SRF-Newsletter 7/2011

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

ARBEITSRECHT bekommen

Nochmals: Unwirksamkeit der Verknüpfung von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt

Das BAG hat am 8.12.2010 seine Rechtsprechung bestätigt, wonach die Verknüpfung von Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt in einer Klausel intransparent da widersprüchlich und deswegen zu Lasten des Arbeitgebers unwirksam sei. Im zu entscheidenden Fall hat ein Arbeitnehmer eine Weihnachtsvergütung, die er seit 1996 erhalten hat, die aber im Jahr 2008 wegen der Wirtschaftskrise nicht ausbezahlt wurde, eingeklagt. Im Arbeitsvertrag selbst war geregelt, dass das Weihnachtsgeld freiwillig und ohne jede Verpflichtung bezahlt wird und alle Gratifikationen jederzeit ohne Wahrung einer besonderen Frist widerrufbar sind. Dies ist – nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – widersprüchlich, da eine Widerruflichkeit einen bestehenden Anspruch voraussetze, den die Freiwilligkeitsklausel gerade ausschließen wolle.

Das Bundesarbeitsgericht führt weiter aus, dass der bloße Hinweis auf die Freiwilligkeit nicht ausreiche, sondern weitergehende Hinweise z. B. darauf, dass auch bei einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet werde, erforderlich sei.

BAG, Urteil vom 8.12.2010 – 10 AZR 671/09

Flexible Arbeitszeit – Annahmeverzugsrisiko für den Arbeitgeber

Das Bundesarbeitsgericht hat einem Handwerksmeister in einer Entscheidung vom 26.1.2011 mitgeteilt, dass seine auf einen Tarifvertrag sich stützende flexible Arbeitszeitregelung ihm im Ergebnis nichts genutzt hat:

Nach dem Tarifvertrag war ein Arbeitszeitkonto mit bis zu 200 Positiv-/Negativ-Stunden einzurichten. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses waren über 200 Minusstunden aufgelaufen. Der Arbeitgeber behielt entsprechende Beträge ein, die der Arbeitnehmer einklagte. Der Klage wurde stattgegeben mit der Begründung, dass der Arbeitgeber im Annahmeverzug gewesen sei, da er den Arbeitnehmer nicht habe einsetzen können. Das Gericht schloss dies daraus, dass es **keinen tarifvertragsgemäßen Arbeitsplan gab,** nach dem die Jahresarbeitszeit im Vorauf auf die Monate/Wochentage verteilt wurde und dies den Arbeitnehmern auch mitgeteilt wurde.

Für alle Arbeitgeber, die entsprechend flexible Arbeitszeitmodelle in ihren Betrieben akzeptieren bedeutet dies, dass sie, um nicht in Annahmeverzug mit der Arbeitsleistung zu kommen, frühzeitig (wohl mindestens 4 Tage im Voraus) die Einsatzzeiten den Arbeitnehmern mitteilen müssen, wenn diese weniger als die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit an diesen Tagen arbeiten sollen. Dies gilt insbesondere für Betriebe wie Kliniken und Einrichtungen mit häufig wechselnden Arbeitszeiten.

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

BAURECHT bekommen

Nachtragsvereinbarungen enthalten auch Vollzeit bezogene Mehrkosten

Das Oberlandesgericht Brandenburg hat in einer Entscheidung – zutreffenderweise – klargestellt, dass mit Abschluss einer Nachtragsvereinbarung über vom Auftraggeber nach Vertragsschluss verlangte Zusatzleistungen eine weitere Mehrkostennachforderung für Bauzeitverzögerungen ausgeschlossen ist, wenn der Auftragnehmer sich einen bauzeitbezogenen Mehrkostenanspruch in seinem Nachtragsangebot nicht vorbehält.

Alleine der Hinweis auf eine verlängerte Ausführungsfrist im Nachtragsangebot (im Vergleich zum ursprünglichen vertraglichen Terminplan) ist nicht ausreichend, da dieser nur auf die spätere Fälligkeit der Leistungspflicht des Auftragnehmers, nicht aber daraus resultierende Mehrkosten, bezogen ist. Die Nachtragsvereinbarung an sich ändert nach der Rechtsprechung den Ursprungsvertrag im Hinblick auf die Vergütung einvernehmlich ab, damit aber auch im Hinblick auf die Vergütung bezüglich der notwendigen Bauzeit.

