SRF-Newsletter 2/2013

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

ARBEITSRECHT bekommen

- **Bei diskriminierender Stellen Ausschreibung: Keine "Flucht in die Nichtbesetzung "**

  Das Bundesarbeitsgericht hatte eine Fallkonstellation zu entscheiden, in der ein diskriminierend ausschreibender Arbeitgeber („Mitarbeiter zwischen 25 und 35 Jahren gesucht“) einen 53-jährigen Bewerber nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen hatte, die Stelle nachher insgesamt aber unbesetzt ließ. Das Bundesarbeitsgericht sprach gleichwohl aus, dass eine Entschädigung zu zahlen sei, verwies bezüglich der Höhe der Entschädigung aber an das Landesarbeitsgericht zurück. Das Bundesarbeitsgericht führt aus, dass das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG auch dann greife, wenn der Arbeitgeber die Stelle letztlich nicht besetzt, da der zum Schadensersatz verpflichtende Nachteil bereits dann vorliege, wenn der Beschäftigte vorab ausgeschieden werde und ihm die Chance, die Stelle zu bekommen, versagt werde.

  Das Urteil beruht erkennbar auf der Überlegung, dass Arbeitgeber gehindert werden sollen, einen gegebenenfalls in der Stellenausschreibung begangenen Fehler (Diskriminierung) dadurch zu heilen, dass sie nachträglich die Stelle nicht vergeben. Es bleibt natürlich dabei, dass der Bewerber für die zu besetzende Stelle objektiv geeignet gewesen sein muss, um überhaupt einen Entschädigungsanspruch mit Aussicht auf Erfolg geltend machen zu können.

  BAG, Urteil vom 23.8.2012 - 8 AZR 285/11

- **Herunterladen pornographischer Bilder durch leitenden Angestellten - kein absoluter Kündigungsgrund**

  Das Bundesarbeitsgericht hat der Kündigung eines leitenden Angestellten, der bei einer Bausparkasse als Leiter der Baufinanzierung beschäftigt war, die Wirksamkeit versagt, obwohl der Kläger in erheblichem Umfang auf Internetseiten mit pornographischem Inhalt während der Arbeitszeit von seinem Arbeitsplatz aus zugegriffen hatte. Im Unternehmen war jegliche private Nutzung des Internet untersagt und angedroht, dass auch "bei einem einmaligen Verstoß mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen (Abmahnung, Kündigung)" zu rechnen sei.

  Die Klage des leitenden Angestellten war in allen Instanzen erfolgreich, soweit er die Kündigung angegriffen hat. Das Arbeitsverhältnis wurde aber gegen eine Abfindungszahlung aufgrund des Auflösungsantrags der Arbeitgeberin beendet.

  Entscheidend im vorliegenden Fall war, dass die Arbeitgeberin keine Abmahnung ausgesprochen hatte und ausdrücklich selbst beim Verbot der Internetnutzung offen gelassen hatte, ob in einem solchen Fall mit einer Abmahnung oder einer Kündigung reagiert werde. Der Arbeitnehmer war seit mehr als 15 Jahren beanstandungsfrei im Betrieb tätig und durfte davon ausgehen (so das Bundesarbeitsgericht), dass er eine Abmahnung erhält, bevor das Arbeitsverhältnis gekündigt wird. Wenn die Internetnutzung im Betrieb generell verboten werden soll, muss klargestellt sein, dass auch bei einem einmaligen Verstoß mit einer Kündigung gerechnet werden muss.

  BAG, Urteil vom 19.04.2012 - 2 AZR 186/11

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

BAURECHT bekommen

- **Nochmals: Merkantiler Minderwert von Gebäuden bei beseitigten Mängeln?**

  Der Bundesgerichtshof hat eine Entscheidung des Kammergerichts aufgehoben, in der es um die Frage ging, ob trotz vollständiger Mangelbeseitigung ein merkantiler Minderwert an einem Gebäude verbleibt. Im konkreten Fall begehrte die Klägerin Schadensersatz wegen mangelhafter Planungsleistungen des Architekten und Statikers. Aufgrund dieser Fehler traten nach Fertigstellung des Bauvorhabens vielfältige Risse im Innen- und Außenputz auf. Die Risse wurden vollständig beseitigt. Die Klägerin verlangte neben den Kosten für die Beseitigung und Mietausfall einen merkantilen Minderwert in Höhe von EUR 150.000.

  Der merkantile Minderwert wird dem Grunde nach vom Bundesgerichtshof zugesprochen, zur Höhe wurde der Rechtsstreit an das Kammergericht zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass ein redlicher Verkäufer des Gebäudes einen Kaufinteressenten darüber informieren müsse, dass diese Mangelbeseitigungsarbeiten ausgeführt wurden und dass davon ausgegangen werden könne, dass keine Folgeschäden mehr zu befürchten seien (!). Er nahm gleichwohl an, dass eine verringerte Verwertbarkeit des Gebäudes gegeben ist, da die maßgeblichen Verkehrskreise bei einem Vergleich zur vertragsgemäßen Ausführung geringeres Vertrauen in die Qualität des Gebäudes haben. Da das Gebäude an sich zum Kreis marktgängiger Objekte gehörte, es also grundsätzlich verwertbar ist, ergebe sich auch ein entsprechender merkantiler Minderwert. Schwierigkeiten bei der Ermittlung eines sol-

chen Minderwerts lässt der Bundesgerichtshof insofern nicht gelten, als er es z.B. für zulässig hält, dass eine Expertenbefragung durch einen Sachverständigen durchgeführt wird, also potentielle Kaufinteressen befragt werden, wie sie diesen Umstand wertmäßig beurteilen. Diese - notwendigerweise unpräzisen - Ergebnisse könne und müsse ein Gericht nach Ansicht des Bundesgerichtshofs zur Grundlage einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO machen.

