SRF-Newsletter 05/2012

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

BAURECHT bekommen

Abrechnungen von Architektenleistungen im Stundenlohn – Beweislast Verteilung

Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss vom 8.3.2012 entschieden, dass bei Architektenleistungen, die der Architekt im Stundenlohn abrechnet und bei denen der Auftraggeber geltend macht, die Betriebsführung des Architekten sei unwirtschaftlich, der Architekt zu Art und Inhalt der nach Zeitaufwand abgerechneten Leistungen soviel vortragen muss, dass der Auftraggeber zur Unwirtschaftlichkeit der Leistungen seinerseits vortragen kann (sogenannte sekundäre Darlegungslast des Architekten). Der Architekt trägt allerdings nicht die Beweislast dafür, dass der von ihm abgerechnete Aufwand angemessen/wirtschaftlich war, vielmehr muss der Auftraggeber die Unwirtschaftlichkeit beweisen.

Die Entscheidung ist im wesentlichen sicherlich auch auf die Stundenlohnabrechnung des Bauunternehmers anwendbar. Darlegen und beweisen muss der Architekt allerdings, wie viele Stunden für die Erbringung der vertraglichen Leistungen tatsächlich angefallen sind.

BGH, Beschluss vom 8.3.2012 – VII ZR 51/10

OLG Celle, Urteil vom 10.3.2012 – 14 U 128/09

Keine Bindung des Bauunternehmers an seine Schlussrechnung

Das Oberlandesgericht Hamm hat in einer Entscheidung vom 21.2.2012 klargestellt, dass auch beim VOB/B-Vertrag der Unternehmer nicht an seine Schlussrechnung gebunden ist, mit Ausnahme der Fälle des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung). Der Unternehmer ist deshalb nicht gehindert, auch noch, nachdem er eine Schlussrechnung gestellt hat, weitere Forderungen geltend zu machen, die er nicht in die Schlussrechnung aufgenommen hat, die aber in ihr hätten enthalten sein können. Die Verjährung solcher Ansprüche beginnt allerdings gemeinsam mit den in der Schlussrechnung abgerechneten Forderungen.

OLG Hamm, Urteil vom 21.2.2012 – 21 U 93/11

Vertragsstrafe für Zwischenfristen

Das Oberlandesgericht Naumburg hat in einem Urteil vom 15. November 2011 entschieden, dass eine Vertragsstrafe von 0,2 % der Brutto-Auftragssumme je Kalendertag für die Überschreitung von Zwischenfristen unwirksam, da zu hoch, sei. Die Grenze für die Überschreitung von Zwischenfristen läge bei 0,15 % der Brutto-Auftragssumme. Bemerkenswert an der Entscheidung ist, dass das Oberlandesgericht Naumburg ausdrücklich die Grenze für die Überschreitung von Zwischenfristen auf 0,15 % **der Brutto-Auftragssumme** festlegt. Wie bereits in früheren Newslettern berichtet ist die Verwendung des Begriffs der „Brutto-Auftragssumme“ in zweierlei Hinsicht bei Vertragsstraferegelungen problematisch/nach wohl richtiger Betrachtungsweise unwirksam:

- Ist der Auftraggeber vorsteuerabzugsberechtigt, besteht kein Anlass dafür, die Brutto-Auftragssumme statt der Netto-Auftragssumme zugrunde zu legen.

-Der Begriff der Auftragssumme selbst kann (je nach Vertragsgestaltung) unpräzise und die Klausel damit unwirksam sein.

In einem anderen Teil der Entscheidung stellte das Oberlandesgericht klar, dass der Unternehmer die Wahl hat, wie er die Arbeiten zur Mangelbeseitigung organisiert und welchen Weg er wählt, bis zu der Grenze hin, dass für den Bauherrn erkennbar ist, dass die Maßnahmen nicht zum Erfolg führen.

Oberlandesgericht Naumburg, Urteil vom 15.11.2011 – 1 U 51/11

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

ERBRECHT bekommen

Das „veraltete“ Testament

Die Errichtung eines Testaments ist eine Angelegenheit, die von vielen als unangenehm betrachtet und daher immer wieder hinausgeschoben wird. Ist das Testament dann einmal errichtet, geht insbesondere der Erblasser häufig davon aus, dass die Angelegenheit damit erledigt ist und macht sich keine weiteren Gedanken mehr. Nach seinem Ableben ist es dann Sache der Erben (und häufig der Gerichte) festzustellen, was der Erblasser mit seinem Testament tatsächlich erreichen wollte. Besonders schwierig wird dies, wenn sich nach Errichtung des Testaments die tatsächlichen Gegebenheiten geändert haben, wie eine Entscheidung des OLG Hamm vom 10.4.2012 (15 W 77/11) zeigt.

Im dort zur Entscheidung vorliegenden Fall wurde eine erbvertragliche Regelung getroffen, wonach die Ehegatten bestimmten, dass dem überlebenden Ehegatten das Recht eingeräumt wird, eines der gemeinsamen Kinder zum Hoferben zu bestimmen. Tatsächlich wurde eine solche Bestimmung aber nie getroffen und im Übrigen die Landwirtschaft aufge-

geben, sodass die Regelung im Erbvertrag nicht mehr umgesetzt werden konnte. Das Gericht war demnach gehalten, die Erklärung auszulegen und kam insoweit zu dem Ergebnis, dass in diesem Fall die beiden gemeinschaftlichen Kinder als Schlusserben des letztverstorbenen Ehegatten eingesetzt sein sollten. Ob dieses Ergebnis dem tatsächlichen Willen der Eheleute entsprach, lässt sich im Nachhinein nicht mehr mit Sicherheit ermitteln. Das Gericht war daher auf die allgemeinen Auslegungsgrundsätze angewiesen. In diesem Fall wäre es daher angebracht gewesen, da, nachdem die Landwirtschaft aufgegeben wurde, die Eheleute ihr Testament überdacht hätten und für diesen Fall eine neue Regelung getroffen worden wäre. Hierdurch hätte die Umsetzung des tatsächlichen Willens der Eheleute sichergestellt werden können.

