

Rechtsanwalt Richard Schweizer, Pfullingen<sup>1</sup>

## Das Eigentum an der Energieerzeugungsanlage – die problematische Rechtslage aufgrund der §§ 93 ff. BGB –

*„Wir werden Ihnen kostenlos eine Dampfmaschine überlassen. Wir werden diese installieren und für fünf Jahre den Kundendienst übernehmen. Wir garantieren Ihnen, dass die Kohle für die Maschine weniger kostet, als Sie gegenwärtig an Futter (Energie) für die Pferde aufwenden müssen. Und alles, was wir von Ihnen verlangen ist, dass Sie uns ein Drittel des Geldes geben, das Sie sparen.“<sup>2</sup>*

Mit dieser Werbeanpreisung von James Watt (1736–1819), Erfinder der Dampfmaschine, war die Idee des sog. **Contracting** geboren.

Contracting ist heute weit verbreitet und für die meisten Grundstückseigentümer/Vermieter finanziell äußerst attraktiv. Der Grundstückseigentümer schließt hierbei mit einem Dritten, dem Contractor, beispielsweise einen Wärmelieferungsvertrag. Der Contractor verpflichtet sich darin regelmäßig, auf seine Kosten eine entsprechende Heizstation zu errichten und den Grundstückseigentümer mit Wärme zu versorgen. Häufig wird die Heizstation im Gebäude des Grundstückseigentümers eingebaut.

Folgender Beitrag beschäftigt sich mit der eigentumsrechtlichen Problematik, die aufgrund des Einbaus der Energieerzeugungsanlage in das Gebäude des Grundstückseigentümers auftritt.

### 1. Die sachenrechtliche Ausgangslage

Nach der Grundsatzregelung des § 93 BGB können Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (sog. wesentliche Bestandteile), nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstück verbunden, so können, wenn erstere wesentlicher Bestandteil wird, die ursprünglichen Eigentumsverhältnisse nicht fortbestehen<sup>3</sup>.

Konsequenterweise bestimmt § 946 BGB, dass der Grundstückseigentümer Eigentum an einer beweglichen Sache erlangt, die mit einem Grundstück dergestalt verbunden wird, dass sie wesentlicher Bestandteil wird. Hierbei handelt es sich um einen Eigentumserwerb kraft Gesetzes. Charakteristisch für den gesetzlichen Eigentumserwerb ist, dass es auf eine Gutgläubigkeit nicht ankommt, der Grundstückseigentümer erlangt selbst bei Bösgläubigkeit Eigentum an der beweglichen Sache<sup>4</sup>.

In Erweiterung zu § 93 BGB bestimmt § 94 Abs. 1 BGB, dass wesentliche Bestandteile eines Grundstücks Sachen sind, die mit dem Grund und Boden fest verbunden sind. Infolgedessen ist der Grundstückseigentümer auch immer zugleich Eigentümer der sich darauf befindenden Immobilie. Wesentliche Bestandteile eines Gebäudes sind solche Sachen, die zur Herstellung in das Gebäude eingefügt worden sind, vgl. § 94 Abs. 2 BGB.

Die zentrale Norm, die dem Contractor die Möglichkeit eröffnet, Eigentümer der Anlage trotz Einbaus zu bleiben, ist § 95 BGB.

Nach § 95 Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein wesentlicher Bestandteil nicht vor, wenn die Sache nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden wurde. § 95 Abs. 2 BGB erweitert dies für Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingebaut sind. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt, dass kein wesentlicher Bestandteil vorliegt, wenn ein Gebäude oder ein Werk in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück vom Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist. Ist ein Fall des § 95 BGB gegeben, so handelt es sich um sog. Scheinbestandteile, also um sonderrechtsfähige Sachen.

Vor dem Hintergrund der geschilderten sachenrechtlichen Ausgangslage stellt sich bei der vertraglichen Ausgestaltung von Wärmelieferungsverträgen zwischen Grundstückseigentümern und Contractoren die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass der Contractor trotz Einbaus der Energieerzeugungsanlage in das Gebäude des Grundstückseigentümers Eigentümer derselbigen bleiben kann.

### 2. Bedürfnis des Contractors nach Eigentumssicherung

Der Contractor hat ein berechtigtes Interesse daran, das Eigentum an der eingebauten Anlage zu behalten.

Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass der Contractor die Heizungsanlage auf eigene Kosten installiert und durch beträchtliche Investitionen für deren Instandhaltung sorgt<sup>5</sup>.