Bei schwerwiegenden, konstruktiven Baumängeln wird es also zukünftig eine weitere streitbare Position in der Auseinandersetzung zwischen Bauherrn/Planern und Handwerkern geben, die frühzeitig, wenn Mängel auftreten, berücksichtigt werden muss.

BGH, Urteil vom 06.12.2012-VII ZR 84/10

- **Benutzung der von einem Architekten erstellten Pläne für die Errichtung des Bauwerks - Urheberrecht?**

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 10.01.2013 entschieden, dass ein Bauträger, der einen Architekten mit den Leistungsphasen 1-4 der HOAI, also im wesentlichen der Erstellung von Plänen beauftragt, diese Pläne dann auch für die Errichtung des betreffenden Bauwerks auf dem konkreten Grundstück verwenden darf, auch wenn er es auf einen Dritten weiter überträgt. Dies gilt zumindest dann, wenn die Pläne, was häufig der Fall sein dürfte, nicht urheberrechtsschutzfähig sind. Diese Befugnis schließt zugleich ein, dass der Architekt selbst diese Pläne auf dem konkreten Grundstück nicht verwerten darf.

Zum Hintergrund

Ein Architekt hatte über Jahre hinweg immer wieder Baupläne für einen Bauträger gezeichnet, so auch in dem dann zum Streit führenden Fall. Der Bauträger konnte das geplante Bauvorhaben aus finanziellen Gründen nicht errichten, der Architekt klagte sein Honorar ein und bekam es auch zugesprochen. Danach hat der Architekt selbst mit seinen Plänen und einem anderen Auftraggeber das Bauvorhaben umgesetzt (Zweitverwertung der Pläne).

Der Bundesgerichtshof hat dabei entschieden, dass dem ersten Bauträger, der die Planung in Auftrag gegeben und - nach Gerichtsurteil - bezahlt hat, für dieses konkrete Grundstück ein Nutzungsrecht zusteht, welches auch den Planersteller, den Architekten, von der Nutzung derselben Pläne für dasselbe Grundstück ausschloss. Ein Schadensersatzanspruch soll dem Auftraggeber/Bauträger aber nur dann zustehen, wenn es sich um ein urheberrechtlich geschütztes Werk handelt, da nur dann in dem Nutzungsrecht der Pläne ein nach Urheberrecht geschütztes ausschließliches Nutzungsrecht liegen kann, dessen Verletzung einen Schadensersatzanspruch begründet. Das nicht urheberrechtlich geschützte Nutzungsrecht begründet weder Schadensersatz- noch Bereicherungsansprüche, wenn der Architekt die Pläne selbst verwertet. Auch im Architektenvertrag gehört die Frage, welches Recht dem Bauherrn an den Plänen und Planungsergebnissen zustehen soll zu den Punkten, die im Vertrag selbst geregelt werden müssen/sollten.

BGH, Urteil vom 10.01.2013-VIIZR 259/11

- **Versorgungsausgleich und Unterhalt**

Mit Wirkung zum 01.09.2009 wurden die gesetzlichen Regelungen zum Versorgungsausgleich anlässlich der Scheidung geändert. Um Belastungen der Rentenversicherungsträger zu reduzieren wurden die so genannten "Rentnerprivilegien" eingeschränkt. Nach früherer Rechtslage kam eine Kürzung der Rentenzahlungen durch den Versorgungsausgleich (auf Antrag bei der Rentenversicherung) so lange nicht zum Tragen, wie gesetzlicher Unterhalt bezahlt wurde. Dabei standen, nach alter Rechtslage, die Höhe der (zeitweilig nicht durchgeführten) Rentenkürzung nicht im Verhältnis zum Unterhalt. Extrem ausgedrückt konnte bereits EUR 1,00 gesetzlicher Unterhalt EUR 100,00 an zusätzlicher Rente bewirken, da die volle Kürzung nach Versorgungsausgleich nicht eingriff.

Nach neuer Rechtslage, seit 01.09.2009, muss bei selber Ausgangslage durch einen der Beteiligten die (zeitweilige) Anpassung des Versorgungsausgleiches gemäß § 33 Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG) beim Familiengericht beantragt werden. Die Anpassung des Versorgungsausgleiches ist insbesondere auf die Höhe der Unterhaltsleistung nach oben begrenzt.

Der Bundesgerichtshof hatte nunmehr mit einem Beschluss vom 07.11.2012 (XII ZB 271/12, NJW 2013, 226) Gelegenheit, sich mit weiteren Fragen in diesem Zusammenhang zu beschäftigen. So wurde zu Gunsten des Unterhaltsschuldners entschieden, dass die zeitweilige Anpassung des Versorgungsausgleichs auch dann erfolgen muss, wenn diese auf die Unterhaltsverpflichtung keine Auswirkung hat. Im konkreten Fall war zwischen den Parteien, ohne Möglichkeit der Abänderung, ein fester monatlicher Unterhaltsbetrag vereinbart worden und zulasten des Unterhaltsschuldners wurde argumentiert, dass der Versorgungsausgleich auf die Verpflichtung zum Unterhalt keinen Einfluss hat, deshalb die volle Kürzung trotz Unterhalt eingreifen solle. Dem ist der Bundesgerichtshof, zur Entlastung des Unterhaltsschuldners, nicht gefolgt.

