SRF-Newsletter 1/2013

Neuer Partner bei SRF Rechtsanwälten

Bereits seit 2008 ist Rechtsanwalt Frütsche für die SRF Rechtsanwälte erfolgreich tätig. Seitdem überzeugt er nicht nur durch seine fachliche Kompetenz und Engagement für die Mandanten sondern auch durch seine offene und unkomplizierte Persönlichkeit. Am 1.1.2013 wurde Rechtsanwalt Stefan Frütsche daher als Partner in die Kanzlei aufgenommen. Wir gratulieren ihm auf diesem Weg und wünschen eine erfolgreiche Zukunft.

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

ARBEITSRECHT bekommen

Widersprüchliche Aussagen können Diskriminierungen indizieren

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung vom 21.06.2012 Folgendes entschieden:

Eine Mitarbeiterin türkischer Herkunft war befristet in der Bezirksverwaltung eingestellt worden. Die Entfristung des Arbeitsverhältnisses unterblieb, anders als bei zwei deutschen Kolleginnen, deren Arbeitsverhältnisse zur gleichen Zeit entfristet wurden. Die klagende Türkin machte geltend, dass sie bereits zuvor die einzige nicht-deutsche Arbeitnehmerin gewesen sei und nun die einzige, deren Arbeitsverhältnis nicht entfristet wurde, woraus sich die Diskriminierung ergebe. Allein diese Indizien reichten dem Bundesarbeitsgericht nicht. Es hat die Klage dennoch nicht abgewiesen, sondern an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen, da sich der Arbeitgeber widersprüchlich verhalten habe.

Zum einen habe man der Klägerin ein Zeugnis mit einer guten Leistungsbeurteilung erstellt, sich im Verfahren selbst aber auf Leistungsmängel berufen. Das sei widersprüchlich. Zum anderen habe man sich ursprünglich auf betriebsbedingte Gründe berufen und sei dann erst auf die Leistungsmängel umgeschwenkt. Solche widersprüchlichen Verhaltensweisen können nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts eine Diskriminierung nahe legen.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zeigt, dass Diskriminierungsklagen nicht ohne weiteres zu begründen sind. Arbeitgeber, die sich in einer Situation befinden, Mitarbeiter mit Diskriminierungsmerkmalen anders zu behandeln, als andere Mitarbeiter müssen aber zumindest in ihrem Verhalten konsistent bleiben. Nicht die Benachteiligung an sich ist verboten, sondern die Benachteiligung wegen der im AGG genannten Merkmale. Im Einzelfall kann es besser sein, gar keine als eine nicht konsistente oder wechselnde Begründung zu geben, da es einen Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers in aller Regel nicht gibt.

BAG, Urteil vom 21.06.2012 - 8 AZR 364/11

Außerordentliche Kündigung wegen sexueller Belästigung

Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern hat die Kündigungsschutzklage eines Vorarbeiters in einem Pizzaproduktionsbetrieb zurückgewiesen. Hintergrund der Kündigung waren zwei Annäherungen des Vorarbeiters an eine seiner überwiegend weiblichen Mitarbeiterinnen gewesen. Einmal ist er sehr nahe von hinten an sie herangetreten, so dass es zu einer körperlichen Berührung kam, ein anderes Mal hat sich der Klägerin derselben Mitarbeiterin angenähert, mit beiden Händen sich in Richtung des Gesäßes begeben und dieses zumindest mit der Innenfläche seiner Hände auch berührt. Die Arbeitgeberin kündigte fristlos. Das Landesarbeitsgericht wies die Klage ab. Es führte dabei aus, dass eine sexuelle Belästigung im Sinne des AGG bereits dann vorliege, wenn ein unerwünschtes sexuell bestimmtes Verhalten bezwecke oder bewirke, dass die Würde der betreffenden Person verletzt werde. Anders als bei der Belästigung sei auch eine einmalige sexuell bestimmte Verhaltensweise ausreichend, um den Tatbestand einer sexuellen Belästigung zu erfüllen. Im konkreten Fall nahm das Gericht an, dass objektiv die belästigende Wirkung des Verhaltens des Klägers ohne weiteres erkennbar war und auch eine Abmahnung trotz langjähriger Beschäftigung entbehrlich gewesen sei, da nicht habe festgestellt werden können, dass mit einer Verhaltensänderung gerechnet werden könne. Das begründete das Gericht unter anderem damit, dass der Kläger sein Verhalten zunächst gänzlich geleugnet und als das nicht mehr möglich gewesen sei, es verharmlost habe. Das Landesarbeitsgericht hat also auch das Nachtatverhalten in die Bewertung des Kündigungssachverhaltes einbezogen.

Vor einer fristlosen Kündigung ist aber auf Arbeitgeberseite immer zu prüfen, ob es noch ein milderes Mittel, z.B. die Versetzung in einen Bereich, in dem der Mitarbeiter nicht mit überwiegend weiblicher Belegschaft in Berührung kommt, gegeben ist.

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 14.08.2012 - 5 Sa 324/11

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

BAURECHT bekommen

- **Auch bei dem normalen Bauvorhaben gibt es den Vertrag!**

  Die etwas provokante Überschrift zu diesem Hinweis geht darauf zurück, dass bei vielen am Bau Beteiligten die Vorstellung vorherrscht, dass derjenige, der etwas tut, dafür auch ohne weiteres eine Vergütung bekommt. Diese Auffassung ist in vielen Einzelfällen falsch. Das Oberlandesgericht Celle hat dies in einem Urteil niedergeschrieben, das sicherlich angreifbar ist, aber allen am Bau Beteiligten deutlich zu denken geben sollte, insbesondere zum Nachdenken darüber, was denn für sie die Folgen eines "Vertrages" sind:

  Im vom Oberlandesgericht Celle entschiedenen Fall sind die Mengen im Rahmen eines Einheitspreisvertrages förmlich explodiert. Waren 10 Fehlstellen und 15 Reprofilierungen im Rahmen der Betonsanierung einer Kläranlage ausgeschrieben und vertragsgegenständlich geworden, so wurden tatsächlich 429 Fehlstellen und 350 Reprofilierungen durchgeführt, ohne dass der ausführende Unternehmer hierfür vor Ausführung einen Vergütungsanspruch geltend machte. Das Oberlandesgericht Celle hat einen Vergütungsanspruch aus Vertrag ebenso wie einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag verneint. Die Begründung des Oberlandesgerichts ist, dass der Unternehmer aufgrund der exorbitanten Mengenerhöhungen nicht davon ausgehen konnte, dass der Auftraggeber mit der Ausführung der Mehrmengen zu dem im Vertrag vorgesehenen Preis einverstanden sei, es habe sich förmlich aufgedrängt, dass im Hinblick auf die erhebliche Preissteigerung durch die Mehrmengen sich die Frage der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit der Sanierung und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für diese Mehrmengen stellt.

