

## Editorial

### Corona alias COVID-19: Ein spezielles Heft in (w)irrer Zeit

„Ein mikroskopischer Winzling weist das öffentliche Leben in Deutschland in nie gekannte Schranken.“ So, wie die Autoren *Uth/Barthen* ihren verfassungsrechtliche Bedenken gegen den neuen Art. 240 § 2 EGBGB anmeldenden Beitrag zum Heftbeginn einleiten, werden auch Sie, verehrte Leserinnen und Leser, das gegenwärtige Bedrohungsszenario erleben. Mit der vagen Aussicht, vom „lockdown“ spaltweise zurück ins volle Licht zu gelangen. Und so bunt und vielfältig, wie Gesichtsmasken in unseren Alltag eingezogen sind, präsentiert sich Ihnen auch das vorliegende Heft: Die Autoren spannen einen weiten Bogen über das neue Recht unter dem „COVID-19-Gesetz“.

In der Redaktion (verlegt ins homeoffice) habe ich es noch nie erlebt, dass binnen weniger Tage und Wochen zu einem einzigen Thema so viele unverlangte Beiträge eingingen: Sich teils überschneidend, ja, aber in einem jedem steckte auch etwas Neues, Spannend-Abweichendes, ein alternativer Ansatz, eine zusätzliche Information. Kurzum: Man wäre den Autoren – darunter auch NZM-Mitherausgeber – mit ihrem jeweiligen Anliegen, erste Orientierungslinien in rechtliches Neuland zu ziehen, nicht gerecht geworden mit einer einfach Absage, nur weil ein anderes Skript, den entscheidenden Tick früher in der Redaktion, bereits eine Zusage erhalten hatte.

Und so liegt jetzt, wie ich nach persönlichem Redigieren aller Beiträge versichern kann, ein in jeder Hinsicht nutzbringender „Steinbruch des COVID-19-bedingten Miet- und Wohnungseigentumsrechts“ vor Ihnen. Daraus mag sich argumentativ bedient werden, der Fragen gibt es viele: Verfassungsgemäßheit • Qualifikation der öffentlich-rechtlichen Schließungsanordnung als Mietmangel, als Fall bloß temporärer Nichtigkeit (über § 134 BGB), als Störung der Geschäftsgrundlage • Sonderfall Umsatzmiete • Zukunft der (sortimentsgebundenen) Betriebspflicht bei gleichzeitigem Ausschluss von Konkurrenzschutz im Formularmietvertrag usw.



Dr. Andreas Kappus

Die Beiträge sind, schon der Materialfülle wegen und angesichts der knappen Ressource Zeit, nicht, wie es gutem Redaktionshandwerk sonst eigen ist, aufeinander abgestimmt worden. Die Autoren haben die jeweils anderen Skripte nicht vorab (zum „Einarbeiten“) erhalten. In den \*-Fußnoten ist der jeweilige Skriptstand ausgewiesen, denn es wäre ua angesichts der ständig fortschreitenden Erkenntnis kaum möglich gewesen, fortwährendes

Nachtragen/Nachbessern zu gewährleisten auf den Tag des Redaktionsschlusses, den 24.4.2020.

Am Vortag hat *Angela Merkel* „Forschheit“ im Land beklagt bei den kleinen Schritten heraus aus dem pandemischen Verstummen. Im Miet- und Wohnungsrecht herrscht bereits Stimmengewirr und die Beratungspraxis offenbart, dass es deutlich mehr Fragen gibt als derzeit Antworten.

Der Verlag C.H.BECK reagiert mit einer eigenen Online-Zeitschrift, kurz „COVuR“ (lang: „Zeitschrift für alle Rechtsfragen zur Corona-Krise“). Einen gewerberaummietrechtlichen Beitrag gibt es in Heft 1 vom 1.5.2020 auch (*Warmuth*, § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise – am Beispiel der Gewerberaummieta, COVuR 2020, 16). Am Heftenende gibt es eine nach Rechtsgebieten sortierte Rubrik „Das schreiben die anderen“ (ua vertreten *Sittner*, Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, 1169; *Zschieschack*, Sonderregelungen für Wohnungseigentümergeinschaften zur Abmilderung der Folgen der COVID19-Pandemie, ZWE 2020, 165). Auch die pulsierende Rechtsprechung ist in COVuR mit an Bord, ebenso wie in der Ihnen vorliegenden NZM-Ausgabe: Wenn sich der BGH in einer Entscheidung mit der Schriftform (wegen fehlender Unterschrift des zweiten namentlich vorgesehenen GmbH-Geschäftsführers) und Knebelungstechniken bei Center-Mietverträgen beschäftigt, dann ist auch darin noch etwas von jenem Winzling zu entdecken (bei *Jürgen Herrlein*).

