SRF-Newsletter 03/2016

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

ARBEITSRECHT bekommen

- **Auch bei einer einvernehmlich vereinbarten kurzfristigen Ausscheidensmöglichkeit bedarf die Ausscheidenserklärung der Schriftform**

  Das Bundesarbeitsgericht hat einen in der Praxis sehr häufig vorkommenden Fall zu beurteilen gehabt:

  Die Arbeitsvertragsparteien hatten in einem arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 28.02.2014 vereinbart, der Arbeitnehmerin sollte aber die Möglichkeit offenstehen, durch einseitige Erklärung mit einer Frist von 3 Tagen das Arbeitsverhältnis früher zu beenden, die dann freiwerdende Vergütung sollte dann teilweise in eine Abfindung umgewandelt werden. Der Rechtsanwalt der Arbeitnehmerin hat per Telefax der Arbeitgeberin mitgeteilt, dass die Arbeitnehmerin zum 30.11.2013 aus dem Arbeitsergebnis ausscheiden wolle, ein Original dieses Schreibens hat er nicht versandt.

  Das Bundesarbeitsgericht hat - gegen das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - entschieden, dass auch die Erklärung, vorzeitig ausscheiden zu wollen, die in einem solchen Aufhebungsvergleich vereinbart wurde, eine Kündigungserklärung darstellt und gemäß § 623 BGB damit zwingend die gesetzliche Schriftform einhalten müsse, diese Schriftform wahre das Telefax des Rechtsanwalts aber nicht.

  Für die Arbeitnehmerin ist dies in mehrerer Hinsicht nachteilig, da sie sich nun damit befassen muss, dass sie während des Bestands des einen Arbeitsverhältnisses ein anderes (ab 01.12.2013) geführt hat, was, da auf die Anrechnung von anderweitigem Verdienst nicht verzichtet wurde, wohl in der Konsequenz dazu führt, dass sie weder die Abfindungserhöhung für den Zeitraum 01.12.2013 bis 28.02.2014 bekommen wird, noch den Lohnanspruch hat, da sie ja anderweitigen Erwerb erzielte.

  Arbeitsvertragsparteien, die auch nur über die Abwicklung/vorzeitige einvernehmliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses nachdenken/verhandeln, muss bewusst sein, dass dies immer und zwingend die Einhaltung der Schriftform voraussetzt, also beide Parteien im Original eine entsprechende Vereinbarung unterschreiben müssen oder aber eine einseitige Erklärung dem Erklärungsempfänger im Original nachweislich zugehen muss.

  BAG, Urteil vom 17.12.2015 - 6 AZR 709/14

- **Probezeit im Ausbildungsverhältnis nach Praktikumstätigkeit**

  Das Bundesarbeitsgericht hat am 19.11.2015 folgenden Sachverhalt entschieden:

  Ein Bewerber um einen Ausbildungsplatz im Lebensmitteleinzelhandel wurde zunächst, zur Überbrückung der Zeitspanne bis zum Ausbildungsbeginn, vom 11.03.2013 bis 31.07.2013 als Praktikant beschäftigt, im Praktikumsvertrag war eine Probezeit von 2 Monaten vereinbart. Ab 01.08.2013 begann das Berufsausbildungsverhältnis, das der Ausbilder am 29.10.2013 durch Probezeitkündigung beendete. Im Berufsausbildungsvertrag war die gesetzliche Probezeit von 4 Monaten im Berufsausbildungsverhältnis gemäß § 20 BBiG vorgesehen. Der Auszubildende klagte gegen die Kündigung und argumentierte, da direkt vor der Berufsausbildung das Praktikum (mit eigener Probezeit) absolviert worden sei, sei die Vereinbarung einer weiteren Probezeit im Arbeitsverhältnis unrechtmäßig. Diese Argumentation hätte die Folge gehabt, dass das Berufsausbildungsverhältnis, welches nach Ablauf der Probezeit nicht mehr ordentlich kündbar ist, in jedem Fall hätte durchgeführt werden müssen. Der Auszubildende scheiterte mit seiner Klage vor dem Bundesarbeitsgericht, das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass die Kündigung während der Probezeit ohne Einhalten einer Kündigungsfrist wirksam ist, die vorangegangene Tätigkeit des Klägers als Praktikant sei nicht zu berücksichtigen, da die Probezeitregelung in § 20 BBiG gerade zur Erprobung im spezifischen Berufsausbildungsverhältnis gesetzlich angeordnet und damit unabhängig davon sei, ob man in einem anderen Verhältnis (Praktikum aber auch Arbeitsverhältnis) schon zusammengearbeitet habe.

  Diese Entscheidung lässt sich nicht auf normale Arbeitsverhältnisse und die dortige mehrmalige Probezeitvereinbarung übertragen.

  Das Bundesarbeitsgericht weist darauf hin, dass die Mindestprobezeit nach § 20 S. 2 BBiG einen Monat beträgt und Abweichungen hiervon gemäß § 25 BBiG unwirksam sind.

  BAG, Urteil vom 19.11.2015 - 6 AZR 844/14

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

BAURECHT bekommen

- **Keine Vollmacht des Projektleiters**

  Das Oberlandesgericht Frankfurt hat - wie bereits viele Obergerichte in der Vergangenheit - ein weiteres Mal klargestellt, dass die Behauptung einer mündlichen Beauftragung durch einen beim vermeintlichen Auftraggeber nicht beschäftigten Projektleiter (gleiches gilt für den Architekten des Bauherren) in aller Regel nicht zur Verpflichtung des Bauherrn führt, da weder eine organschaftliche noch eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Erteilung von Aufträgen regelmäßig vorliegt. Auch die Grundsätze der Anscheins- und der Duldungsvollmacht greifen regelmäßig nicht ein, im vorliegenden Fall noch dadurch verstärkt, dass der Auftraggeber auf seinem "E-Mail-Briefkopf" ausdrücklich vermerkt hatte, dass für das Zustandekommen eines Vertrages eine beidseits schriftliche Vereinbarung erforderlich ist. Die Entscheidung wurde durch Zurücknahme der Nichtzulassungsbeschwerde rechtskräftig.