  Die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist sicherlich überraschend, da bei der Steigerung der Vordersätze von im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Positionen bislang die Rechtsprechung, wenn die Leistungen tatsächlich notwendig waren, Vergütungsansprüche in aller Regel zugesprochen hat. Die Begründung des Oberlandesgerichts ist auch von der richtigen Überlegung geleitet, dass der Auftraggeber natürlich ein vitales Interesse daran hat, sollte sich eine im Leistungsverzeichnis angegebenen Menge um den Faktor 20 oder 30 erhöhen, vor der Ausführung der Leistungen befragt zu werden und die Möglichkeit haben muss, gegebenenfalls Alternativen zu prüfen und zu beauftragen. Auch hier gilt, dass den am Bau Beteiligten häufig nicht klar ist, dass eine Vergütung zunächst einmal für das, was im Vertrag vereinbart ist, geschuldet wird und wenn darüber hinausgehende Leistungen infrage stehen, es immer richtig, angemessen und fair ist, zuvor eine Vereinbarung darüber zu schließen, welche Vergütung man für die zusätzlichen Leistungen erhält, zumindest die entsprechenden Mehrmengen und Mehrvergütungen nachweisbar kommuniziert.

  Die Bauherren sollten sich auf diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle nicht zu sehr verlassen, da sie von den bisherigen Grundsätzen in der Rechtsprechung, dass bei Einheitspreisverträgen die Vordersätze lediglich Schätzungen sind und die tatsächlich ausgeführten Mengen hinterher zu bezahlen sind, abweicht.

  OLG Celle, Urteil vom 09.08.2012 - 16 U197/11

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

ERBRECHT bekommen

- **Verjährungsfragen im Zusammenhang mit einer testamentarischen Auflage**

  Mit Urteil vom 15.11.2012 hat das OLG Frankfurt (16 U 39/12) entschieden, dass nach Verjährung des Anspruchs auf Vollziehung einer testamentarischen Auflage sich der insoweit in Anspruch Genommene auch im Hinblick auf den sich bei Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage ergebenden Anspruchs auf die Einrede der Verjährung berufen kann, auch wenn dieser Anspruch selbst noch nicht verjährt ist.

  Hintergrund der Entscheidung war die Auflage in einem Testament, nach der die Beklagte verpflichtet war, im Gegenzug zur Zuwendung eines Grundstücks im Testament, auf diesem nach Versterben des Erblassers ein Altersheim zu errichten. Diese Auflage wurde nicht erfüllt und von den berechtigten Erben nicht innerhalb der Verjährungsfrist von 30 Jahren geltend gemacht. Nach Ablauf der Verjährungsfrist wurde die Vollziehung der Auflage unmöglich. In diesem Fall besteht grundsätzlich gemäß § 2196 BGB ein Anspruch der Erben auf Herausgabe der Zuwendung, der mit der Klage geltend gemacht wurde. Das OLG Frankfurt hat die Klage jedoch abgewiesen, da es nach Auffassung des Gerichts mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar wäre, wenn nach Erlöschen des Erfüllungsanspruchs aufgrund Verjährung dem Kläger ein einredefreier,

an die Stelle des Vollziehungsanspruchs tretender Bereicherungsanspruch wegen Unmöglichkeit der Vollziehung zustehe.

OLG Frankfurt, Urteil vom 15.11.2012 - 16 U 39/12

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Verwendung des Vermögens statt Unterhalt**

Es wird durch § 1577 BGB grundsätzlich auch ermöglicht, den Unterhaltsberechtigten auf die Verwendung seines Vermögensstammes zu verweisen. In der Praxis werden auf Seiten des Berechtigten (und des Verpflichteten) regelmäßig jedoch nur die Einkünfte, in Bezug auf das Vermögen erzielte oder erzielbare Kapitalerträge bzw. bei einer selbst genutzten Immobilie der den Wohnwert in der Unterhaltsberechnung berücksichtigt.

Das Oberlandesgericht Hamm hat in einem Beschluss vom 17.01.2012 (11 UF 91/11; FamRZ 2012,1950) den Vermögensstamm jedoch angerechnet. Für das Oberlandesgericht Hamm war entscheidend, dass die im Übrigen unterhaltsberechtigte Ehefrau durch den Versorgungsausgleich und einen Vorsorgeunterhalt sowie das weitere Vermögen für das Alter bereits abgesichert war. Durch den Zugewinnausgleich hat die Ehefrau, welche zugleich Unterhalt gefordert hat, einen Betrag von Euro 170.000 erhalten. Aus der Auseinandersetzung gemeinsamen Immobilienvermögens sollte ein weiterer Betrag hinzu kommen.

Diese Entscheidung zeigt, dass, trotz gegenteiliger Handhabung in der gerichtlichen Praxis, gerade bei fortgeschrittenem Alter, bei welchem mit hinreichender Sicherheit vorherzusehen ist, dass aufgrund bereits vorhandener Rentenanwartschaften und Vermögens eine Altersabsicherung bereits gewährleistet ist, auch eine Bedarfsdeckung im Rahmen des nachehelichen Unterhaltes durch den eigenen Vermögensstamm in Betracht kommt.

Nicht nur wegen der notwendigen Klärung einer Begrenzung und Befristung sondern auch wegen weiterer Einwände, z.B. die Bedarfsdeckung durch das vorhandene Vermögen, kommt es deshalb im Verfahren um Ehegattenunterhalt auf die Darstellung der Sachlage erheblich an.

