SRF-Newsletter 2/2011

Markus Rehmet
Fachanwalt für Arbeitsrecht
07131/59412-40
rehmet@srf-hn.de

ARBEITSRECHT bekommen

Nachzahlungsrisiko für Entleiher von Arbeitnehmern

In einer viel beachteten Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht am 14.12.2010 der „Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen“ (CGZP) die Tariffähigkeit abgesprochen. Dies kann für Arbeitgeber, die mit Verleihfirmen zusammengearbeitet haben, die nach den mit der CGZP geschlossenen Tarifverträgen ihre Leiharbeitnehmer bezahlt haben, zu einem bösen Erwachen führen, da der Entleiher im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung nach § 28 e Absatz 2 SGB IV neben dem Verleiher für die Sozialversicherungsbeiträge haftet. Der Grundsatz von § 9 Nr. 2 AEG (gleiche Bezahlung der Leiharbeitnehmer) konnte nämlich nur bei Bestehen eines wirksamen Tarifvertrages umgangen werden. Nachdem nun feststeht, dass die tariflichen Bestimmungen unwirksam waren, hätte in der Regel ein höherer Lohn und höhere Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden müssen. Die Sozialversicherungsträger erwarten wohl Nachzahlungen in Höhe von 2 Milliarden Euro, hinzu kommen möglicherweise Entgeltnachforderungen der (ehemaligen) Leiharbeitnehmer gegenüber den Verleihern. Es ist auch an eine Absicherung dieses Haftungsrisikos in bestehenden Vertragsverhältnissen mit Verleihfirmen zu denken.

BAG Urteil vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10

Betriebliches Eingliederungsmanagement auch ohne betriebliche Interessenvertretung

Das Bundesarbeitsgericht hatte in einem Rechtsstreit zu entscheiden, ob die Vorschriften des § 84 Absatz 2 SGB IX in jedem Fall anzuwenden sind. Im zu entscheidenden Fall handelte es sich um einen Betrieb ohne Betriebsrat und/oder Schwerbehindertenvertretung. Dass eine solche Interessenvertretung besteht, ist nach der Entscheidung des BAG ausdrücklich nicht Voraussetzung dafür, dass der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen hat.

Für die Behauptung, dass auch ein betriebliches Eingliederungsmanagement keine Veränderung der Arbeitsunfähigkeitssituation erbracht hätte, trägt der Arbeitgeber die volle Beweislast. Es ist deshalb jedem Arbeitgeber zu raten, sich um Arbeitnehmer, die mehr als 6 Wochen Arbeitsunfähigkeitszeiten in einem Jahr haben, besonders zu kümmern und dies auch zu dokumentieren. Vor einer krankheitsbedingten Kündigung sind intensive Bemühungen erforderlich, die Arbeitsunfähigkeitszeiten zu reduzieren und gegebenenfalls den Arbeitsplatz leidensgerechter auszugestalten.

BAG Urteil vom 30.9.2010 – 2 AZR 88/09

Tarifliche Ausschlussfristen für Urlaubsabgeltungsansprüche?

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass tarifvertragliche Ausschlussfristen auch für Urlaubsabgeltungsansprüche gelten. Im dortigen Fall war in § 21 TV-Nahverkehr geregelt, dass alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht binnen 6 Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Partei schriftlich geltend gemacht werden.

Der Arbeitnehmer hat 11 ½ Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für drei Jahre Urlaubsabgeltung verlangt (in den fraglichen drei Jahren war er arbeitsunfähig erkrankt). Er ist in beiden Instanzen gescheitert. Die Frage, ob der Urlaubsabgeltungsanspruch von den tarifvertraglichen Ausschlussfristen erfasst ist, ist aber noch nicht endgültig entschieden, da in drei ähnlichen Fällen die Revision beim Bundesarbeitsgericht anhängig ist und damit eine kurzfristige höchstrichterliche Klärung zu erwarten steht.

LAG Berlin-Brandenburg Urteil vom 7.10.2010 – 2 SA 1464/10

Markus Rehmet
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
07131/59412-40
rehmet@srf-hn.de

BAURECHT bekommen

Schwarzarbeit: Auftraggeber darf Leistungen nicht unentgeltlich behalten

Das Oberlandesgericht Hamburg hat in einem bemerkenswerten Beschluss am 23.12.2010 entschieden, dass ein Auftraggeber, der einen Schwarzarbeiter mit der Erbringung von Leistungen beauftragt hat, diesen trotz der vom Gesetz angeordneten Nichtigkeit des Vertrages bezahlen muss.