Auftragnehmer müssen also darauf achten, wenn sie neben der Nachtragsvergütung für die Verlängerung der Bauzeit eine Zusatzvergütung geltend machen wollen, sich diese zumindest im Nachtragsangebot vorzubehalten, noch besser natürlich mit dem Nachtragsangebot gleich benennen. Auftraggeber müssen bei einem entsprechenden Vorbehalt beachten, dass zusätzlich zu den angebotenen Nachtragskosten noch weitere Kostensteigerungen auf sie zukommen können und sie gegebenenfalls frühzeitig insoweit für eine Klarstellung sorgen müssen.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 18.8.2009 – 11 W 25/08

5 %-Klausel des § 649 Satz 3 BGB ist kein Leitbild für AGB-Klauseln

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 5.5.2011 entschieden, dass die gesetzliche Vermutung, dass dem Auftragnehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung bei einer Kündigung durch den Auftraggeber zusteht, kein gesetzliches Leitbild für AGB-Klauseln ist. Die bedeutet, dass auch höhere Pauschalen zu Gunsten des Auftragnehmers formularmäßig in AGB-Verträgen

vereinbart werden können, ohne dass die Klauseln alleine aufgrund der Höhe der Pauschale unwirksam sind. Allerdings muss natürlich dem Auftraggeber der Nachweis erlaubt bleiben (und dies in der Klausel geregelt sein), dass dem Auftragnehmer kein oder ein wesentlich geringerer Anspruch zusteht.

- **EuGH: Verkäufer mangelhafter Baumaterialien haftet auch für Aus- und Einbaukosten**

Der Europäische Gerichtshof hat auf Vorlage des Bundesgerichtshofs entschieden, dass der Verkäufer grundsätzlich auch die Kosten des Ausbaus der mangelhaft gelieferten Baumaterialien und deren nachträglichen Wiedereinbaus zu tragen hat. Im Ausgangsfall hatte ein Fliesenhändler Fliesen verkauft, nachdem diese zu 2/3 verlegt waren, wurden Schattierungen festgestellt, die nur durch einen Austausch beseitigt werden konnten. Der BGH hat entschieden, dass diese Kosten nach der Verbrauchsgüterverkaufsrichtlinie 99/44/EG R. 3 Abs. 3 vom Verkäufer zu tragen sind.

Eine Einschränkung soll aber möglich sein, wonach der Verkäufer die Aus- und Einbaukostenerstattung auf einen Betrag beschränkt, der dem Wert entspricht, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist.

Hintergrund des den Verbraucher ein weiteres Mal sehr stark schützenden Urteils des Europäischen Gerichtshofs ist, dass nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Hersteller den vertragsgemäßen Zustand des Verbrauchsguts als wesentliche Pflicht zu erfüllen hat und der Käufer, wenn er Aus- und Einbaukosten zu übernehmen hätte, mit zusätzlichen Kosten belastet wäre, die er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages nicht hätte tragen müssen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die eine Haftung des Verkäufer bei mangelhaften Parkettstäben nicht so weit gesehen hat, ist damit hinfällig (BGH IBR 2008, 505).

EuGH, Urteil vom 16.6.2011 – RS.C-65/09

- **Vorsicht bei der Ausschlagung einer Erbschaft „aus allen Berufungsgründen“**

Nach dem Tod des Erblassers gibt es für die Hinterbliebenen zwei Möglichkeiten als Erbe berufen zu werden. Zum Einen durch letztwillige Verfügung (z.B. Testament), zum Anderen, soweit es keine letztwillige Verfügung gibt oder diese den Nachlass nicht abschließend regelt, durch Gesetz. Die Erbschaft kann daher aus zwei Berufungsgründen anfallen, wobei die letztwillige Verfügung stets vorrangig ist und die gesetzliche Erbfolge verdrängt. Nach dem Anfall der Erbschaft steht dem Erben die Möglichkeit der Ausschlagung innerhalb von 6 Wochen nach Kenntniserlangung von der Erbschaft zu. Dem gesetzlichen Erben, der auch durch letztwillige Verfügung als Erbe eingesetzt ist, steht dabei die Möglichkeit offen, das testamentarische Erbe auszuschlagen, das gesetzliche aber anzunehmen. Dies kann für den Erben z.B. vorteilhaft sein um durch Testament angeordnete Belastung und Beschwerungen zu beseitigen.

Erklärt der Erbe jedoch die Ausschlagung „aus allen Berufungsgründen“ ist die Ausschlagung nach Auffassung des OLG Hamm endgültig und der Erbe kann sich auch nicht auf das gesetzliche Erbe berufen. Eine entsprechende Formulierung zeige auf, dass der Erbe keinerlei Wert auf eine Nachlassbeteiligung lege und sei daher auch nicht wegen Irrtums später anfechtbar. Im zur Entscheidung vorliegenden Fall hatte ein Sohn die Erbschaft „aus jedem Berufungsgrund“ ausgeschlagen, dies weil er offensichtlich fälschlicherweise davon ausging, dass er durch ein Testament seiner Eltern, in welchem seine Geschwister als Erben eingesetzt wurden, von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Tatsächlich war dieses Testament aber formnichtig. D.h. der Sohn wäre als gesetzlicher Erbe neben seinen Geschwistern Miterbe geworden. Aus diesem Grund sah sich der Sohn später an seine Ausschlagungserklärung nicht mehr gebunden. Er wollte diese anfechten, da ihm die Formunwirksamkeit des Testaments nicht bekannt gewesen sei. Das Gericht hat aber entschieden, dass aufgrund der gewählten Ausschlagungserklärung ein Irrtum ausgeschlossen sei. Der Sohn habe durch die Art seiner Erklärung deutlich gemacht, mit dem Erbe nichts zu tun haben zu wollen. Demnach könne er sich auch nicht auf ein Irrtum berufen.