OLG Hamm, Beschluss vom 17.01.2012 - 11 UF 91/11

Stefan Frütsche
Fachanwalt für
Informationstechnologierecht
07131/59412-60
fruetsche@srf-hn.de

IT-RECHT bekommen

- **Abwerben von Mitarbeitern eines Konkurrenten über XING**

Das Landgericht Heidelberg hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Klägerin war ein Personaldienstleistungsunternehmen aus dem IT-Bereich, der Beklagte war auf dem selben Gebiet tätig und hatte Mitarbeiter der Klägerin über XING unter anderem mit den Worten *„Sie wissen ja hoffentlich, was Sie sich da angetan haben?"* und *„Sie wissen ja hoffentlich, in was für einem Unternehmen Sie gelandet sind?"* kontaktiert und abschließend darauf hingewiesen, dass er bei Fragen gerne Auskunft gebe.

Zu entscheiden war zunächst, ob die Kontaktaufnahme überhaupt eine geschäftliche Handlung darstellt. Dies ist nach Auffassung des Gerichts der Fall, da der Beklagte durch sein Profil den Anschein gesetzt habe, dass es sich um eine unternehmensbezogene Tätigkeit handele. Dies schloss das Gericht daraus, dass das Profil unter Verwendung der Firma eingerichtet wurde und der Beklagte geschäftliche Gründe für seinen Auftritt bei XING genannt habe. Darüber hinaus entschied das Gericht, dass die Äußerungen eine Herabsetzung des Mitbewerbers indizieren und auch eine gezielte Behinderung vorliege, da die Äußerungen nur als Versuch einer Abwerbung von Mitarbeitern verstanden werden könne. Dies sei jedenfalls dann unzulässig, wenn der Abwerbungsversuch mit herabsetzenden Äußerungen verbunden werde.

LG Heidelberg, Urteil vom 23.05.2012 - 1 S 58/11

- **Haftung für Einbindung eines YouTube-Videos**

Bei Einbindung fremder Inhalte auf der Homepage oder in einem Blog stellt sich regelmäßig die Frage, ob der jeweilige Verantwortliche auch für Rechtsverletzungen der fremden Inhalte haftet. Das Landgericht Hamburg hatte nunmehr mit Urteil vom 18.05.2012 über die Frage zu entscheiden, ob ein Blogger für die Einbindung eines rechtsverletzenden YouTube-Videos haftet.

Im Streitfall hatte sich ein Arzt gegen die Einbindung eines Videos in ein Blog zur Wehr gesetzt, welches jedenfalls nach Auffassung des Gerichts die Persönlichkeitsrechte des Arztes verletzte. Für diese Rechtsverletzung sei der

Blogger auch verantwortlich, da er das Video über die Einbindung im Rahmen der eigenen Berichterstattung verbreitet habe. Dabei sei es unerheblich, ob sich der Blogger den ganzen Beitrag zu eigen gemacht habe, da er jedenfalls nach den Grundsätzen der Störerhaftung hafte, nachdem zumutbare Prüfpflichten verletzt worden seien. Dies ergebe sich daraus, dass dem Blogger zum Zeitpunkt der Linksetzung bekannt gewesen sei, dass der Arzt gegen den Beitrag bereits gerichtlich vorgehe. Er habe demnach nicht darauf vertrauen dürfen, dass der Beitrag zutreffend ist. Hinzu kam im Streitfall, dass der Blogger als Rechtsanwalt tätig ist und damit nach Auffassung des Gerichts erhöhte Anforderungen an die Prüfpflichten zu stellen seien. Jedenfalls dann, wenn konkreter Anlass zu Zweifeln am Wahrheitsgehalt des verbreiteten Beitrags bestehen bestünde eine Pflicht, gegebenenfalls beim Betroffenen nachzufragen und diesem eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben, was hier unterblieben sei. Vor diesem Hintergrund wurde der Blogger zur Unterlassung verurteilt.

Gegen das Urteil wurde Berufung eingelegt, so dass das letzte Wort in dieser Sache noch nicht gesprochen ist. Es bleibt abzuwarten, ob das Oberlandesgericht Hamburg die Entscheidung bestätigt. Unabhängig hiervon ist generell bei der Einbindung fremder Inhalte Vorsicht geboten. Immer dann, wenn sich Inhalte Dritter zu Eigen gemacht werden, führt dies zu einer Haftung. Aber auch bei der bloßen Berichterstattung oder Einbindung ohne zu Eigen machen des fremden Inhalts kann ein Unterlassungsanspruch begründet sein, wenn Prüfpflichten verletzt werden. Spätestens sobald der Verantwortliche über Rechtsverletzungen des eingebundenen Inhalts informiert wird, besteht dringender Handlungsbedarf.

LG Hamburg, Urteil vom 18.05.2012 - 394 O 596/11

- **Annahmeklausel in AGB eines Online-Shops muss klar definiert sein**

Mit Urteil vom 29.08.2012 hat das Oberlandesgericht Frankfurt (6 W 84/12) die Verwendung der AGB-Klausel, nach der die Annahme des Vertragsangebots des Kunden *"zu dem Zeitpunkt, in dem der Kunde Vorkasse leiste"* erklärt wird, für unwirksam erachtet.

Zu entscheiden war über folgende Klausel:

„Der Vertrag mit uns kommt zu Stande, wenn wir das Angebot des Kunden innerhalb von 5 Tagen schriftlich oder in Textform annehmen oder die bestellte Ware übersenden. Für den Fall der vereinbarten Zahlungsart Vorkasse erklären wir bereits jetzt und an dieser Stelle die Annahme des Vertragsangebotes des Kunden zu dem Zeitpunkt, in dem der Kunde Vorkasse leistet, wenn die Zahlung innerhalb von 10 Tagen nach Absendung der Bestellung erfolgt."