Zum anderen wird die Energieerzeugungsanlage häufig nicht vom Contractor selbst, sondern über ein Kreditinstitut finanziert. Für das jeweilige Kreditinstitut und damit auch zur Erlangung des Kredits für den Contractor selbst, ist es oft von entscheidender Bedeutung, dass die Anlage im Wege der Sicherungsübereignung den Darlehensvertrag zwischen Bank und Contractor absichert<sup>6</sup>.

Weiterhin hat der Contractor ein Bedürfnis daran, im Falle von Vertragsstörungen, wenn beispielsweise der Grundstückseigentümer als Kunde seinen Zahlungsverpflichtungen für die gelieferte Wärme nicht nachkommt, den Zugriff auf die Anlage zu behalten<sup>7</sup>. In solchen Fällen ist es problema-

1) Der Autor ist Rechtsanwalt in der Anwaltskanzlei Schwerdtfeger & Reiff, Pfullingen.

2) Von Braunmühl, Handbuch Contracting, 2. Auflage (2002), S. 7.

3) Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. (2006), § 93 Rn. 4.

4) Palandt/Bassenge, (o. Fußn. 3), § 946 Rn. 3.

5) Hack, Energie-Contracting (2003), S. 70.

6) Lauer, MDR 1986, 889; Schudel, Wichtige Rechtsfragen beim Contracting (1998), S. 41 f.

7) Hack, (o. Fußn. 5), S. 70.

tisch, wenn der Contractor durch Einbau seine Eigentumsstellung eingebüßt hat und ihm dadurch die Wegnahme seiner Investition verwehrt bleibt.

Steht die Wärmestation im Eigentum des Kunden, so läuft der Contractor Gefahr, im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks seinen solventen Vertragspartner zu verlieren. Zwar lässt der Zuschlag gem. § 90 Abs. 1 ZVG die schuldrechtliche Verpflichtung des Grundstückseigentümers auf Zahlung des Wärmepreises unberührt, jedoch wird dieser häufig sämtliche Zahlungen einstellen und eine Durchsetzung des Anspruchs auf Zahlung nicht werthaltig sein<sup>8</sup>.

Daher steht es auch für den Fall der Zwangsversteigerung des Grundstücks im Interesse des Contractors, weiterhin Eigentümer der Anlage zu sein, denn dies bietet ihm die Möglichkeit, gegenüber dem neuen Grundstückseigentümer entsprechend Druck auszuüben mit dem Ziel des Eintritts des neuen solventen Eigentümers in den alten Vertrag. Weigert sich dieser einzutreten, so besteht für den Contractor als Eigentümer der Anlage dann immer noch die Möglichkeit, diese zu entfernen.

Auch steuerlich ist die Beibehaltung der Eigentümereigenschaft für den Contractor attraktiv, denn die steuerliche Abschreibungsmöglichkeit der Energieerzeugungsanlage besteht für den Contractor grundsätzlich nur dann, wenn diese auch noch zu seinem Anlagevermögen gehört<sup>9</sup>.

Die Eigentumssicherung des Contractors ist abschließend auch aus Sicht des Grundstückseigentümers nur konsequent, schließlich wird er von kostenintensiven Investitionen in die Energieerzeugungsanlage entlastet<sup>10</sup>.

### 3. Wesentlicher Bestandteil oder Scheinbestandteil?

Entscheidend für die Eigentumslage an der Energieerzeugungsanlage ist also, ob dieselbe als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks / Gebäudes nach §§ 93, 94 BGB oder als Scheinbestandteil nach § 95 BGB anzusehen ist<sup>11</sup>. Da es sich bei § 95 BGB um einen Ausnahmetatbestand handelt, trägt für das Vorliegen eines Scheinbestandteils derjenige die Beweislast, der sich darauf beruft<sup>12</sup>.

Die Energieerzeugungsanlage ist regelmäßig kein wesentlicher Bestandteil i. S. d. § 93 BGB, denn die Anlage wird durch die Trennung vom Gebäude oder Grundstück nicht zerstört oder in ihrem Wesen verändert. War es früher noch ausgesprochen schwierig, eine Heizungsanlage unbeschädigt auszubauen, so der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahre 1974<sup>13</sup>, so macht der Fortschritt der technischen Entwicklung heutzutage einen Austausch einer Heizungsanlage nahezu problemlos möglich<sup>14</sup>. Für die Wesentlichkeit des Bestandteils gem. § 93 BGB ist nicht der Einfluss der Trennung auf die Gesamtsache entscheidend, sondern es ist allein darauf abzustellen, ob der eine oder andere Bestandteil nach der Trennung noch in der bisherigen Art – sei es auch erst nach Verbindung mit einer anderen Sache – weiter genutzt werden kann<sup>15</sup>.