Eine Ausschlagung der Erbschaft „aus allen Berufungsgründen“ sollte demnach nicht vorschnell erklärt werden. Vielmehr sollte zunächst genau geprüft werden, ob Gründe für eine Ausschlagung bestehen und ob diese gegebenenfalls zunächst nur auf die gewillkürte Erbfolge beschränkt wird. Auch bei Ausschlagungen aufgrund vermuteter Nachlassüberschuldung sollte nicht vorschnell gehandelt werden, da den Erben auch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung zusteht. Vor einer Ausschlagung sollte stets eine genaue Überprüfung der Umstände erfolgen.

OLG Hamm, Beschluss vom 17.2.2011 – 15 W 167/10

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

FAMILIENRECHT
bekommen

Die Ehewohnung in der Trennung

Nach einer Trennung kommen in Bezug auf die zuletzt genutzte gemeinsame Wohnung/das gemeinsame Haus, bei Miteigentum, insbesondere nach Auszug eines Ehegatten, diverse Pflichten und Rechte zur Geltendmachung in Betracht. Es sind diese Pflichten und Rechte immer wieder Grundlage für Auseinandersetzungen vor den Familiengerichten, so z. B. ein Beschluss OLG Hamm vom 30.9.2010, Az: II-3 UF 145/10, FamRZ 2011, 892. In dem zu entscheidenden Fall wurde ein Reihenhaus nach Auszug des Ehemannes durch die Ehefrau und ein volljähriges gemeinsames Kind weiter genutzt. Streit bestand darüber, ob wegen dieser Nutzung durch die Ehefrau eine monatliche Nutzungsentschädigung zu bezahlen ist und bejahendenfalls, wie diese berechnet werden muss.

Es hat das OLG Hamm, unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen, auch OLG München, FamRZ 2007, 1655, bekräftigt, dass sich wegen einer Nutzungsentschädigung während des Getrenntlebens eine Spezialregelung in § 1361 b Absatz 3 Satz 2 BGB findet, danach ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung „nach Billigkeit“ bestehen kann. Die allgemeinen Regeln des § 741 ff. BGB sind insoweit verdrängt. Weiter wurde durch das OLG Hamm bekräftigt, dass dieser Anspruch auf Nutzungsentschädigung ab einer Aufforderung durchgesetzt werden kann und unabhängig davon besteht, ob der Gläubiger freiwillig ausgezogen ist oder dies durch Regelung des Familiengerichts geschah.

In der genannten Entscheidung hat das OLG Hamm weiter ausgeführt, dass dem verbleibenden Ehegatten zumutbar ist, vom volljährigen Kind Beiträge zu verlangen, so dass dies im Ergebnis nicht als Grund für eine Reduzierung der Nutzungsentschädigung angesehen wurde, vielmehr als Teil der Begründung der Zahlungspflicht. Schließlich wurde auch durch das OLG Hamm in der genannten Entscheidung nochmals bekräftigt, dass entsprechend üblicher Betrachtungsweise der Familiengerichte innerhalb des ersten Trennungsjahres bzw. ersten Jahres nach Auszug des Gläubigers nicht der objektive Wohnwert für die Berechnung der Nutzungsentschädigung herangezogen wird, vielmehr ein Betrag in Höhe der ersparten Miete für eine kleinere, angemessene Wohnung am bisherigen Wohnsitz.

Im Ergebnis wurde jedoch trotz eingeschränkter finanzieller Mittel des verbleibenden Ehegatten der Anspruch auf Nutzungsentschädigung bestätigt, was im Rahmen einer streitigen Vermögensauseinandersetzung zwischen getrennt lebenden Ehegatten Grundlage dafür sein kann, eine Klärung der Eigentumsfrage, z.B. durch gemeinsamen Verkauf der Immobilie, herbeizuführen.