Auch wenn die Auslegung des Gerichts zu dem Ergebnis gekommen sein mag, das auch dem Willen der Eheleute entsprochen hätte, zeigt der Fall, dass sich der Erblasser auch nach Errichtung seines Testaments regelmäßig darüber Gedanken machen sollte, ob die dortigen Verfügungen noch umgesetzt werden können oder ob gegebenenfalls Anpassungsbedarf besteht.

OLG Hamm, Urteil vom 10.4.2012 – 15 W 77/11

Das „vergessene“ Scheidungsverfahren

Ein Beschluss des Oberlandesgerichts Koblenz v. 9.8.2011, Az. 13 UF 44/11, gibt Anlass, auf die unter Umständen erheblichen finanziellen Auswirkungen eines außergewöhnlichen Verlaufes eines Ehescheidungsverfahrens zu verweisen.

In dem zu entscheidenden Fall hatten die Eheleute im September 1992 geheiratet, aus der Ehe ist ein Kind hervorgegangen. Die Ehefrau ließ im Januar 2000 Ehescheidungsantrag stellen, welcher im Februar 2000 zugestellt wurde. Aus nicht näher bekannten Gründen wurde im Mai 2000 das Ehescheidungsverfahren zum Ruhen gebracht. Im Februar 2010 hat der Ehemann das Scheidungsverfahren wieder angerufen und nunmehr seinerseits Scheidungsantrag gestellt.

Streitpunkt im Verfahren vor dem Oberlandesgericht Koblenz war, welcher Stichtag nunmehr für den Versorgungsausgleich gilt. Es erstreckt sich der Zeitraum, innerhalb welchem der Versorgungsausgleich durchgeführt wird, auf den Heiratsmonat, Monatsersten, bis zum Monat vor Zustellung des Scheidungsantrages. Somit war zu entscheiden, ob im vorliegenden Fall der Versorgungsausgleich wegen Anwartschaften, welche zwischen dem 1.9.1992 und dem 31.1.2000 erworben wurden durchzuführen ist oder zwischen dem 1.9.1992 und dem 28.2.2010.

Da der ursprüngliche Ehescheidungsantrag nie zurückgenommen wurde und nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein eigener Ehescheidungsantrag, hier des Ehemannes, zum selben Stichtag führt, somit jenem aus dem Jahr 2000, hat das OLG Koblenz entschieden, dass der Versorgungsausgleich nur im Zeitraum zwischen dem 1.9.1992 und dem 31.1.2000 durchgeführt wird, acht Jahre anstatt 18 Jahre. Wird davon ausgegangen, dass die Ehefrau zwischen dem Jahr 2000 und dem Jahr 2010 weniger Bruttoeinkünfte hatte, somit weniger Altersvorsorge betrieben hat, hätte es in ihrem Interesse gelegen, den ursprünglichen Ehescheidungsantrag wieder zurückzunehmen. Dann wäre der Versorgungsausgleich über einen erheblich längeren Zeitraum durchgeführt worden. Dagegen kann davon ausgegangen werden, dass der Ehemann mit seinem Scheidungsantrag im alten Verfahren für sich erhebliche finanzielle Vorteile erlangt hat, zehn Jahre Versorgungsbeiträge zur Altersabsicherung nicht zu teilen sind.

Oberlandesgericht Koblenz, Beschluss vom 9.8.2011 – 13 UF 44/11

Rücksendekosten beim Vertragswiderruf

Die Kosten der Rücksendung beim Widerruf eines im Internet geschlossenen Vertrages sind grundsätzlich vom (unternehmerischen) Verkäufer zu tragen. Etwas anderes gilt, soweit der Kaufpreis einen Betrag von EUR 40,00 nicht übersteigt und die Kosten vertraglich auf den Kunden abgewälzt werden (sog. 40-Euro-Klausel). Viele Onlineshops haben zwischenzeitlich die Muster-Widerrufsbelehrung, in welcher auch die 40-Euro-Klausel enthalten ist, in ihre AGB integriert. Ob dies für eine wirksame Abwälzung der Rücksendekosten ausreicht ist umstritten. Das OLG München hat nunmehr mit Urteil vom 7.2.2012 (29 W 212/12) entschieden, dass die Aufnahme der Widerrufsbelehrung in die AGB ausreichend ist, wenn diese die Kostentragungspflicht enthält. Die Aufnahme des Belehrungstextes in die AGB sei nicht eine bloße einseitige Erklärung sondern eine wirksame Einbeziehung der Klausel in den Vertrag.