Die Klausel ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts unklar und nicht hinreichend bestimmt. Dies ergäbe sich daraus, dass die Annahme des Vertrages davon abhängig gemacht werde, dass bei Vorkasse die Zahlung beim Händler eingehe. Dies entziehe sich aber der Einfluss- bzw. Kenntnissphäre des Kunden, der nicht in der Lage sei, selbst zu erkennen, wie lange er an sein Angebot gebunden ist, so dass ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des § 308 Nr. 1 BGB vorliege. Weiter führe die Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung der Kunden, weil diese ihre Zahlung zu einem Zeitpunkt veranlassen müssen, in denen noch gar kein Vertrag zwischen den Parteien besteht.

Vor allem der letzte Punkt ist in der Tat häufig ein Problem bei den AGB von Online-Shops. Insbesondere bei Vorauskasse findet sich immer wieder die Regelung, dass der Vertragsschluss erst mit Versendung der Ware zu Stande kommt und damit vom Kunden die Zahlung verlangt wird zu einem Zeitpunkt, zu dem noch gar kein wirksamer Vertrag zu Stande gekommen ist. Dies ist AGB-rechtlich unzulässig und kann, wie im vorliegenden Fall, zu einer Abmahnung eines Wettbewerbers oder eines Verbraucherschutzverbandes führen.

OLG Frankfurt, Urteil vom 29.08.2012 - 6 W 84/12

- **Ansprüche bei rechtsverletzenden Wikipedia-Artikeln**

In zwei neueren Entscheidungen hatten sich das Landgericht Tübingen und das Landgericht Schweinfurt mit Klagen gegen den Betreiber des Internet Projekt Wikipedia, die Wikimedia Foundation Inc. mit Sitz in den USA zu befassen.

Beide Gerichte haben zunächst festgestellt, dass für die Klagen die deutschen Gerichte nach § 32 ZPO örtlich zuständig sind und auf die jeweils geltend gemachte Verletzung von Persönlichkeitsrechten deutsches Recht Anwendung findet. Ebenso haben beide Gerichte übereinstimmend eine grundsätzliche Haftung der Wikimedia Foundation für Rechtsverletzungen angenommen. Gleichwohl wurden im Ergebnis beide Klagen abgewiesen.

Im Fall des Landgerichts Tübingen hatte sich ein Professor der Universität Tübingen gegen die Veröffentlichung des Wikipedia-Artikels an sich und insbesondere gegen die Veröffentlichung eines Lebenslaufs und seiner Mitgliedschaft in einer katholischen Studentenverbindung gewandt. Das Landgericht Tübingen hat hierin allerdings keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gesehen. Maßgeblich

war insoweit insbesondere, dass nach Auffassung des Landgerichts Tübingen der Betreiber einer Online-Enzyklopädie die Pressefreiheit für sich in Anspruch nehmen könne und im Übrigen mit den Einträgen nur wahre Tatsachen verbreitet wurden, die zudem lediglich die Sozialsphäre des Professors betreffen. Es sei insoweit durchaus üblich, dass Lebensläufe und persönliche Daten von Personen veröffentlicht werden, an welchen ein Interesse der Öffentlichkeit besteht. Aus diesem Grund seien die Inhalte des Wikipedia-Eintrags nicht zu beanstanden.

Das Landgericht Schweinfurt hatte über die Klage eines Erben, der geltend machte, der Wikipedia-Eintrag über seinen Vater enthalte etliche, nachweislich falsche Tatsachenbehauptungen die geeignet seien, den Verstorbenen verächtlich zu machen, insbesondere zu seiner Mitgliedschaft in der NSDAP, zu entscheiden. Das Landgericht hat den Unterlassungsanspruch nicht bestätigt, insbesondere da der Erbe die Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht nachgewiesen habe. Zur Mitgliedschaft in der NSDAP sei es zwar tatsächlich so, dass die Dauer der Mitgliedschaft nicht korrekt wiedergegeben werde. Da die Mitgliedschaft des Verstorbenen in der NSDAP aber feststünde, komme der falsch angegebenen Zeitdauer nur untergeordnete Bedeutung zu, die keinen Schluss auf die innere Gesinnung des Verstorbenen erlaube, so dass sich eine Verletzung der Persönlichkeit hieraus nicht ergebe.

Im Ergebnis lässt sich demnach festhalten, dass Wikimedia grundsätzlich für die Inhalte der auf Wikipedia veröffentlichten Artikel haftet und auch Ansprüche, die in Deutschland verfolgt werden können, bestehen. Die Durchsetzung von Ansprüchen setzt aber stets voraus, dass der Nachweis gelingt, dass die Inhalte den jeweiligen Betroffenen erheblich in seinen Persönlichkeitsrechten verletzten.

LG Tübingen, Urteil vom 18.07.2012 - 7 O 525/10

LG Schweinfurt, Urteil vom 23.10.2012 - 2 20 O 934/10

- **Zulässigkeit des Keyword-Advertising (z. B. Google AdWords)**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 13.12.2012 (I ZR 217/10) erneut zur Zulässigkeit des so genannten Keyword-Advertising bei Google (Google AdWords) Stellung genommen. Die Entscheidungsgründe sind noch nicht veröffentlicht, aus der Pressemitteilung (Nr. 211/2012) ergibt sich allerdings bereits folgendes:

Die Klägerin, die einen Online-Shop für Schokoladenartikel vertreibt, ist Inhaberin der ausschließlichen Lizenz der unter anderem für Pralinen und Schokolade eingetragenen Marke "Most". Die Beklagte hatte für ihren Online-Shop für die AdWords-Kampagne bei Google unter anderem als Schlüsselwort den Begriff "Most Pralinen" gewählt. Bei Eingabe der Begriffe "Most Pralinen" bei Google erschienen rechts neben dem Ergebnis folgende Anzeige der Beklagten:"Pralinen/Weine, Pralinen, Feinkost, Präsente/Genießen und schenken!/www.feinkost-geschenke.de." Über den Link in der Anzeige wurde der Nutzer unmittelbar auf den Online-Shop der Beklagten weitergeleitet, auf welchem keine Produkte der Marke "Most" vertrieben wurden.

Der Bundesgerichtshof bestätigt seine bisherige Auffassung zum Keyword-Advertising, wonach eine Markenverletzung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn die bei der AdWords-Werbung zwischen Trefferliste und mit "Anzeige" beschriebener Werbung getrennt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anzeigentext selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält.