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

IT-RECHT
bekommen

Diebstahl berechtigt zu vorzeitigem Abbruch einer eBay-Auktion

Mit Urteil vom 8.6.2011 (VIII ZR 305/10) hat der Bundesgerichtshof über die Berechtigung eines eBay-Verkäufers zur vorzeitigen Beendigung einer Auktion entschieden. Dem Verkäufer wurde die von ihm angebotene Digitalkamera kurz nach Einstellen des Angebots gestohlen. Er brach daraufhin die Auktion ab. Der Kläger war zu diesem Zeitpunkt Höchstbietender und verlangte nunmehr vom Verkäufer Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen Gebot und angeblichem Verkehrswert der Kamera.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des BGH steht dem zum Zeitpunkt des Auktionsabbruchs Höchstbietenden kein Schadensersatzanspruch zu. Vielmehr habe der Verkäufer berechtigterweise die Auktion beenden können. Die AGB von eBay sehen insoweit in § 10 Abs. 1 S. 5 die Möglichkeit einer Angebotsrücknahme vor. Davon sei auch der Fall eines Abhandenkommens der Waren durch Diebstahl erfasst. Der Verkäufer konnte daher das Angebot zurückziehen, ohne zum Schadensersatz verpflichtet zu sein.

BGH, Urteil vom 8.6.2011 – VIII ZR 305/10

Wer haftet bei der Nutzung eines fremden eBay-Nutzerkontos?

In seiner Entscheidung vom 11.5.2011 (VIII ZR 289/09) hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Frage zu befassen, wer bei der Nutzung eines fremden eBay-Benutzerkontos Vertragspartner wird und gegebenenfalls für Schadensersatzansprüche haftet. Im zur Entscheidung vorliegenden Fall hatte während der Urlaubsabwesenheit der Beklagten deren Verlobter ihr eBay-Konto genutzt hat. Die Beklagte hatte hiervon keine Kenntnis und ihm auch zuvor die Mitgliedsdaten nicht zur Verfügung gestellt. Die Mitgliedsdaten waren aber offenbar unzureichend gesichert, so dass der Verlobte sich Zugriff auf das Konto verschaffen konnte. Der Kläger verlangte daher nun von der Beklagten Zahlung, da sie jedenfalls auch für die Nutzung des Kontos durch ihren Verlobten hafte.

Die Klage blieb ohne Erfolg. Der BGH hat dabei zum Einen entschieden, dass die AGB von eBay für das Verhältnis der Mitglieder untereinander nicht maßgeblich sind. In diesen sei zwar geregelt, dass Mitglieder grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten über deren Mitgliedskonten haften. Diese AGB gelten jedoch, so der BGH, nur zwischen eBay und den Inhabern des Mietgliedkontos und können daher zwischen Käufer und Verkäufer keine unmittelbare Geltung entfalten. Das Angebot

ihres Verlobten sei der Beklagten auch sonst nicht zuzurechnen. Dies sei nur dann der Fall, wenn die Beklagte ihren Verlobten entsprechend bevollmächtigt oder dessen Verhalten nachträglich genehmigt hätte. Hierfür lägen aber keine Anhaltspunkte vor. Ebenso seien die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht nicht gegeben. Auch aus einer mangelnden Sicherung der Mitgliedsdaten könne eine vertragliche Haftung des Kontoinhabers nicht begründet werden.

Für die Fälle der rechtswidrigen Nutzung fremder Kontodaten hat der BGH damit nunmehr Klarheit geschaffen. eBay-Mitglieder haften hierfür auch dann nicht, wenn die Mitgliedsdaten nicht ausreichend gesichert waren und Dritte daher ohne weiteres von diesen Kenntnis erlangen konnten. Um Schwierigkeiten zu vermeiden sollte ein Zugriff Dritter aber gleichwohl möglichst vermieden werden. Auch die Weitergabe der Daten an Dritte ist problematisch. In diesem Fall wird regelmäßig eine Haftung für die Nutzung durch Dritte begründet sein.

BGH, Urteil vom 11.5.2011 – VIII ZR 289/09

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Keine Einziehung von Ausgleichsansprüchen gegen Kommanditisten durch eine für diesen Zweck gegründete GbR**

Drei Kommanditisten einer Publikums-KG gründeten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, um Ausgleichsansprüche aus § 426 Absatz 1 und 2 BGB gegen sanierungsunwillige Kommanditisten durchzusetzen. Die Kommanditisten haben im Hinblick auf ihre Außenhaftung gegenüber einem Gläubiger aus § 171 Absatz 1 HGB Zahlungen in Höhe von EUR 1.952.445,30 erbracht. Da sie von der KG keinen Ausgleich nach §§ 110, 161 Abs. 2 HGB erlangen konnten, wurden die Ausgleichsansprüche direkt gegenüber den Kommanditisten gemäß § 426 Abs. 1 und 2 BGB geltend gemacht. Um diese Ansprüche durchzusetzen, wurde eine GbR gegründet.

Der Bundesgerichtshof verneint die Zulässigkeit der Klage, da eine Prozessführungsbefugnis nicht besteht. Nach eigenem Vorbringen machte nämlich die GbR fremde Rechte im eigenen Namen geltend. Zwar wurde die GbR zur Geltendmachung der Ausgleichsansprüche ihrer Gesellschafter ermächtigt. Diese Ermächtigung ist jedoch nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 Abs. 1 Rechtsberatungsgesetz nichtig. Es werden fremde Forderungen eingezogen, ohne dass eine Erlaubnis hierfür bestand.

Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass die Einziehung fremder Forderungen im vorliegenden Fall geschäftsmäßig betrieben wurde und daher erlaubnispflichtig war. Die Geschäftsmäßigkeit erfordert eine selbstständige und mit Wiederholungsabsicht erfolgende Tätigkeit, die nicht nur aus besonderen Gründen als Gefälligkeit ausgeübt wird. Dies wird für die gegründete GbR bejaht, da weder absehbar war, für wie viele der Kommanditisten der KG die Klägerin Ausgleichsforderungen einziehen würde, noch gegen welche und wie viele Kommanditisten sich diese Forderungseinziehung zu richten hatte. Daher war die Absicht vorhanden, bei jeder sich bietenden Gelegenheit gegenüber nicht zahlungsbereiten Kommanditisten tätig zu werden. Auch der Ausnahmefall einer berufsständische Vereinigung im Sinne des Art. 1 § 7 Rechtsberatungsgesetz wurde verneint. Denn es fehlte an einem auf Dauer angelegten Gruppeninteresse. Die Klage wurde daher als unzulässig abgewiesen.

Bevor Ansprüche von Gesellschaftern gebündelt und hierzu Gesellschaften gegründet werden, ist darauf zu achten, ob die Gesellschaft fremde Rechtsangelegenheiten besorgt bzw. nach dem Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) am 1.7.2008 Rechtsdienstleistungen erbringt, die zur Nichtigkeit der Ermächtigung führen. Auch nach § 2 Abs. 2 RDG ist die Einziehung fremder oder zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretener Forderungen eine Rechtsdienstleistung, wenn die Forderungseinziehung als eigenständiges Geschäft betrieben wird. Nach §§ 10 ff. RDG können sich aber Unternehmen registrieren lassen, wenn sie besondere Sachkunde vorweisen. Erst wenn die Registrierung vorgenommen wird, liegt kein Verstoß gegen das RDG vor, so dass eine Ermächtigung wirksam wäre.

BGH, Urteil vom 12.4.2011 – II ZR 197/09

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

MIETRECHT bekommen

- **Wirtschaftlichkeitsgebot bei der Abrechnung von Betriebskosten**

Der Bundesgerichtshof hat vor wenigen Tagen, nämlich am 6.7.2011, eine interessante Entscheidung zur Darlegungs- und Beweislast für einen Verstoß des Vermieters gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit getroffen (Aktenzeichen VIII ZR 340/10).

Zum Verständnis des Urteils ist etwas weiter auszuholen und der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz bei Betriebskostenabrechnungen zu erläutern. Nach diesem Grundsatz ist der Vermieter verpflichtet, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Nebenkosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen.

Der Ansatz der Bewirtschaftungskosten hat den Grundsätzen einer ordentlichen Bewirtschaftung zu entsprechen. Bewirtschaftungskosten dürfen nur angesetzt werden, soweit sie bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind. Dass die

umzulegenden Kosten erforderlich sein müssen, ist ein allgemeiner, auf Treu und Glauben beruhender Grundsatz, der für alle Mietverhältnisse und Mietnebenkosten gilt. Als Kontrollüberlegung bietet es sich an, jeweils im Einzelfall danach zu fragen, ob ein verständiger Vermieter die Kosten auch veranlasst hätte, wenn er sie selbst tragen müsste (so LG Berlin GE 1987, 517 und Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, S. 236).

Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz löst keine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Vermieters aus. Er ist nicht gehindert, nach freiem Belieben Betriebskosten jeglicher Art und Höhe entstehen zu lassen, insbesondere Leistungen in Anspruch zu nehmen, die ihm z.B. die Verwaltung und Erhaltung des Mietobjekts angenehmer gestalten. An den Mieter weitergeben darf er sie jedoch nur bei ordnungsgemäßem Kostengrund und angemessener Kostenhöhe.

Im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebotes hat der Vermieter einen Entscheidungsspielraum. Es gibt keine Verpflichtung des Mieters, bereits bei der Baukonzeption auf den Anfall nur geringer Nebenkosten zu achten (so Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 1056 a). Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gilt nur innerhalb der vom Vermieter gewählten Versorgungsart und verpflichtet den Vermieter nicht, schon bei der Auswahl die wirtschaftlich vorteilhafteste Versorgungsvariante zu wählen (so BGH NZM 2007, 563 für das Verhältnis Zentralheizung/Wärmecontracting).

