SRF-Newsletter 08/2016

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

ARBEITSRECHT bekommen

- **Befristete, probeweise Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit während des Arbeitsverhältnisses?**

  Ein Arbeitgeber vereinbarte mit einer Mitarbeiterin, die seit 3 Jahren bei ihm als Verkäuferin angestellt war, sie für einen viermonatigen Zeitraum probeweise als Kassiererin zu beschäftigen. Nach Abschluss der Probephase hat man vereinbart, die Erprobung um weitere 6 Monate zu verlängern. In dieser Zeit wurden auch ein neu eingeführtes Kassensystem und die Mitarbeiterin bei der Bedienung desselben erprobt. Nach Ablauf der zweiten Erprobung wurde die Mitarbeiterin wieder als Verkäuferin eingesetzt, wogegen sie sich wehrte, da sie argumentierte, die Tätigkeit als Kassiererin sei nicht wirksam befristet und damit dauerhafter Vertragsinhalt geworden. Das Bundesarbeitsgericht hat den Fall nicht zu Ende entschieden, sondern zur Tatsachenfeststellung zurückverwiesen, dem Urteil lässt sich aber entnehmen, dass das Bundesarbeitsgericht es durchaus für zulässig hält, die Arbeitsleistung des Mitarbeiters auf einer höherwertigen Stelle zunächst zu erproben, bevor ihm die Stelle dauerhaft übertragen wird. Es liege allerdings dann eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn die Länge der Erprobung Zweifel am Grund der Erprobung - nämlich der Eignung und Feststellung - erweckt. Insoweit dürfte als zeitliche Grenze die in § 622 Abs. 3 BGB geregelte Frist von 6 Monaten, für eine bei Beginn des Arbeitsverhältnisses maximal vereinbarte Probezeit oder auch die tarifvertraglichen, gegebenenfalls kürzeren Probezeiten zu sehen sein. In keinem Fall darf die Probezeit während des Arbeitsverhältnisses wohl die Probezeit zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses mit einer neu eingestellten Arbeitskraft überdauern.

  BAG, Urteil vom 24.02.2016 – 7 AZR 253/14

- **Mindestlohn für Bereitschaftsdienst?**

  Im Vorfeld zum 01.01.2017, an dem der gesetzliche Mindestlohn von EUR 8,50/Stunde auf EUR 8,84/Stunde steigen wird, was bei entsprechenden Arbeitsverhältnissen zu berücksichtigen ist, wenn nicht die Branchenausnahme nach § 24 Mindestlohngesetz greift, ergehen weiterhin Urteile zur Thematik des Mindestlohns.

  1. Bundesarbeitsgericht zum Bereitschaftsdienst

  Ein Rettungsassistent, auf dessen Arbeitsverhältnis der TVöD Anwendung findet, war dort für 39 Stunden/Woche beschäftigt, nach dem Tarifvertrag lag eine Verlängerung der wöchentlichen Arbeit auf 48 Stunden vor, wenn regelmäßig in nicht unerheblichem Umfang Bereitschaftszeiten anfallen (Bereitschaftszeit gleich Arbeitszeit). Die Regelung fand beim Kläger, der also Bereitschaftszeiten in erheblichem Umfang zu erbringen hatte, Anwendung. Seine Monatsvergütung betrug rund EUR 2.700,00 zuzüglich Zulagen. Der Kläger hat darauf geklagt, für die Bereitschaftszeiten zusätzliche Entgelt zu bekommen und zwar in Höhe von EUR 15,81 je Stunde Bereitschaftsdienst.

  Der Kläger hatte vor Gericht keinen Erfolg, das Gericht hat auf die Gesamtarbeitszeit von max. 228 Stunden je Monat abgestellt und durch einen Vergleich mit der Bruttovergütung von EUR 2.700,00 ohne weiteres feststellen können, dass die Vergütung höher ist als der gesetzliche Mindestlohn, weitere Ansprüche dem Kläger also nicht zustehen. Die tarifvertragliche Regelung sei auch nicht durch das Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes unwirksam geworden. Zur Entscheidung liegt bislang nur die Pressemitteilung vor, aus ihr wird sich aber wohl auch ergeben, dass für Bereitschaftszeiten der Mindestlohn zu bezahlen ist.