Das Oberlandesgericht beruft sich dabei darauf, dass der Ausschluss des Bereicherungsanspruchs, den das Gesetz in § 817 Satz 2 BGB für diese Fälle anordnet nicht greife, da es der Gesetzeszweck des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit nicht gebietet, dem Auftraggeber die Leistungen unentgeltlich zu belassen. Allerdings muss der Auftragnehmer damit rechnen, dass die Vergütung deutlich unterhalb der Höhe des unwirksam vereinbarten Werklohns bestimmt wird, Abschläge sollen (je nach Einzelfall) 10 bis 50 % betragen. Wohlgemerkt bezieht sich dies auf den vereinbarten (ohnehin in aller Regel bereits unter dem marküblichen Preis liegenden) Werklohn.

OLG Hamburg, Beschluss vom 23.12.2010 – 5 U 248/08

Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB

Der Bundesgerichtshof hat zur alten Fassung von § 648 a BGB entschieden, dass die Nachfrist zur

Vorlage der Bürgschaft voraussetzt, dass zunächst einmal eine ordnungsgemäße Frist gesetzt wurde und abgelaufen ist. Frist- und Nachfristsetzung können nicht in einem Schreiben erfolgen. Zur Begründung führt das Gericht aus, dass die Setzung einer Nachfrist voraussetzt, dass zuvor eine andere Frist bereits abgelaufen ist und deswegen nicht vor Fristablauf gesetzt werden darf.

Auch im Rahmen der neuen Vorschrift des § 648 a BGB wird es so sein, dass die Kündigung des Bauvertrages durch den Auftragnehmer wegen nicht rechtzeitiger Erbringung der Sicherheitsleistung den Ablauf der Frist voraussetzt und nicht bereits mit der Fristsetzung „vorsorglich“ für den Fall des Fristablaufs gekündigt werden kann.

Das Landgericht Stuttgart hat in einer Entscheidung (anders als das Landgericht Hamburg) entschieden, dass der Anspruch nach § 648 a BGB auch nach der Kündigung des Vertrages noch geltend gemacht werden kann, da das Sicherungsbedürfnis im Falle der Kündigung erst recht bestehe, der Unternehmer seine Leistungen ja bereits erbracht habe und der Unternehmer nach dem Willen des Gesetzgebers für die Dauer eines Rechtsstreits nicht das Insolvenzrisiko des Bauherrn tragen soll.

BGH Urteil vom 20.12.2010 – VII ZR 22/09

LG Stuttgart Urteil vom 3.12.2010 – 8 O 284/10

Schallschutz bei Sanierungsmaßnahmen

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in einem Urteil, in dem es sowohl Parkettleger wie Architekt zu Schadensersatz verurteilt hat, festgelegt, dass der Schallschutz auch bei Sanierung eines Altgebäudes sich nach den Regeln der Baukunst und Technik im Zeitpunkt der Sanierung und nicht der ursprünglichen Errichtung des Gebäudes richtet, es sei denn, es ist etwas anderes vereinbart. Das OLG Düsseldorf stützt sich dabei auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, der in den letzten Jahren immer wieder betont hat, dass die DIN4109 bzw. die dort enthaltenen Anforderungen nicht einem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard entsprechen, sondern aus dem Vertrag heraus ermittelt werden müsse, welche Qualität das Gesamtbauvorhaben erreichen soll und sich hieraus dann auch die geschuldete Schalldämmung ergibt.

Im zu entscheidenden Fall ging es um partielle Intsandsetzungs- und Erneuerungsarbeiten an einer Immobilie, bei der vertraglich nicht vereinbart war, dass eine Verbesserung des Schallschutzes erreicht werden soll. Das Oberlandesgericht hat gleichwohl angenommen, dass der Bauherr erwarten kann, dass im Rahmen des technisch Möglichen die Maßnahmen angewandt werden, die erforderlich sind, um einen dem Stand der anerkannten Regeln der Technik schallschutzüblichen Komfortstandard zu erreichen. Hierzu sah das Oberlandesgericht sowohl den Architekten bezüglich seiner Planungs- und Überwachungsleistungen verpflichtet wie den ausführenden Parkettleger, der keine Bedenken angemeldet hat.

Für alle Handwerker, die im Rahmen der Sanierung von Altbauten tätig sind, sind die Grundsätze des Oberlandesgerichts Düsseldorf unbedingt zu beachten. Der Handwerker muss, wenn er im Rahmen der Sanierung zu befürchten hat (insbesondere aufgrund der planerischen Vorgaben), dass das Werkergebnis nicht dem aktuellen Stand der Technik entsprechen wird, hierauf hinweisen, um nicht zu haften.

Die Architekten müssen natürlich unbedingt darauf achten, entweder den Bauherrn vorab darauf hinzuweisen, dass auch nach der Sanierung (partiell) nicht der aktuelle Stand erreicht werden kann und dies vertraglich absichern oder aber eine entsprechende umfangreichere Planung durchführen.