Die Kosten für Maßnahmen, die nicht erforderlich oder sinnlos sind, können nicht auf die Mieter umgelegt werden. Letztlich geht es um das Gebot der Rücksichtnahme auf die berechtigten Belange des Vertragspartners, das allein die Umlage solcher Kosten rechtfertigt, die für eine ordnungsgemäße und sparsame Bewirtschaftung erforderlich sind. Wann dies der Fall ist, lässt sich aber nicht generell feststellen, sondern richtet sich nach den Verhältnissen im Einzelfall. So widerspricht beispielsweise eine Überprüfung von Anlagen entsprechend den Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften nicht dem Wirtschaftlichkeitsgebot (so BGH GE 2007, 539). Auch private Versicherungsverträge können Überprüfungspflichten vorsehen und dadurch eine Obliegenheit des Vermieters begründen (so OLG Köln Zfs. 2008, 340). Eine Erforderlichkeit im Sinne des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes wird dadurch jedoch nur dann begründet, wenn die Überprüfung tatsächlich sinnvoll ist oder wenn die Versicherung zu anderen Bedingungen nirgends angeboten wird.

Kosten, die vom Vermieter dem Leistungserbringer nicht geschuldet werden, sind nicht umlegungsfähig. Das gilt insbesondere für Trinkgelder (so LG Berlin GE 1981, 235; eine andere Auffassung vertrat allerdings das Landgericht Hamburg im Urteil ZMR 1960, 75). Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zwingt den Vermieter aber nicht, sich auf Rechtsstreitigkeiten mit Dritten einzulassen, die mit einem nennenswerten Prozessrisiko verbunden sind. Für verjährte Forderungen von Leistungserbringern wird die Auffassung vertreten, dass deren Bezahlung dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz widerspricht (so Pfeifer DWW 2000, 16).

Ebenfalls nicht umlegungsfähig sind Kosten, die wegen einer Säumnis des Vermieters entstehen, z.B. Säumniszuschläge, Mahngebühren und Verzugszinsen. Stundungs- und Aussetzungszinsen nach der Abgabenordnung sind ebenfalls nicht umlegungsfähig.

Bei der Auslegung der Kapazität von Anlagen hat der Vermieter einen Spielraum. So wird es als zulässig angesehen, dass Anlagen so große Leistungsreserven haben, dass die Kapazität auch unter ungünstigsten Verhältnissen ausreicht, auch wenn dadurch höhere Betriebskosten entstehen. Auch bei der gärtnerischen Gestaltung von Freiflächen wird dem Vermieter ein Spielraum zugebilligt. Der Vermieter hat hier einen Spielraum für die Art der Bepflanzung und muss nicht aus Kostengründen nur pflegeleichte Rasenflächen anlegen. Er kann auch turnusmäßige Neubepflanzungen vornehmen und die Kosten umlegen. Als unwirtschaftlich angesehen wurde z.B. eine übertrieben großzügige Beleuchtungsanlage (so LG Berlin GE 1992, 989). Dem Vermieter steht es auch frei, Verbesserungen am Mietobjekt vorzunehmen.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot wird verletzt, wenn sich der Vermieter auf unangemessene, marktunübliche, überhöhte Entgeltvereinbarungen mit Dritten einlässt. Der Vermieter muss aber nicht unbedingt den billigsten Anbieter wählen. Vom Vermieter wird aber nicht verlangt, dass er alle denkbaren Anbieter zur Abgabe eines Angebots auffordert. Ob eine Ausschreibung erforderlich ist, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Jedenfalls ist das Fehlen einer Ausschreibung dann unbeachtlich, wenn die Ausschreibung zu keiner Kosteneinsparung geführt hätte.

Akzeptiert der Vermieter in einem Rechtsstreit gegen einen Leistungserbringer einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag, dann verstößt dies nicht gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz. Die aufgrund des Vergleichs geschuldeten Kosten sind umlegbar, wenn der Mietvertrag eine Umlegungsvereinbarung für die einschlägige Kostenart enthält.

Verletzt der Vermieter das Wirtschaftlichkeitsgebot, dann führt dies zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters, der darauf gerichtet ist, dass der Mieter von den unnötigen Kosten freigehalten wird (so BGH NZM 2008, 78). Das bedeutet, dass der Vermieter nicht berechtigt ist, die unnötigen Kosten auf die Mieter umzulegen. Enthält der gewerbliche Mietvertrag eine wirksame vertragliche Frist, innerhalb der vom Mieter Einwendungen geltend gemacht werden müssen, muss der Mieter die Verletzung des Gebots der Wirtschaftlichkeit innerhalb der Einwendungsfrist rügen. Nach Ablauf der vertraglichen Einwendungsfrist gilt die Abrechnung als ordnungsgemäß und verbindlich. Ein Schadensersatzanspruch kann dann nicht mehr darauf gestützt werden, dass die Aufnahme der unnötigen Kosten in die Abrechnung eine Pflichtverletzung darstellt.