## Gastkommentar

**Überlange AGB: Das beim OLG Köln sträflich übersehene Unionsrecht**

**Selbst-Quarantäne.** In der Corona-Krise gibt es mannigfachen Anlass, sich in die Rolle des Verbrauchers zu flüchten. Dies gilt vor allem auch dann, wenn man, wie der *Verfasser*, schon wegen seines fortgeschrittenen Alters der besonderen Risikogruppe angehört, die der Staat, so hat er es uns immer wieder eingehämmert, besonders vor den Gefahren einer Infektion schützen müsse. Also entschlief ich mich, die Rolle des Verbrauchers ernstnehmend, zahlreiche Einkäufe, auch die des gehobenen täglichen Bedarfs, online zu tätigen. Da als Modalität für die dort vorgesehenen Zahlungsvarianten neben der altertümlichen Rechnung üblicherweise auch das moderne Instrument der paypal-Zahlung angeboten wird, versuche ich mich – als angehender Pensionist habe ich ja auch Zeit – dort anzumelden und einen „account“ (!) einzurichten.

**Der AGB-Rechtler vor einem „account“ oder: Der paypal-Irrsinn.** Doch schon bei den ersten Schritten springt mir das Signal „AGB“ entgegen. Ich verlasse pflichtgemäß die Rolle des Verbrauchers und schlüpfe in die Rolle des AGB-rechtlich versierten Kommentators. Als ich versuche, mir ein Bild vom Umfang der AGB zu machen, erfasst mich blankes Entsetzen: Es sind sage und schreibe 83 Seiten DIN-A-4. Spontan erkläre ich: „Das geht gar nicht, das sprengt die Grenzen der Zumutbarkeit.“ Ich müsste – das hat das *OLG Köln* soeben mit Urteil vom

19.2.2020 festgestellt (GRUR-RS 2020, 3913) – sage und schreibe zwei Stunden damit verbringen, sie (nur) durchzulesen. Schon da stutze ich.



*Dr. F. Graf v. Westphalen*

Meine Lesegeschwindigkeit war zu meinem großen Verdruss zeitlebens immer viel langsamer; 20 Druckseiten/Stunde in einem Buch ist Durchschnitt. Ich müsste also ganze vier Stunden meiner Lebenszeit damit verbringen, die AGB von paypal durchzulesen. Flugs kommt mir die juristische Antwort als Ausweg, als Hilfestellung in den Sinn: Das ist – gleichgültig von welcher Lesegeschwindigkeit man bei einem durchschnittlichen Verbraucher ausgehen mag – in jedem Fall intransparent, ob man diese Hürde bereits an der Schwelle der Einbeziehung nach § 305 II BGB oder erst im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 I 2 BGB errichtet, gilt gleich: Solch überlangen AGB fehlt in jedem Fall das Merkmal der Wirksamkeit. Punktum.

Bei AGB, die von BIG DATA stammen, bin ich aber nicht nur Kommentator, sondern sozusagen auch von Berufs wegen auf dem Kriegspfad. Also beschließe ich, die juristische Ritter-

rüstung anzuziehen, und lese Schritt für Schritt – Zeile für Zeile – das Urteil des *OLG Köln*, das diese durchgreifenden Bedenken gegen die Wirksamkeit solch überlanger Bedingungswerke vor allem auch mit dem Hinweis darauf verwirft, dass in diesen 83 DIN-A-Seiten immerhin fünf verschiedene Vertragsverhältnisse erfasst und auch geregelt sind, und zwar als einheitliches Klauselwerk für Verbraucher wie Unternehmer. Erklärend ist zu lesen:

„Denn an einem Zahlungsvorgang sind neben dem Zahlenden, dem Empfänger der Zahlung und der Beklagten als Dienstleister auch die jeweils von den Kunden zu wählenden Zahlungsmethoden zu berücksichtigen, die – etwa über eine Einzugsermächtigung, aber auch über die Zahlung mit einer Kreditkarte – über weitere Personen wie Banken abgewickelt werden“ (Rn. 40).

