werden kann.

Sieht man sich unter diesem Aspekt die hier behandelten drei Verbandsformen an (GbR, KG, eV), so ist bei den GbR und KG weitgehende Gestaltungsfreiheit gegeben, soweit nicht die Haftung des Verbandsmitglieds gegenüber Dritten in Rede steht. Beim eV ist die Haftungsfrage zugunsten des Verbandsmitglieds gelöst, zu Leistungen des Vereins an seine Mitglieder gibt es aber keine gesetzlichen Vorgaben, in Hinsicht auf die Beiträge nur die, dass in der Satzung des eV eine Regelung enthalten sein muss, ob und welche Beiträge die Mitglieder zu erbringen haben (§ 58 Nr. 2 BGB). Auf ein festgefügtes gesetzliches Schutzsystem kann also nicht verwiesen werden, um die Bereichsausnahme zu begründen. Auch die Erwägung, dass die Gesellschaftsverträge ausverhandelt seien, streitet hier nicht für die Anwendung der Bereichsausnahme. Das mag in der Gründungsphase noch der Fall gewesen sein, in der späteren Situation des Beitritts neuer Mitglieder wird aber nichts ausverhandelt, sondern die Satzung und die Beitrittsbedingungen stehen fest.⁷⁹ Schließlich kommt ein weiteres hinzu: Die der Bereichsausnahme zugrundeliegende Grundannahme, dass die AGB-Kontrolle auf Austausch-, nicht aber auf Gesellschaftsverträge passe, konsequent weiterverfolgt, muss man doch feststellen, dass hier letztlich eine Austauschbeziehung in eine Gesellschaftsform implementiert wird. Die Mieter werden nicht Mitglied eines Verbands, um des personellen Zusammenschlusses willen, sondern als Konstruktion für die Erbringung und Bezahlung von Werbemaßnahmen und deren Organisation. Das kann man so machen, aber es spricht zumindest vieles dafür, dass die Bereichsausnahme hierauf von ihrem Zweck und der gesetzgeberischen Ausgangsüberlegung nicht passt.

⁷⁶ BT-Drs. 7/3919, 41.

⁷⁷ *Stoffels*, AGB-Recht Rn. 156.

⁷⁸ BT-Drs. 7/3919, 14.

⁷⁹ Vgl. MüKo-BGB/*Basedow*, 7. Aufl. 2016, § 310 Rn. 86.

Wer entgegen dem hier eingenommenen Standpunkt die Bereichsausnahme anwenden will, hat zu beachten, dass eine Klausel nach der Feststellung, sie sei kontrollfrei nach §§ 305 ff. BGB, noch lange nicht „aus dem Schneider“ der Inhaltskontrolle ist, denn: es ist anerkannten Rechts, dass selbstverständlich Gesellschaftsverträge der Wirksamkeitskontrolle nach gesellschaftsrechtlichen (z.B. dem das Recht zur außerordentlichen Kündigung verbrieften § 723 BGB) und nach allgemeinen Vorschriften (§§ 134, 138, 242 BGB) zu kontrollieren sind.⁸⁰ Da die AGB-rechtlichen Prüfungsvorschriften letztlich Ausprägungen der allgemeinen Vorschriften und vor allem des § 242 BGB sind, dürften die Ergebnisse allerdings nicht weit voneinander liegen.⁸¹

Auf eine Besonderheit ist in diesem Zusammenhang hinzuweisen: In unserer Klausel I. 2. a) heißt es: Die Mitgliedschaft im Verband ist bei bestehendem Mietverhältnis nicht kündbar. Die Regelung ist unter verbandsrechtlichem Aspekt nicht unproblematisch. Für die GbR sieht § 723 BGB vor, dass eine Gesellschaft, die nicht auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen ist, jederzeit gekündigt werden kann, wovon nach § 723 Abs. 3 BGB nicht abgewichen werden kann. Für eine auf bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft muss das außerordentliche Kündigungsrecht gewahrt bleiben. Eine auf bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft wird angenommen, wenn ihre Dauer an die Dauer eines anderen befristeten Vertragsverhältnisses gekoppelt ist, wofür als „Paradebeispiel“ die Bindung der Gesellschaft an ein Mietverhältnis genannt wird.⁸² Damit handelt es sich bei der Klausel um eine Befristung der Gesellschaft, so dass nach § 723 Abs. 1 S. 2 BGB ex lege nur eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommt. Man könnte nun versucht sein anzunehmen, dass die Klausel das außerordentliche Kündigungsrecht mit ausschließt. Hiergegen ließe sich aber eine (vielleicht etwas großzügige) Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats anführen, die eine Kündigungsausschlussklausel im Wohnungsmietvertrag dahin auslegte, dass von ihr die außerordentliche Kündigung per se nicht erfasst sei, was sich aus der Sicht eines verständigen durchschnittlichen Vertragspartners ergebe.⁸³ Der Standpunkt ist in der Literatur prominent in Zweifel gezogen worden,⁸⁴ und unter dem Aspekt des § 305c Abs. 2 BGB versteht er sich auch nicht von selbst. Zur Vertragsgestaltung würde ich jedenfalls empfehlen, einen Halbsatz hinzuzusetzen, wonach das Recht zur außerordentlichen Kündigung unberührt bleibt.