Zahlreiche Gerichte, z. B. das OLG Hamburg (Urteil vom 17.2.2010 – 5 W 10/10), das OLG Hamm (Urteil vom 15.4.2010 – 4 U 207/09) und das OLG Stuttgart (Urteil vom 10.12.2009 – 2 U 51/09) sind allerdings der Auffassung, dass die wirksame Vereinbarung der Kostentragungspflicht voraussetzt, dass diese zusätzlich zur Widerrufsbelehrung auch im Vertrag

(z. B. in den AGB) enthalten ist. Die Aufnahme der Widerrufsbelehrung in die AGB reicht in diesem Fall nicht aus. Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Frage durch den Bundesgerichtshof sollte daher die 40-Euro-Klausel auch dann in die AGB aufgenommen werden, wenn dort bereits die Widerrufsbelehrung enthalten ist.

OLG München, Urteil vom 7.2.2012 – 29 W 212/12

- **Verwendung veralteter Widerrufsbelehrung ist wettbewerbswidrig**

Insbesondere Betreiber von Online-Shops sollten ihren Internetauftritt regelmäßig dahingehend überprüfen (lassen), ob dieser noch in Einklang mit den aktuellen rechtlichen Bestimmungen steht. Gerade im Bereich des Internetrechts werden immer wieder neue gesetzliche Vorgaben geschaffen, die auch von bestehenden Online-Shops nachträglich umzusetzen sind. Dem LG Cottbus lag nunmehr ein Fall zur Entscheidung vor, in welchem der Shopbetreiber trotz Änderung der Musterwiderrufsbelehrung am 11.6.2010 noch bis zum 17.5.2011 das alte Muster mit dem Hinweis auf die nicht mehr existierende BGB-InfoV verwendet hat.

Nach Auffassung des LG Cottbus ist dies geeignet, den Verbraucher in die Irre zu führen und damit wettbewerbswidrig. Darüber hinaus wird aber die Verwendung einer veralteten Widerrufsblehrung auch dazu führen, dass die Belehrung nicht ordnungsgemäß erfolgt und damit den Kunden auch nach Jahren noch ein Widerrufsrecht zusteht. Dies und die Abmahnung hätte vermieden werden können, wenn der Shopbetreiber die aktuellen Vorgaben eingehalten hätte.

Aktueller Hinweis: Der Gesetzgeber hat zwischenzeitlich die sogenannte Button-Lösung, mit welcher insbesondere sogenannte Abofallen bekämpft werden sollen, beschlossen. Es steht insoweit nur noch die Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten aus. Das neue Gesetz tritt zwei Monate nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft, sodass damit zu rechnen ist, dass kurzfristig Änderungsbedarf insbesondere für Online-Shops aber auch für sonstige Anbieter, die Verträge mit Verbrauchern über das Internet schließen, besteht. Neben weiteren Informationspflichten wird verlangt, dass der Kunde nunmehr deutlich darauf hingewiesen wird, dass er einen kostenpflichtigen Vertrag abschließt, z. B. durch Aufnahme eines Buttons, mit den Beschriftungen „Kostenpflichtig bestellen“, „Zahlungspflichtigen Vertrag abschließen“ oder „Kaufen“.

LG Cottbus, Urteil vom 23.8.2011 – 11 O 73/11

- **Haftet YouTube für Urheberrechtsverletzungen durch Nutzer?**

Das Landgericht Hamburg hat mit Urteil vom 20.4.2012 (310 O 461/10) zur Frage Stellung genommen, ob YouTube für Urheberrechtsverletzungen durch von Nutzern hochgeladene Videos haftet.

Soweit der Portal-Betreiber die urheberrechtsverletzenden Videos weder selbst hochlade noch sich deren Inhalt zu eigen mache, hafte er nicht als Täter. Allerdings leiste der Betreiber eines vergleichbaren Portals durch den Betrieb der Plattform einen Beitrag zu den Rechtsverletzungen. Aus diesem Grund treffen den Betreiber Verhaltens- und Kontrollpflichten. Werden diese verletzt, komme eine Haftung als Störer in Betracht, was zu einem Unterlassungsanspruch führe.

Maßgeblich dafür, dass YouTube wegen eines Teils der beanstandenden Videos zur Unterlassung verpflichtet wurde, war, dass YouTube nicht unverzüglich gehandelt hatte. Nach der Information über die Urheberrechtsverletzung sind mehr als eineinhalb Monate vergangen, bis die Videos gesperrt wurden. Dies ist nach Auffassung des LG Hamburg nicht hinnehmbar. Vielmehr sei ein unverzügliches Handeln geboten gewesen.

Zu den darüber hinausgehenden Prüfungs- und Kontrollpflichten hat das Landgericht ausgeführt, der Betreiber einer vergleichbaren Plattform sei nicht zu einer Vorabkontrolle verpflichtet. Sobald aber eine Urheberrechtsverletzung gemeldet werde, müsse er auch für die Zukunft durch geeignete Maßnahmen ausschließen, dass es erneut zu Rechtsverletzungen komme. Hierfür sei es erforderlich, durch eine geeignete Software künftige Uploads zu verhindern und zusätzlich einen Wortfilter zu installieren. Dagegen sei YouTube nicht verpflichtet, den gesamten Datenbestand vorab durch entsprechende Maßnahmen zu überprüfen.

LG Hamburg, Urteil vom 20.4.2012 – 310 O 461/10

- **Kein Schadensersatz nach einem Pharmingangriff**

Der Kläger nimmt seine Bank auf Rückzahlung einer ausgeführten Überweisung von EUR 5.000,00 in Anspruch. Der Kläger nimmt seit 2001 am Onlinebanking teil und verwendet das sogenannte iTAN-Verfahren. Bei der Durchführung einer Überweisung wird nach Eingabe einer korrekten persönlichen Identifikationsnummer (PIN) der Kunde aufgefordert, eine bestimmte durch eine Positionsnummer gekennzeichnete (indizierte) Transaktionsnummer (iTAN) aus einer ihm zur Verfügung gestellten, durchnummerierten TAN-Liste einzugeben. Auf der Log-In-Seite des Onlinebankingportals der Bank fand sich ein Hinweis darauf, dass niemals eine Aufforderung ergeht, mehrere TANs gleichzeitig preiszugeben.