Die Energieerzeugungsanlage kann aber abweichend von § 93 BGB wesentlicher Bestandteil nach § 94 BGB sein. Zwischen § 94 BGB und § 93 BGB besteht keine Spezialität, denn ein Grundstücksbestandteil kann sowohl wesentlicher Bestandteil gemäß § 93 BGB und § 94 BGB sein<sup>16</sup> als auch wesentlicher Bestandteil nur nach einer der beiden Vorschriften<sup>17</sup>.

Ein Heizwerk, das in einem Gebäude errichtet wird, kann wesentlicher Bestandteil des Gebäudes nach § 94 Abs. 2 BGB werden, denn hierzu gehören die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen. Dies hat dann zur Folge, dass sie im Eigentum des Grundstückseigentümers stehen, weil Gebäude wiederum wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind, vgl. § 94 Abs. 1 S. 1 BGB, und sich das Eigentum des Grundstücks gem. § 946 BGB auf das Gebäude erstreckt.

Nach der bisherigen Rechtsprechung sind zur Herstellung eingefügte Sachen zum einen natürlich die Baustoffe und Bauelemente, jedoch auch solche Gegenstände, deren Einfügung dem Gebäude erst seine besondere Eigenart gibt<sup>18</sup>. Ob eine Sache dem Gebäude erst seine besondere Eigenart gibt, das Gebäude also ohne dieselbe „unfertig“ ist, entscheidet sich anhand der Verkehrsanschauung, die für das Gebäude nach dessen Wesen, Zweck und Beschaffenheit besteht<sup>19</sup>.

Aufgrund der Verkehrsanschauung sind in älteren Entscheidungen, die zumeist in einer Zeit vor Etablierung des Energiecontractings ergangen sind, Heizungsanlagen häufig als wesentliche Gebäudebestandteile angesehen worden<sup>20</sup>. Entscheidendes Kriterium für die Einstufung als wesentlicher Bestandteil i. S. d. § 94 Abs. 2 BGB war der Umstand, dass die Nutzung des Gebäudes ohne die entsprechende Anlage nicht möglich sei: „Nach der Verkehrsanschauung ist ein Schulgebäude unter den klimatischen Verhältnissen Mitteleuropas ohne Heizanlage nicht fertig<sup>21</sup>.“

Diese Rechtsprechung erscheint bei den heutigen Contracting-Verhältnissen nicht mehr sachgerecht. Der Contractor hat ein Interesse daran, Eigentümer der Anlage zu bleiben, und dieses Interesse ist auch gerechtfertigt und schützenswert<sup>22</sup>, denn im Wege des Contractings kann Wärme kostengünstig und energieeinsparend produziert werden. So hat ein Vermieter beim Betrieb einer eigenen Energieerzeugungsanlage oft kein gesteigertes Interesse daran, die laufenden Kosten der Energieerzeugung gering zu halten, da er diese umfassend auf den Mieter abwälzen kann. Beim Contracting bezahlt der Kunde nur die vom Heizwerk erzeugte Wärme. Weitere Kosten des gewerblichen Wärmelieferers sind nicht ohne weiteres auf den Mieter abwälzbar, dies hat der Bundesgerichtshof in einer kürzlich ergangenen Entscheidung erneut bestätigt<sup>23</sup>. Daher hat der Contractor ein gesteigertes Interesse daran, Energieverluste zu minimieren, um Wärme für ihn gewinnbringend anbieten zu können<sup>24</sup>. Die Energieeinsparpotentiale des Contractings hat auch der Gesetzgeber erkannt und stellte es daher im Jahre 1989 anderen Konzepten der Energieerzeugung gleich, vgl. § 1 Abs. 1 Ziff. 2 Heizkostenverordnung.

Konsequenterweise ist es mithin gerechtfertigt, bei Heizungsanlagen, die durch den gewerblichen Wärmelieferer eingebaut werden, die wesentliche Bestandteileigenschaft abzulehnen.