Im Übrigen wurde jedoch bestätigt, dass eine zeitweilige Aussetzung/Anpassung des Versorgungsausgleiches wegen Unterhalt nur bei öffentlich-rechtlicher Versorgung möglich ist, nicht dagegen bei Betriebsrenten.

Bei Unterhaltsvereinbarungen, soweit diese auch die Zeit ab einer Rentenzahlung betreffen, ist auch auf die Möglichkeit der (zeitweiligen) Anpassung des Versorgungsausgleiches wegen Unterhalt Rücksicht zu nehmen.

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

IT-RECHT bekommen

- **Schadensersatzanspruch bei Ausfall des DSL-Anschlusses**

Nach einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 24.01.2013 - III ZR 98/12) steht dem Kunden eines Telekommunikationsanbieter Schadensersatz für den Ausfall seines DSL-Anschlusses zu.

Geklagt hatte ein Kunde der 1 & 1 Internet AG, der nach einer Tarifumstellung über zwei Monate seinen DSL-Anschluss nicht nutzen konnte. In den Vorinstanzen wurde ihm bereits ein Schadensersatzanspruch für Mehrkosten aufgrund des Wechsels zu einem anderen Anbieter und für die Nutzung des Mobiltelefons zugesprochen. Der Kunde verlangte aber zusätzlich Schadensersatz für den Fortfall der Nutzungsmöglichkeit seines DSL-Anschluss während des Ausfallzeitraums. Ein solcher Anspruch auf Nutzungsentschädigung ist in der Rechtsprechung nur in Fällen anerkannt, in denen Lebensgüter betroffen sind, deren ständige Verfügbarkeit für die Lebenshaltung von zentraler Bedeutung sind. Bejaht wurde dies unter anderem für das Auto und die Wohnung. Zur Frage, ob auch für den Ausfall des DSL-Anschluss ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung besteht, hat der Bundesgerichtshof nunmehr erstmals Stellung genommen.

Für den Ausfall des Telefaxes hat der Bundesgerichtshof einen Schadensersatzanspruch verneint. Dieses biete lediglich eine bequemere und schnellere Art der Übermittlung von Schriftstücken als auf dem Postweg und habe zumindest im privaten Bereich keine erhebliche Bedeutung, zumal die Verwendung des Telefax-Anschlusses durch die Möglichkeit der elektronischen Versendung von Schriftstücken verdrängt werde. Die Nutzungsmöglichkeit des Festnetzanschlusses sei dagegen ein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit für die Lebensgestaltung von zentraler Wichtigkeit sei. Demnach bestehe für den Ausfall des Telefons grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch. Dieser wurde aber im zur Entscheidung vorliegenden Fall gleichwohl verneint, da dem Kunden durch das von ihm genutzte Mobiltelefon ein gleichwertiger Ersatz zur Verfügung stand und ihm der hierdurch entstandene Mehraufwand ersetzt wurde. Bezüglich des Internetanschlusses hat der Bundesgerichtshof aufgrund dessen zentraler Bedeutung auch im privaten Bereich entschieden, dass dessen Ausfall einen Schadensersatzanspruch begründet. In welcher Höhe dieser Anspruch besteht hat der Bundesgerichtshof aber nicht entschieden sondern die Angelegenheit insoweit an die Vorinstanz zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof hat aber bereits darauf hingewiesen, dass sich der zu erstattende Betrag an den marktüblichen, durchschnittlichen Kosten die für die Bereitstellung eines vergleichbaren Anschlusses, orientieren müsse. Der Anspruch auf Nutzungsausfall wird demgemäß voraussichtlich deutlich unter dem vom Kläger verlangten Betrag von EUR 50,00 pro Tag liegen.

Im Ergebnis kann damit jedenfalls bei einem vom Anbieter zu vertretenden Ausfall des Telefon- und/oder des Internetanschlusses ein Anspruch auf Nutzungsausfall geltend gemacht werden. In welcher Höhe ein solcher Anspruch besteht bleibt abzuwarten. Im Übrigen wird dieser immer dann eingeschränkt sein, wenn Alternativen (z.B. Mobiltelefon) zur Verfügung stehen. In diesem Fall sind nur gegebenenfalls angefallene Mehrkosten zu erstatten. Ob ein Anspruch auf Nutzungsausfall besteht, wenn der Kunde alternativ ein Smartphone auch als Ersatz zum Internetanschluss nutzen kann, durch das ihm (z.B. wegen einer Flatrate) keine höheren Kosten als sonst entstehen, ist offen. Auch bei der Nutzungsmöglichkeit eines Zweitwagens hat die Rechtsprechung einen Anspruch auf Nutzungsausfall für einen PKW abgelehnt, so dass einiges dafür spricht, dass auch bei der Möglichkeit, ein Smartphone als Alternative zu verwenden, kein Anspruch besteht.

BGH, Urteil vom 24.01.2013 - III ZR 98/12

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Anforderungen an den Vortrag des Anlegers in Schadensersatzprozessen**

In Schadensersatzprozessen gegen Berater monieren einige Gerichte oft einen unzureichenden Vortrag von Anlegern und verlangen genaue Angaben dazu, wann und wo die Beteiligten sich getroffen haben und was genau besprochen worden ist. Da die Sachverhalte nicht selten Jahre oder gar Jahrzehnte zurückliegen, ist es für die Anleger oft sehr schwierig, den Sachverhalt in dieser Präzision darzustellen. Der Bundesgerichtshof stellte hierzu klar, dass eine Partei bereits dann ihrer Darlegungslast genügt, wenn beurteilt werden kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind.