  Auch wenn dieser Entscheidung einige Besonderheiten in tatsächlicher Hinsicht zugrunde lagen, ist weiterhin allen am Bau Beteiligten zu raten, sich nicht darauf zu verlassen, dass der Bauleiter/Projektleiter/Architekt, auf der Baustelle Arbeiten anweist, sondern es ist die Zustimmung/Beauftragung des Bauherrn zu einer entgeltlichen Leistung unbedingt einzuholen. Ist diese vor Ort nicht zu bekommen, muss gegebenenfalls über eine Mail/ein Telefax das Angebot/Nachtragsangebot zugesandt und darauf hingewiesen werden, dass die weitere Ausführung der Arbeiten (sofern das zutrifft) bis zur Klärung/Erteilung des Nachtragsauftrags behindert ist.

  Diese Nachtragsangebote sind immer zumindest auch an den Bauherrn, parallel gegebenenfalls an Architekt/Bauleiter zuzuleiten.

  OLG Frankfurt, Urteil vom 02.04.2015 - 13 U 132/13

  BGH, 13.08.2015 - VII ZR 89/15 (NZB zurückgenommen)

- **Mangelhafte Leistung: Der Werkunternehmer trägt das volle Risiko bei der Ersatzvornahme**

  Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat einen immer wieder übersehenen Grundsatz bei der Bewertung, ob vom Bauherrn aufgewandte Mangelbeseitigungskosten notwendig sind oder nicht, in einer Entscheidung vom 30.04.2015 herausgearbeitet/betont:

  Der Bauunternehmer hatte die Bodenplatte eines Bauwerks vertragswidrig ausgeführt, so dass es zu Feuchtigkeitsstellen im Gebäude kam, er hat die Mängel nicht beseitigt. Der Bauherr hat dann im Rahmen der Selbstvorname/Ersatzvornahme verschiedene Aufwendungen getätigt, deren Erforderlichkeit der Unternehmer im Verfahren unter Vorlage eines Gutachtens bestritt. Das Oberlandesgericht hat hierzu - richtigerweise - ausgeführt, dass es nicht darauf ankommt, ob die vom Bauherrn getätigten Aufwendungen zur Mangelbeseitigung auf überhöhte Rechnungen der mit der Ersatzvornahme beauftragten Unternehmen zurückzuführen sind oder nicht, sondern eine erfolgreiche Einwendung gegen die Ersatzvornahmenkosten erst dann vorliegt, wenn sie derart überhöht sind, dass die Bauherren durch die Beauftragungen gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen haben. Wir zitieren:

  „Grundsätzlich sind sämtliche Mangelbeseitigungskosten, die der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftig wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund fachlicher, sachkundiger Beratung aufwenden musste, erstattungsfähig. Der Erstattungsanspruch des Auftraggebers ist erst dann gemindert, wenn die Grenzen der Erforderlichkeit eindeutig überschritten sind und der Bauherr bei der Auswahl des Drittunternehmers seine Schadensminderungspflicht verletzt hat. Im Übrigen trägt der Auftragnehmer, der durch die mangelhafte Leistung und die Weigerung der Mängelbeseitigung innerhalb der ihm gesetzten Frist das Risiko gesetzt hat, dass im Rahmen der dann durch den Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen getroffen werden, die sich in der nachträglichen Bewertung als nicht erforderlich erweisen, das Prognoserisiko. Erstattungsfähig sind daher auch solche Kosten, die für einen erfolglosen oder sich später als unverhältnismäßig teuer herausstellenden Versuch aufgewendet wurden (Senat, Urteil vom 07.06.2011, 21 U 100/10)".

  Für den Handwerker zeigt sich anhand dieser Entscheidung, dass die Verweigerung der Mangelbeseitigung zu äußerst unangenehmen Folgen und sehr hohen Kosten (im Vergleich zu den betriebsinternen Kosten einer Mangelbeseitigung) führen kann. Bauherren sollten im Bereich der Ersatzvornahme natürlich trotzdem immer nach einer kostengünstigen Lösung suchen und sich bei der Auftragsvergabe so verhalten, als müssten sie die Kosten im Ergebnis selbst bezahlen. Hilfreich kann es sein, bei der Frage, welche Maßnahmen erforderlich sind, einen Sachverständigen vorab einzuschalten und natürlich im Rahmen der Auftragsvergabe mehrere Angebote einzuholen, soweit die Zeit dafür ausreicht und Unternehmer, die bereit sind, die Arbeiten auszuführen, gefunden werden können.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.04.2015 - 21 U 71/14

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

ERBRECHT bekommen

- **Wertberechnung bei der Pflichtteilsergänzung**

Nach § 2325 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte Ergänzung seines Pflichtteils verlangen, wenn der Erblasser durch eine Schenkung zu Lebzeiten den Nachlass geschmälert hat. Mit Urteil vom 09.06.2015 (2 U 11/13) hat sich das Oberlandesgericht Hamburg mit der Frage befasst, welcher Wert dabei bei einem durch ein Nießbrauch belastetes Grundstück zugrunde zu legen ist. Grundsätzlich gilt dabei das sogenannte Niederstwertprinzip, wobei der Wert der Sache bei Schenkungsvollzug (inflationsbereinigt) mit demjenigen zum Zeitpunkt des Erbfalls zu vergleichen ist. Der geringere Wert ist dann für die Ermittlung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs maßgeblich. Bei einer in der Praxis häufig vorkommenden Schenkung zu Lebzeiten unter Nießbrauchsvorbehalt besteht dabei die Besonderheit, dass bei der Ermittlung des Wertes zum Zeitpunkt der Schenkung der Nutzungsvorbehalt abzuziehen ist, nicht aber bei der Bewertung zum Zeitung des Erbfalls, da das Nutzungsrecht mit dem Tod des Erblassers erlischt und deshalb keinen Wert mehr hat. Maßgeblich für die Bewertung des Nießbrauchs zum Zeitpunkt der Schenkung ist dabei die statistische Lebenserwartung. Im Streitfall hatte sich der klagende Pflichtteilsberechtigte darauf berufen, dass sich die erkrankungsbedingte geringere Lebenserwartung des Erblassers (seines Vaters) insoweit auswirken müsse, als sich dadurch der Wert des Nießbrauchs verringere und sich damit der Schenkungswert und folglich auch die Höhe des Ergänzungsanspruchs erhöht.