Schon als Jurist, aber auch als Kommentator der Zahlungsdienstleistungs-Richtlinie habe ich so meine intellektuellen Schwierigkeiten, wenn an einem Rechtsverhältnis mehr als zwei Personen beteiligt sind; ich muss mich dann oft aufs Malen verlegen. Auch erinnere ich mich daran, dass ein überaus kundiger Mitkommentator mir einmal zu meiner Beschämung sagte, die juristische Beherrschung eines Vier-Personen-Verhältnisses zeichne die Qualität der juristischen Begabung, vor allem das Abstraktionsvermögen aus. Gut, das habe ich inzwischen akzeptiert. Aber bei den paypal-AGB muss ich mit fünf Personen in ihren unterschiedlichen Rechtsverhältnissen zurechtkommen. Pure Überforderung.

So hat es wohl auch der Kläger als qualifizierte Einrichtung nach § 4 I 1 UKlaG gesehen. Er hat sich nämlich schlicht darauf

verlegt, die Klauseln in ihrer Gesamtheit als intransparent und daher als unwirksam zu rügen. Einzelne Klauseln hat der Kläger nicht in seinen Schriftsätzen detailliert auf- oder angegriffen, sondern eben das Bedingungsmerkmal in toto. Dagegen hat sich allerdings das *OLG Köln* ohne Wenn und Aber gesperrt und geltend gemacht, der Kläger habe einen Verstoß einzelner Klauseln gegen das Transparenzgebot nicht hinreichend dargelegt (Rn. 51).

**Das Unionsrecht und sein Amtsermittlungsprinzip.** Die so begründete Abweisung der Klage ist jedoch ein Stich ins Herz. Das AGB-Recht ist nämlich – und davon ist in diesem Urteil bedauerlicherweise kein Wort zu lesen – europäisches Richtlinienrecht, und das nicht erst seit gestern, sondern schon seit bald 30 Jahren! Und im Kontext der dort vorrangig zu prüfenden Regel des Art. 3 Richtlinie 93/13/EWG und der hier verankerten richterlichen Inhaltskontrolle gilt uneingeschränkt – entgegen dem deutschen Recht – der Grundsatz der Amtsermittlung (*EuGH*, NJW 2000, 2571 – Océano; NZM 2018, 1029 – Demba [dazu *Graf v. Westphalen*, NZM 2018, 1001]; neuestens *EuGH*, EuZW 2020, 193 – Bondora; hierzu auch *Rieländer* GPR 2020, 55). Wenn also – so der *EuGH* in ständiger Rechtsprechung – ein nationales Gericht die formale Möglichkeit hat, aufgrund des Sachvortrags einer der beiden Parteien eine vorformulierte Klausel zur Kenntnis zu nehmen, dann ist es von sich aus verpflichtet, in die Prüfung der Missbräuchlichkeit *einer jeden* Klausel im Rahmen des Streitgegenstands

einzutreten. Das Gericht muss deshalb, wie der *EuGH* ausdrücklich hervorgehoben hat, diese Prüfung „anstelle des Verbrauchers in seiner Eigenschaft als Kläger“ durchführen (*EuGH*, NJW 2019, 207 – OTP).

Es ist also schlicht ein unionsrechtliches „no go“ und daher auch nach deutschem Recht zu verwerfen, wenn das *OLG Köln* dem Kläger vorhält, sein Vortrag sei „nicht hinreichend substantiiert“ (Rn. 43).