Wenn das Parteivorbringen diesen Anforderungen genügt, kann der Vortrag weiterer Einzeltatsachen, die etwa den Zeitpunkt und den Vorgang bestimmter Ereignisse betreffen, nicht verlangt werden. Vielmehr ist es dann die Sache des Tatrichters, bei der Beweisaufnahme die benannten Zeugen nach den Einzelheiten zu befragen, die ihm für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Bekundungen erforderlich erscheinen. Anleger können sich daher mit dem Urteil des Bundesgerichtshofes gegen den Vorwurf erfolgreich zur Wehr setzen, dass sie nicht in allen Einzelheiten den Inhalt von Gesprächen oder Begebenheiten wiedergeben können und auf den Inhalt der Beweisaufnahme verweisen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 6. 12. 2012 (Az. III ZR 66/12)

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

MIETRECHT bekommen

Verzugszinsen bei verspäteter Auszahlung eines Betriebskostenguthabens

Mit Urteil vom 05.12.2012 - XII ZR 44/11 - beschäftigte sich der für die Gewerberaummiete zuständige XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit der Frage, ob einem Mieter ein Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen zusteht, wenn der Vermieter mit der Verpflichtung auf Erstellung einer Betriebskostenabrechnung in Verzug geraten ist.

Die Mieterin hatte von der Vermieterin Gewerberäume angemietet. Das Mietverhältnis endete am 31.12.2009. Neben der Nettomiete für die angemieteten Räume vereinbarten die Parteien Betriebskostenvorauszahlungen. Nach § 13 des Mietvertrags sollten die entstandenen Nebenkosten "in einem Zeitraum von 12 Monaten in tatsächlicher Höhe abgerechnet" werden. Die Vermieterin rechnete die Betriebskosten für die Jahre 2002 bis 2007 nicht binnen zwölf Monaten seit dem Ende des jeweiligen Abrechnungszeitraums ab. Erst nach einer schriftlichen Aufforderung durch die Mieterin vom 25.08.2009 erstellte sie die Betriebskostenabrechnungen, aus denen sich ein erhebliches Guthaben zu Gunsten der Mieterin ergab. Dieses wurde von der Vermieterin sodann vollständig ausgeglichen.

Die Mieterin verlangt von der Vermieterin wegen der verspäteten Abrechnung für die Guthaben aus den Abrechnungszeiträumen 2004 bis 2007 jeweils vom ersten Tag des Folgejahres an bis zum Zeitpunkt der Abrechnung die Zahlung gesetzlicher Verzugszinsen.

Das Landgericht hatte der Klage der Mieterin stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat die Revision zurückgewiesen und einen Anspruch der Mieterin auf Verzugszinsen abgelehnt.

Der Bundesgerichtshof kommt zum Ergebnis, dass die Mieterin von der Vermieterin weder in direkter noch in entsprechender Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB ("Eine Geldschuld ist während des Verzugs zu verzinsen.") Verzugszinsen für die zwischenzeitlich an sie ausbezahlten Betriebskostenguthaben verlangen kann.

Nach § 288 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Geldschuld, mit der der Schuldner in Verzug geraten ist, zu verzinsen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen bereits deshalb nicht vor, weil die Vermieterin in dem Zeitraum, für den die Mieterin Verzugszinsen verlangt, nur zur Erstellung einer Betriebskostenabrechnung verpflichtet war und daher keine Geldschuld vorlag. Die Mieterin konnte in dem genannten Zeitraum von der Vermieterin weder die Erstattung eines Betriebskostenguthabens noch die Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten verlangen.

Grundsätzlich wird der Anspruch des Mieters auf Rückerstattung zu viel gezahlter Betriebskosten erst mit der Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung fällig. Da die Vermieterin die Betriebskostenabrechnungen für die Abrechnungszeiträume 2004 bis 2007 erst im August bzw. September 2009 erstellt hat, wurde der Anspruch der Mieterin auf Erstattung der Betriebskostenguthaben erst zu diesem Zeitpunkt fällig.

Die Mieterin hatte bis zur Erstellung der Betriebskostenabrechnungen auch keinen Anspruch gegen die Vermieterin auf Rückzahlung der geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen. Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist unmittelbar die Rückzahlung der in dem Abrechnungszeitraum geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen verlangen, wenn der Vermieter nicht innerhalb einer angemessenen Frist über die Betriebskosten abgerechnet hat, es sei denn, der Vermieter ist an der Einhaltung der Frist aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen gehindert gewesen. Dies gilt jedoch nur, wenn der Vermieter bis zur Beendigung des Mietverhältnisses keine Betriebskostenabrechnung erstellt hat. Während eines laufenden Mietverhältnisses ist der Mieter bereits dadurch ausreichend geschützt, dass er im Falle einer verspäteten Abrechnung die Zahlung weiterer Betriebskostenvorauszahlungen bis zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung gemäß § 273 Abs. 1 BGB verweigern kann. Zudem kann der Mieter für die Abrechnungszeiträume, in denen er während des noch laufenden Mietverhältnisses die Möglichkeit gehabt hätte, von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen, auch nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht unmittelbar die Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten verlangen.