Auch wenn der Bundesgerichtshof damit daran festhält, dass die Verwendung fremder Marken im Rahmen des Keyword-Advertising nicht stets eine Rechtsverletzung darstellt, ist insoweit weiterhin Vorsicht geboten. Insbesondere die Verwendung notorisch bekannter Marken als AdWord/Keyword sollte in jedem Fall unterbleiben. Auch ansonsten sollte nicht ohne vorherigen rechtlichen Rat eine fremde Marke als AdWord/Keyword eingesetzt werden.

BGH, Urteil vom 13.12.2012 - I ZR 217/10

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Anlageberater zur Plausibilitätsprüfung des Prospektes mit kritischem Sachverstand verpflichtet**

Ein Anlageberater ist verpflichtet, eine von ihm empfohlene Anlage mit üblich kritischem Sachverstand zu prüfen oder den Anleger auf ein diesbezügliches Unterlassen hinzuweisen. Bei einer unterlassenen Prüfung kommt es allerdings nur dann zur Haftung, wenn der Anlageberater ein Risiko erkennen würde, über das der Anleger hätte aufgeklärt werden müssen oder wenn erkennbar geworden wäre, dass eine Empfehlung der Anlage nicht anlage- und/oder anlegergerecht ist. Diese Grundsätze gehören zur ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, Az. III ZR 302/7; XI

ZR 89/07). In der Praxis ist es oft strittig, wann diese Voraussetzungen erfüllt sind.

Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hat der Anleger dem Anlageberater vorgeworfen, dieser hätte die Verwendung des Begriffes "Avale Bauzeit" im Prospekt eines geschlossenen Immobilienfonds hinterfragen und daher Nachforschungen anstellen müssen, was mit dem Begriff gemeint sei. Es hätte ein Hinweis erfolgen müssen, dass üblicherweise mit diesem Begriff eine Sicherheit einer Bank verstanden und eine konkrete Bank im Prospekt nicht genannt werde. Dies kann die Haftung des Anlageberaters nach Ansicht des BGH nicht rechtfertigen, da mit dem Begriff "Aval" ein Synonym für Bürgschaft verstanden wird und sich die Angaben im Prospekt auf die Kostenpositionen der "Avalen Bauzeit" erkennbar auf während der Bau- bzw. Investitionsphase anfallenden Kosten für Bürgschaft oder vergleichbare Garantien bezogen. Da die Kostenpositionen angesichts der Gesamtkosten von DM 90.615.500,00 zudem sehr gering waren, bedurfte es keiner näheren Aufschlüsselung, da für den Anleger nur der jeweilige Gesamtbetrag der Positionen von Bedeutung ist. Nur dieser gibt Aufschluss darüber, welche Kosten im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Anlage entstehen und welche Beträge tatsächlich in die Immobilie investiert werden und den Wert der Fondsgesellschaft darstellen. Anlass zum Zweifeln für den Anlageberater gäbe es nur, wenn der Anfall dieser Avalprovision nicht plausibel gewesen wäre oder sich diese außerhalb eines vertretbaren Rahmens bewegt hätte. Diese Voraussetzungen hat das Gericht nicht festgestellt, so dass die Plausibilitätsprüfung des Prospektes mit üblich kritischem Sachverstand insoweit standhielt und dem Anlageberater keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden konnte.

An einer anderen Stelle im Prospekt waren Finanzierungskosten mit einem Betrag von DM 2.285.000,00 ausgewiesen. Der Anleger warf dem Anlageberater insoweit vor, eine Plausibilitätsprüfung falsch vorgenommen zu haben, da die Finanzierungskosten nicht näher aufgeschlüsselt waren. Derartige Aufschlüsselung war nicht notwendig, da ganz klar aus dem Prospekt hervorging, dass es sich bei diesen Finanzierungskosten um Zinsverbindlichkeiten handelt, nachdem an anderer Stelle im Prospekt davon die Rede war, dass Fremdkapital in Höhe von DM 38 Millionen aufgenommen werden musste. Auch aus den übrigen Angaben im Prospekt war klar, dass vor Einwerbung des Eigenkapitals Fremdkapital hätte eingesetzt werden müssen, um den Baubeginn der Immobilie sicherzustellen. Da demnach klar war, dass es sich um Zinsverbindlichkeiten handelte und auch die Höhe dieser Kosten keinen Anlass gegeben hat, von einem aufklärungspflichtigen Risiko auszugehen, wurde eine Pflichtverletzung des Anlageberaters verneint und die Klage abgewiesen.

Will der Anleger aufgrund Prospektfehlern den Anlageberater in Haftung nehmen, muss er im Einzelnen vortragen können, aus welchem Grund der Anlageberater von einer mangelnden Plausibilität des Konzeptes aufgrund seiner kritischen Prüfung ausgehen musste. Gelingt ihm dies nicht, wird der Anleger eine Pflichtverletzung und damit Haftung nicht begründen können.

BGH, Urteil vom 15.11.2012 - III ZR 55/12

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

MIETRECHT bekommen

- **Mietmängel infolge Verletzung einer Konkurrenzschutzabrede**

In der Literatur und der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte war es heftig umstritten, ob die Verletzung des so genannten vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes und eines vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutzes als Mangel der Mietsache zu qualifizieren ist, der eine Mietzinsminderung rechtfertigt.

Kein Streit besteht darüber, dass der durch die Konkurrenzsituation benachteiligte Mieter nach erfolgloser Aufforderung, für Abhilfe zu sorgen, gemäß § 543 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung berechtigt ist. Außerdem ist der Vermieter, sofern er den vertragswidrigen Wettbewerb zu vertreten hat, wegen Pflichtverletzung (§ 280 BGB) zum Schadensersatz verpflichtet. Hierbei sind die Gewinneinbußen auszugleichen. Allerdings hat der Mieter häufig Probleme, den durch die Konkurrenzsituation adäquat verursachten Schaden substantiiert darzulegen und nachzuweisen. Deutlich einfacher wäre es, die Miete mit der Begründung zu mindern, die Konkurrenzsituation stelle einen Mangel der Mietsache dar. Ob die Konkurrenz jedoch als Mangel der Mietsache qualifiziert werden kann, war wie einleitend ausgeführt heftig umstritten.