  Eine zusätzliche Vergütung für Bereitschaftsdienstzeiten ist nach dieser Entscheidung dann nicht zwingend zu bezahlen, wenn die Gesamtvergütung für geleistete Arbeitszeit inklusive Bereitschaftsdienstzeit den Mindestlohn pro Stunde überschreitet.

  BAG, Urteil vom 29.06.2016 – 5 AZR 716/15

  2. Arbeitsgericht Köln zum Bereitschaftsdienst

  Das Arbeitsgericht Köln hat am 03.05.2016 entschieden, dass einer studentischen Hilfskraft, die Bereitschaftsdienst leistet, nicht der nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Stundenlohn i.H.v. EUR 8,50 brutto zustehe, sondern in Anlehnung an den TVöD NRW nur eine Vergütung i.H.v. 40 % einer normalen Arbeitsstunde, also EUR 3,40. Das Arbeitsgericht Köln hat also noch anders als in der vorstehend zitierten, aber noch nicht mit Gründen vorliegenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts entschieden und wird voraussichtlich aufgehoben werden. Auch innerhalb des Arbeitsgerichts Köln gibt es zu dieser Frage unterschiedliche Auffassungen. Mit großer Wahrscheinlichkeit wird der Mindestlohn für Bereitschaftsdienstseiten zukünftig voll zu zahlen sein.

ArbG Köln, Urteil vom 03.05.2016 - 14 Ca 6943/15

- **Befristete Erhöhung der Arbeitszeit?**

Das Bundesarbeitsgericht hat am 23.03.2016 einen durchaus besonderen Einzelfall zu entscheiden gehabt, dabei aber allgemein interessante Punkte festgelegt:

Ein Lehrer war an einer Privatschule mit 12 Wochenstunden beschäftigt dauerhaft seit 1996, seit 2001 bis 2012 mit jährlichen Arbeitszeiterhöhungen zwischen 3 und 13 Wochenstunden zusätzlich. Als diese befristeten Erhöhungen enden sollten, hat sich der Arbeitnehmer dagegen gewehrt und das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass der Arbeitnehmer zwar nicht verlangen kann, Vollzeit (25 Wochenstunden) statt 12 Wochenstunden beschäftigt zu werden, die befristete, letzte Erhöhung um 4 Unterrichtsstunden wöchentlich sei aber unwirksam, da sie einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht standhalte.

Das Bundesarbeitsgericht stellt in Rahmen seines Urteils klar, dass ein sachlicher Befristungsgrund nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG bei einer befristeten Erhöhung von 4 Wochenstunden wohl nicht vorliegen muss, da sich das Aufstockungsvolumen nicht auf mindestens 25 % einer entsprechenden Vollzeitbeschäftigung beläuft. Bei einer Erhöhung um mehr als 25 % muss immer ein sachlicher Befristungsgrund vorliegen.

Im konkreten Einzelfall hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Regelung der nur befristeten Erhöhung um 4 Wochenstunden den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt, da der Schulträger mit ihm seit über 10 Jahren für jedes Schuljahr befristete Aufstockungsvereinbarungen getroffen hat. Daraus hat das Bundesarbeitsgericht geschlossen, dass über die 12 fix vereinbarten Unterrichtsstunden pro Woche ein dauerhafter Mehrbeschäftigungsbedarf für den Kläger bestand und dieser mindestens 4 und mehr zusätzliche Unterrichtsstunden betrug.

BAG, Entscheidung vom 23.03.2016-7 AZR 828/13

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

BAURECHT bekommen

- **Bauträgerhaftung bei Nachzüglern**

Der Bundesgerichtshof hat in zwei Konstellationen über Ansprüche entschieden, die Käufer von Wohnungseigentum gegenüber dem Bauträger geltend machten.

Fall 1

Eine Wohnungseigentümergemeinschaft machte gegenüber dem Bauträger Mängelansprüche gelten, die sie zuvor durch Beschluss an sich gezogen hatte (von den einzelnen Eigentümern). In zeitlicher Hinsicht war Folgendes geschehen:

Im Jahr 2002 errichtete der Bauträger Eigentumswohnungen, die Ende 2002 fertiggestellt wurden und durch ein Ingenieurbüro am 25.11.2002 auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums abgenommen wurden. Die letzten Käufer (Nachzügler) schlossen im Jahr 2003 Verträge über die Eigentumswohnungen ab. In diesen Verträgen wird auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro verwiesen und die Verjährungsfrist für Mängelansprüche mit der Verjährungsfrist der früheren Käufer gleich geschaltet. Im Verfahren beruft sich der Bauträger auf die Verjährung, ausgehend von der Abnahme am 25.11.2002, nach Ansicht des BGH zu Unrecht.