Dem ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamburg aber nicht zu folgen. Maßgeblich sei insoweit eine ex ante Betrachtung. Eine tatsächliche erkrankungsbedingte geringere Lebenserwartung sei daher nur maßgeblich, wenn die Erkrankung im Zeitpunkt der Schenkung bereits bekannt war und damit auch im Fall einer Veräußerung des Grundstücks zu diesem Zeitpunkt auch in den Verhandlungen mit potenziellen Erwerbern preiserhöhend Berücksichtigung gefunden hätte. Da im Streitfall keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Erkrankung des Erblassers bereits im Zeitpunkt der Schenkung bekannt war, ist diese aus Sicht des Oberlandesgerichts Hamburg damit nicht zu berücksichtigen und der Nießbrauchswert auf Basis der statistischen Lebenserwartung (ohne die erkrankungsbedingte geringere Lebenserwartung) zu ermitteln.

OLG Hamburg, Urteil vom 09.06.2015 - 2 U 11/13

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern**

Es kommt häufiger vor, dass Schenkungen an Ehegatten durch ein Elternpaar zumindest auch an ein Schwiegerkind erfolgen, dies insbesondere, soweit Ehegatten eine Immobilie zu hälftigem Miteigentum erwerben. Bei Scheitern der Ehe stellt sich die Frage, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang und auch innerhalb welcher Fristen die Schwiegereltern ihre Schenkung zurückfordern können.

Durch den Bundesgerichtshof wurde mit einem Urteil vom 03.02.2010 (BGHZ 184, 110 = NJW 2010, 2202) die bis dahin gefestigte Rechtsprechung geändert und eine solche Zuwendung von Schwiegereltern angesichts der Ehe als echte Schenkung qualifiziert, mit der Möglichkeit der Rückforderung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, insbesondere, soweit der Bestand der Ehe des eigenen Kindes zur Geschäftsgrundlage geworden ist. In einer Entscheidung vom 16.12.2015 - XII ZB 512/14 (NJW 2016, 629 ff.) hatte sich der Bundesgerichtshof nunmehr mit Fragen des Verjährungsverlaufes zu einem solchen Rückforderungsanspruch zu befassen.

Es wurde durch den Bundesgerichtshof insoweit entschieden, dass ein etwaiger Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage der regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren unterliegt. Weiter wurde ausgeführt, dass spätestens mit der Zustellung des Ehescheidungsantrages vom Scheitern der Ehe ausgegangen werden muss und zum Jahresschluss der diesbezüglichen Kenntnis oder der Möglichkeit zur Kenntniserlangung ohne grobe Fahrlässigkeit die Verjährung beginnt.

Für den der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt war weiter zu klären, ob der Beginn der Verjährung bis zur Veröffentlichung der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 03.02.2010 hinausgeschoben war. Im zugrundeliegenden Fall war der Ehescheidungsantrag

bereits im Jahr 2006 eingereicht worden, die regelmäßige Verjährungsfrist war längst verstrichen. Durch den Bundesgerichtshof wurde ein solches Hinausschieben der Verjährung abgelehnt. Ausgeführt wurde, dass bereits nach der vorherigen Rechtsprechung ein Rückforderungsanspruch von Schwiegereltern nicht gänzlich ausgeschlossen war, z.B. bei Scheitern einer Beteiligung des eigenen Kindes an der Zuwendung über den Zugewinnausgleich oder im Falle eines besonderen persönlichen Interesses an der Rückgabe gerade des geschenkten Gegenstandes. Im Ergebnis wurde darauf verwiesen, dass die Änderung der Rechtsprechung durch die Entscheidung vom 03.02.2010 eine bloße Verbesserung der Erfolgsaussichten einer Rückforderungsklage der Schwiegereltern bewirkt habe, was vorliegend nicht genügen soll, um das Hinausschieben des Verjährungsbeginnes zu begründen.

BGH, Urteil vom 16.12.2015 - XII ZB 512/14

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

IT-RECHT
bekommen

- **Zukünftig drohen Abmahnung bei Datenschutzverstößen auch durch Verbände!**

Datenschutzverstöße konnten bislang nur durch die Datenschutzbehörde verfolgt werden. Aufgrund personeller Unterbesetzung konnten sich Unternehmen häufig darauf verlassen, dass mögliche Datenschutzverstöße nicht bemerkt/nicht geahndet werden, zumal die Rechtsprechung überwiegend dazu tendierte, Verstöße gegen Datenschutzbestimmungen nicht als Wettbewerbsverstoß zu bewerten. Zukünftig wird sich dies ändern. Mit einer Neuregelung, dem „Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts“, wurde die Befugnis zur Verfolgung von Datenschutzverstößen auch auf Verbände übertragen, so dass nunmehr auch Verbraucherschutzzentralen und vergleichbare Organisationen bei Datenschutzverstößen Abmahnungen aussprechen und Unternehmen gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch nehmen können.

Weiterhin nicht geregelt ist, ob auch Wettbewerber einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht abmahnen können. Bislang wurde dies von der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt. Im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber für Verbände eine Regelung getroffen hat, nicht aber für Wettbewerber, spricht einiges dafür, dass das auch so bleibt. Zu berücksichtigen ist, dass nicht sämtliche Datenschutzverstöße auch durch Verbände abgemahnt werden können. Vielmehr gilt dies nur für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten, wenn dies zu Zwecken der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, des Betreibens einer Auskunftei, des Erstellens von Persönlichkeits- und Nutzungsprofilen, des Adresshandels, des sonstigen Datenhandels oder zu vergleichbaren kommerziellen Zwecken erfolgt. Insbesondere bei der Datenverarbeitung im Rahmen der Vertragserfüllung droht dagegen weiterhin keine Abmahnung durch Verbände, da dies ausdrücklich ausgenommen ist. Eine Ahndung durch die Datenschutzbehörde ist aber natürlich auch insoweit weiterhin möglich.

Das Gesetz ist nach seiner Verkündung im Februar bereits in Kraft, lediglich bei der Übermittlung von Daten ins Ausland gibt es im Hinblick auf die Safe-Harbor-Entscheidung des EuGH eine Übergangsfrist bis 30.09.2016, soweit die Datenermittlung auf Basis dieses Übereinkommens erfolgt. Unternehmen, die sich bislang auf die Untätigkeit der Datenschutzbehörde verlassen haben, sollten daher ihre Datenschutz-Politik gegebenenfalls überprüfen und die internen Prozesse anpassen, da damit zu rechnen ist, dass zukünftig vermehrt Abmahnungen ausgesprochen werden.

Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts

Bundesgesetzblatt Teil I 2016 Nr. 8 23.02.2016 S. 233

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

MIETRECHT
bekommen

- **Wartungskosten von Gemeinschaftsanlagen; vertragliche Einwendungsausschlussregelung**

Mit Urteil vom 10.09.2014 - XII ZR 56/11 - hat der Bundesgerichtshof ein Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof hatte entschieden, dass die formularmäßige Umlage von Kosten für das Centermanagement unwirksam ist, hingegen die Auferlegung von Verwaltungskosten keinen Bedenken begegnet. Das ist mittlerweile allgemein bekannt. Von Interesse ist aber insbesondere, welche Konsequenzen das Brandenburgische Oberlandesgericht aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs zu Kosten der Wartung und Instandhaltung des Einkaufszentrums und seiner Gemeinschaftsanla-

gen sowie zu einer vertraglichen Ausschlussregelung zog.

Nach dem formularmäßigen Vertrag hatte die Mieterin die Kosten der Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebs zu tragen. Darüber hinaus wurden der Mieterin unter anderem die Kosten der Wartung im Einzelnen genannter Anlagen wie Aufzug, Fahrsteigen und Fahrtreppen auferlegt. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass diese vertragliche Bestimmung über die Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB nicht standhält. Sie überbürdet dem Mieter anteilig nach der von ihm gemieteten Fläche ohne Begrenzung der Höhe nach die Kosten der Instandhaltung des Einkaufszentrums und seiner Gemeinschaftsanlagen sowie der Instandhaltung im Mietvertrag im Einzelnen aufgeführter Anlagen. Die vertragliche Regelung war deshalb gemäß § 307 BGB unwirksam. Nun enthielten die Nebenkostenabrechnungen von ihrer Bezeichnung her keinen Instandsetzungssaufwand. Da aber nicht ausgeschlossen werden konnte, dass auch Kosten der Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen in die Abrechnung eingeflossen sind, wurde die Sache an das Berufungsgericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen.

Die Vermieterin machte geltend, Wartungskosten seien ohne eine Kostenobergrenze wirksam auf die Mieter umlegbar. Dieser Rechtsauffassung folgt das Brandenburgische Oberlandesgericht nicht. Es entscheidet, dass folgende Positionen aus den streitgegenständlichen Betriebskostenabrechnungen nicht wirksam umgelegt wurden: Wartung Blitzschutz, allgemeine Wartung, Wartung Rauchabzug, Wartung Brandtor, Wartung Klimaanlage, Wartung automatische Tür, Wartung RWA, Wartung Sicherheit, Wartung Feuerlöscher, Wartung Kälteanlage, Wartung Sprinkler, Wartung Lüftungsanlage, allgemeine Brandmelder, allgemeine Sprinkler, Strom Lüftung, Telefon Brandmeldeanlage, Miete Brandmeldeanlage, Strom Überwachung, Strom Lüftungen. Das Brandenburgische Oberlandesgericht führt aus, dass diese Positionen zwar nach ihrem Wortlaut keine Instandsetzungsmaßnahmen betreffen, sondern im Wesentlichen die Wartung bestimmter technischer Anlagen des Centers. Bei all diesen Positionen handelt es sich aber um solche, deren Umlage der Bundesgerichtshof für unwirksam erklärt hat. Der Bundesgerichtshof hat im Revisionsurteil ausgeführt, dass die von der Mieterin beanstandeten Bestimmungen über die Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einer Inhaltskontrolle nicht standhielten, da die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild dort ihre Grenze finde, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen ohne Beschränkung der Höhe auferlegt werde. Zur Erhaltungslast in diesem Sinne gehört nach Auffassung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts neben der Instandsetzung auch die Wartung und der Betrieb der Gemeinschaftsanlagen. Dies entspräche der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 26.09.2012, NJW 2013, 41, Rn. 22), nach der eine Klausel, wonach einem Mieter die Kosten der "Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes" übertragen wurden, insgesamt für unwirksam erklärt wurde. Demnach vertritt das Brandenburgische Oberlandesgericht die Auffassung, dass Wartungskosten hinsichtlich Gemeinschaftsanlagen nur dann wirksam auf die Mieter umgelegt sind, wenn die Klausel eine Kostenobergrenze vorsieht.

Der Mietvertrag enthielt ferner folgende vertragliche Ausschlussregelung:

Der Mieter kann binnen drei Wochen nach Zugang der Abrechnung Einsicht - nach vorheriger Anmeldung - in die vom Vermieter oder dessen Hausverwalter ausliegenden Unterlagen während der üblichen Geschäftszeiten nehmen. Einwendungen gegen die Abrechnung muss der Mieter innerhalb von vier Wochen nach Zugang der Abrechnung schriftlich erheben. Nach Ablauf dieser Fristen sind Einwendungen gegen die Abrechnung ausgeschlossen.

Zu dieser Klausel meinte der Bundesgerichtshof, das Oberlandesgericht müsse nach Zurückverweisung der Sache prüfen, ob diese Regelung einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhält. Die Klausel verstößt gegen das Regelungsverbot des § 308 Nr. 5 BGB. Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Eine solche Hinweispflicht des Verwenders ist im Vertrag nicht begründet worden. Allerdings ist das Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB in der streitgegenständlichen Sache nicht unmittelbar anwendbar, es sich bei dem Mieter um einen Unternehmer handelt. Auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, findet § 308 BGB keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB). Solche Geschäftsbedingungen unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB, und zwar auch insoweit, als dies zur

Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 308 BGB aufgeführt sind. Dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 S. 2 BGB). Das bedeutet, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die in den Klauselverboten zum Ausdruck kommenden Wertungen berücksichtigt werden sollen, soweit sie übertragbar sind. Den Klauselverboten kommt im Rahmen der Inhaltskontrolle somit Indizwirkung für die Unwirksamkeit der Klausel auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu. Fällt eine Klausel bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm der §§ 308, 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden (BGH NJW 2007, 3774 Rn. 11). Der Bundesgerichtshof erteilte dem Berufungsgericht die Aufgabe, hierzu Feststellungen zu treffen. Das Brandenburgische Oberlandesgericht entscheidet, dass ein solches besondere Bedürfnis hier nicht zu erkennen ist, so dass die Indizwirkung zum Tragen kommt und die Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung der Mieterin führt und nach § 307 BGB unwirksam ist. Das Brandenburgische Oberlandesgericht lässt offen, ob die vorliegende Klausel grundsätzlich, insbesondere auch hinsichtlich der dort normierten Frist von vier Wochen, innerhalb derer Einwendungen geltend zu machen sind, einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB standhalten würde. Die Unwirksamkeit ergibt sich hier nämlich bereits daraus, dass die maßgebliche Klausel entgegen § 308 Nr. 5 b BGB nicht die dort ausdrücklich normierte Verpflichtung enthält, den Vertragspartner, d.h. den Mieter bei Beginn der Frist, also mit Übersendung der Abrechnung, auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens bzw. Schweigens, nämlich mit Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung endgültig ausgeschlossen zu sein, hinzuweisen. Der Gesetzgeber wollte mit der Einführung dieser Klausel sicherstellen, dass die Fiktionsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, nur dann Wirkung entfalten, wenn dem Vertragspartner zur Vermeidung einer solchen fingierten Erklärung eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen gegenteiligen Erklärung eingeräumt wird und der Verwender sich in seinen AGB verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Die Hinweispflicht erscheine, so die Begründung im Gesetzgebungsverfahren, erforderlich, da der Betroffene längere Zeit nach Vertragsschluss unter Umständen nicht mehr in Erinnerung habe, welche Folgen im Einzelfall an sein Verhalten geknüpft sind. Dass gewerbliche Mieter dieses Schutzes - ausnahmsweise - nicht bedürfen, lässt sich nach Auffassung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts nicht feststellen. Schutzzweck und Sinn dieser Hinweispflicht im Rahmen eines Mietvertrages ist es, einen Mieter, dem regelmäßig die einzelnen Klauseln seines Mietvertrages gerade bei einer längeren Mietdauer nicht stets in vollem Umfang präsent sein dürften, die Bedeutung seines Schweigens, d.h. des Verstreichenlassens der Frist in dem Zeitpunkt, in dem es darauf ankommt, also bei Fristbeginn, klarzumachen. Dieses Schutzbedürfnis ist bei einem gewerblichen Mieter nicht anders zu beurteilen als bei einem privaten. Damit konnte sich die Vermieterin hier nicht auf einen Einwendungsausschluss berufen. Die mietvertragliche Klausel war unwirksam, weil sie nicht die Verpflichtung des Vermieters enthielt, den Mieter bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung der nicht fristgemäßen Geltendmachung von Einwendungen hinzuweisen.

Brandenburgisches OLG, Urteil vom 22.12.2015 - 3 U 117/10 -

- **Minderung bei Verletzung der Konkurrenzschutzverpflichtung**

Mit Urteil vom 17.09.2015 befasste sich das Oberlandesgericht Hamm (18 U 19/15) mit den Rechtsfolgen der Verletzung der vertraglichen und vertragsimmanenten Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter spürbare Konkurrenz fern zu halten.

Mietsache ist eine 3.259 m² große Fläche in einem Einkaufszentrum. Die Vermietung erfolgte zum Betrieb eines Fitnesscenters. Die monatliche Miete betrug EUR 19.635,00 (EUR 15.470,00 Grundmiete, EUR 2.975,00 Betriebskosten- und EUR 1.190,00 Heizkostenvorauszahlung). Der Mietvertrag enthält eine "Konkurrenzklausel", in der es heißt:

Dem Mieter sind die anderen am Standort "X-Center" angesiedelten Gewerbebetriebe bekannt. Er verpflichtet sich, diesen Betrieben keine Konkurrenz zu machen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Vermieter, während der Laufzeit dieses Mietvertrages und der Optionszeiten keine weiteren Räumlichkeiten im Objekt zur Einrichtung und zum Betrieb eines Fitnesscenters zu vermieten.

Der Vermieter vermietete eine Fläche im "X-Center" von ca. 595 m² zum Betrieb eines Kickbox-Studios und eine weitere Fläche von ca. 350 m² zum Betrieb eines Reha- und Gesundheitssport-Studios. Daraufhin minderte der Mie-

ter die Gesamtmiete von EUR 19.635,00 um 25 %. Das Oberlandesgericht Hamm entscheidet, dass der Mieter zur Minderung berechtigt ist, weil eine vertragswidrige Konkurrenzsituation vorliege und die Verletzung der Verpflichtung, spürbare Konkurrenz fernzuhalten, zu einem Mangel der Mietsache führe. Die Bruttomiete ist aufgrund der Verstöße des Vermieters gegen die Konkurrenzschutzklausel im Mietvertrag bzw. den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz um 25 % gemäß § 536 Abs. 1 S. 2 BGB gemindert. Hierbei bezieht sich die Minderungsbefugnis auch auf die Nebenkostenvorauszahlungen (so bereits BGH NJW 2005, 1713).

Seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.10.2012 (XII ZR 117/10) ist geklärt, dass eine Verletzung der Konkurrenzschutzpflicht zu einem Mangel der Mietsache führt. Dies gilt sowohl für den ausdrücklich vereinbarten als auch für den so genannten vertragsimmanenten Konkurrenzschutz, der auch dann gilt, wenn der Mietvertrag keine Vereinbarung zum Wettbewerbsschutz enthält. In dem Fall, den das Oberlandesgericht Hamm zu entscheiden hatte, hat der Vermieter gegen die Konkurrenzschutzklausel des § 19 des Mietvertrags, jedenfalls aber gegen ein ungeschriebenes Wettbewerbsverbot (die dem Mietvertrag immanente Verpflichtung, spürbare Konkurrenz im Hauptsortiment fernzuhalten) verstoßen, indem Flächen an den Betreiber eines Kickbox-Studios und den Betreiber eines Reha- und Gesundheitssport-Studios vermietet wurden. Der ausdrücklich vereinbarte und auch der vertragsimmanente Konkurrenzschutz beruhen auf der Erwägung, dass es zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gehört, den Mieter in dem vertraglich vereinbarten Gebrauch zum Betrieb des vereinbarten Geschäfts bzw. Gewerbes nicht zu behindern. 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. Das Oberlandesgericht nahm an, dass die Vermietung der Räumlichkeiten an die Konkurrenten das für die Bemessung der Minderung maßgebliche Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Bei der Frage, ob eine Beeinträchtigung vorliegt, ist sowohl auf die konkrete Ausgestaltung des Betriebs des anderen Mieters als auch auf den in dem anderen Mietvertrag vereinbarten Mietzweck abzustellen. Die Minderungsbefugnis des beeinträchtigten Bestandsmieters kann sich schon aus den vertraglichen Nutzungsmöglichkeiten ergeben, die dem Konkurrenten eingeräumt worden sind, mögen sie auch nicht sogleich oder voll ausgeschöpft werden. Andererseits kann das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auch aus einer vertragswidrigen Überschreitung des dem hinzutretenden Mieter gewährten Mietgebrauchs gestört werden. Zwar war in dem Mietvertrag mit dem Kickbox-Studio vereinbart, dass Mietzweck der Betrieb eines solchen Studios sei. Das Oberlandesgericht Hamm lässt es dahinstehen, ob ein solcher Betrieb für die Kundschaft des Mieters als Betreiber eines Fitnessstudios von nennenswertem Interesse gewesen wäre. Entscheidend war vielmehr, dass der Konkurrent kein reines Kickbox-Studio betrieb, sondern ein Kampfsport-Studio, in dem von Anfang an verschiedene Kampfsportarten angeboten und auch eine größere Anzahl von Fitnessgeräten vorgehalten worden sind. Damit ist ein potentieller Einfluss auf die Kundschaft des Betreibers des Fitnessstudios geschaffen worden. Der Vermieter verletzte auch seine Verpflichtung zur Fernhaltung von Konkurrenz durch die Vermietung an den Betreiber des Reha- und Gesundheitssport-Studios. Insoweit bietet bereits der Vertragszweck "Gesundheitssport" keine klare Abgrenzung zum Vertragszweck des Betriebs eines Fitnessstudios, denn das Fitnesstraining lässt sich auch unter den Begriff des Gesundheitssport subsumieren. Insgesamt schätzte das Oberlandesgericht Hamm eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs des Betreibers des Fitnessstudios von 25 %. Der vertragsgemäße Gebrauch sei mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Denn das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sei durch die Vermietung an die beiden Konkurrenten empfindlich gestört worden. Von Bedeutung ist ferner die Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm, wonach es zur Feststellung und Bemessung dieser Beeinträchtigung im Rahmen der Minderung - anders als bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen - nicht der Auswertung der Umsatzentwicklung des betroffenen Mieters bedarf (so auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 514). Denn für die Frage der Erheblichkeit der Störung des Äquivalenzverhältnisses durch Verstöße gegen den Konkurrenzschutz ist die Umsatzentwicklung des betroffenen Mieters letztlich nicht aussagekräftig. Sie hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. So kann der Mieter, der aufgrund der Konkurrenzsituation in Schwierigkeiten gerät, seine Werbemaßnahmen erheblich intensivieren oder seine Preise erheblich herabsetzen und mit diesen Maßnahmen erfolgreich einen Umsatzrückgang verhindern, doch wird dies seine Minderungsbefugnis nicht beeinflussen. Andererseits kann ein Umsatzrückgang, dem der Mieter nicht solchermaßen erfolgreich entgegen gesteuert hat, auf Umständen beruhen, die mit der Konkurrenzsituation nichts zu tun haben. Die Umsatzzahlen als solche erlauben deshalb keinen verlässlichen Rückschluss auf das Maß der Beein-

trächtigung des Mietgebrauchs. Letztendlich ist somit die Bewertung des Gerichts für die Minderungsquote maßgeblich. Dies ist nicht zu beanstanden, denn Rechtsprechung ist keine Naturwissenschaft, sondern sie beruht auf Wertungen. Deshalb ist es aber aus Sicht des Mieters und des den Mieter beratenden Anwalts sehr schwer zu prognostizieren, welche Minderungsquote ein Gericht für angemessen erachtet.

OLG Hamm, Urteil vom 17.09.2015 - 18 U 19/15

- **Schadensersatz bei Vorschäden**

Bei Unfällen mit Kraftfahrzeugen ist es nicht selten, dass das Fahrzeug eines Geschädigten, mit Anspruch auf Schadenersatz, bereits in der Vergangenheit an einem Unfall beteiligt war. Insoweit ist es gängige Rechtsprechung, dass der Geschädigte unter Umständen keinen Schadenersatz erhält, soweit ein Vorschaden nicht offengelegt wird und die einzelnen Schadenbereiche nicht voneinander abgrenzbar sind.

Es hatte beispielsweise das Oberlandesgerichte Düsseldorf über einen Sachverhalt zu entscheiden, wonach ein Unfallgeschädigter, mit Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach zu 100 %, zwar angegeben hatte, dass im gleichen Fahrzeugbereich bereits ein Vorschaden bestanden hat, dieser sei auch vollständig, wenngleich ohne Rechnung, repariert worden. Da der Geschädigte jedoch aus Sicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht schlüssig dargestellt habe, in welchem Fahrzeugbereich und in welchem Umfang der frühere Schaden bestand und welche Reparaturarbeiten durchgeführt wurden, mithin kein abgrenzbarer Schadenbereich vorlag, wurde ein Anspruch auf Schadenersatz gänzlich verneint; Hinweisbeschluss vom 13.07.2015 - 1 U 164/14 (NJW 206, 96 f.).

Es wurde zwar durch das Oberlandesgericht Düsseldorf darauf hingewiesen, dass es sich um einen Bereich der richterlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO handelt. Ausgeführt wurde jedoch hierzu, dass es dem Geschädigten obliegt, die Schätzgrundlagen, im Falle des Vorschadens auch dessen Art, Umfang und der konkrete Schadenbereich sowie insoweit ausgeführte Reparaturarbeiten, nachvollziehbar darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen. Ist dies nicht möglich, kann aufgrund einer fehlenden Schätzgrundlage im Falle der Überdeckung der Schadenbereiche ein Schadenersatz abgelehnt werden.