Im Urteil vom 23.12.1953 (VI ZR 244/52) hatte der Bundesgerichtshof über die Frage zu entscheiden, ob es ein Mangel eines vermieteten Ladenraums ist, wenn der Vermieter zuvor dem Mieter eines anderen Ladens Konkurrenzschutz vor der von dem zweiten Mieter beabsichtigten Nutzung zugesagt hatte. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage im Jahre 1953 mit der Begründung verneint, die Zusage von Konkurrenzschutz gegenüber einem anderen Mieter stelle keinen Sachmangel der dem zweiten Mie-

ter vermieteten Räume dar. Ein Sachmangel sei eine Eigenschaft der Mietsache, die für jeden in gleichen Umständen befindlichen Mieter sich als Mangel darstelle, das heißt für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen wolle. Die Wettbewerbsschutzklausel bewirke aber nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vermieters gegenüber dem anderen Mieter und betreffe nicht die Rechtssphäre des klagenden zweiten Mieters. Das von diesem gemietete Ladenlokal und dessen Wert würden von der Klausel nicht beeinflusst.

Aus diesem Urteil wurde in der Literatur (beispielsweise Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, Rn. 729) geschlossen, dass der Bundesgerichtshof in dem Umstand, dass ein Konkurrenzunternehmen in demselben Gebäude betrieben wird, keinen Sachmangel sehe. Da der Bundesgerichtshof zur Vermeidung einer Ausuferung des Fehlerbegriffs weiterhin die Unmittelbarkeit der Gebrauchsbeeinträchtigung als maßgebliches Abgrenzungskriterium betone (so BGH NZM 2000, 492) werde hieran festzuhalten sein.

Bei dem für das gewerbliche Mietrecht zuständigen XII. Zivilsenat kann man aber stets mit Überraschungen rechnen. Mit Urteil vom 10.10.2012 (XII ZR 117/10) entschied der Bundesgerichtshof, das die Verletzung der in einem Gewerberaummietvertrag vereinbarten Konkurrenzschutzklausel durch den Vermieter einen Mangel der Mietsache gemäß § 536 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt, der zur Minderung der Miete führen kann. Hierbei gibt es keinen Anlass, zwischen dem vertraglich vereinbarten und dem vertragsimmanenten Konkurrenzschutz zu unterscheiden. Aus dem Urteil vom 23.12.1953 folge nichts Gegenteiliges, wobei die Begründung, wonach das Urteil vom 10.10.2012 nicht von der Entscheidung vom 23.12.1953 abweiche, nicht nachvollziehbar ist. Das spielt aber letztendlich keine Rolle. Für die Praxis ist allein entscheidend, dass nunmehr die strittige Rechtsfrage geklärt ist, dass die Verletzung des vertraglichen und des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes als Mangel der Mietsache zu qualifizieren ist, der den Mieter zur Minderung der Miete berechtigen kann.

In dem Fall, der dem Urteil vom10.10.2012 zu Grunde lag, klagte ein Facharzt für Orthopädie. Dieser schloss am 26.4.2002 einen Mietvertrag über Räume in einer "Praxisklinik" zur Nutzung als "Arztpraxis für die Fachdisziplin Orthopädie“. Gemäß Nr. 2 der Vorbemerkung des MV beabsichtigte der Kläger, operative Eingriffe in dem dafür im Objekt vorgesehenen OP-Zentrum durchzuführen.

Im Mietvertrag heißt es zum Konkurrenzschutz:

"§ 9. Der Vermieter gewährt für die Fachrichtung Orthopädie und den Schwerpunkt Chirotherapie des Mieters Konkurrenzschutz im Objekt,..."

Im Sommer 2003 schloss der Vermieter mit dem Facharzt für Chirurgie Dr. H. einen Mietvertrag über Räume im selben Haus zur Nutzung als Arztpraxis für die Fachdisziplinen Chirurgie/Unfallchirurgie, in den im Sommer 2004 der Facharzt für Chirurgie Dr. S mit Schwerpunktbezeichnung Unfallchirurgie als weiterer Mieter eintrat. Die beiden neuen Mieter betrieben eine Gemeinschaftspraxis. Diese führt unter anderem operative und nicht operative Behandlungen an den Stütz- und Bewegungsorganen durch. Darüber hinaus ist sie auf dem Gebiet der Unfallchirurgie tätig.

Der Kläger hat im Jahr 2005 einen Verstoß des Vermieters gegen die vertragliche Konkurrenzschutzklausel gerügt, ihn zur Beseitigung der Konkurrenzsituation aufgefordert und erklärt, dass er Minderungsansprüche geltend mache und die Miete nur noch unter Vorbehalt zahle. Mit der Klage begehrt der Kläger unter anderem Feststellung, dass die Miete wegen der bestehenden Konkurrenzsituation und 50 % der Warmmiete gemindert ist. Ferner begehrt er Rückzahlung der infolge Minderung überzahlten Miete für die Zeit von August 2005 bis September 2007 nebst Zinsen.

Das Oberlandesgericht Dresden hat diese Anträge abgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision des Klägers hatte Erfolg.

Der Bundesgerichtshof führt zunächst aus, dass die Gemeinschaftspraxis in Bereichen tätig ist, für die der Vermieter dem Mieter gemäß § 9 MV Konkurrenzschutz gewährt hat. Bei der Auslegung von § 9 MV sei der im Mietvertrag beschriebene Vertragszweck heranzuziehen.

Die Annahme des Oberlandesgerichts Dresden, die vertragswidrige Konkurrenzsituation stelle keinen Mangel der Mietsache dar, der zur Minderung führe, hielt jedoch der rechtlichen Prüfung durch den Bundesgerichtshof nicht stand.

Nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB führt ein Mangel der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert, zur Befreiung von der Miete bzw. zu deren Herabsetzung.