Beim Verein gibt es eine anders gelagerte Regelung zum Austrittsrecht, die nach § 40 BGB zwingend ist: § 39 Abs. 1 BGB gibt dem Mitglied das Recht, aus dem Verein auszutreten, und § 39 Abs. 2 BGB eröffnet in der Satzung einen begrenzten Spielraum, den Austritt zu verzögern, nämlich dadurch, dass

⁸⁰ Wolf/Lindacher/Pfeiffer/H. Schmidt § 310 Abs. 4 Rn. 20 ff.

⁸¹ So auch schon BGH NJW 1998, 454 (455).

⁸² BGH NJW 1979, 2304 (2305), worauf MüKoBGB/Schäfer § 723 Rn. 16 verweist.

⁸³ BGH NZM 2006, 256 Rn. 10.

⁸⁴ Blank, ZMR 2002, 797 (799, 801); Hinz, WuM 2004, 126 (128).

er nur zum Schluss eines Geschäftsjahrs oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist zulässig ist, die aber höchstens zwei Jahre betragen darf. Damit wären sämtliche Regelungen, die eine längere Austrittsbeschränkung als die maximal zulässigen zwei Jahre bewirken, unwirksam. Der BGH hat sich in der bereits verschiedentlich zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1979⁸⁵ aber auf den Standpunkt gestellt, dass bei „personalistischen“ Vereinen (auch damals ging es ja um eine Werbegemeinschaft) man Elemente sowohl der Gesellschaft als auch des Vereins heranziehen könne und hat für derartige Vereine nicht § 39 BGB angewendet, sondern die flexiblere Kündigungsregelung aus dem Gesellschaftsrecht, also § 723 BGB mit der Möglichkeit der zeitlich befristeten (und innerhalb des Befristungszeitraums ordentlich nicht kündbaren) Mitgliedschaft. Soweit es sich um einen nicht rechtsfähigen Wirtschaftsverein handelt, wird wegen des – insofern als stimmig anzusehenden – Verweises in § 54 S. 1 BGB aufs Gesellschaftsrecht ohnedies § 723 BGB anzuwenden sein.⁸⁶

2. Umgehung, § 306a BGB

a) Verhältnis zu § 310 Abs. 4 S. 1 BGB

Schon häufig kamen „findige“ Unternehmer (oder deren Berater) auf die Idee: Wenn wir mit AGB nicht ans Ziel kommen, dann eben auf anderem Weg, die Hauptsache das Ergebnis stimmt. Das führte dann bspw. zu so durchtriebenen Gestaltungsversuchen wie dem eines rheinischen Kreditinstituts, dem eine bestimmte Klauselverwendung gerichtlich untersagt worden war und das nach einer gewissen Schamfrist und „braver“ Einstellung der Klauselverwendung per interner Dienstanweisung an die Angestellten dasselbe Ziel erreichen wollte – und prompt wieder beim BGH eine Bruchlandung vermittelt über die Anwendung des § 306a BGB hinlegte.⁸⁷ Auch bei gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen in einer Weise, die AGB-rechtlich nicht zu akzeptieren waren, kann man an § 306a BGB, also das AGB-rechtliche Umgehungsverbot, denken. Allerdings ist das, was zuvor zur Bereichsausnahme Gesellschaftsrecht ausgeführt wurde, zu berücksichtigen und führt zu einer Reduzierung des Anwendungsbedarfs. Dieser stellt sich nämlich per se nicht ein, wenn zwar eine Satzungsbestimmung vorliegt, die aber nicht zu den unmittelbar gesellschaftsrechtlichen Regelungen gehört, sondern letztlich Austauschverhältnisse zwischen Verband und Mitglied zum Gegenstand hat. Derartige Klauseln sind ohnedies der AGB-Kontrolle unterworfen, ohne dass es der Vermittlung von § 306a BGB bedürfte. Je enger man also die Bereichsausnahme fasst, desto enger wird auch der Anwendungsbereich des Umgehungstatbestands – und umgekehrt. Wenn man die Bereichsausnahme nicht als angesprochen ansieht und die Regelungen zur Werbedurchführung und Bezahlung der Klauselkontrolle unterwirft, bleibt als Anwendungsfeld des § 306a BGB letztlich nur die Gestaltung, dass der Verwender keine Beitragspflicht in die

⁸⁵ NJW 1979, 2304.