Die Entscheidung zeigt, dass es selbst bei eindeutiger Haftung dem Grunde nach einer sorgfältigen Bearbeitung hinsichtlich der Darstellung des Unfallschadens bedarf, um einen Anspruch auf Schadensersatz nicht zu gefährden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.07.2015 - 1 U 164/14

- **Wer haftet für Hausgelder und Sonderumlagen?**

Der Beklagte war Eigentümer eines mit einem Altbau bebauten Grundstückes, welches dieser in fünf Wohneinheiten aufteilte und an Erwerber verkaufte. Zu Gunsten der Erwerber wurden Auflassungsvormerkungen in das Grundbuch eingetragen. Eine Umschreibung des Eigentums ist aber bislang nicht erfolgt. Die Wohnungen Nr. 2, 3 und 5 wurden übergeben, die Wohnungen Nr. 1 und 4 wurden in der vereinbarten Frist nicht fertiggestellt. Vielmehr haben die Erwerber der Wohnungen Nr. 1 und 4 Alleinbesitz an den erworbenen Einheiten begründet, indem sie jeweils einzelne Gegenstände in den erworbenen Wohnungen untergebracht haben und dem beklagten Bauträger durch die Auswechslung der Haustür den Zutritt zu dem Haus verwehrten. In einer Eigentümerversammlung wurden unter anderem eine Sonderumlage von EUR 700,00/Wohneinheit sowie ab April 2013 Wohngeldzahlungen von EUR 2,50/m² beschlossen. Mit der Klage verlangt die Wohnungseigentümergemeinschaft von dem Beklagten für die Wohnungen Nr. 1 und 4 Zahlung von Sonderumlagen und Hausgeldern ab April 2013 nebst Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben, die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg. Obwohl eine Eintragung der Käufer als Eigentümer noch nicht im Grundbuch erfolgt war, sieht der Bundesgerichtshof die klagende Wohnungseigentümergemeinschaft als parteifähig an. Denn nach der Rechtsprechung des für das Wohnungseigentumsrecht zuständigen V. Zivilsenats ist im Innenverhältnis zwischen dem teilenden Eigentümer und den Ersterwerbern eine vorverlagerte Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes geboten, sobald die Käufer eine rechtlich verfestigte Erwerbsposition besitzen und infolge

des vertraglich vereinbarten Übergangs der Lasten und Nutzungen der Wohnung ein berechtigtes Interesse daran haben, die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Mitwirkungsrechte an der Verwaltung der Wohnungseigentumsanlage vorzeitig auszuüben. Dies ist dann der Fall, wenn ein wirksamer Erwerbsvertrag vorliegt, der Übereignungsanspruch durch eine Auflassungsvormerkung gesichert ist und der Besitz an der Wohnung auf den Erwerber übergegangen ist. In diesem Fall kann ein sogenannter werdender Wohnungseigentümer die Mitwirkungsrechte ausüben und ist auch gemäß § 16 Abs. 2 WEG verpflichtet, die Kosten und Lasten zu tragen. Demnach ist die Klägerin als werdende Wohnungseigentümergemeinschaft entstanden, da die Wohnungen Nr. 2, 3 und 5 übergeben worden sind und auch die sonstigen Voraussetzungen (Erwerbsvertrag und Auflassungsvormerkung) ebenfalls erfüllt waren.

Der teilende Eigentümer ist jedoch Schuldner der Lasten im Sinne von § 16 Abs. 2 WEG für die Wohnungen Nr. 1 und 4 geblieben. Diese mitgliedschaftliche Stellung ist im Jahr 2013 nicht auf die Erwerberinnen übergegangen. Zwar bestanden wirksame, durch Vormerkung gesicherte Übereignungsansprüche, es fehlt jedoch an einem Besitzerwerb durch Übergabe der Wohnung. Denn der Bauträger kann seine mitgliedschaftliche Stellung nicht ohne oder gegen seinen Willen verlieren. Der Besitzerwerb durch die so genannte verbotene Eigenmacht (d.h. ohne den Willen des Bauträgers) reicht demzufolge nicht aus.

Nachdem im vom BGH entschiedenen Fall der Besitzerwerb ohne den Willen des Bauträgers stattfand, gingen die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten nicht auf die Erwerber über, sodass der Bauträger Schuldner der Forderungen blieb.

BGH, Urteil vom 11.12.2015 - V ZR 80/15

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

Zur Wirksamkeit einer Betriebskostenumlagevereinbarung

Der Mieter ist nur dann zur Tragung von Betriebskosten verpflichtet, wenn eine wirksame Umlagevereinbarung im Mietvertrag enthalten ist. Ist dies nicht der Fall, hat der Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 S. 3 BGB die Kosten zu übernehmen. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall war im Mietvertrag eine Klausel, wonach "für Art und Umfang der Betriebskosten die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 Zweite Berechnungsverordnung in der jeweils geltenden Fassung maßgebend ist." Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses existierte diese Anlage nicht mehr sondern war durch die Betriebskostenverordnung bereits ersetzt. Dem Mietvertrag wurde eine Aufzählung dieser Betriebskosten nicht beigefügt.

Die Mieter forderten die Betriebskostenvorauszahlungen mit dem Argument zurück, dass die erbrachten Zahlungen mangels wirksamer Umlagevereinbarung ohne Rechtsgrund erfolgt sind. Der Bundesgerichtshof versagt der Rückforderung den Erfolg. Zunächst verweist der Bundesgerichtshof auf seine frühere Rechtsprechung, wonach es zu einer wirksamen Umlagevereinbarung von Betriebskosten in der Wohnraummiete nicht der Aufzählung der einzelnen Betriebskosten bedarf. Vielmehr genügt es, dass auf die Betriebskosten gemäß der Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung verwiesen wird. Dies gilt auch dann, wenn bei Abschluss des Mietvertrages diese Verordnung nicht mehr in Kraft gewesen war und durch die Betriebskostenverordnung ersetzt worden ist. Denn die im streitgegenständlichen Mietvertrag getroffenen formularmäßigen Bestimmungen sind dahin auszulegen, dass die Mieter die Betriebskosten gemäß § 556 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. dem Betriebskostenkatalog in der dazu erlassenen Betriebskostenverordnung zu tragen haben. Da der Begriff der Betriebskosten seit vielen Jahrzehnten durch Rechtsverordnung definiert worden ist, ist der im Mietvertrag verwendete Begriff der Betriebskosten ohne weiteres in diesem und demnach in dem in § 556 Abs. 1 S. 2 BGB geregelten Sinn zu verstehen. Denn Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien von einem anderen Begriff der Betriebskosten ausgegangen sind, lagen nicht vor. Die Regelung ist auch nicht unklar, auch liegt kein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor. Angesichts der seit langem gesetzlich definierten Betriebskosten und der seit Jahrzehnten allgemein üblichen Umlage von Betriebskosten in Mietverträgen bedarf der Begriff der Betriebskosten in der Wohnraummiete grundsätzlich keiner Erläuterung oder Aufschlüsselung, da er als bekannt vorausgesetzt werden kann und für den Mieter hinreichend klar und verständlich ist. Etwas anderes käme nur in Betracht, falls durch Zusätze oder weitere Bestimmungen im Mietvertrag unklar würde, ob die Betriebskosten im Sinne der Regelung sämtliche umlegbaren Betriebskosten oder nur einzelne Betriebskostenarten meinen. Ein solcher Fall lag aber nicht vor.