Ein Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich vereinbarten. Zu dem vertraglich vereinbarten Zustand der Mietsache gehören über deren physische Beschaffenheit hinaus auch die tatsächlichen Zustände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen. Dazu gehören auch Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen. Um eine Ausuferung des Fehlerbegriffs zu vermei-

den, führen solche außerhalb der Mietsache liegenden Umstände allerdings nur dann zu einem Mangel der Mietsache, wenn sie deren Gebrauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen (so BGH NJW 2009, 664, 665 zur Behinderung des Zugangs zu einem Geschäftslokal und zur Einhaltung eines bestimmten Mietermix; BGH NJW 2006, 899, 900 zur Zusicherung einer Vollvermietung und bestimmten Mieterstruktur; BGH NJW 2000, 1714, 1715 enttäuschten Gewinnerwartung in einem Einkaufszentrum; BGH NJW 1981, 2405 enttäuschten Gewinnerwartung bei geringer Kundenfrequenz).

Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, ist danach in erster Linie der von den Parteien vereinbarte vertragsgemäße Gebrauch.

Der Bundesgerichtshof schließt sich der Auffassung an, nach der eine Verletzung der Konkurrenzschutzpflicht zu einem Mangel der Mietsache führt.

Dies wird damit begründet, dass sowohl die Verletzung des so genannten vertragsimmanenten als auch die des ausdrücklich vereinbarten Konkurrenzschutzes Störungen darstellen, die außerhalb der Mietsache liegen und die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch unmittelbar beeinträchtigen können.

Bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts gehört es auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gemäß § 535 BGB, in anderen Räumen des Hauses oder auf unmittelbar angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen (so genannter vertragsimmanenter Konkurrenzschutz). Die Verpflichtung des Vermieters zum Schutz des Mieters vor Konkurrenz auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung beruht auf der Erwägung, dass es zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gehört, dass der Vermieter den Mieter in dem vertraglich vereinbarten Gebrauch zum Betrieb des vereinbarten Geschäfts nicht behindert. Dabei ist der Vermieter allerdings nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist.

In diesem vertragsgemäß geschuldeten Gebrauch wird der Mieter nach Auffassung des Bundesgerichtshofs durch die Verletzung des so genannten vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes unmittelbar beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung stellt sich für jeden Mieter, der die Sache zu dem gleichen Zweck benutzen will, als Mangel dar.

Für einen vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutz kann - so der Bundesgerichtshof - nichts anderes gelten. Durch die ausdrückliche Vereinbarung der Verpflichtung wird der geschuldete vertragsgemäße Gebrauch dahin konkretisiert, dass dem Mieter der von bestimmter Konkurrenz ungestörte Gebrauch der Mieträume eingeräumt wird. In diesem ausdrücklich vereinbarten vertragsgemäßen Gebrauch wird der Mieter durch die vertragswidrige Konkurrenz unmittelbar beeinträchtigt.

Somit führt die Verletzung der Verpflichtung, Konkurrenzschutz zu gewähren, zu einem Mangel der Mietsache. Neben dem Vorliegen eines Mangels setzt die Minderung der Miete jedoch voraus, dass dadurch der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird. Hierzu hatte das Oberlandesgericht Dresden keine Feststellungen getroffen. Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Anspruch auf Feststellung der Minderung der Miete und der Anspruch auf Rückzahlung der überzahlten Miete begründet sind, hängt davon ab, in welchem Umfang das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung durch das Bestehen der Konkurrenzsituation gestört ist. Da insoweit noch eine Sachverhaltsklärung erforderlich ist, wurde der Rechtsstreit an das Oberlandesgericht Dresden zurückverwiesen.

BGH, Urteil vom 10.10.2012 - XII ZR 117/10

- **Fahrzeugschaden durch Schlaglöcher**

Angesichts leerer öffentlicher Kassen einerseits und dem starken Fahrzeugverkehr andererseits nimmt die Qualität öffentlicher Straßen, auch der Autobahnen, stetig ab. Es ist deshalb durchaus damit zu rechnen, dass vermehrt Schäden aufgrund eines schlechten Straßenzustandes gegenüber dem Straßenbaulastträger zu prüfen sind.

Bei Hindernissen/schadhaften Straßen kommt ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Straßenbaulastträger aufgrund der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Betracht. Das Landgericht Halle hatte mit einem Urteil vom 28.06.2012 darüber zu entscheiden, ob das in Anspruch genommene Bundesland wegen schuldhafter Verletzung der Verkehrssicherungspflicht aufgrund eines Fahrzeugschadens

auf der BAB 9 Fahrtrichtung Berlin durch ein großes Schlagloch zum Schadensersatz verpflichtet ist, was durch das Landgericht Halle nach umfangreicher Überprüfung bestätigt wurde (Az. 4 O 774/11, DAR 2012,707).

Durch Sachverständigen wurde festgestellt, dass sich aufgrund Betonfraß auf dem betroffenen Autobahnabschnitt dauerhaft Schlaglöcher bilden, von erheblicher Größe, insbesondere im Winter. Weiter wurde festgestellt, dass innerhalb der Sichtstrecke bei Nacht solche Schlaglöcher nicht zu erkennen sind, insbesondere da eine Unterscheidungsmöglichkeit von bereits reparierten Schlaglöchern nicht besteht. Schließlich wurde durch Anhörung von Mitarbeitern der Straßenbaumeisterei festgestellt, dass nach der Häufigkeit von Kontrollen sowie insbesondere dem Umstand, dass bewusst nur bereits große Schlaglöcher (nicht die Vorstufe von Schlaglöchern, Rissbildung und kleinere Schlaglöcher) repariert wurden, gefährliche Situationen durch Schlaglöcher bewusst in Kauf genommen wurden, selbst Hinweisschilder fehlten trotz der bekannten Problematik.

Diese Entscheidung zeigt deshalb, dass die Durchsetzung eines Fahrzeugschadens aufgrund mangelhafter Straßen möglich ist. Allerdings ist ein solches Verfahren mit einem hohen Aufwand (Sachverständiger) verbunden und hängt der Ausgang auch von Zufälligkeiten ab, da wahrscheinlich nicht immer die Mitarbeiter der Straßenbaumeisterei derart günstig für den Geschädigten aussagen.