Bauherrn, die eine entsprechende Sanierung in Auftrag geben, sollten, um späteren Ärger zu vermeiden, vorab mit ihren Vertragspartner klären, welchen Leistungsstand und welches Ergebnis sie erwarten (und wie dies gegebenenfalls erreicht werden kann).

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 15.7.2010 – 5 U 25/09

Grundlage für die Ermittlung des Nachlasswerts ist bei Grundstücken der tatsächlich erzielte Verkaufserlös

Für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs ist der Wert des Nachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich. Wie der Nachlass zu bewerten ist, ist dabei häufig eine Streitfrage zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigtem. Maßgeblich ist in erster Linie der Verkehrswert, also entweder der durch ein Sachverständigengutachten ermittelte oder der tatsächlich erzielte Preis.

Der Bundesgerichtshof hat nunmehr in einer Entscheidung vom 25.11.2010 zur Frage der Beweislast Stellung genommen. Danach gilt, dass bei einem Verkauf der Nachlassgegenstände zunächst davon auszugehen ist, dass der erzielte Preis dem tatsächlichen Wert entspricht, soweit dem nicht außergewöhnliche Umstände entgegenstehen. Im Übrigen trage der Pflichtteilsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Verkaufserlös nicht dem Verkehrswert im Zeitpunkt des Erbfalls entspricht. Bei einem Verkauf unter dem Schätzwert muss dieser demnach darlegen und beweisen, dass sich die Marktverhältnisse seit dem Erbfall geändert haben, wenn er erreichen will, dass der Schätzwert als maßgeblicher Wert zugrunde gelegt wird. Bei einer Veräußerung über dem Schätzwert trifft ihn dagegen die Darlegungs- und Beweislast, dass die Marktverhältnisse seit dem Erbfall im Wesentlichen unverändert geblieben sind. Nach der Entscheidung muss der Pflichtteilsberechtigte zudem Beweis für erfolgte oder unterbliebene bauliche Veränderungen des Grundstücks nach dem Erbfall erbringen.

BGH, Beschluss vom 25.11.2010 – IV ZR 124/09

Lars Frauenknecht
Fachanwalt für Familienrecht
07131/59412-50
frauenknecht@srf-hn.de

FAMILIENRECHT
bekommen

Nachehelicher Unterhalt und Rente

Nach der bis zum 31.8.2009 geltenden Rechtslage bestand in mehrfacher Hinsicht im Zusammenhang mit dem Versorgungsausgleich aufgrund Ehescheidung und einem nachehelichen Unterhalt ein Rentenprivileg. Nach § 5 VAHRG war nach der früheren Rechtslage geregelt, dass für den Fall einer gesetzlichen Verpflichtung zum nachehelichen Unterhalt bei Bezügen des im Versorgungsausgleich verpflichteten Ehegatten, ohne dass der Berechtigte bereits ebenfalls Leistungen aufgrund des Versorgungsausgleichs enthält, auf Antrag die Wirkung des Versorgungsausgleichs zunächst nicht eintrat, bis der im Versorgungsausgleich Berechtigte/der unterhaltsberechtigte Ehegatte ebenfalls Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung erhält. Der diesbezügliche Antrag war beim Rentenversicherungsträger zu stellen. Unabhängig von der Höhe des nachehelichen Unterhalts wurde bei einer gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung, solange der Unterhaltsberechtigte aus dem Versorgungsausgleich keine Leistungen erhielt, der Versorgungsausgleich insgesamt nicht durchgeführt.

Mit der neuen Rechtslage, gültig ab 1.9.2009, hat sich dies grundlegend geändert.

In vergleichbaren Fällen der Verpflichtung zu nachehelichem Unterhalt und dem zeitlich früheren Bezug von Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung durch den Unterhaltsverpflichteten, ist für eine zeitweilige Begrenzung der Wirkung des Versorgungsausgleichs das Familiengericht zuständig. Durch Antrag kann der Versorgungsausgleich teilweise ausgesetzt werden, soweit dies notwendig ist, um die Leistungsfähigkeit zur Zahlung nachehelichen Unterhalts zu erhalten.

Der angemessene Selbstbehalt im nachehelichen Unterhalt beträgt in der Zeit ab 1.1.2011 monatlich EUR 1.050,00. Wird mit der gekürzten Rentenleistung, aufgrund Versorgungsausgleich, dieser Betrag unterschritten bzw. wäre aufgrund der gekürzten Rentenleistung mangels Leistungsfähigkeit ein bereits titulierter nachehelicher Unterhalt zu kürzen oder insgesamt einzustellen, wird nun auf Antrag in einem familiengerichtlichen Verfahren der Versorgungsausgleich so lange und so weit ausgesetzt, als dies zur Zahlung des nachehelichen Unterhalts erforderlich ist.