Die Darlegungs- und Beweislast bei der Frage der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots war in der Literatur umstritten. Mit dem Urteil vom 6.7.2011 (VIII ZR 340/11) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Mieter, der mit der Behauptung eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Wirt-

schaftlichkeit bei der Betriebskostenabrechnung einen Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter geltend macht, die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen trägt. Das ist von großer praktischer Bedeutung. Die pauschale, immer wieder anzutreffende Behauptung von Mietern, Kosten seien überhöht und es liege ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot vor, reicht nicht. Bei dem Sachverhalt, der dem Urteil des BGH vom 6.7.2011 zugrundelag, hatten sich die Mieter gegen Kosten mit der Begründung gewandt, diese seien höher als die Kosten, die in einem „Betriebskostenspiegel für Deutschland“ genannt werden, der vom Deutschen Mieterbund e.V. herausgegeben wird. Der BGH vertrat die Auffassung, ein Mieter, der einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot behauptet, genüge der Darlegungs- und Beweislast nicht, wenn er argumentiert, der Betriebskostenansatz eines Vermieters sei höher als entsprechende Kosten im „Betriebskostenspiegel für Deutschland“. Denn überregional auf empirischer Basis ermittelte Betriebskostenzusammenstellungen kommen nach Auffassung des Bundesgerichtshofs angesichts der je nach Region und Kommune unterschiedlichen Kostenstruktur keine Aussagekraft im Einzelfall zu. Vielmehr muss stets auf das konkrete Mietobjekt abgestellt werden.

Häufig wird im Rechtsstreit vom Gericht zur Frage der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots ein Sachverständigengutachten eingeholt werden müssen. Steht fest, welches Entgelt marktüblich ist, wird dem Vermieter eine Überschreitung von 10 % (so die Auffassung von Frau Milger in NZM 2008, 1, die deshalb von besonderer Bedeutung ist, weil Frau Milger dem Zivilsenat des Bundesgerichtshofs angehört, der für das Wohnraummietrecht zuständig ist) bis 20 % (so AG Köln WuM 1999, 221) zugestanden. Für darüber hinausgehende Beträge muss der Vermieter besondere Gründe dartun und beweisen, z.B. besondere Vorzüge des Vertragspartners, wie langjährige bewährte Zusammenarbeit oder besondere Kompetenz und Zuverlässigkeit des Vertragspartners. Je höher die Überschreitung der üblichen Preise ist, umso gewichtiger müssen die Gründe für die getroffene Auswahl sein.

Lars Frauenknecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht
07131/59412-50
frauenknecht@srf-hn.de
VERKEHRSRECHT
bekommen

Streit um die Sachverständigenkosten

Die Regulierung von Unfallschäden mit Kraftfahrzeugen ist ein stets dynamischer Prozess, nicht nur bei Gesetzesänderungen sondern insbesondere auch durch die Entwicklung der Rechtsprechung. Dies zeigt sich in letzter Zeit in einer Auseinandersetzung darüber, ob bei nur anteiliger Haftung des Unfallgegners gleichwohl die volle Erstattung der Sachverständigenkosten gefordert werden kann.

Gesetzliche Grundlage ist bei Zusammenstoß zweier Kraftfahrzeuge die Bewertung der Verursachungsbeiträge nach § 17 Absatz 1 und 2 StVG, im Übrigen der Mitverursachungseinwand nach § 254 BGB. Danach ist insbesondere bei Zusammenstoß von Kraftfahrzeugen in der überwiegenden Zahl der Fälle eine Haftungsquote zu bilden, erhält nicht ein Unfallbeteiligter seinen Schaden vollständig erstattet.

Es wurde nunmehr z. B. durch das OLG Rostock in einem Urteil vom 11.3.2011, Az: 5 U 122/10, DAR 2011, 263, argumentiert, auch bei nur anteiligem Anspruch auf Schadenersatz

müssten dem Geschädigten Sachverständigenkosten in voller Höhe erstattet werden. Wesentliche Begründung ist insoweit, dass dem Geschädigten zur Bezifferung seines Anspruches nichts anderes übrig bleibt, als den unfallbedingten Schaden insgesamt ermitteln zu lassen.

Gegenteiliger Meinung ist z. B. das OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.3.2011, Az: I-1 U 152/10, DAR 2011, 326. Mit Einschränkung überzeugender wird durch das OLG Düsseldorf argumentiert, dass es sich bei den Sachverständigenkosten um einen unmittelbaren Fahrzeugschaden handelt, welcher entsprechend der gesetzlichen Vorgaben im Falle nur quotenmäßiger Haftung auch nur anteilig auszugleichen ist. Dabei muss auch berücksichtig werden, dass Sachverständigenkosten umso höher ausfallen, je höher der Fahrzeugschaden ist.