Der Bundesgerichtshof führt aus, dass Bauträgerverträge auch mit sogenannten Nachzüglern unter das Werkvertragsrecht fallen, auch wenn bereits fertig gestellte Wohnungen veräußert werden und die Erwerbsverträge bis zu zwei Jahre nach Errichtung des Bauwerks geschlossen werden. Sofern der Vertrag vom Bauträger gestellt werde, also Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, könne sich der Bauträger nicht auf die rückwirkende Abnahme berufen, selbst dann nicht, wenn in der Teilungserklärung vorgesehen ist, dass diese Abnahme durch ein Ingenieurbüro erfolgt. Eine solche Regelung sei nichtig, da sie in die individuellen Ansprüche der Erwerber aus dem Kaufvertrag eingreife.

Auch die Bestimmung im Kaufvertrag, die auf die rückwirkende Abnahme verweist, ist unwirksam, da sie Nachzügler unangemessen benachteiligt und die Verjährungsfristen unangemessen verkürzt. Der Bundesgerichtshof weist weiter darauf hin, dass auch nicht von einer konkludenten Abnahme auszugehen sei, da der Nachzügler aufgrund der Hinweise des Bauträgers, die Abnahme sei bereits erfolgt, zunächst in Unkenntnis der Rechtslage das Bauwerk nutzt, wegen dieser Unkenntnis aber auch keinen Willen entfalten kann, das Werk/die Wohnung abzunehmen und deswegen auch kein konkludentes Handeln vorliegt.

BGH, Urteil vom 12.05.2016 - VII ZR 171/15

Fall 2

In einem anderen Fall hat der Bundesgerichtshof folgende Konstellation entschieden:

Eine Wohnanlage wird im Jahr 2003 errichtet, im Jahr 2004 aufgeteilt und im gleichen Jahr durch einen vom Bauträger bevollmächtigten Sachverständigen abgenommen. In den Jahren 2004 bis 2007 schließt der Bauträger Kaufverträge mit Erwerbern, in denen er ebenfalls auf die bereits erfolgte Abnahme durch den bevollmächtigten Sachverständigen verweist. Im Jahr 2011 wird Klage erhoben wegen Mängeln. Der Bauträger beruft sich auf die Verjährung, auch in diesem Fall ohne Erfolg. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass auch eine drei Jahre nach Errichtung und zuvor erfolgter Vermietung veräußerte Eigentumswohnung Ansprüche generieren kann, die die Wohnungseigentümergemeinschaft an sich ziehen kann, selbst wenn der Vertrag selbst Kaufvertrag und nicht mehr Werkvertrag ist, da die Wohnung nicht neu hergestellt wurde.

Gleichwohl ist aus Sicht des Bundesgerichtshofs die Klausel, wonach der Käufer anerkennt, dass mit der Abnahme des bevollmächtigten Sachverständigen die Gewährleistungsfrist zu laufen begann, unklar und gegen das Transparenzgebot verstoßend, da damit unklar bleibe, wann diese Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

Solange also einer der Erwerber noch einen unverjährten Anspruch hat und dieser von der Wohnungseigentümergemeinschaft an sich gezogen wurde, kann diese den Gesamtmangelanspruch geltend machen und der Bauträger sich auf die Verjährung nicht berufen.

Die Entscheidung ist sicherlich im Hinblick auf die vertragliche Regelung, die aus Sicht des Bundesgerichtshofs unklar ist, eine Einzelfallentscheidung, generell ist die Rechtsprechung aber offensichtlich nicht gewillt, Bauträgern Verjährungsverkürzungen zu erleichtern.