Gegenüber der früheren Rechtslage hat sich für den Unterhaltsverpflichteten die Situation insoweit verschlechtert, als der Versorgungsausgleich nicht insgesamt, unabhängig von der Höhe einer gesetzlichen Verpflichtung zum nachehelichen Unterhalt, ausgesetzt wird. Weiter wurde die Umsetzung erschwert, da statt eines Antrags an den Rentenversicherungsträger nunmehr ein familiengerichtliches Verfahren erforderlich ist.

Andererseits muss für einen Unterhaltsverpflichteten bei Eintritt in die Altersrente (oder beim Bezug von Erwerbsunfähigkeitsrente) vor einem Abänderungsantrag wegen nachehelichem Unterhalt, aufgrund Einschränkung der Leistungsfähigkeit, überprüft werden, ob durch einen Antrag auf Aussetzung des Versorgungsausgleichs die Leistungsfähigkeit erhalten werden kann.

Auch diese gesetzliche Regelung zeigt, dass im Falle einer Zahlung von nachehelichem Unterhalt bei Änderung der Lebensverhältnisse überprüft werden muss, ob der Unterhalt reduziert oder insgesamt eingestellt werden kann bzw. durch andere Maßnahmen eine Entlastung möglich ist, z.B. wie dargestellt, durch zeitweilige Aussetzung des Versorgungsausgleichs bei Eintritt ins Rentenalter.

Stefan Frütsche
Rechtsanwalt
07131/59412-60
fruetsche@srf-hn.de

IT-RECHT
bekommen

Betrug durch Abofallen im Internet ?!

In einer begrüßenswerten Entscheidung hat das OLG Frankfurt sich zur Frage der Strafbarkeit eines Abofallen-Betreibers geäußert. Nach der konkreten Gestaltung der Seiten bejahte das OLG Frankfurt (Beschluss vom 17.12.2010 – 1 WS 29/09) eine Strafbarkeit wegen Betrugs.

Die Beschuldigten betriebenen mehrere Internetseiten (z.B. Routenplaner und diverse Archive), wobei dem Nutzer durch die Gestaltung der Seiten nicht erkennbar war, dass es sich um kostenpflichtige Seiten handelt und nach Eingabe der Daten ein mehrmonatiges Abo abgeschlossen wird. Das Gericht sah in der Gestaltung der Homepage eine konkludente Täuschung der Nutzer durch irreführendes Verhalten. Die Beschuldigten hätten es gerade darauf angelegt, den Nutzern die Kostenpflichtigkeit der Seiten zu verschleiern und das Geschäftsmodel gerade darauf ausgerichtet, die Nutzer „in die Falle zu locken“. Daher ist nach Auffassung des OLG Frankfurt der Tatbestand des Betrugs erfüllt.

Bei der Eingabe von Daten im Internet sollten die Nutzer unabhängig von dieser Entscheidung stets genauestens prüfen, ob damit ggf. auch versteckt Kostenfolgen verbunden sind. Dies gilt jedenfalls bis zur Umsetzung der derzeit von der Regierung geplanten sog. „Button-Lösung“ zum Schutz von Verbrauchern vor vergleichbaren Kostenfallen. Sollte es zu einer Zahlungsaufforderung durch einen Abofallen-Betreiber bzw. einem von diesem beauftragten Inkassounternehmen oder Rechtsanwalt kommen, sollten die angeforderten Beträge nicht ohne Weiteres bezahlt werden. Wichtig ist vielmehr die konkrete Gestaltung der Seite, über die das Abo angeblich geschlossen wurde, genau zu prüfen. Sollten die Kosten bewusst verschleiert worden sein kann sich der Nutzer erfolgreich gegen die Forderung wehren. So haben die Gerichte auch bereits in zahlreichen Verfahren die Zahlungsansprüche der Abofallen-Betreiber gegen die

Nutzer abgelehnt (u.a. OLG Frankfurt, Urteil vom 4.12.2008 – 6 U 186/07).

Peter Biernat
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
07131/59412-80
biernat@srf-hn.de

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Auch erfahrene Anleger müssen aufgeklärt werden**

Auch erfahrene Anleger, die im Hinblick auf hohe steuerliche Abschreibungen oder eine möglichst hohe Rendite bereit sind, Risiken in Kauf zu nehmen, müssen über das tatsächliche Risikopotential der Anlage aufgeklärt werden. Ein Erfahrungssatz dahingehend, dass die Sicherheit einer Kapitalanlage für erfahrene Anleger ohne Bedeutung ist, existiert nicht, wie das Oberlandesgericht Frankfurt am 8.12.2010 entschieden hat. Auch Anleger mit einer hohen Risikobereitschaft dürfen erwarten, dass sie über die Risiken einer Anlageform zutreffend unterrichtet werden. Eine hohe Risikobereitschaft und ein Erfahrungsschatz rechtfertigen es daher nicht, von den Grundsätzen einer anlage- und anlegergerechten Beratung Abstand zu nehmen.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 8.12.2010 – 19 U 22/10

Dr. Markus Sickenberger
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
07131/59412-30
sickenberger@srf-hn.de

MIETRECHT bekommen

- **Fristlose Kündigung des Mieters wegen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses aufgrund von geschäftsschädigenden Behauptungen des Vermieters**

Mit Urteil vom 15.9.2010 (XII ZR 188/08) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass rufschädigende Äußerungen des Vermieters eine fristlose Kündigung des Mieters rechtfertigen können, ohne dass es einer Abmahnung bedarf.