Dennoch hat sich diese rechtliche Auffassung, welche die privatwirtschaftlichen Interessen beim Contracting berücksichtigt, noch nicht durchgesetzt. Daher ist es bei der vertraglichen Gestaltung von Wärmelieferungsverträgen von entscheidender Bedeutung zu erreichen, dass einer der Ausnahmetatbestände des § 95 BGB eingreift.

Eine Möglichkeit ist der Einbau der Energieerzeugungsanlage zu einem nur vorübergehenden Zweck, vgl. § 95 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 2 BGB.

8) Hack, (o. Fußn. 5), S. 216.

9) Verband für Wärmelieferung e.V., Leitfaden für die Ausschreibung von Energielieferung (2000), S. 7.

10) Hack (o. Fußn. 5), S. 71.

11) S.o. unter 1.

12) Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 3), § 95 Rn. 1.

13) BGH in NJW 1975, 688, 689.

14) Schreiber, NZM 2002, 320, 321.

15) BGHZ 18, 226, 229; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 3), § 93 Rn. 3.

16) Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 3), § 94 Rn. 1.

17) Staudinger/Dilcher, 13. Bearbeitung (1995), § 94 Rn. 2.

18) BGH in NJW 1970, 895; NJW 1984, 2277, 2278.

19) BGH in NJW 1953, 1180; NJW 1987, 3178.

20) LG Bochum in MDR 1966, 48 (Heizkessel in Lichtspieltheater); BGH in NJW 1979, 712 (Heizanlage in Schulgebäude); BGH in NJW-RR 1990, 158 f. (Wärmepumpe für Wohn- und Geschäftsgebäude).

21) BGH in NJW 1979, 712.

22) S.o. unter 2.

23) BGH vom 22. 2. 2006 – VIII ZR 362/04, WuM 2006, 322.

24) Schreiber, NZM 2002, 320, 322.

Zu einem vorübergehenden Zweck geschieht die Verbindung, wenn die spätere Trennung vom Verbindenden, also vom Contractor, beabsichtigt ist<sup>25</sup>. Diese innere Absicht muss anhand der äußeren Umstände erkennbar und dokumentiert sein<sup>26</sup>. Es genügt hierbei allerdings nicht, lediglich eine vertragliche Scheinbestandteilsabrede mit dem Inhalt zu treffen, dass die Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck geschieht, entscheidend ist die Auslegung des gesamten Vertragswerks. Vereinbaren Grundstückseigentümer und Contractor, dass der Grundstückseigentümer die Anlage nach Ablauf des Nutzungsverhältnisses übernimmt, so ist die Anlage kein Scheinbestandteil i. S. d. § 95 BGB<sup>27</sup>. Gleiches gilt für den Fall, dass dem Grundstückseigentümer nach Vertragsende ein Wahlrecht eingeräumt ist, die Sache zu erwerben oder zurückzugeben<sup>28</sup>. Auch für den Fall, dass die voraussichtliche Lebensdauer der Energieerzeugungsanlage und die fest vereinbarte Vertragslaufzeit ungefähr gleich sind bzw. die Vertragslaufzeit länger als die voraussichtliche Lebensdauer der Sache ist, kann ein nur vorübergehender Zweck nicht mehr angenommen werden, mit der Konsequenz, dass dann ein wesentlicher Bestandteil und kein Scheinbestandteil vorliegt<sup>29</sup>. Bei Einbau der Anlage durch einen Mieter oder Pächter nimmt die Rechtsprechung allerdings eine Vermutung dafür an, dass die Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck ist und es sich daher um einen Scheinbestandteil handelt<sup>30</sup>.

Eine weitere Möglichkeit zu erreichen, dass die eingebaute Anlage Scheinbestandteil ist, ist die Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit oder Grunddienstbarkeit, die zugunsten des Contractors bewilligt und ins Grundbuch eingetragen wird, vgl. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB. Dienstbarkeiten sind Rechte i. S. d. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>31</sup>. Wird also eine Dienstbarkeit bestellt, in dessen Ausübung der Contractor eine Energieerzeugungsanlage einbaut, so handelt es sich zwingend und unwiderlegbar um einen Scheinbestandteil, und der Contractor bleibt damit Eigentümer der Anlage.