Als am 26.1.2009 vom Girokonto des Klägers ein Betrag von EUR 5.000,00 auf ein Konto bei einer griechischen Bank überwiesen wurde, bestritt dieser

die Überweisung veranlasst zu haben. Gegenüber den Ermittlungsbehörden gab dieser bei der Stellung der Strafanzeige zu Protokoll, dass er aufgefordert wurde 10 TAN-Nummern einzugeben, um Zugriff auf das Onlinebanking zu bekommen. Diese Nummern wurden vom Kläger eingegeben. Danach erhielt der Kläger Zugriff auf das Online-Banking, wo er unter Verwendung einer anderen TAN-Nummer eine andere Überweisung getätigt hat.

Die Klage des Kunden auf Erstattung des Betrages von EUR 5.000,00 wurde abgewiesen. Denn auch, wenn der Kläger die Überweisung von EUR 5.000,00 nicht veranlasst haben soll, steht der beklagten Bank ein Schadensersatzanspruch gegen den Kunden in gleicher Höhe gemäß § 280 Abs. 1 BGB zu. Der Kläger hat sich gegenüber seiner Bank durch seine Reaktion auf den Pharming-Angriff schadensersatzpflichtig gemacht, da er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Er hat nämlich beim Log-In-Vorgang und damit nicht im Bezug auf einen konkreten Überweisungsvorgang trotz eines ausdrücklichen Warnhinweises der Bank gleichzeitig 10 TANs eingegeben. Dabei reicht für die Haftung des Kunden einfache Fahrlässigkeit aus, weil der neue § 675v Abs. 2 BGB, der die Haftung auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit beschränkt, erst am 31.10.2009 in Kraft trat. Auch ein anspruchsminderndes Mitverschulden hat das Gericht verneint, da die Bank mit dem Einsatz des im Jahr der Überweisung dem Stand der Technik entsprechenden iTAN-Verfahrens ihrer Pflicht zur Bereitstellung eines möglichst wenig missbrauchsanfälligen Systems nachgekommen ist. Auch sind keine Aufklärungs- oder Warnpflichten verletzt worden, was auch für die mit der Ausführung der Überweisung erfolgte Überschreitung der Kreditlinie gilt, da das Kreditinstitut keine Schutzpflicht trifft, Kontoüberziehungen ihrer Kunden zu vermeiden. Entschieden sind damit die Fälle bis Oktober 2009. Für Fälle nach diesem Termin werden Gerichte gesondert zu prüfen haben, ob die Kunden Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit trifft. Nur wenn dies bejaht wird, gehen die Kunden leer aus.

BGH, Urteil vom 24.4.2012 – XI ZR 96/11

Grundsätzlich keine Aufklärungspflicht über zu niedrige Vorauszahlungen

Es kommt immer wieder vor, dass Mieter von Gewerberäumen überrascht und verärgert sind, wenn Nebenkostenabrechnungen eine hohe Nachforderung des Vermieters ergeben. Nicht selten machen Mieter dann geltend, der Vermieter handele treuwidrig oder er sei zum Schadensersatz verpflichtet, weil er beim Mietvertragsabschluss nicht darüber aufgeklärt habe, dass die Nebenkostenvorauszahlungen zu niedrig sind.

In einem vom OLG Düsseldorf am 8.3.2012 entschiedenen Fall (Az: I-24 U 162/11) ergab die Nebenkostenabrechnung für die Jahre 2005, 2006 und 2007 Forderungen des Vermieters von ca. EUR 1.000,00 für fünf Monate des Jahres 2005 und für die Jahre 2006 und 2007 in Höhe von jeweils etwa EUR 2.000,00. Der Mieter hatte geltend gemacht, er müsse die Nachforderungen nicht bezahlen, denn den Vermieter treffe eine Schadensersatzverpflichtung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss mit der Folge, dass dem Vermieter keine Nachforderungen mehr zustünden. Zumindest, so meinte der Mieter, stehe den Nachforderungen der Einwand von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen.

Die Verteidigung des Mieters war ohne Erfolg. Der Klage des Vermieters wurde stattgegeben. Das OLG Düsseldorf meinte zutreffend, dem Vermieter sei keine schuldhafte Verletzung von Aufklärungspflichten vor oder während des Mietvertragsabschlusses anzulasten.

Dem Vermieter obliegt grundsätzlich eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Mieter hinsichtlich derjenigen Umstände und Rechtsverhältnisse mit Bezug auf die Mietsache, die – für den Vermieter erkennbar – von besonderer Bedeutung für den Entschluss des Mieters zur Eingehung des Vertrages sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann (so z.B. BGH NJW 2004, 2674). Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, den Mieter das Vertragsrisiko abzunehmen und dessen Interessen wahrzunehmen. Der Mieter muss selbst prüfen und entscheiden, ob der beabsichtigte Vertrag für ihn von Vorteil ist oder nicht. Es ist seine Sache, sich umfassend zu informieren und zu klärungsbedürftigen Punkten in den Vertragsverhandlungen Fragen zu stellen. Unterlässt er dies, hat er keinen Anspruch auf Schadensersatz. Stellt der Mieter Fragen oder macht der Vermieter von sich aus Aussagen in Bezug auf das Mietobjekt, so müssen dessen Angaben richtig und vollständig sein.