Ist Trost in Sicht? Den Streitwert für das Berufungsverfahren hat das *OLG* auf (genau) 20.000 Euro festgesetzt und hinzugefügt: „Dies entspricht dem Zehnfachen des für eine einzelne Klausel im Regelfall als angemessen anzusehenden Streitwerts.“ Mehr nicht. Warum der 6. *Zivilsenat* des *OLG Köln* nicht 2500 Euro als Faktor annimmt, bleibt sein Geheimnis (dazu, gerade für das Verbandsverfahren und je „Teilklausel“, *BGH*, BeckRS 2019, 24141 Rn. 5 unter Verweis auf *BGH*, NJOZ 2018, 583 [in dortiger Rn. 8 findet sich der Satz: „Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die Bemessung des Streitwerts des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens.“]). Das Diktum hängt vielleicht aber auch damit zusammen, dass die Revision, fast hätte ich hinzugefügt, selbstverständlich nicht zugelassen wurde (Rn. 55):

„Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist die Revision zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Vielmehr beruht die Entscheidung darauf, dass der Kläger einen der von ihm gerügten Verstöße nicht hinreichend dargelegt hat.“

Ich beschließe, die Ritterrüstung abzulegen und lieber eine dieser hübschen Masken hervorzuholen und besser – analog – einkaufen zu gehen.

*Rechtsanwalt Professor Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln*

## Rechtsprechung

Die „Drei-Angebote-Doktrin“: „Irrationale Mystik“?

Das *AG Hamburg-Blankenese* (Urt. v. 15.4.2020 – 539 C 16/18, BeckRS 2020, 5937) hat entschieden:

Gegen das apodiktische Erfordernis von mindestens drei Vergleichsangeboten spricht schon, dass die Wohnungseigentümer – auch nach Einholung der Vergleichsangebote – nicht verpflichtet sind, das billigste oder günstige Angebot – wie man es bei einer Ausschreibung kennt – anzunehmen und zu realisieren.

Ihre NZM berichtet aus den Entscheidungsgründen:

Die Anzahl der Alternativangebote können die Wohnungseigentümer im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums selbst festlegen (*LG Hamburg*, ZMR 2019, 984). Die Wohnungseigentümer können sich auch mit dem Preisspiegel des von ihnen hinzugezogenen Architekten begnügen.

Zutreffend schreibt *Lehmann-Richter* (Die drei magischen Angebote oder: Information als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Wohnungseigentümerbeschlusses, FS Riecke, 2019, 287 [293 ff.]):

„Es kann nicht ausreichen, dass die abstimmenden Wohnungseigentümer aus ihrer (!) Sicht eine vertretbare Entscheidung getroffen haben. Maßgeblich ist vielmehr allein, ob die Entscheidung aus Sicht eines objektiven und vernünftigen Wohnungseigentümers vertretbar ist, dem alle relevanten Tatsachen bekannt sind, die für oder gegen den Beschluss sprechen ...“,

um zu enden mit These 3 (S. 299):

„Die zu einem absoluten Anfechtungsgrund führende Vergleichsangebotstheorie der h. M. ist abzulehnen.“

*Küttner* (Alternativangebote bei der Verwalterbestellung nach § 21 VIII WEG oder: ein Plädoyer gegen den Vergleich als Selbstzweck, FS Riecke, 2019, 275 [277 ff.]) schreibt:

„Das gebetsmühlenartige Abstellen auf drei Vergleichsangebote überzeugt häufig nicht. Es erspart lediglich dem Gericht die Auseinandersetzung mit dem Beschluss, verzögert Maßnahmen und verhilft einer häufig aus sachfremden Gründen erhobenen Klage zum Erfolg. Eine gesetzliche oder sonstige vergaberechtliche Grundlage für das ‚3-Angebot-Gebot‘ findet sich nicht. Die strikte Forderung nach drei Angeboten birgt auch die Gefahr in sich, Scheinangebote einzuholen.“

*J.-H. Schmidt* (Streifzug durch das Wohnungseigentumsrecht, FS Riecke, 2019, 379 [385 ff.]) notiert:

„Vergleichsangebote – wieso eigentlich nur drei? *Judex non calculat?* Von wegen! Geht es darum, Beschlüsse über größere Verwaltungsmaßnahmen zu Fall zu bringen, fackeln Wohnungseigentumsgerichte nicht lange und geben Anfechtungsklagen statt, wenn im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mindestens drei Vergleichsangebote vorlagen und die Klägerseite dies innerhalb der Klagebegründungsfrist vorträgt. In der Urteilsbegründung heißt es unvergleichlich kurz und knackig, die Willensbildung sei auf einer mangelhaften Tatsachengrundlage erfolgt. Während Wohnungseigentümer, Verwalter, Handwerker, Dienstleister und weitere Marktanbieter sowie zunehmend auch Stimmen im juristischen