Umstritten ist hierbei der Zeitpunkt der Bestellung der Dienstbarkeit. Die strengste Ansicht, die sich im wesentlichen am Wortlaut des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB orientiert („...einem Gebäude oder Werk, das in Ausübung eines Rechts...“), hält einen Scheinbestandteil nur dann für gegeben, wenn sich Contractor und Grundstückseigentümer bezüglich der Dienstbarkeit geeinigt haben und diese auch im Grundbuch bereits eingetragen worden ist, vgl. § 873 Abs. 1 BGB<sup>32</sup>. Aufgrund des Umstands, dass der Zeitpunkt des Grundbucheintrags häufig vom Zufall abhängig ist und bisweilen sehr viel Zeit in Anspruch nimmt, lässt es eine vermittelnde Ansicht genügen, wenn zum Zeitpunkt der Verbindung der Anlage zumindest die Einigung über die Dienstbarkeit bereits erfolgt ist und der Grundbucheintrag später erfolgt<sup>33</sup>. Nach der kürzlich ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Umwandlung wesentlicher Bestandteile in Scheinbestandteile<sup>34</sup> erscheint es zulässig, in einer analogen Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB, eine Energieerzeugungsanlage sogar dann als Scheinbestandteil zu betrachten, wenn erst nach Einbau Einigung und Eintragung i. S. d. § 873 Abs. 1 BGB erfolgen<sup>35</sup>.

#### 4. Übernahme bereits vorhandener Anlagen durch den Contractor

##### BGH – V ZR 35/05<sup>36</sup> – als bahnbrechende Entscheidung?

Häufig besteht seitens des Grundstückseigentümers das Bedürfnis, auf gewerbliche Wärmelieferung umzustellen, nachdem sich die Energieerzeugungsanlage bereits auf seinem Grundstück oder in seinem Gebäude und damit als wesentlicher Bestandteil in seinem Eigentum befindet. Eine Umstellung auf Contracting ist allerdings wieder nur dann sinnvoll, wenn der Contractor Eigentümer der Energieerzeugungsanlage werden kann.

Dies gestaltet sich regelmäßig problematisch, da der Contractor an einer Anlage, die wesentlicher Bestandteil ist, auf-

grund des § 93 BGB nur dann besondere Rechte, also Eigentum an der Anlage, begründen kann, wenn diese vom Gebäude und Grundstück getrennt wird. Eine tatsächliche Trennung der Sache vom Grundstück oder Gebäude scheidet jedoch zu meist an wirtschaftlichen Erwägungen.

In der Vergangenheit war nun fraglich, ob ein wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks im Wege einer Umwidmung zu einem Scheinbestandteil werden kann und damit dann eine Übertragung des Eigentums auch ohne Trennung möglich sei. In der sog. Ruhrschnellweg-Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>37</sup>, es ging um eine Eigentumsübertragung von Versorgungsleitungen einer Stadtgemeinde auf den Bund, wurde dargelegt, dass eine Umwandlung eines wesentlichen Bestandteils in einen Scheinbestandteil möglich sei. Notwendig sei ein Doppeltatbestand, bestehend aus einer Änderung der Zweckrichtung der Verbindung – von dauerhaft zu nur vorübergehend – und einer darauf folgenden Eigentumsübertragung gem. §§ 929 ff. BGB<sup>38</sup>.

In der Literatur wurde diese rechtliche Konstruktion allerdings überwiegend als mit sachenrechtlichen Grundsätzen unvereinbar betrachtet<sup>39</sup>. Die Ruhrschnellweg-Entscheidung sei eine Ausnahmeentscheidung und lediglich auf Sachverhalte mit öffentlich-rechtlichen Bezügen anwendbar<sup>40</sup>. Um Unsicherheiten zu vermeiden, sind daher viele Contractingverträge einen Umweg gegangen: Die Energieerzeugungsanlage wurde vom Grundstückseigentümer gepachtet.

Der Bundesgerichtshof hat nun mit Urteil vom 2. 12. 2005 – V ZR 35/05 –<sup>41</sup> entschieden, dass Versorgungsleitungen in einem Straßengrundstück, die zunächst wesentlicher Bestandteil geworden sind, im Wege eines Überleitungsvertrages (Umwandlung der Zweckrichtung von dauerhaft in nur vorübergehend) in Scheinbestandteile umgewandelt werden können, und dann das Eigentum an den Versorgungsleitungen nach den für die Übereignung beweglicher Sachen geltenden Regeln der §§ 929 ff. BGB übertragen werden kann. In seiner Entscheidung differenziert der Bundesgerichtshof nicht danach, ob die Versorgung auf einen öffentlichen Rechts-träger oder eine Privatperson übertragen wird: „In gleicher Weise ist es sachenrechtlich wirksam, wenn sich der Straßeneigentümer mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe der Wasserversorgung auf einen Verband oder einen Privaten mit diesem dahin einigt, dass die Rohrleitungen im Straßenkörper als rechtlich selbständig gewordene bewegliche Sache in dessen Eigentum übergehen sollen“<sup>42</sup>.