Im konkreten Fall hatte der Vermieter keine Aufklärungspflicht verletzt. Allein der Umstand, dass er Vorauszahlungen auf die Betriebskosten verlangt hat, die in ihrer Höhe die tatsächlichen Kosten deutlich unterschreiten, ohne den Mieter darauf hinzuweisen, führt nicht zur Annahme einer Aufklärungspflichtverletzung (so auch BGHZ 183, 299; BGH NJW 2004, 1102). Auch die Tatsache, dass die Höhe der anfallenden Betriebskosten regelmäßig von besonderer Bedeutung für die Kalkulation und damit für den Entschluss des Mieters zur Eingehung des Mietvertrages ist, begründet nicht die Pflicht des Vermieters, von sich aus seine Einschätzung über die tatsächliche Höhe der Betriebskosten mitzuteilen. Dies erscheint auch deshalb sachgerecht, weil zu dem in Frage kommenden Nebenkosten regelmäßig Heizkosten und andere Kosten zählen, die in ihrer Höhe verbrauchsabhängig sind, wesentlichen

Schwankungen unterliegen können und daher vom Vermieter weder vorherzusehen noch zu beeinflussen sind. Hinzu kommt, dass der Mieter bei zu niedrig bemessenen Vorauszahlungen faktisch einen zinslosen Kredit für die nicht gedeckten Nachzahlungsbeträge erhält. Darin liegt ein Vorteil für den Mieter.

Eine Pflichtverletzung des Vermieters ist nur dann zu bejahend, wenn besondere Umstände gegeben sind. Derartige besondere Umstände können etwa zu bejahen sein, wenn der Vermieter dem Mieter bei Vertragsschluss die Angemessenheit der Nebenkosten ausdrücklich zugesichert oder diese bewusst zu niedrig bemessen hat, um den Mieter über den Umfang der tatsächlichen Mietbelastung zu täuschen und ihn auf diese Weise zur Begründung eines Mietverhältnisses zu veranlassen (so BGH NJW 2004, 1102). Es wird aber praktisch kaum möglich sein, dem Vermieter nachzuweisen, den Mieter bewusst getäuscht zu haben.

In der Praxis ist ein Mieter demnach gut beraten, wenn er sich bei Bestandsobjekten die Abrechnungen der Vorjahre vorlegen lässt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.3.2012 – I-24 U 162/11

- **TÜV-Beanstandungen sind nicht zwingend ein Mangel der Mietsache**

In einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 30.12.2011 ging es um die interessante Rechtsfrage, ob TÜV-Beanstandungen zwangsläufig als Mangel einer Mietsache zu qualifizieren sind, die zur Minderung berechtigen.

Mietgegenstand war eine Gaststätte. Der Mieter machte Minderung geltend. Er hatte den TÜV beauftragt, die raumlufttechnischen Anlagen der Mietsache zu überprüfen. Ausweislich des TÜV-Berichts lag ein wesentlicher Mangel vor, weil der vorhandende Restaurant-Zulüfter aufgrund fehlender Luftbehandlungseinheiten (Erhitzer-/Kühlereinheit) für den Restaurantbetrieb ungeeignet sei, insbesondere weil es im Winter bei Betrieb des Zulüfters zu starken Zugerscheinen kommen könnte. Die Beweisaufnahme ergab allerdings, dass es insoweit in der Vergangenheit keine Probleme gab. Ein Zeuge, der das Objekt vor dem Mieter angemietet hatte, hat nämlich glaubhaft ausgesagt, dass er das Lokal ohne Beanstandungen betreiben konnte. Er selbst und seine Gäste hätten mit der Lüftungsanlage keine Probleme gehabt. Darüber hinaus hatte das TÜV-Gutachten beanstandet, dass der Restaurant-Ablüfter in der Zwischendecke aufgrund fehlender Revisionsöffnungen nicht zugänglich gewesen ist.

Der Vermieter war nach dem Mietvertrag verpflichtet, die Voraussetzungen für den Betrieb des Gewerbes in der vorgesehenen Nutzungsart zu schaffen, soweit dies das Mietobjekt betrifft. Das galt somit insbesondere auch für öffentlich-rechtliche Genehmigungen, denn der Mietvertrag bestimmte ausdrücklich, dass der Vermieter öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen zu vertreten hat, die mit der Art, Lage und Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen und nicht in persönlichen und betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben. Zur Beschaffenheit der Mietsache gehörten hier auch die bei Übergabe in dem Objekt befindlichen raumlufttechnischen Anlagen und Einrichtungen.

Trotz der TÜV-Beanstandungen an der Lüftungsanlage kam das OLG Düsseldorf zu dem Ergebnis, dass kein Mangel der Mietsache vorliegt, der den Mieter zur Minderung der Miete berechtigt.

Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse- und beschränkungen, die der vertragsgemäßen Nutzung entgegenstehen, dann einen Fehler der Mietsache im Sinne des § 536 BGB darstellen, wenn sie mit der Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen, nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben und mietvertraglich nichts Abweichendes vereinbart ist (so BGH NJW 2000, 1713). In diesem Sinn kann auch das Fehlen einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung einen Mangel darstellen, der den Mieter zur Minderung der vereinbarten Miete berechtigt (§ 536 Abs. 1 BGB), und daneben die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) geben kann.

Ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften oder eine fehlende Genehmigung führt allerdings nicht automatisch zur Annahme eines Mangels gemäß § 536 Abs. 1 BGB und damit zum Vorenthalten des vertragsgemäßen Gebrauchs mit der Folge des Eintritts einer Mietminderung. Voraussetzung ist vielmehr, dass die fehlende Genehmigung eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat. Eine solche erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch, die zu einer Minderung berechtigt, kommt nur dann in Betracht, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjektes in der erforderlichen Form untersagt hat oder ein behördliches Einschreiten als sicher zu erwarten ist (so BGH NJW 2009, 3421).

Entsprechend diesen Grundsätzen läge im zu entscheidenden Fall ein zu einer Mietminderung berechtigender Mangel nur dann vor, wenn dem Mieter im Hinblick auf die in dem Mietobjekt befindlichen raumlufttechnischen Anlagen und Einrichtungen eine Nutzung des Mietobjekts als Gaststätte untersagt bzw. eine Konzession nicht erteilt worden wäre oder ein behördliches Einschreiten bzw. eine Nichterteilung der Konzession sicher zu erwarten gewesen wäre. Weder das eine noch das andere ließ sich feststellen.

Die zuständige Behörde hatte dem Mieter den Betrieb einer Gaststätte in dem Mietobjekt weder untersagt noch die Erteilung einer Konzession verweigert. Die zuständige Behörde hatte bislang keine Beanstandung betreffend die in dem Objekt installierten raumlufttechnischen Anlagen und Einrichtun-

gen ausgesprochen. Die Überprüfung der raumluttechnischen Anlagen durch den TÜV erfolgte nicht im behördlichen Auftrag, sondern im Auftrag des Mieters. Soweit der vom Mieter selbst eingeschaltete TÜV-Gutachter Mängel festgestellt hat, hatten diese in der Vergangenheit nicht zu behördlichen Beanstandungen geführt.

Dass sich die vom TÜV festgestellten Mängel in erheblicher Weise auf die Tauglichkeit des Ladenlokals zum Betrieb einer Gaststätte ausgewirkt haben, konnte ebenfalls nicht festgestellt werden.

Deshalb kam das Oberlandesgericht Düsseldorf zu dem Ergebnis, dass trotz TÜV-Beanstandungen an der Lüftungsanlage der Gaststätte kein Mietmangel im Rechtssinne vorlag. Der Mieter wurde zur Zahlung der rückständigen Miete in voller Höhe verurteilt. Die Verteidigung des Mieters, er sei zu einer Mietminderung berechtigt gewesen, weil das an ihn vermietet Ladenlokal im Hinblick auf die in dem Objekt befindlichen raumlufttechnischen Anlagen und Einrichtungen nicht zum Betrieb einer Gaststätte geeignet gewesen sei, blieb ohne Erfolg.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.12.2011 – I-24 U 76/11

Nur anteilige Sachverständigenkosten

Im Rahmen der Regulierung von Verkehrsunfällen war in der letzten Zeit diskutiert worden, ob bei nur anteiliger Haftung eines Unfallbeteiligten der Schadenersatzberechtigte trotzdem die vollen Sachverständigenkosten erstattet bekommt (z.B. OLG Rostock, DAR 2011, 263, 264 und NJW 2011, 1973 ff). Begründung war, dass der Geschädigte auf die Begutachtung angewiesen ist, um den Schaden zu ermitteln, ohne Möglichkeit, eine Beschränkung auf den erstattungsfähigen Anteil vorzunehmen. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte war uneinheitlich. Während auch das OLG Frankfurt der Auffassung war, dass auch bei nur anteiliger Haftung des Unfallgegners Sachverständigenkosten voll erstattet werden müssen, wurde dies z.B. durch das OLG Düsseldorf (R+S 2011, 268 ff) abgelehnt.

Die streitige Frage wurde nunmehr durch ein Urteil des Bundesgerichtshofs v. 7.2.2012 (VI ZR 133/11) geklärt. Steht einem Unfallbeteiligten nur ein Teil seines Schadenersatzes als Erstattungsanspruch zu, quotenmäßige Haftung des Unfallgegners, sind entsprechend auch die Sachverständigenkosten zu kürzen. Überzeugend wurde durch den Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die Sachverständigenkosten Teil des Wiederherstellungsaufwandes sind, zum unmittelbaren Vermögensnachteil gehören (z.B. Urteil BGH v. 30.11.2004, DAR 2005, 148) und sich ein Mitverursachungseinwand, deshalb auch die Kürzung des Schadenersatzanspruchs, auch auf Sachverständigenkosten erstreckt.

Die circa 1 ½ Jahre andauernde Diskussion über die Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten bei nur anteiliger Haftung ist somit beendet. Es zeigt jedoch die Auseinandersetzung und deren Beendigung, dass auch ohne Gesetzesänderung die Regulierung von Verkehrsunfällen aufgrund der sich ändernden Rechtsprechung einem steten Wandel unterworfen ist, weshalb zur zutreffenden Einschätzung der eigenen Ansprüche die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zu empfehlen ist.