BGH, Urteil vom 25.02.2016 - VII ZR 156/13

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

ERBRECHT bekommen

Zu den Anforderungen an eine Patientenverfügung

Mit Beschluss vom 06.07.2016 (XII ZB 61/16) hat sich der Bundesgerichtshof mit den Anforderungen, die eine Patientenverfügung im Zusammenhang mit dem Abbruch von lebenserhaltenden Maßnahmen erfüllen muss, auseinandergesetzt. In der streitgegenständlichen Patientenverfügung war niedergelegt, dass unter anderem dann, wenn aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibe, lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben sollten. Zudem wurde einer der Töchter eine Vorsorgevollmacht erteilt, die auch die Befugnis enthielt, über den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen zu entscheiden, mit dem Zusatz, dass die Betroffene im Falle einer zum Tode führenden Erkrankung keinen Wert auf solche Maßnahmen lege, wenn feststehe, dass eine Besserung des Zustands nicht erwartet werden könne.

Aufgrund einer Erkrankung der Betroffenen streiten sich nunmehr die Bevollmächtigte, die wie die behandelnde Hausärztin der Auffassung ist, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung gegenwärtig nicht dem Willen der Betroffenen entspricht mit den beiden weiteren Kindern, die die gegenteilige Meinung vertreten und deshalb eine Kontrollbetreuung beantragt haben. Dies hat der Bundesgerichtshof abgelehnt. Auf Grundlage der vorliegenden Erklärungen ergäbe sich kein auf den Abbruch der künstlichen Ernährung gerichteter Behandlungswunsch oder mutmaßlicher Wille der Betroffenen. Denn die Äußerung, keine lebenserhaltenden Maßnahmen zu wünschen, enthält jedenfalls für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung. Da eine weitergehende Konkretisierung insoweit nicht erfolgt ist, könne derzeit nicht angenommen werden, dass die Bevollmächtigte sich über den Willen ihrer Mutter hinwegsetzt, was für die Anordnung einer Kontrollbetreuung erforderlich wäre.

Wer von der Möglichkeit, die sich gegebenenfalls stellenden medizinischen Fragen auch für Situationen, in denen er selbst nicht mehr ansprechbar ist, mitzugestalten, Gebrauch machen will, darf sich demnach nicht auf allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, beschränken. Vielmehr muss der Betroffene umschreibend festlegen, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht. Die insoweit erforderliche Konkretisierung kann gegebenenfalls durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungsmöglichkeiten erfolgen. Die Äußerung, keine lebenserhaltenden Maßnahmen zu wünschen, reicht insoweit nicht aus.

BGH, Beschluss vom 06.07.2016 - XII ZB 61/16

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Unterhalt für den pflegebedürftigen Ehegatten**

  In einem Beschluss vom 27.04.2016 - XII ZB 485/14 (NJW 2016, 2122 ff.) hatte der Bundesgerichtshof verschiedene Fragen zur Unterhaltsverpflichtung von Ehegatten, bei Pflegebedürftigkeit eines Ehegatten, zu entscheiden. Im vorliegenden Fall war die Ehefrau pflegebedürftig, eine Betreuerin war bestellt und hat in dieser Funktion gegen den Ehemann einen durch Sozialhilfe nicht gedeckten Beitrag zu Pflegeheimkosten von monatlich EUR 132,56 geltend gemacht. Der Ehemann war Rentner mit Renteneinkünften von monatlich netto EUR 1.042,82.

  Zunächst wurde durch den Bundesgerichtshof, entsprechend anderer Konstellationen, bestätigt, dass sich der Unterhaltsbedarf eines Pflegebedürftigen grundsätzlich konkret nach den jeweiligen Kosten des Pflegeheimes richtet, im vorliegenden Fall monatlich EUR 3.923,59.

  Weiter wurde entsprechend früherer Entscheidungen ausgeführt, dass allein die Aufhebung der häuslichen Lebensgemeinschaft, vorliegend aufgrund des Pflegeheimaufenthaltes der Ehefrau, nicht zu einem Getrenntleben und damit einem Anspruch auf Trennungsunterhalt führt. Es war deshalb, nach den konkreten Umständen des Falles, darüber zu entscheiden, ob ein Anspruch zu Gunsten der Ehefrau aufgrund des Anspruchs auf Familienunterhalt während bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft gegeben war. Auch in diesem Zusammenhang wurde, entsprechend obiger Darstellung, der konkrete Unterhaltsbedarf der Ehefrau in Höhe der Pflegeheimkosten bestätigt.