LG Halle, Urteil vom 28.06.2012 - 4 O 774/11

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

WEG-RECHT bekommen

- **Wohnungseigentümer trägt unter Umständen die Instandsetzungskosten im Gemeinschaftseigentum allein**

Eine Wohnungseigentümergemeinschaft verfügt über einige Balkone, wobei in der Teilungserklärung vereinbart ist, dass Einrichtungen, Anlagen und Gebäudeteile, die zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind (z.B. Terrassen oder Balkone) von diesem auf seine Kosten instandzusetzen und instandzuhalten sind.

In einer Eigentümerversammlung haben die Eigentümer beschlossen, dass die Kosten einer Balkonsanierung von der Gemeinschaft übernommen werden. Die Kosten betrafen unter anderem eine Ursachenanalyse, in welcher von einer schadhaften Balkon- und Fugenabdichtung sowie von einem größtenteils losen und starke Rissbildungen aufweisenden Fliesenbelag die Rede ist.

Gegen die Beschlüsse wurde Anfechtungsklage erhoben, welche in beiden Instanzen erfolgreich gewesen ist, da sie nicht ordnungsgemäßer Verwaltung wegen Verstoßes gegen die Vereinbarung in der Teilungserklärung entsprochen haben. Nach dieser Regelung wird keine Einschränkung dahingehend vorgenommen, dass die betroffenen Eigentümer nicht für die im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteile einzustehen hätten. Vielmehr haben diese sämtliche bezüglich der Balkone entstehende Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten zu zahlen. Sie durften daher nicht auf sämtliche Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft umgelegt werden. Der Bundesgerichtshof schließt sich dieser Sichtweise an. Dies gebietet nicht nur der Wortlaut sondern ebenfalls der Sinn und Zweck der Teilungserklärung, der eine Einschränkung der Kostentragungspflicht nicht vorsieht. Es ist nicht ersichtlich, dass die Kostenpflicht im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteile nicht von dem betroffenen Wohnungseigentümer allein getragen werden sollen. Richtig ist zwar, dass den Eintritt von Feuchtigkeit verhindernde Maßnahmen der Erhaltung des gesamten Gebäudes dienen (können). Die Regelung in der Teilungserklärung knüpft hieran jedoch nicht an. Denn die Regelung unterscheidet nicht zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Der Sinn und Zweck der Vereinbarung in der Teilungserklärung besteht nur darin, die anderen Eigentümer, die von der Nutzung der Balkone ausgeschlossen sind, von der Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung aller Balkonteile zu befreien, weil diese Lasten bei einer Bauweise ohne die Balkone nicht angefallen wären.

Der Bundesgerichtshof schiebt damit Auslegungsversuchen einen Riegel vor, die vom Wortlaut nicht gedeckt sind und darauf abzielen, die in einer Teilungserklärung abbedungene Vorschrift des § 16 Abs. 2 WEG, wonach alle Wohnungseigentümer für die im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteile die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung zu tragen haben, doch anzuwenden.

BGH, Urteil vom 16.11.2012 - V ZR 9/12

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

- **Der Vermieter kann auch fiktive Kosten in einer Nebenkostenabrechnung ansetzen**

  Der Vermieter setzte in einer Nebenkostenabrechnung für die Positionen "Gartenpflege" und "Hausmeister" nicht die ihm durch den Einsatz eigenen Personals tatsächlich entstandenen sondern fiktive Kosten eines Drittunternehmens an, welche im Angebot dieses Unternehmens an den Vermieter enthalten waren. Das Amtsgericht sah diese Vorgehensweise als unzulässig an und wies daher die Nachforderung des vermietenden Klägers ab. Anders sahen dies das Berufungsgericht und der Bundesgerichtshof.

  Grundsätzlich ist dem Vermieter gestattet, nur die ihm tatsächlich entstandenen Kosten anzusetzen. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 Betriebskostenverordnung ist es ihm aber möglich, eigene Sach- und Arbeitsleistungen mit dem Betrag abzurechnen, die für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmens, angesetzt werden könnten. Geht der Vermieter auf diese Art und Weise vor, muss er jedoch die nicht angefallene Umsatzsteuer außer Betracht lassen und darf diese nicht umlegen. Diese Regelung dient der Vereinfachung der Abrechnung und steht nicht nur privaten Vermietern zur Verfügung, die eine eigene Arbeitskraft einsetzen, sondern auch institutionellen, die diese Leistungen durch eigene Arbeitnehmer erbringen. Auch diese können Kosten abrechnen, die bei der Beauftragung eines Dritten entstanden wären. Durch diese Abrechnung auf der Grundlage von fiktiven Kosten eines Fremdunternehmens können Streitigkeiten der Mietparteien darüber vermieden werden, ob und inwieweit eingesetzte eigene Arbeitskräfte mit umlagefähigen und nicht umlagefähigen Aufgaben betraut waren und wie diese Kosten voneinander abzugrenzen sind. Die Vermieterin hat im konkreten Fall diese fiktiven Kosten durch ein detailliertes Leistungsverzeichnis über die anfallenden Gartenpflege- und Hausmeisterarbeiten (nämlich die Größe, Rasenfläche, Mähturnus) nebst einem Angebot eines Drittunternehmens belegt und vorgetragen, es habe sich um das günstigste von mehreren erhaltenen Angeboten gehalten.

  Mit dieser Entscheidung vereinfacht der Bundesgerichtshof die Abrechnung der Nebenkosten und die Abgrenzung zwischen umlagefähigen und nicht umlagefähigen Kosten erheblich. Für Vermieter hat dies jedoch den Nachteil, dass die Umsatzsteuer nicht angesetzt werden kann, was jedoch nur für nicht vorsteuerabzugsberechtigte Vermieter eine Rolle spielt und die fiktiven Kosten hinter den tatsächlich entstandenen Kosten zurückbleiben können. Der Abgrenzungsaufwand, der im Rechtsstreit möglicherweise die Einholung eines Sachverständigengutachtens nach sich ziehen wird, kann jedoch enorm sein und daher das Zurückgreifen auf die fiktiven Kosten rechtfertigen. Dem Mieter bleibt immer noch der Einwand, dass die Kosten nicht realistisch sind und ein Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz vorliegt.

  BGH, Urteil vom 14.11.2012 - VIII ZR 41/12