BGH, Urteil vom 7.2.2012 – VI ZR 133/11

Abberufung des Verwalters nicht immer möglich

Nicht jede Verfehlung des Verwalters führt dazu, dass ein Verwalter abberufen werden muss. Im vom BGH entschiedenen Fall hat der Verwalter die Beschlusssammlung nicht ordnungsgemäß geführt. Ein einzelner Eigentümer wollte aus diesem Grund gegen die anderen Wohnungseigentümer und damit gegen den Willen der Mehrheit die Abberufung des Verwalters durchsetzen. Im Ergebnis blieb die Klage ohne Erfolg. Zwar statuiert § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG, dass ein wichtiger Grund für die Abberufung dann regelmäßig vorliegt, wenn der Verwalter die Beschlusssammlung nicht ordnungsgemäß führt. Jedoch lässt sich hieraus kein Anspruch eines einzelnen Wohnungseigentümers gegen die Mehrheit der anderen Eigentümer herleiten, die Abberufung des Verwalters zu verlangen. Denn § 26 Abs. 1 Satz 3 WEG statuiert nur, dass die Abberufung des Verwalters auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt werden darf. Wenn aber diese Beschränkung besteht, folgt daraus im Umkehrschluss, dass die Wohnungseigentümer den Verwalter unter dieser Voraussetzung abberufen dürfen und es in jedem Fall ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, wenn sie von dieser Befugnis Gebrauch machen. Wenn jedoch ein einzelner Wohnungseigentümer die Abberufung durchsetzen will, macht er einen Anspruch gemäß § 21 Abs. 4 WEG geltend. Dieser setzt voraus, dass die Abberufung dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht bzw. mit anderen Worten ausgedrückt ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Ob die Entscheidung der Wohnungseigentümer dieser Anforderung entspricht, wenn sie nicht abberufen wollen, ist dem § 26 Abs. 1 Satz 3 WEG nicht zu entnehmen.

Vielmehr muss das Gericht die Mehrheitsentscheidung der Wohnungseigentümer in vertretbarem Rahmen respektieren und dabei auch der überstimmten Minderheit entsprechenden Schutz bieten. Dies geschieht aufgrund des Selbstorganisationsrechts der WEG, das diesen einen Beurteilungsspielraum zubilligt. Insbesondere, wenn der wichtige Grund im Sinne des § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG (nicht ordnungsgemäße Führung der Beschlusssammlung) erfüllt ist, können die Wohnungseigentümer nachvollziehbare Motive entwickeln, sich doch gegen die Abberufung zu entscheiden. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn im Hinblick auf bisherige Leistungen des Verwalters diese es nicht für notwendig halten, die Abberufung durchzuführen und nach einer Erörterung der Mängel mit der Verwaltung auf eine Besserung in der Zukunft vertrauen. Nur wenn der Beurteilungsspielraum überschritten ist, da die Ablehnung aus objektiver Sicht nicht vertretbar erscheint, muss das Gericht zum Schutze der Minderheit die Abberufung vornehmen. Wenn demnach aus der Sicht eines vernünftigen Dritten die Mehrheit gegen ihre eigenen Interessen handelt, weil sie möglicherweise aus Bequemlichkeit massive Pflichtverletzungen tolerieren will, ist der Beurteilungsspielraum überschritten, sodass in diesem Fall ein Anspruch des einzelnen Wohnungseigentümers nach § 21 Abs. 4 WEG auf Abberufung des Verwalters vorliegt. Wenn die Minderheit demnach eine Abberufung des Verwalters durchsetzen will, wird sie im Einzelnen darzulegen haben, aus welchen Gründen die Entscheidung der Mehrheit nicht mehr vertretbar erscheint. Die Erfüllung eines bloßen wichtigen Grundes i. S. d. § 26 Abs. 1 S. 3 / 4 WEG genügt nicht.

BGH, Urteil vom 10.2.2012 – V ZR 105/11

- **Objektprinzip keine unzulässige Beschränkung der Abberufung des Verwalters**

In einer Teilungserklärung ist bestimmt, dass jeder Eigentümer für jede in seinem Eigentum stehende Wohnung eine Stimme hat. Damit wurde ein sogenanntes Objektprinzip umgesetzt und die gesetzliche Vorgabe im § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG abgeändert, wonach jeder Wohnungseigentümer unabhängig von der Anzahl der Wohnungen nur eine Stimme hat (Kopfprinzip). Der Verwalter hält die Bestimmung in der Teilungserklärung für den Fall der Bestellung und Abberufung des Verwalters für unzulässig. Begründet wurde dies mit § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG. Diese Vorschrift besagt, dass die Eigentümer die Abberufung des Verwalters auf den Fall eines wichtigen Grundes beschränken können und andere Beschränkungsmöglichkeiten unzulässig sind. Der BGH erteilt einer derartigen Sichtweise eine Absage. Bereits für das Wohnungseigentumsgesetz in der bis zum 30.6.2007 geltenden Fassung hat der BGH (Az.: V ZB 30/02) entschieden, dass das Objektprinzip keine Beschränkung im Sinne dieser Vorschrift darstellt. Der BGH hält hieran für die Fassung des Wohnungseigentümergesetzes in der ab dem 1.7.2007 geltenden Fassung weiterhin fest. Denn die Frage, ob die erforderliche Mehrheit sich nach Köpfen, Objekten oder Miteigentumsanteilen zusammensetzt, stellt keine Beschränkung sondern eine Definition der Stimmenmehrheit dar. Das im § 25 Abs. 1 Satz 2 WEG verankerte Kopfprinzip ist bereits gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG abdingbar. Der erforderliche Minderheitenschutz wird zudem durch das Prinzip ordnungsmäßiger, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechenden Verwaltung und dessen gerichtlicher Kontrolle durch eine Anfechtungsklage gewährleistet.