Die Gesellschafterin der Vermieterin hatte sich gegenüber einer Verkäuferin eines benachbarten Geschäfts dahingehend geäußert, dass die Mieterin ein „schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen“ betreibe. Die Geschäftsführerin der Beklagten verbreitete des Weiteren in der Öffentlichkeit die Behauptung, die Mieterin würde in ihren Geschäftsräumen einer Sektentätigkeit nachgehen bzw. ein „verdecktes Puff“ betreiben.

Wegen dieser Äußerungen erklärte die Mieterin die fristlose Kündigung des Mietvertrages und klagte auf Ersatz von kündigungsbedingten Kosten und Aufwendungen sowie auf Freigabe der Kaution. Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht wiesen die Klage ab. Der Bundesgerichtshof hingegen vertrat die Meinung, dass die rufschädigenden Äußerungen des Vermieters eine fristlose Kündigung rechtfertigen.

Nach § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann jede Partei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Der BGH führt aus, dass die rufschädigenden Äußerungen der Gesellschafterin der Vermieterin auf eine nachhaltige Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Mietvertragsparteien schließen lassen und zumindest in ihrer Gesamtheit geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu begründen. Die außerordentliche Kündigung sei auch nicht bereits deshalb unwirksam, weil es an einer vorherigen Abmahnung fehlt. Kommt wie im konkreten Fall eine außerordentliche Kündigung wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage in Betracht, bedarf die Kündigung keiner vorherigen Abmahnung. Zwar ist diese nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB grundsätzlich Voraussetzung, falls das Mietverhältnis wegen der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag außerordentlich gekündigt werden soll. Bei einer Zerrüttungskündigung ist eine Abmahnung jedoch ausnahmsweise entbehrlich, weil die Vertrauensgrundlage auch durch eine Abmahnung nicht wiederhergestellt werden könnte.

Rechtsfolge der berechtigten außerordentlichen Kündigung ist, dass die Vermieterin Schadensersatz wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung schuldet. Verursacht eine Vertragspartei durch ein von ihr zu vertretendes vertragswidriges Verhalten die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses, so ist sie der Gegenseite zum Schadensersatz verpflichtet. Dies gilt sowohl zu Gunsten des Vermieters als auch des Mieters. Der Mieter ist berechtigt, als Schadensersatz Erstattung sämtlicher Kosten zu verlangen, die ihm infolge der Aufgabe der Mietsache und Beschaffung einer Ersatzsache erwachsen. Hierzu zählen Umzugskosten, Inseratskosten sowie die erforderlichen Aufwendungen, um Ersatzräume in einen gebrauchsfähigen Zustand zu versetzen. Ist der Ersatzraum nur zu einer höheren Miete zu erlangen, hat der Vermieter, zeitlich begrenzt durch den erstmöglichen ordentlichen Beendigungstermin, die Mietdifferenz zu erstatten. Auch ist entgangener Gewinn zu ersetzen.

Bei einer fristlosen Vermieterkündigung (Hauptanwendungsfall ist die Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzugs) muss der Mieter dem Vermieter den infolge der außerordentlichen Kündigung entstehenden Schaden ersetzen, im Wesentlichen den Mietausfall. Der Mieter schuldet den Betrag, den er bei normalem Vertragsverlauf bis zum erstmöglichen Endtermin als Miete hätte zahlen müssen. Der Ersatzanspruch wird nicht

dadurch beeinträchtigt, dass der Vermieter einem Mietinteressenten die unentgeltliche Nutzung des Mietobjekts gestattet oder Umbauarbeiten im Mietobjekt durchführen lässt. Zu erstatten ist allerdings nur die Nettomiete ohne Umsatzsteuer, da die Ersatzleistung keinen steuerbaren Leistungsaustausch darstellt.

Der Vermieter ist nach § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet, sich um die anderweitige Vermietung des Mietobjekts zu bemühen. Nach Weitervermietung bleibt der vorherige Mieter zum Ersatz der Mietdifferenz verpflichtet.