Es zeigt jedoch diese Auseinandersetzung zwischen Oberlandesgerichten, dass die Regulierung von Fahrzeugschäden derart von der Rechtsprechung bestimmt wird und sich insoweit auch fortlaufend Änderungen ergeben, dass ohne spezielle Kenntnisse die Unfallregulierung nicht in angemessener Art und Weise, zeitlich und nach dem Ergebnis, durchgeführt werden kann. Nicht ohne Grund wir deshalb durch die Rechtsprechung dem Geschädigten auch ohne eigene Bemühungen, Verzug des Schädigers, die Kostenerstattung bei Beauftragung eines eigenen Anwaltes zur Unfallregulierung zugestanden.

Peter Biernat
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht
07131/59412-80
biernat@srf-hn.de
WEG-RECHT
bekommen

Nachträglicher Einbau einer Video-Anlage im gemeinschaftlichen Eigentum möglich

Zwei Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft haben in einer Eigentümerversammlung beantragt, den Einbau einer Video-Kamera im Klingeltableau zu genehmigen. Die übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft lehnten dies ab, weshalb der Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft angefochten wurde. Die Videoanlage war derart konzipiert, dass die Kamera nur durch Betätigung der Klingel aktiviert wurde, eine Bildübertragung allein in die Wohnung erfolgt ist, bei der geklingelt worden ist und die

Übertragung nach spätestens einer Minute unterbrochen wurde. Ein dauerhaftes Aufzeichnen von Bildern war ohne gezielte Manipulation der Technik nicht möglich.

Der Bundesgerichtshof hat am 8.4.2011 entschieden, dass ein nachträglicher Einbau einer Videokamera nach § 22 Absatz 1 WEG verlangt werden kann, wenn die Maßnahme nicht über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt. Der Bundesgerichtshof entschied, dass die geplante Maßnahme keine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Wohnungseigentümer darstellt, da keine Überwachung des Eingangsbereich für längere Zeit erfolgt und nicht darauf angelegt ist, sämtliche Benutzer des Hauseingangs abzubilden. Auch die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes stünden nicht entgegen. Nach § 6 b Absatz 1 Nr. 2 BDSG ist eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume zulässig, soweit sie zur Wahrnehmung des Hausrechtes erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Dies wurde im vorliegenden Fall bejaht. Ein unzulässiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der übrigen Wohnungseigentümer ist nicht dadurch gegeben, dass Manipulationen oder Möglichkeiten zum anderweitigen Betrieb der Videoanlage von vornherein nicht ausgeschlossen sind. Denn fernliegende, mehr oder weniger theoretische Möglichkeiten, die Anlage zu verändern, rechtfertigen keine über das Maß des § 14 Nr. 1 WEG hinaus gehende Beeinträchtigung. Ein bloßes Risiko einer Beeinträchtigung stellt noch keine solche dar.

BGH, Urteil vom 8.4.2011 – V ZR 210/10

- **Anpassung von Betriebskostenvorauszahlungen auch nach Ablauf der Abrechnungsperiode möglich**

Die Mieterin begehrte Ende Dezember 2008 die Anpassung von Betriebskostenvorauszahlungen rückwirkend ab dem 1.6.2008 und zwar auf der Grundlage einer Betriebskostenabrechnung 2006/2007, da die Abrechnung 2007/2008 vom Vermieter noch nicht erstellt worden war. Der Vermieter verteidigte sich damit, dass eine Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen nach § 560 Absatz 4 BGB auf Grundlage einer älteren Betriebskostenabrechnung (2006/2007) nicht möglich sei, da bereits die folgende Abrechnungsperiode (2007/2008) abgelaufen ist. Der Bundesgerichtshof erteilte einer derartigen Argumentation eine Absage. § 560 Absatz 4 BGB kennt eine derartige Einschränkung des Anpassungsrechtes nicht.

Denn mit der Anpassung der Vorauszahlungen soll erreicht werden, dass die vom Mieter zu leistenden Abschläge den tatsächlichen Kosten möglichst nahe kommen. Würde man die Ansicht vertreten, dass nur die letztmögliche Abrechnung hierzu als Grundlage dienen kann, würde dem Mieter eine Anpassung der Vorauszahlungen verwehrt sein und die Vorauszahlungen sich an einer Abrechnung aus einer noch weiter zurückliegenden Abrechnungsperiode orientieren und deshalb noch weniger realistischen Werten entsprechen.

Der Mieter ist auch nicht verpflichtet, den Vermieter notfalls im Wege einer Klage zu zwingen, die letztmögliche Abrechnung (vorliegend 2007/2008) vorzunehmen. Dies wurde insbesondere mit dem Argument verneint, dass die Durchsetzung einer Abrechnung auf dem Klageweg einen erheblichen Zeitaufwand erfordert. Der Mieter würde bis dahin keine Anpassung vornehmen dürfen.

Klar gestellt wurde, dass eine Anpassung der Vorauszahlungen nur für die Zukunft möglich ist. Der Mieter verlangte nämlich am 30.12.2008 eine rückwirkende Anpassung zum 1.6.2008, die ihm verwehrt blieb.

BGH, Urteil vom 18.5.2011 – VIII ZR 271/10