BGH, Urteil vom 28.10.2011 – V ZR 253/10

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

- **Anleitung zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete**

Die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 BGB gestaltet sich als sehr schwierig, insbesondere wenn vom Sachverständigen Bandbreiten ermittelt werden. Im vom BGH entschiedenen Fall hat der gerichtliche Sachverständige die ortsübliche Vergleichsmiete in Form einer Mietspanne ermittelt, die zwischen EUR 6,05/ qm als unterstem und EUR 8,00/ qm als oberstem Wert lag. Das Berufungsgericht hat der Zustimmungsklage zur Mieterhöhung mit dem Argument stattgegeben, dass aufgrund der vom Sachverständigen ermittelten Bandbreite (Spanne) grundsätzlich eine Erhöhung bis zum oberen Spannenwert verlangt werden kann. Nach Ansicht des BGH ist eine derartige Sichtweise nicht mit § 558 Abs. 2 BGB zu vereinbaren. Die ortsübliche Vergleichsmiete ist regelmäßig kein punktgenauer Wert sondern bewegt sich innerhalb einer gewissen Spanne. Dabei obliegt die Feststellung, ob die verlangte Miete innerhalb dieser Spanne liegt oder die ortsübliche Miete übersteigt dem Tatrichter und erfordert eine konkrete Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete.

Diese Einzelvergleichsmiete kann entweder ein Punktwert innerhalb der Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete sein oder kann sich auch innerhalb einer gewissen Bandbreite bewegen, die ihrerseits innerhalb der umfassenderen, durch einen Mietspiegel abgebildeten Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt. Wenn sich die Einzelvergleichsmiete nicht als Punkt sondern als Bandbreite darstellt, ist es dem Vermieter grundsätzlich möglich die Miete bis zum oberen Wert der Bandbreite anzuheben. Dies wird – insbesondere wenn kein Mietspiegel vorhanden ist – in der Regel durch ein Sachverständigengutachten festgestellt, in welchem dann die ermittelte Einzelvergleichsmiete festgelegt wird. Die Einzelvergleichsmiete ist dabei nicht der arithmetische Mittelwert der von einem Sachverständi-

gen ermittelten Vergleichsmieten. Denn wurde die Einzelvergleichsmiete als Bandbreite (und nicht als Punktwert) zutreffend ermittelt, so liegt auch der obere Wert dieser Bandbreite noch innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete. Maßgeblich ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes daher weder ein Mittelwert, noch der untere Wert dieser Bandbreite der Einzelvergleichsmiete.

Unzutreffend ist auch die Feststellung des Berufungsgerichts, wonach die gesamte Mietspanne der vom Sachverständigen in das Gutachten einbezogenen Vergleichswohnungen zugleich die Bandbreite der konkreten Einzelvergleichsmieten darstellt. Dies würde nämlich dazu führen, dass der Vermieter ohne Weiteres die Spitzenmiete verlangen könnte. § 558 Abs. 2 BGB legt aber fest, dass nur die Miete verlangt werden kann, die als zu ermittelnde Einzelvergleichsmiete innerhalb der Spanne der durch Neuvermietungen oder Bestandsmietänderungen der letzten 4 Jahre geprägten ortsüblichen Vergleichsmiete in dem betreffenden Gebiet liegt.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Tatrichter mit Unterstützung des Sachverständigen auf der Grundlage einer ausreichend großen repräsentativen Stichprobe vergleichbarer Wohnungen zunächst das Breitespektrum der am Markt tatsächlich gezahlten Mieten auf den engeren Bereich der Entgelte zu begrenzen hat, der als Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete (1. Schritt) anzusehen ist. Dabei ist es nicht ausreichend, nur die sogenannten „Ausreißermieten“ auszusondern. Zur Eingrenzung kommen unterschiedliche Ansätze in Betracht, beispielsweise kann nach Eliminierung der „Ausreißermieten“ die verbleibende Spanne der Vergleichsmieten dadurch auf das Mittelfeld der ortsüblichen Vergleichsmiete begrenzt werden, indem je 1/6 im oberen und unteren Bereich der erhobenen Daten gekappt wird. Zudem kann die ortsübliche Vergleichsmiete durch eine prozentuale Abweichung vom arithmetischen Mittelwert, um den sich die Vergleichsmieten gruppieren, ausgewiesen werden.

- Wird die Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete vom Tatrichter mit Unterstützung des Sachverständigen ermittelt, dann ist weiter die Einzelvergleichsmiete (2. Schritt) vom Tatrichter festzulegen. Diese Einzelvergleichsmiete ist dann die „konkrete ortsübliche Vergleichsmiete“ und wird in der Regel durch Einstufung der Wohnung innerhalb der Spanne der zuvor ermittelten ortsüblichen Vergleichsmiete aufgrund zusätzlicher qualitativer Kriterien näher bestimmt. Es ist zum Beispiel möglich, dass vom Mittelwert der Spanne ausgegangen wird und dann im Hinblick auf bestimmte Qualitätsmerkmale der Wohnung Zu- oder Abschläge vorzunehmen. Hierdurch kann der Tatrichter entweder zu einer punktgenauen Einzelvergleichsmiete, aber auch zu einer Bandbreite der Einzelvergleichsmiete gelangen. Liegt eine geringe Marktstreuung vor, kann die Bandbreite der Einzelvergleichsmiete sogar mit der Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete durchaus übereinstimmen.

Der BGH stellt demnach die einzelnen Schritte dar, die ein Richter bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete und der Einzelvergleichsmiete gehen muss und lässt diesem viel Ermessensspielraum offen, wo im einzelnen die neue Miete liegt.

BGH, Urteil vom 29.2.2012 – VIII ZR 346/10