- **Ausschluss von Nach- und Rückforderungen nach Ausgleich des Saldos aus einer Betriebskostenabrechnung?**

Bislang entsprach es der wohl überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass in der vorbehaltlosen Zahlung eine Betriebskostennachforderung durch den Mieter sowie in der vorbehaltlosen Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens seitens des Vermieters ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen sei, das den Saldo verbindlich werden lasse und Nach- und Rückforderungen des Mieters wie auch des Vermieters ausschließe. Hieraus wurde überwiegend gefolgert, dass jede Partei mit nachträglichen Einwendungen ausgeschlossen sei, die bereits bei Rechnungslegung hätten geltend gemacht werden können, was wiederum voraussetze, dass die Partei die Einwendungen gekannt oder zumindest mit ihnen gerechnet habe.

Dieser Rechtsauffassung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 12.1.2011 (VIII ZR 296/09) für das Wohnungsmietrecht eine Absage erteilt. Offen bleibt weiterhin, wie die Rechtslage im gewerblichen Mietrecht ist. Dennoch lässt sich die Prognose wagen, dass auch der für das gewerbliche Mietrecht zuständige XII. Zivilsenat die Auffassung vertreten wird, dass der bloße Saldoausgleich nicht zu einem Ausschluss von Nach- und Rückforderungen führt.

Im konkreten Fall hatte der Vermieter über die Betriebskosten für das Jahr 2006 abgerechnet. Es ergab sich ein Guthaben, das der Vermieter dem Mietkonto der Mieter gutschrieb. Nach Erteilung der Betriebskostenabrechnung fiel dem Vermieter auf, dass bei der Abrechnung der Heizkosten 8.200 Liter Heizöl im Wert von EUR 4.613,32 nicht berücksichtigt worden waren. Der Vermieter korrigierte die Betriebskostenabrechnung. Die Mieter vertraten die Auffassung, hierzu sei der Vermieter nicht berechtigt, das Saldo aus der ersten Betriebskostenabrechnung sei durch Gutschrift des errechneten Saldos auf dem Mietkonto verbindlich geworden.

Der für das Wohnungsmietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs vertrat die Auffassung, dass in dem bloßen Umstand der vorbehaltlosen Gutschrift kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis und auch kein Verzicht auf etwaige weitergehende Ansprüche zu sehen ist. Diese Rechtsmeinung wird allerdings mit der nur für das Wohnungsmietrecht geltenden Vorschrift des § 556 Abs. 3 BGB begründet, wonach der Vermieter von Wohnraum binnen eines Jahres nach Ende des Abrechnungszeitraums abrechnen muss. Nach Ablauf dieser Jahresfrist ist die Geltendmachung einer Nachforderung durch den Vermieter ausgeschlossen.

Der Bundesgerichtshof argumentiert nun, „jedenfalls“ seit Inkrafttreten des § 556 Abs. 3 BGB durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19.6.2011 gäbe es keinen Raum mehr für die Annahme, in der vorbehaltlosen Zahlung einer sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung alleine oder in der bloßen vorbehaltlosen Auszahlung oder Gutschrift eines aus einer Betriebskostenabrechnung folgenden Guthabens sei ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen. Folglich werde ein Saldo aus einer Betriebskostenabrechnung nicht dadurch verbindlich, dass es ausgeglichen wird. Nach- und Rückforderungen sind auch nach einem Saldoausgleich möglich.

Der Bundesgerichtshof argumentiert somit letztendlich nicht rechtlich, sondern er stellt Praktikabilitätserwägungen an. Der Hintergrund besteht darin, dass der für das Wohnungsmietrecht zuständige VIII. Zivilsenat den für das Gewerberaummietrecht zuständigen XII. Zivilsenat nicht präjudizieren will. Aus der Formulierung im Urteil, dass **„jedenfalls“** seit Einführung des § 556 Abs. 3 BGB ein Saldo aus einer Betriebskostenabrechnung durch Saldenausgleich nicht verbindlich werde, deutet der BGH aber an, dass er auch ohne das Inkrafttreten von § 556 Abs. 3 BGB die Rechtsauffassung vertreten hätte, dass die vorbehaltlose Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter für sich genommen die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, das einer spätere Nach- oder Rückforderung entgegensteht, nicht rechtfertigt.

Der für das Gewerberaummietrecht zuständige XII. Zivilsenat ist durch die Entscheidung des VIII. Zivilsenats nicht präjudiziert. Dennoch lässt sich die Prognose wagen, dass sich auch der XII. Zivilsenat der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats anschließen wird, obgleich § 556 Abs. 3 BGB im Gewerberaummietrecht nicht gilt. Die rechtliche Bewertung, dass eine bloße Zahlung kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ist, stünde auch im Einklang mit der außerhalb des Mietrechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum deklaratorischen Schuldanerkenntnis. Auf anderen Rechtsgebieten (nämlich im Baurecht und im Darlehensrecht) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die bloße Bezahlung einer Rechnung kein Schuldanerkenntnis darstellt, das die Rechnung verbindlich werden lässt. Dies wird damit begründet, dass die bloße Zahlung alleine keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung darstellt und nicht zum Ausdruck bringt, dass der Zahlende die Rechnung als verbindlich anerkennt. Ebenso verhält es sich meiner Meinung nach im gewerblichen Mietrecht. Aus der bloßen Zahlung allein lässt sich nicht folgern, dass der Zahlende die Abrechnung als verbindlich ansieht. Deshalb prognostiziere ich, dass auch der XII. Zivilsenat in dem Ausgleich einer Nebenkostenabrechnung kein deklaratorisches Anerkenntnis sehen wird, auch wenn sich der VIII. Zivilsenat im Urteil vom 12.1.2011 auf unjuristische Praktikabilitätserwä-