Das Argument, die Ruhrschnellweg-Entscheidung komme nur bei Sachverhalten mit rein öffentlich-rechtlichem Charakter zur Anwendung, kann mithin nicht mehr gelten. Unklar bleibt allerdings, ob der Bundesgerichtshof einen Grundsatz von all-

25) Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 3), § 95 Rn. 2; BGH in NJW 1996, 916, 917.

26) BGH in NJW 1970, 1642; NJW 1984, 2878.

27) BGH in NJW 1959, 1487, 1488; NJW 1988, 2789, 2790.

28) BGH in WPM 1971, 822, 824.

29) OLG Köln in NJW 1961, 461, 462.

30) BGH in NJW 1987, 774; NJW 1996, 916.

31) Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 3), § 95 Rn. 5.

32) Ludwig, Rpfleger 1984, 266, 267; Rastätter, BWNNotZ 1986, 79, 80; Lauer, MDR 1986, 889, 890.

33) BGH in MDR 1961, 591; OLG Nürnberg in DNotZ 1955, 204; OLG Hamburg in OLG 1999, 362; OLG Schleswig in ZfIR 2006, 62, 65; Peters, WPM 2002, 110, 113.

34) BGH in DNotZ 2006, 290.

35) Wicke, DNotZ 2006, 252, 261 ff.

36) BGH in DNotZ 2006, 290.

37) BGHZ 37, 353 ff.

38) BGHZ 37, 353, 359.

39) Staudinger-Dilcher (o. Fußn. 17), § 95 Rn. 15; Hack (o. Fußn. 5), S. 84 f.; Woitkewitsch, ZMR 2004, 649, 650.

40) Woitkewitsch, ZMR 2004, 649, 651.

41) BGH in DNotZ 2006, 290.

42) BGH in DNotZ 2006, 290, 291.

gemeiner Gültigkeit aufstellen wollte mit dem Inhalt, dass wesentliche Bestandteile unter oben genannten Voraussetzungen in Scheinbestandteile umgewandelt werden können, oder ob dies lediglich für die in der Entscheidung Streitgegenständlichen Versorgungsleitungen gilt.

Einerseits wird ausdrücklich immer nur die Umwandlung wesentlicher Bestandteile in Scheinbestandteile bei Versorgungsleitungen in Straßenkörpern angesprochen und dies beispielsweise auch mit der gesetzlichen Regelung des § 6 BFern-StrG begründet, nach welcher die nachträgliche Aufspaltung des Eigentums am Straßengrundstück und an den in diesem verlegten Versorgungsleitungen für den Fall eines Übergangs der Straßenbaulast gesetzlich bestimmt ist. Andererseits wird anhand grundsätzlicher sachenrechtlicher Überlegungen dargestellt, dass die Willensänderung des Eigentümers dahin, dass eine mit dem Grundstück fest verbundene Sache nunmehr nur noch zu einem vorübergehenden Zweck mit diesem verbunden sein soll, nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ausgeschlossen und mit dem Regelungszweck der Norm vereinbar ist. Ausschlaggebend sei, ob ein berechtigtes Interesse an einer veränderten, nunmehr vorübergehenden Nutzung

besteht, das die Neubegründung der Sonderrechtsfähigkeit erfordert.

Die Quintessenz der Entscheidung ist also das Erfordernis des berechtigten Interesses. Wann dieses vorliegt, bleibt allerdings, abgesehen vom entschiedenen Fall des Übergangs von Versorgungsträgern, Nährboden weiterer Rechtsunsicherheit<sup>43</sup>.

So ist nur schwer abschätzbar, ob die höchstrichterliche Rechtsprechung im Falle des Contractings ein berechtigtes Interesse vorbehaltlos bejahen würde. Zu begrüßen wäre dies, denn Energie ist nicht beliebig vermehrbare und das Wärmecontracting zwingt den Contractor im Gegensatz zum Vermieter wirtschaftlich dazu, Energieverluste zu minimieren, um Wärme möglichst günstig produzieren zu können<sup>44</sup>. Um die Verbreitung des Wärmecontracting weiterhin zu fördern, ist es aber notwendig, dass der Contractor auf einfachem Wege Eigentümer der Energieerzeugungsanlage bleiben bzw. werden kann.