Danach stand der Mieterin bis zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung kein Anspruch auf Rückzahlung der in den Jahren 2004 bis

2007 geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen zu. In diesen Abrechnungszeiträumen hätte die Mieterin jeweils die Möglichkeit gehabt, hinsichtlich der Betriebskostenvorauszahlungen ihr Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB auszuüben und so die Vermieterin zur Erstellung der Betriebskostenabrechnungen anzuhalten. Die Voraussetzungen für den vom Bundesgerichtshof im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung entwickelten Rückzahlungsanspruch lagen daher nicht vor (BGH NJW 2006, 2552 Rn. 12).

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ergibt sich ein Anspruch auf Verzugszinsen für die Mieterin auch nicht aus der entsprechenden Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB. Zu der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Mieter bei einer unterbliebenen oder verspäteten Abrechnung der Betriebskosten Verzugszinsen auf sein Guthaben verlangen kann, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Teilweise wird eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB bejaht und angenommen, dass ein Vermieter, der schuldhaft nicht fristgerecht über die Betriebskosten abgerechnet habe, ein etwaiges Guthaben des Mieters gemäß § 288 Abs. 1 BGB verzinsen müsse. Eine andere Ansicht lehnt eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB mit der Begründung ab, der Vermieter schulde nur eine fristgerechte Abrechnung und damit keine Geldschuld im Sinne von § 288 Abs. 1 BGB.

Der Bundesgerichtshof schließt sich der letztgenannten Auffassung an. § 288 Abs. 1 BGB kann nicht entsprechend angewendet werden, wenn ein Betriebskostenguthaben verspätet an den Mieter ausbezahlt wird, weil der Vermieter mit der Verpflichtung auf Erstellung einer Betriebskostenabrechnung in Verzug geraten ist.

Der Bundesgerichtshof stützt seine Meinung nicht nur auf dogmatische, sondern auch auf überzeugende praktische Erwägungen. Er stellt darauf ab, dass ein Mieter - anders als der Gläubiger einer "echten" Geldschuld - über ausreichende Möglichkeiten verfügt, den Vermieter zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung zu veranlassen. Während eines laufenden Mietverhältnisses kann er die Zahlung weiterer Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 273 Abs. 1 BGB verweigern. Da die zurückbehaltenen Betriebskostenvorauszahlungen regelmäßig schnell die Höhe eines etwaigen Rückzahlungsguthabens des Mieters erreichen, kann davon ausgegangen werden, dass der Vermieter die Betriebskostenabrechnung zeitnah erstellen wird, um die laufenden Betriebskostenvorauszahlungen wieder zu erhalten. Im beendeten Mietverhältnis kann der Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist sofort die Rückzahlung der geleisteten Betriebskostenvorschüsse verlangen und diese gegebenenfalls auch im Wege einer Klage geltend machen, ohne zuvor auf die Erstellung der Betriebskostenabrechnung klagen zu müssen (BGH NJW 2005, 1499, 1501). Darüber hinaus hat der Mieter auch die Möglichkeit, den Vermieter in Verzug zu setzen und einen konkreten Schaden, der ihm aufgrund der verspäteten Abrechnung entstanden ist, nach § 280 Abs. 2, 286, 249 BGB geltend zu machen, etwa wenn der Mieter einen Überziehungskredit in Anspruch nimmt. Schließlich kann der Mieter auch eine abstrakte Schadensberechnung nach § 252 BGB vornehmen, wenn er z.B. geltend machen kann, er habe das Guthaben gewinnbringend anlegen können.

Eine zusätzliche Möglichkeit, den Vermieter zur Erbringung der geschuldeten Leistung zu veranlassen, erfordert der Schutz des Mieters nicht. Der Mieter kann durch die genannten Möglichkeiten auf eine rasche Erstellung der Betriebskostenabrechnung hinwirken und damit die Fälligkeit eines etwaigen Erstattungsanspruchs herbeiführen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 05.12.2012 - XII ZR 44/11.

- **Auslegung einer Mietanpassungsvereinbarung für den Fall der Veränderung des "Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland"**

Mit Urteil vom 07.11.2012 - XII ZR 41/11 - beschäftigte sich der Bundesgerichtshof mit Rechtsproblemen, die durch den Wegfall des "Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland" entstanden sind.

Die Vermieterin begehrt von der Mieterin Mieterhöhungsbeträge aus einem gewerblichen Mietverhältnis. Der im Jahre 1985 geschlossenen Mietvertrag enthält folgende Wertsicherungsklausel:

"Für die ersten 3drei Jahre nach Bezugsfertigkeit ist der in § 2 vereinbarte Mietzins fest vereinbart. Nach Ablauf dieser Zeit kann sich auf Verlangen einer Seite der Mietzins um 60 % der prozentualen Indexveränderung ändern, wenn nach dem dritten Mietjahr der Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland (Basis 1980 = 100) um 10 % oder mehr steigt bzw. fällt. Die ersten drei Jahre sind indexneutral. Feststellungsgrundlage dafür sind die monatlichen Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden. Die Mietzinsänderung gilt ab dem zweiten Monatsersten, der dem begründeten Antrag folgt.

Jeweils frühestens drei Jahre nach der Mietzinsänderung kann sich der Mietzins erneut um 60 % der prozentualen Indexveränderung ändern, wenn der genannte Lebenshaltungskostenindex abermals um 10 % oder mehr steigt oder fällt. Wenn sich entsprechend dieser Regelung der ursprüngliche Mietzins nach oben oder unten um mehr als insgesamt 50 % verändert hat, hat bei Ermäßigung der Vermieter, bei Erhöhung der Mieter das Kündigungsrecht jeweils mit einer Frist von einem Jahr."