Demnach hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung fortgesetzt und nunmehr klargestellt, dass auch Mietverträge, die fälschlicherweise zum Zeitpunkt des Vertragsab-

schlusses auf die Vorgängervorschrift der Betriebskostenverordnung verweisen, grundsätzlich geeignet sind, eine Umlagefähigkeit zu begründen. Anders kann dies lediglich sein, wenn aus weiteren Bestimmungen des Mietvertrages sich ein anderes Verständnis oder anderer Umfang der Betriebskosten ergibt.

BGH, Urteil vom 10.02.2016 - VIII ZR 137/15

- **Kürzungsmöglichkeiten bei fehlerhafter Verbrauchsermittlung**

Die Beklagte ist Mieterin einer mit Heizkostenverteilern ausgestatteten Wohnung. In diesem Gebäude wird in den Wohnungen verbrauchte Wärme zum Teil durch andere Wärmemengenzähler und zum Teil durch Heizkostenverteiler erfasst. Im Rahmen der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2010 brachte die klagende Vermieterin bezüglich der Heizkosten in den Wohnungen, die mit einem Wärmemengenzähler ausgestattet sind, die im Abrechnungszeitraum verbrauchten Kilowattstunden von den vom Versorger gelieferten Kilowattstunden in Abzug. Der verbleibende Rest an Kilowattstunden wurde auf die mit Heizkostenverteilern ausgestatteten Wohnungen umgelegt. Eine Vorerfassung des Verbrauchs der mit Heizkostenverteilern ausgestatteten Nutzergruppe fand nicht statt. Daraufhin kürzte die Klägerin den sich aus der Heizkostenabrechnung für die Beklagte ergebenden Verbrauchskostenanteil um 15 % und zog diesen Betrag ab. Den Restsaldo hat die Vermieterin eingeklagt.

Die Vorinstanzen haben die Klagen abgewiesen. Die Revision der Vermieterin hatte Erfolg.

Der Bundesgerichtshof führt in den Entscheidungsgründen aus, dass die Heizkostenabrechnung für das Jahr 2010 nicht den Vorschriften der Heizkostenverordnung entspricht. Denn in dem Objekt gibt es zwei unterschiedliche Nutzergruppen. In einem Teil der Wohnungen sind Heizkostenverteiler installiert, in dem anderen Teil wird der Wärmeverbrauch durch Wärmemengenzähler erfasst. Für die ordnungsgemäße Abrechnung hätte deshalb nach § 5 Abs. 2 S. 1 der Heizkostenverordnung zunächst der Verbrauchsanteil der jeweiligen Nutzergruppe vorerfasst und anschließend dieser Verbrauch auf die einzelnen Wohnungen verteilt werden müssen.

Dieser Fehler führt aber nicht zu einer Unwirksamkeit der Heizkostenabrechnung, sondern zu einem Kürzungsrecht der Mieterin gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 HeizkV. Rechtsfehlerhaft hat jedoch das Berufungsgericht angenommen, dass in diesem Fall der Vermieter zu Erstellung einer neuen Heizkostenabrechnung auf der Grundlage der Kostenverteilung nach Wohnflächen verpflichtet ist, auf deren Basis sodann die Kürzung vorzunehmen ist. Denn bereits nach dem Wortlaut von § 12 Abs. 1 S. 1 Heizkostenverordnung liegt die Annahme fern, dass der Vermieter die Vorlage einer neuen, auf der Grundlage der Wohnflächen erstellten Kostenberechnung schuldet. Vielmehr ist laut Wortlaut davon auszugehen, dass die fehlerhaft ermittelten Kosten die Basis des Kürzungsrechtes darstellen. Auch entspricht es dem Sinn und Zweck der Heizkostenverordnung, die Kürzung in der Regel auf der Grundlage der bereits erstellten Abrechnung vorzunehmen. Zweck der Heizkostenverordnung ist es, das Verbrauchsverhalten der Nutzer nachhaltig zu beeinflussen und damit Energieeinsparung zu erzielen. Dem jeweiligen Nutzer soll durch die verbrauchsabhängige Abrechnung der Zusammenhang zwischen dem individuellen Verbrauch und den daraus resultierenden Kosten bewusst gemacht werden. Es ist somit Kernforderung der Heizkostenverordnung, den individuellen Energieverbrauch zu erfassen. Somit ist grundsätzlich jede den Verbrauch des Nutzers einbeziehende Abrechnung, auch wenn sie nicht in jedem Punkt den Vorschriften der Heizkostenverordnung entspricht, einer ausschließlichen Abrechnung nach Wohnflächen vorzuziehen, da letztere den individuellen Verbrauch völlig unbeachtet lässt. Ausnahmen sind nur dann anzuerkennen, wenn der in Ansatz gebrachte verbrauchsbezogene Kostenanteil das tatsächliche Nutzerverhalten nicht wenigstens annähernd abbildet oder der Verbrauch nicht erfasst wurde und auch nicht mehr erfasst werden kann.

Klargestellt hat der Bundesgerichtshof ebenfalls, dass das Kürzungsrecht aus dem gesamten Kostenanteil zu berechnen ist und nicht etwa lediglich aus dem Verbrauchsanteil. Denn gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 Heizkostenverordnung hat der Nutzer das Recht "den auf ihn entfallenden Anteil" um 15 % zu kürzen.

BGH, Urteil vom 20.01.2016 - VIII ZR 329/14