Schrifttum mit Unverständnis auf diese Spruchpraxis reagieren, hält sich die hM noch immer. Überzeugend ist das nicht. Selbstorganisationsrecht, Beurteilungs- und Ermessensspielraum und auch der Minderheitenschutz müssen es der Mehrheit gestatten, ohne Preisvergleich einen Auftrag zu vergeben. Grotesk an der hM erscheint, dass Gerichte die Mehrheitsentscheidung ohne Weiteres akzeptieren, obwohl das preislich teuerste ausgewählt wurde, solange nur im Moment der Abstimmung drei Angebote vorlagen. Denn die Wohnungseigentümer seien – so die ganz hM sodann in unvergleichlicher Toleranz und Liberalität – keineswegs dazu verpflichtet, den preisgünstigsten Anbieter zu beauftragen, wenn zumindest ein sachlicher Grund für die getroffene Entscheidung spreche. Von Mark Twain stammt der Ausspruch, man müsse die Tatsachen erst kennen, bevor man sie verdrehen könne. Übertragen auf die hier beleuchtete Thematik, lässt sich trefflich sagen: Man muss die billigeren Angebote erst kennen, bevor man sie ignorieren darf!

Doch nicht nur die rechtliche Betrachtung sollte zu einem Umdenken führen. *Greiner* gebührt Dank für seinen frühen Hinweis, dass die Zahl 3 irrationale Mystik ist (s. *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 126). *Lehmann-Richter* spricht von Magie. Bei näherer Analyse lässt sich dem Einiges hinzufügen: Der Jurist begegnet Mystizismus, Scheinerkenntnis und Irrglauben erstmals im Studium, kleiner Schein Strafrecht, im „Katzenkönig“-Fall (NJW 1989, 912; Anm. d. *Red.*). Beim Thema Vergleichsangebote im Wohnungseigentumsrecht geht es freilich nicht um vermeidbare Verbotsirrtümer des mittelbaren Täters und auch weniger darum, einen Mitmenschen (Verwalter) zum „menschlichen Werkzeug“ für den eigenen Spaß (Angebotseinholung) zu machen, sondern um Zahlenmystik: Darunter versteht man die Zuweisung von Bedeutungen an einzelne Zahlen oder

Zahlenkombinationen, wobei die Zahlen eine symbolische Funktion erhalten, die über ihre mathematische Funktion hinausverweist. Das AG Hamburg (ZMR 2018, 876 Rn. 58) widerspricht der Kritik *Greiners* und meint, an einen Rechtssatz statt an Mystik anknüpfen zu können:

„Auch die Erwägung, der Rechtssatz sei irrationale Mystik, weil es genauso gut 4 oder 2 hätten sein können und weil man, wenn man lange genug sucht, für die Zahl 3 einen mystischen Hintergrund findet, ist offenkundig reine unjuristische Rhetorik, auch wenn sie von *Greiner* stammt. Erstens, es lässt sich nahezu für jede Zahl irgendein mystischer Hintergrund finden, ob es die 3, die 5, die 7, die 13, die 11 usw. ist. Es überzeugt nicht, die Verwendung von Zahlen in der Rechtsordnung deswegen als mystisch abzulehnen, weil es auch nichtjuristische Kontexte für Zahlen mit mystischem Charakter gibt. Das Argument, warum es nicht 2 oder 4 Vergleichsvorschläge geworden sind, ist ein an den Nichtjuristen gerichtetes Argument, das unterstellt, es wäre eine Rechtsordnung denkbar, die auf Grenzziehungen verzichtet.“

Moderner Zeitrechnung entsprechend und auch im Dienste einer Steigerung der Merkfähigkeit sollte das bisher vorherrschende Erfordernis von Vergleichsangeboten wie folgt aufgelöst und dem Ermessen der Mehrheit überstellt werden: „Drei, zwei, eins, keins!“

Erst wenige Berufungsgerichte haben begonnen, die überzogenen Vorgaben der hM zu lockern. Untauglich ist die Diskussion um Bagatellgrenzen, jedenfalls in ihrer bisherigen Form.

*(Mitgeteilt von Richter am AG Dr. O. Riecke, Hamburg)*

Anm. d. Schriftlgt.: Zur Angebote-Doktrin s. auch *Lubmann/Letzner*, NZM 2019, 243.