Aufgrund eines ersten Mieterhöhungsverlangens vom 31.07.2000, das auf den Lebenshal-

tungskostenindex für Juni 2000 Bezug nahm, zahlte die Mieterin ab Oktober 2000 eine auf EUR 13.005,00 erhöhte Nettomiete. Zum 01.01.2003 stellte das Statistische Bundesamt die Herausgabe des Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen ein.

Mit Schreiben vom 15.05.2006 verlangte die Vermieterin eine weitere Anpassung der Miete auf der Grundlage des an die Stelle der Lebenshaltungskostenindizes getretenen Verbraucherpreisindex, Basisjahr 2000. Dieser sei von 99,9 Punkten im Juli 2000 auf einen Indexstand von 109,9 Punkten im April 2006 gestiegen, was einer relativen Steigerung von 10,01 % entspreche.

Die Mieterin vertritt den Standpunkt, dass bis Ende 2002 noch der vertraglich vereinbarte Lebenshaltungskostenindex anzuwenden sei und sich bei einer Verkettung mit dem Verbraucherpreisindex zum Jahreswechsel 2002/2003 der Indexstand von Juli 2000 bis April 2006 nur um 9,44 % erhöht habe, somit die Mieterhöhungsvoraussetzungen nicht vorlägen.

Der Bundesgerichtshof stimmt der Rechtsauffassung der Vermieterin zu. Mit der fehlenden Fortschreibung des Index für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts ist eine Regelungslücke entstanden, die im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden muss. Entgegen der Auffassung der Mieterin erstreckt sich die Regelungslücke nicht erst auf die Zeit nach dem 01.01.2003, ab der der Index für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts nicht mehr berechnet wurde, sondern auf den gesamten der Anpassung zu Grunde liegenden Zeitraum ab Juni 2000. Denn die Parteien wollten einen durchgehenden, für den gesamten Betrachtungszeitraum nach einheitlichem Maßstab berechneten Index zur Grundlage einer möglichen Mietanpassung machen. Dies war für den gesamten Betrachtungszeitraum ab dem zuletzt vorangegangenen Anpassungsverlangen im Juni 2006 nicht mehr gegeben, weil der durch den Vertrag in Bezug genommene Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalts nicht bis zum Ende des Betrachtungszeitraums fortgeführt wurde.

Bei der Ausfüllung der Regelungslücke muss eine Regelung gefunden werden, welche die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall eines Wegfalls des gewählten Index bedacht hätten.

Die Vertragsparteien hätten, wenn sie den Fall bedacht hätten, dass der von ihnen in Bezug genommene und auf einem bestimmten Haushaltstyp zugeschnittene Lebenshaltungskostenindex nicht fortgeschrieben wird, wohl aber der für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland geltende Index (jetzt: "Verbraucherpreisindex"), redlicherweise diesen Index als Maßstab für künftige Anpassungen des Mietzinses vereinbart (so BGH ZMR 2009, 591 Rn. 19).

Die Mieterin will die Frage, ob die Steigerung des Preisniveaus den im Mietvertrag geforderten Prozentsatz übersteigt, erst ab dem Zeitpunkt nach dem Verbraucherpreisindex beurteilen, von dem an der bisherige Index nicht mehr berechnet worden ist (Ende 2002); bis zu diesem Zeitpunkt soll sich diese Frage nach dem bisherigen Index beurteilen. Diese Rechtsauffassung ist jedoch nach Meinung des Bundesgerichtshofs falsch.

Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung muss für den Zeitpunkt des Übergangs vom früheren Lebenshaltungskostenindex zum heutigen Verbraucherpreisindex eine Regelung gefunden werden, welche die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall eines Wegfalls des gewählten Index bedacht hätten. Dabei ist zu beachten, dass die in den Jahren 2000 bis 2002 zunächst noch fortgeschriebenen Lebenshaltungskostenindizes nach dem für das Basisjahr 1995 ermittelten Wägungsschema bereits kein zutreffendes Abbild der Verbrauchsgewohnheiten in den Jahren 2000 bis 2002 mehr darstellten. Sie wären bei einer - der Parteierwartung entsprechenden - Fortschreibung des Lebenshaltungskostenindex mit einem neuen Basisjahr 2000 nachträglich ungültig geworden, weil sie auf einem statistisch überholten Wägungsschema beruhten. Allein die Tatsache, dass der Lebenshaltungskostenindex als solcher tatsächlich nicht umbasiert, sondern durch den Verbraucherpreisindex ersetzt wurde, macht diese statistische Ungenauigkeit nicht wett.

Hätten die Parteien dieses bedacht, hätten sie sich redlicherweise bereits ab Einführung des neuen Verbraucherpreisindex auf die Geltung des aktuelleren Wägungsschemas ab dem Basisjahr 2000 geeinigt, anstelle der weiteren Mietentwicklung ein statistisch überholtes Wägungsschema zu Grunde zu legen und weitere Verfälschungen durch einen Methodenwechsel in Kauf zu nehmen.

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07.11.2012 - XII ZR 41/11.