⁸⁶ *Flume*, ZHR 142 (1984), 503 (520).

⁸⁷ BGH NJW 2005, 1645; die Entscheidung ist von manchen in der Literatur kritisiert worden, aber richtig, siehe dazu BeckOKBGB/H. *Schmidt* Ed. 43, 1.11.2017, § 306a Rn. 6.

Vertragsbedingungen des Mietvertrags aufnimmt, sondern die „junktin-Lösung“ verfolgt und keinen Mietvertrag abschließt, wenn nicht der Verbandsbeitritt erklärt ist.

b) Umgehungstatbestand

Zur als Umgehungstatbestand in Betracht kommenden „Junktin-Lösung“ hatte der BGH in der Entscheidung zum fehlerhaften Beitritt in eine Werbegemeinschaft bR⁸⁸ den Umgehungstatbestand dahinstehen lassen, weil es aufgrund der Prozess-Situation nicht darauf ankam. Es gibt aber durchaus prozessuale Situationen, in denen man Farbe bekennen muss, etwa wenn es darum geht, dass ein Mieter unter Verweis auf das Vorliegen eines Umgehungstatbestands seinen Beitritt für unwirksam und die durch ihn entstandene fehlerhafte Gesellschaft für kündbar hält. An § 306a BGB kann man auch in der Konstellation denken, dass ein Verwender den Zweck des Verbands so konstruiert, dass ein Austauschverhältnis tatsächlich einmal zum unmittelbaren Verbandszweck gehört, weil die drei Kriterien der Rechtsprechung (unmittelbare Satzungsregelung mitgliedschaftsrechtlicher Natur sind und der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dienende Regelung) keinem formellen Zweifel unterliegen.⁸⁹ Nach dem, was soeben zu § 310 Abs. 4 S. 1 BGB ausgeführt wurde, dürfte auch nicht eine teleologische Reduktion vorzunehmen sein – also Konstellationen, die verhältnismäßig theoretisch sein dürften und daher hier nicht weiterverfolgt werden.

Um die Umgehung einer AGB-rechtlichen Norm annehmen zu können, muss eine Gestaltung vorliegen, die dem äußeren Erscheinungsbild und der Regelung nach nicht unter eine Verbotsnorm subsumiert werden kann, die aber ihrer Zielsetzung nach dem entspricht, was die umgangene AGB-Verbotsnorm unterbinden will.⁹⁰ Nach allgemeinem Verständnis ist eine Umgehungsabsicht, also das Bewusstsein, eine Gestaltung nur deswegen zu wählen, um dem umgangenen Verbot zu entgehen, nicht erforderlich.⁹¹ Zur Feststellung einer Umgehung ist also zu prüfen, was der Verwender erreichen will und ob dies zunächst von einer AGB-rechtlichen Regelung erfasst wird. Wenn es darum geht, einer Verbotsnorm zu entgehen, muss die Regelung, würde sie ohne den Umgehungstatbestand erfolgen, von dem Klauselverbot nicht nur erfasst, sondern auch untersagt werden. Eine Klausel, die überhaupt nicht gegen ein Klauselverbot verstößt, kann auch über § 306a BGB nicht kassiert werden.

Sieht man sich die „junktin-Lösung“ an, so kann der Umgehungstatbestand darin gesehen werden, dass zwar keine Beitrittspflicht formuliert ist, sie aber durch die schlichte Handhabung von Seiten des Verwenders entsteht und durchgesetzt wird. Es besteht zwar regelungstechnisch ein Unterschied, weil

⁸⁸ BGH NZM 2016, 683; siehe dazu schon oben III. 4.

⁸⁹ Das wurde wohl angenommen von LG Bonn VuR 1996, 317 (319) = BeckRS 1995, 10145.

⁹⁰ Statt vieler BeckOGK-BGB/*Bonin* § 306a Rn. 10; BeckOKBGB/*H. Schmidt* § 306a Rn. 3.

⁹¹ Ulmer/Brandner/Hensen/*Harry Schmidt* § 306a Rn. 4; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau* § 306a Rn. 4.

im einen Fall überhaupt eine AGB vorliegt, im anderen Fall keine. Die Wirkung ist aber dieselbe: Der Mieter ist im Ergebnis gezwungen, dem Verband beizutreten, ganz ebenso, wie wenn er sich (formular-) vertraglich dazu verpflichtet hätte.