43) So auch Wicke, DNotZ 2006, 252, 259.

44) Siehe oben unter 3.

Assessor Dr. Christian Hirsch, Mannheim

## § 543 I BGB – Kündigung aus wichtigem Grund wegen „Pflichtverletzung“

### Ein Beitrag zur Konkretisierung der Generalklausel des wichtigen Grundes in § 543 I 2 BGB

#### I. Einleitung<sup>1</sup>

Die Vorschrift des § 543 BGB zur Kündigung aus wichtigem Grund wurde durch das Mietrechtsreformgesetz neu geschaffen. Die Regelung fasst die bisher über mehrere Einzelsvorschriften verstreuten außerordentlichen fristlosen Kündigungsrechte sowie das aus den §§ 626, 723 BGB oder § 242 BGB abgeleitete allgemeine Kündigungsrecht aus wichtigem Grund in einer Norm zusammen. Entsprechend der neuen Regelungssystematik des Mietrechts wird die Bestimmung für Wohnraummietverhältnisse durch § 569 BGB ergänzt, auf den teilweise in § 578 II BGB für andere Räume als Wohnräume verwiesen wird. Der Beitrag beschäftigt sich mit der Auslegung des Auffangtatbestandes in § 543 I BGB, wonach jede Partei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund fristlos kündigen kann. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Konkretisierung der Generalklausel des wichtigen Grundes in § 543 I 2 BGB mittels einer Rechtsprechungsanalyse zum übergesetzlichen Kündigungsrecht aus wichtigem Grund.

#### II. Der Auffangtatbestand des § 543 I BGB

§ 543 I 1 BGB formuliert den allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund fristlos kündigen kann; § 543 I 2 BGB gibt die Voraussetzungen vor. Danach liegt ein wichtiger Grund vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

#### 1. Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

Im Vordergrund der Abwägung nach § 543 I 2 BGB steht analog zum bisherigen Recht die Unzumutbarkeit. Diese ist aus

einer Gesamtschau nach objektiven Maßstäben unter Heranziehung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu prüfen.<sup>2</sup> An die Unzumutbarkeit sind hohe Anforderungen zu stellen. Die Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue rechtfertigt sich nur aus dem Gedanken, dass eine Möglichkeit geschaffen werden soll, völlig unhaltbar gewordene Verhältnisse zu beenden. Es muss sich um ganz besonders gravierende Umstände handeln, die eine sofortige Trennung gebieten.

Als Abwägungskriterien sind sowohl die Umstände und Interessen auf Seiten des Kündigungsberechtigten als auch die Belange des Kündigungsgegners zu berücksichtigen. Die konträren Positionen, das Interesse des Kündigungsgegners am Weiterbestand des Mietverhältnisses sowie die Größe und die Billigkeit des Beendigungsinteresses, sind auf ihr Gewicht hin zu prüfen und dann gegeneinander zu halten. Einzustellende Komponenten sind die Art, Schwere und Nachhaltigkeit des Anlasses, das Ausmaß der Beeinträchtigung und die konkrete Beziehung der Parteien zueinander.<sup>3</sup> Daneben sind Alter, Krankheit, Beruf und Familie zu berücksichtigen. Das frühere Verhalten des Kündigungsgegners ist ebenso mit zu berücksichtigen wie dessen Reaktion auf den Vorfall (Gleichgültigkeit, angemessene Entschuldigung etc.). Zum einen kann die

1) Der Aufsatz beruht auf einer Arbeit, die unter dem Titel „Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage – Eine Untersuchung am Schnittpunkt von Miet- und Schuldrechtsreform“ im Sommersemester 2004 von der Juristischen Fakultät der Universität Mannheim als Dissertation angenommen wurde. Die Arbeit ist im Verlag Duncker & Humblot (Berlin) in der Reihe „Schriften zum Bürgerlichen Recht“, Band 312, veröffentlicht.

2) Palandt/Weidenkaff, BGB, 65. Aufl. (2006), § 543 Rn. 5; Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. (1988), IV Rn. 506.

3) Palandt/Weidenkaff, § 543 Rn. 33; Schilling, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2004), § 543 Rn. 8; Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. (2002), § 543 Rn. 56.