- **Unzureichende Nachforschungen nach Bekanntwerden eines Verlustfalles führt zu qualifiziertem Verschulden des Frachtführers**

In einem kürzlich veröffentlichten Urteil des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 19.07.2012 - I ZR 104/11) hat dieser zu der Nachforschungspflicht eines Frachtführers bei Bekanntwerden

eines Verlustfalles Stellung genommen. Im Streitfall hatte die Klägerin Arzneimittel bei zwei Pharma-Unternehmen im Wert von EUR 42.408,05 bestellt. Die Versender beauftragten die Beklagte mit dem Transport der Medikamente zur Klägerin, ein Teil der Pakete kam jedoch bei der Klägerin nie an. In den Vorinstanzen wurde der Klägerin ein Schadensersatzanspruch zwar zugestanden allerdings unter Berücksichtigung der Haftungsbegrenzung auf 8,33 Rechnungseinheiten pro Kilogramm des Rohgewichts der Sendung.

Der Bundesgerichtshof hat nunmehr entschieden, dass der Klägerin ein Anspruch auf Erstattung des vollen Schadens zusteht. Zwar liege die Beweislast für ein qualifiziertes Verschulden grundsätzlich bei der Klägerin. Wenn die wesentlichen Geschehensabläufe zum Schadensfall allerdings außerhalb der Kenntnis des Anspruchstellers liegen und der Schädiger ohne weiteres in der Lage ist, nähere Angaben zu den Umständen des Schadensfalls zu machen, sei, wie im Frachtrecht üblich, eine sekundäre Darlegungslast des Frachtführers begründet. Dieser sei die Beklagte im vorliegenden Fall nicht ausreichend nachgekommen. Dazu hätte sie insbesondere vortragen müssen, welche konkreten Ermittlungsmaßnahmen sie hinsichtlich der streitgegenständlichen Sendung eingeleitet habe und was ihre Nachforschungen ergeben hätten. Es sei Sache des Frachtführers, unmittelbar nach Bekanntwerden eines Verlustfalls konkrete Nachforschungen anzustellen und diese zu dokumentieren, um sie in einem nachfolgenden Rechtsstreit belegen zu können. Substantiierter Vortrag zu den durchgeführten Recherchen sei vor allem deshalb von besonderer Bedeutung, weil allein zeitnahe Nachfragen sowohl bei den eigenen Mitarbeitern als auch - je nach den Umständen des Einzelfalls - bei anderen Empfängern von Sendungen die realistische Möglichkeit bieten, ein außer Kontrolle geratenes Paket doch noch aufzufinden. Unter Umständen kann es auch erforderlich sein, beim Versender nachzufragen, ob eine vom Empfänger als verlorengegangen gemeldete Sendung an ihn zurückgesandt wurde. Diesen Anforderungen war die Beklagte im Streitfall nicht gerecht geworden, da substantiierter Vortrag zu den durchgeführten Recherchen nicht erfolgte. Aus diesem Grund und, da auch nach den Feststellungen des Bundesgerichtshofs die Betriebsorganisation der Beklagten mangelhaft war, ist von einem qualifizierten Verschulden auszugehen, so dass die Beklagte den der Klägerin entstandenen Schaden zu ersetzen hat.

Im Verlustfall sind vom Frachtführer demnach umgehend Nachforschungen anzustellen und diese zu dokumentieren, um in einem gegebenenfalls folgenden Rechtsstreit der sekundären Darlegungslast nachkommen zu können. Die Nachforschungen haben dabei zeitnah zu erfolgen, da nur so gewährleistet ist, dass der Schadensfall aufgeklärt werden kann.

BGH, Urteil vom 19.07.2012 - I ZR 104/11

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Erleichterung beim Unfall in der Schweiz**

Durch die Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen wurde es bereits ermöglicht innerhalb der Europäischen Gemeinschaft direkt gegen einen ausländischen Versicherer am eigenen Wohnsitz zu klagen. So ist zwar innerhalb der Europäischen Gemeinschaft bei Auslandsunfällen als Einschränkung geblieben, dass das Recht am Unfallort, insbesondere bezüglich der zu erstattenden Schadenpositionen zur Anwendung gelangt. Im Übrigen können durch die oben näher bezeichnete Verordnung derartige Prozesse über Auslandsunfälle jedoch am eigenen Wohnsitz/Geschäftssitz geführt werden.

Bereits mit einem Urteil vom 07.06.2011 (VI ZR 260/10; DAR 2013,19) war durch den Bundesgerichtshof darüber hinaus entschieden worden, dass eine inhaltsgleiche Auslegung für die Art. 9 und 11 des Luganer Übereinkommens 2007 (LugÜ 2007) gelten muss mit dem Ergebnis, dass durch einen Bundesbürger beim Auslandsunfall in der Schweiz am eigenen Wohnsitz/Geschäftssitz die Klage gegen den ausländischen Haftpflichtversicherer erfolgen kann.

- **Der Restwert beim Totalschaden**

Durch den Bundesgerichtshof ist in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass bei Beschädigung eines Kraftfahrzeuges Reparatur und Ersatzbeschaffung gleichwertige Wege der Schadensbeseitigung sind und sich der Geschädigte wirtschaftlich verhalten muss. Gehen deshalb die voraussichtlichen Reparaturkosten über den Wiederbeschaffungswert (Zeitwert vor dem Unfall) hinaus, wird auf Totalschadenbasis abgerechnet. Aus Sicht der Versicherer ist dabei die Höhe des Restwertes eine erhebliche Komponente, da durch diese nur die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert erstattet werden muss.