gungen stützt, die nur für das Wohnungsmietrecht gelten.

Haltefrist sechs Monate

Bei der Abrechnung von Fahrzeugschäden stellen nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Reparatur des beteiligten Fahrzeugs einerseits und die Ersatzbeschaffung eines vergleichbaren Gebrauchtfahrzeuges gleichwertige Arten der tatsächlichen Schadenbeseitigung dar. Zugleich ist anerkannt, dass der Geschädigte seinen unfallbedingt eingetretenen Fahrzeugschaden auch fiktiv, insbesondere auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens (ohne tatsächliche Ausführung der Reparatur) abrechnen kann. Dies führt dann zu Streitigkeiten in der Abrechnung, soweit der fiktive Reparaturaufwand höher ist als der fiktive Aufwand einer Ersatzbeschaffung (Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert).

Zur Grenzziehung, wann der Geschädigte auf fiktiver Grundlage trotz höherer Kosten nach dem Reparaturaufwand abrechnen darf, wurde bereits durch ein Urteil vom 5.12.2006, Az. VI ZR 77/06 durch den Bundesgerichtshof entschieden, dass der Geschädigte zur Begründung der höheren Forderung nach den fiktiven Reparaturkosten das betroffene Fahrzeug im Regelfall sechs Monate selbst weiter nutzen muss. Hierzu wurden jetzt mit weiterem Urteil vom 22.11.2010, Az. VI ZR 35/10 weitere Einzelfragen geklärt.

Zunächst wurde nochmals bestätigt, dass der Geschädigte bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts die Reparaturkosten auch vor Ablauf der sechsmonatigen Frist zur Weiternutzung des Fahrzeugs fordern kann, soweit konkret repariert wurde.

In dem nunmehr vorliegenden Fall hat der Geschädigte jedoch den betroffenen Pkw in Eigenregie repariert und noch vor Ablauf von sechs Monaten verkauft. In diesem Fall hat der Bundesgerichtshof dem Geschädigten die höheren fiktiven Reparaturkosten nach dem Sachverständigengutachten verwehrt. Nach der oben dargestellten Rechtsprechung konnte keine Rechnung für die tatsächlichen Reparaturarbeiten vorgelegt werden, vielmehr forderte der Geschädigte ausdrücklich die fiktive Abrechnung auf Grundlage des Gutachtens. Die im Übrigen erforderliche „Haltefrist“ von sechs Monaten war nicht erreicht. Weitere Gründe, welche die Unterschreitung der Sechs-Monatsfrist begründet hätten, waren nicht vorgetragen.

Bei Gelegenheit dieses Urteils wurde durch den Bundesgerichtshof im Übrigen bestätigt, dass der Geschädigte einem konkret ermittelten Restwert in einem Sachverständigengutachten vertrauen kann und der fiktiven Abrechnung nicht ein höheres Restwertangebot, welches die gegnerische Versicherung im Internet recherchiert hat, zugrunde gelegt werden darf (z.B. Urteil vom 13.10.2009, Az. VI ZR 318/08).

Das vorliegende Urteil zeigt, dass dem Geschädigten zur Abrechnung von Unfallschäden dringend die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zu empfehlen ist. Dies gilt auch bereits für die Frage, ob repariert werden darf/soll und ob, zur Abrechnung, weitere Voraussetzungen zu berücksichtigen sind, wie z.B. die „Haltefrist“ von sechs Monaten.

Insolvenzverwalter haftet nicht (immer) für Wohngelder

Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann einen Insolvenzverwalter nicht persönlich auf Schadensersatz gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO mit dem Argument in Anspruch nehmen, dieser habe die Masseunzulänglichkeit zu spät angezeigt.