Nach dem zuvor zu den möglichen Gesellschaftsformen ausgeführten kommt man aber nur bei der Verpflichtung, einer GbR oder einem nicht rechtsfähigen Wirtschaftsverein beizutreten, via § 306a BGB zur Unwirksamkeit der „junktiv-Lösung“, weil nur diese Verpflichtung, würde sie „auf direktem Weg“ im Formularvertrag verankert, unter die Verbotsnorm des § 307 BGB fällt.

VI. Ausblick

Wir haben nun des Längeren die Fragen um die Pflicht zum Beitritt in einen Werbeverband erörtert, ohne freilich eine flächendeckende Behandlung vorgenommen zu haben. Auf einen Gesichtspunkt aus der Gestaltungspraxis möchte ich aber noch am Ende aufmerksam machen:

In der „Formularwelt“ wird eine Gestaltung vorgeschlagen, die ich für alles andere als risikofrei ansehe (vorsichtig ausgedrückt): So kann man lesen,⁹² dass einerseits in der Klausel über die Betriebskosten diejenigen für das „Centermanagement“ überwältigt werden und dessen Aufgaben ua sind (so wörtlich)

- „- allgemeine Öffentlichkeitsarbeit in Abstimmung mit der Werbegemeinschaft und dem Vermieter;*
- Planung, Vorbereitung und Durchführung von Werbemaßnahmen, insbesondere Events im Einkaufszentrum;*
- turnusmäßige Erstellung eines Berichts zur Öffentlichkeitsarbeit;*
- Entwicklung und Realisierung von Gemeinschaftsinseraten, Konzeption von Werbeideen, Zusammenarbeit mit anderen Werbeorganen am Ort;*
- Entwicklung und Ausarbeitung eines Konzepts für den Druck und Vertrieb einer Mieter-Center-Zeitung ...“*

In einer weiteren Klausel des Musters (§ 14) ist dann die Beitrittspflicht zu einer (übrigens wahlweise als GbR strukturierten) Werbegemeinschaft vorgesehen, in deren Verlauf dann eine gesonderte Werbekostenumlage vorgesehen ist.

Vor derlei Doppelung ist zu warnen. Es handelt sich selbstverständlich um AGB, und da die Werbekostenumlage im Mietvertrag unmittelbar geregelt ist, stellt sich insoweit nicht einmal die Frage der Bereichsausnahme. Es bestehen bei dieser Gestaltung schon Bedenken sub spec. § 305c Abs. 1 BGB, denn mit einer Doppelung von Werbungskosten, die nirgends auch nur halbwegs griffig gegeneinander

⁹² Da schweigt des Sängers Höflichkeit. Die Fundstelle kann auf Nachfrage – bei berechtigtem Interesse – bekannt gegeben werden.

abgegrenzt sind, muss wohl auch der typischerweise anzutreffende Gewerbemieter als Vertragspartner nicht rechnen. Unabhängig davon bestehen aber auch Bedenken unter dem Aspekt der materiellen Transparenz (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB), da, wie erwähnt, eine Abgrenzung von Zuständigkeiten nicht erkennbar ist, so dass sich die Frage stellt, wenn es ein Centermanagement gibt, das die Werbung nicht nur dirigiert und vielleicht die großen Leitlinien festlegt, sondern offenbar doch auch durchführt, wozu braucht man dann noch die Werbegemeinschaft und muss hierfür nochmals Geld auf den Tisch legen. Vor dem Hintergrund der BGH-Linie, die ja die Werbegemeinschaft auch unter Hinweis auf die bessere Mitwirkungsmöglichkeit der Mieter akzeptiert, würde sich eine Planung und Konzeptionierung beim Centermanagement auch nicht empfehlen, weil hier die Mitwirkungsmöglichkeiten der Mieter nicht gegeben oder doch zumindest eher gering sein dürften. Und schlussendlich ist die (übrigens ohne Obergrenze) erfolgende doppelte Belastung mit Werbekosten auch eine unangemessene Benachteiligung des Mieters mindestens nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Hier könnte man auf die bekannten Argumentationsmuster zur Schönheitsreparaturklausel mit starrem Fristenplan verweisen, die ua deswegen (auch in der Gewerbemiete) unwirksam war, weil Renovierungsaufwand betrieben werden musste unabhängig vom Renovierungsbedarf.⁹³ Dermaßen überflüssige Aufwendungen sind dem Gewerbemieter nicht abzuverlangen. Gewendet auf die vorliegende Gestaltung gilt dasselbe: Wenn der Mieter selbst wirbt, würde er auch nicht doppelten Aufwand betreiben, und der Vermieter würde es auch nicht tun. Da die Klausel also unter verschiedenem Aspekt unwirksam ist, kommt man zu dem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot gar nicht mehr.

⁹³ Grundlegend BGH (VIII. ZS) NZM 2004, 653 (654); BGH (XII. ZS) NZM 2008, 890 Rn. 21 ff.