Durch den Bundesgerichtshof ist bisher anerkannt, dass der Geschädigte seiner Verpflichtung zu einer wirtschaftlichen Verhaltensweise

genügt, soweit dieser mittels Gutachten auf Basis dreier Angebote auf dem regionalen Markt den für ihn erreichbaren Restwert ermittelt und auf dieser Grundlage verkauft. Es ist deshalb nach bisheriger Handhabung für den Geschädigten folgenlos, soweit dieser zum höchsten Angebot nach Gutachten sein unfallbeteiligtes Fahrzeug veräußert, selbst wenn im Nachhinein durch den Versicherer ein höheres Restwertangebot vermittelt wird.

Nunmehr wurde durch das Oberlandesgericht Köln mit einem Hinweisbeschluss vom 16.07.2012 (13 U 80/12) geltend gemacht, dass der Geschädigte dem gegnerischen Versicherer vor Verkauf des Fahrzeugs das Gutachten übersenden muss, damit überhaupt die Gelegenheit besteht, ein höheres Restwertangebot zu übermitteln. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist dieses Urteil nicht haltbar, da im Übrigen eine Verpflichtung begründet würde, dem Schädiger die Entscheidung über die Verwertung des eigenen Fahrzeuges zu überlassen. Mit Einschränkungen wurden durch das Oberlandesgericht Köln auch praktische Fragen von erheblicher Bedeutung nicht berücksichtigt. So befasst sich das Oberlandesgericht Köln nicht mit der Frage, ob die Absendung des Gutachtens genügen würde oder ein Zugangsnachweis erforderlich ist. Weiter wird nicht erörtert, ob dem Versicherer eine "Bearbeitungsfrist" zugestanden werden soll und wer die verlängerte Standzeit, mit erhöhten Standgeldkosten, bezahlen soll, zumal wenn der Versicherer kein höheres Restwertangebot unterbreitet. Schließlich hat sich das Oberlandesgericht Köln nicht damit auseinander gesetzt, dass in diesem Fall eine längere Zwischenfinanzierung des Restwertes durch den Geschädigten erforderlich werden könnte.

Es ist allerdings damit zu rechnen, dass sich Versicherer in vermeintlich geeigneten Fällen auf den Beschluss des Oberlandesgerichts Köln berufen werden, insbesondere bei nicht anwaltlich vertretenen Geschädigten.

Vorlage einer Wohnungseigentümerliste durch die Verwaltung

In Beschlussanfechtungsklagen ist der Kläger gemäß § 44 WEG verpflichtet, alle Wohnungseigentümer namentlich mit ladungsfähiger Anschrift zu bezeichnen und eine entsprechende Liste bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorzulegen. Insbesondere in größeren Gemeinschaften stellte dies ein Problem dar, da dem anfechtenden Wohnungseigentümer die dingliche Situation oft nicht bekannt ist. Will der Eigentümer keine Klagabweisung riskieren, sollte er die Vorlage der Liste durch die Verwaltung beantragen. Das Gericht muss nämlich auf eine Anregung des Klägers hin tätig werden und der Verwaltung die Vorlage der Liste unter Fristsetzung aufgegeben, wie der Bundesgerichtshof nunmehr entschieden hat. Dies folgt aus § 142 Abs. 1 ZPO analog. Bleibt die Verwaltung untätig, muss eine Anordnung gegebenenfalls mit Ordnungsmitteln durchgesetzt werden, wobei dem Gericht regelmäßig kein Ermessensspielraum zusteht. Bleibt die Verwaltung untätig, so geht dieses Versäumnis nicht zulasten des Klägers, weshalb die Klage auch nicht als unzulässig abgewiesen werden kann. Der Bundesgerichtshof erleichtert damit den Rechtsschutz des einzelnen Eigentümers, der nicht mehr darauf angewiesen ist, selbst zu ermitteln, welche Mitglieder die Wohnungseigentümergemeinschaft hat und wo diese wohnen. Er darf einfach auf die Vorlage der Liste durch die Verwaltung und die Durchsetzung dieses Begehrens mit Ordnungsmitteln durch das Gericht verweisen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 14.12.2012 (Az. V ZR 162/11)

Der Vermieter hat verspätete Mangelanzeige zu beweisen

Zeigen die Mieter Mängel der Mietsache verspätet an, so sind sie nicht nur mit Minderungsansprüchen gemäß § 536c Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB ausgeschlossen, sie sind auch dem Vermieter gemäß § 536c Abs. 2 S. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes war umstritten, wer die rechtzeitige Anzeige zu beweisen hat, wenn der Vermieter Schadensersatz fordert. Die Mieter haben es nach Ansicht des Vermieters im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall unterlassen, diesen rechtzeitig auf Schäden in den Bodenfliesen hinzuweisen, weshalb die werkvertragliche Gewährleistungsfrist abgelaufen war. Die Mieter behaupteten, noch rechtzeitig vor Ablauf der Gewährleistungsfrist den Vermieter auf die Mängel in den Bodenfliesen hingewiesen zu haben. Dies konnte der Vermieter jedoch nicht entkräften. Der Bundesgerichtshof urteilte zu lasten des Vermieters und entschied, dass dieser vorzutragen und zu beweisen habe, dass der Mieter die rechtzeitige

Anzeige unterlassen hat. Sofern er einen derartigen Beweis schuldig bleibt, kann er keinen Schadensersatz fordern. Dies gilt auch, wenn negative Umstände anspruchsbegründend sind, also wenn wie vorliegend die Pflichtverletzung in einem Unterlassen besteht.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 5.12.2012 (Az. VIII ZR 74/12)

Südstraße 65
74072 Heilbronn
Telefon (07131) 59 412 - 20
Telefax (07131) 59 412 - 99
E-Mail hier@recht-bekommen.hn
Internet www.recht-bekommen.hn