Eine Wohnungseigentümergemeinschaft hat einen Insolvenzverwalter persönlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen, nachdem dieser eine Masseunzulänglichkeit erst verspätet angezeigt hat. Dies hatte zur Folge, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft keine vorrangige Neumasseverbindlichkeit im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO habe geltend machen können. Hierdurch sei ihr ein Schaden entstanden. Der Bundesgerichtshof hat eine derartige Haftung verneint. Zunächst wurde eine Schadensersatzverpflichtung nach § 61 InsO für nicht begründet erachtet. Denn die Vorschrift legt lediglich fest, dass eine Schadensersatzverpflichtung besteht, wenn willentlich Masseverbindlichkeiten begründet werden, obwohl voraussehbar ist, dass diese bei Fälligkeit nicht erfüllt werden können. Insolvenzspezifische Pflichten für die Zeit nach Begründung einer Verbindlichkeit legt die Vorschrift hingegen nicht fest. Auch eine Schadensersatzverpflichtung nach § 60 Abs. 1 InsO liegt nicht vor, wie der BGH nunmehr entschied. Denn eine insolvenzspezifische Pflicht des Insolvenzverwalters Masseunzulänglichkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt anzuzeigen, damit Hausgelder bevorzugt befriedigt werden können, besteht nicht. Hierdurch würde eine Haftung des Insolvenzverwalters überspannt und dieser müsste für die Erfüllbarkeit von Hausgeldansprüchen haften, ohne dass er diese willentlich begründet hat. Zudem wurde die Entscheidung damit begründet, dass der Gesetzgeber dem Insolvenzverwalter einen weiten Handlungsspielraum bei der Frage eingeräumt hat, wann die Anzeige der Masseunzulänglichkeit abgegeben wird. Damit wurde eine Pflicht im Interesse der Gläubiger von Dauerschuldverhältnissen, die Anzeige zu einem bestimmten Zeitpunkt abzugeben, verneint. Zugleich hält jedoch der BGH in den Entscheidungsgründen fest, dass die Gläubiger nicht schutzlos sind. Denn eine Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO ergibt sich,

wenn der Insolvenzverwalter trotz tatsächlich eingetretener Masseunzulänglichkeit einzelne Masseverbindlichkeiten befriedigt und andere unberücksichtigt lässt. Sofern sich die Wohnungseigentümergemeinschaft daher auf die Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters beruft, muss sie nicht auf die Anzeige der Masseunzulänglichkeit abstellen, sondern auf den tatsächlichen Eintritt der Masseunzulänglichkeit. Denn erst ab diesem Zeitpunkt entsteht die insolvenzspezifische Verpflichtung des Insolvenzverwalters, die Wohngeldansprüche vorrangig der Rangklasse des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu befrieden. Wenn ein Insolvenzverwalter auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden soll, ist eine genaue Prüfung der wirtschaftlichen Situation der Insolvenzmasse von Bedeutung, um eine Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters darzustellen. Auf die Anzeige der Masseunzulänglichkeit kommt es nicht an.

BGH, Urteil vom 21.10.2010 – IX ZR 220/09

Anwaltskosten nicht immer erstattungsfähig

Spricht ein Vermieter eine unwirksame Kündigung aus und schaltet der Mieter einen Rechtsanwalt ein, sind die Kosten nicht automatisch vom Vermieter zu erstatten. Vielmehr muss sich der Mieter auf eine Anspruchsgrundlage stützen, die nicht immer vorliegt. Bei Pflichtverletzungen einer Vertragspartei folgt eine derartige Anspruchsgrundlage aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Bei einer unwirksamen Kündigung liegt eine Pflichtverletzung jedoch nicht immer vor. Zwar handelt ein Vermieter pflichtwidrig und macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er eine Kündigung ausspricht, obwohl die Kündigungsgründe tatsächlich nicht vorliegen. Jedoch ist eine Pflichtverletzung zu verneinen, wenn der Vermieter lediglich die formellen Kündigungsvoraussetzungen in Form der Begründung einer Kündigung nach § 573 Abs. 3 BGB nicht beachtet. Denn das formelle Begründungserfordernis stellt lediglich eine Obliegenheit des Vermieters dar und keine Verpflichtung. Demzufolge kann der Vermieter auch keine Pflichtverletzung begehen. Begründet der Vermieter eine Kündigung entgegen § 573 Abs. 3 BGB nicht, so hat dies die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge und zwar gleichgültig, ob Gründe für die Kündigung vorliegen oder nicht. Der Mieter kann auch ohne Weiteres erkennen, dass die Kündigung unwirksam ist, nachdem keine Gründe angegeben worden sind.

Ein Mieter hatte nach Zugang einer nicht begründeten Kündigungserklärung einen Rechtsanwalt aufgesucht, der die Kündigung erfolgreich zurückgewiesen hat und forderte Ersatz der hierdurch entstandenen Kosten. Der Vermieter verweigerte die Zahlung. Der BGH gab dem Vermieter mit der Begründung Recht, dass keine Pflichtverletzung vorlag, weshalb der Mieter sich auf keine Anspruchsgrundlage stützen konnte.

BGH Urteil vom 15.12.2010 – VIII ZR 9/10