  Entgegen abweichender Meinungen wurde sodann durch den Bundesgerichtshof für die vorliegende Konstellation entschieden, dass ein Selbstbehalt, anders als sonst beim Familienunterhalt, zu berücksichtigen ist, zum damaligen Zeitpunkt nach den Leitlinien des zuständigen Oberlandesgerichtes mit monatlich EUR 1.000,00, so dass sich noch ein monatlicher Unterhaltsanspruch von EUR 43,00 (gerundet) ergeben hat. Es wurde bei dieser Gelegenheit ausgeführt, dass zwar für den vorliegenden Fall dies nicht zu entscheiden war, vieles jedoch dafür spreche, dass bei entsprechend günstigeren Einkommensverhältnissen zumindest das hälftige Nettoeinkommen dem Unterhaltspflichtigen verbleiben muss, aufgrund Berücksichtigung des Halbteilungsgrundsatzes.

  BGH, Beschluss vom 27.04.2016 - XII ZB 485/14

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

IT-RECHT bekommen

- **Widerrufsrecht beim Maklervertrag durch BGH bestätigt**

  In zwei aktuellen Entscheidungen vom 07.07.2016 (I ZR 30/15 und I ZR 68/15) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Verbrauchern bei im Fernabsatz geschlossenen Immobilien-Maklerverträgen ein Widerrufsrecht zusteht. In beiden Fällen hatte der Makler im Internet ein Grundstück beworben und auf Anfrage per E-Mail ein Exposé mit den Details, unter anderem der Maklerprovision, übersendet. Eine Widerrufsbelehrung enthielten die Exposés nicht. Die Kunden zahlten nach dem Kauf die Provision nicht und die Makler mussten diese einklagen, wobei der Kunde jeweils im Verfahren den Widerruf des Vertrags erklärte.

  Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die streitgegenständlichen Verträge Fernabsatzverträge über die Erbringung von Dienstleistungen sind und damit den Kunden das Widerrufsrecht zusteht. Da die Makler über das Widerrufsrecht nicht belehrt hatten, wurde die eigentlich nur 14 Tage betragende Widerrufsfrist nicht in Gang gesetzt und konnten die Verbraucher auch noch weit nach Vertragsschluss den Vertrag widerrufen und sich so von ihrer Zahlungsverpflichtung befreien. Die Entscheidung erging zwar zu dem bis zum 12.06.2014 geltenden Fernabsatzrecht. Auch die jetzt geltende Rechtslage führt aber nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Vielmehr müssen Immobilienmakler auch aktuell mit einem Widerruf der Verträge rechnen, wenn sie diese per E-Mail oder telefonisch versenden, was in der aktuellen Praxis der Regelfall sein dürfte. Bei Altverträgen (die vor dem 12.06.2014 geschlossen wurden) muss aktuell nicht mit einem Widerruf gerechnet werden, da das Widerrufsrecht nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 32 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB mit Ablauf des 27.06.2015 erloschen ist. Für danach abgeschlossene Verträge kann ein Widerruf, wenn die Widerrufsbelehrung unterblieben ist, noch 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss erfolgen.

Um sich insoweit zu schützen, sollten Makler, soweit sie im Fernabsatz tätig sind, ihre Kunden über das Widerrufsrecht belehren, damit sie nicht noch nach einem Jahr mit einem Vertragswiderruf rechnen müssen. Im Übrigen besteht die Option, trotz Widerrufs zumindest Wertersatz für die Dienstleistung beim Verbraucher geltendzumachen, Voraussetzung ist aber, dass der Makler vor Vertragsschluss das ausdrückliche Einverständnis des Kunden einholt, dass mit der Dienstleistung vor Ende der Widerrufsfrist begonnen wird und auf den Wertersatzanspruch hinweist.

BGH, Urteile vom 07.07.2016 - I ZR 30/15 und I ZR 68/15

- **Beim Online-Vertragsschluss muss auch eine Online-Kündigung ermöglicht werden**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 14.07.2016 - III ZR 387/15 zur Wirksamkeit einer Kündigungsklausel in Online-Verträgen Stellung genommen. Streitgegenständlich war folgende Kündigungsklausel des Betreibers des Partnervermittlung-Portals ElitePartner.de:

"Die Kündigung der VIP- und/oder Premium-Mitgliedschaft bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (eigenhändige Unterschrift) und ist z. B. per Fax oder per Post an E. GmbH (Adresse siehe Impressum) zu richten; die elektronische Form ist ausgeschlossen."

Damit war zum Beispiel eine Kündigung per E-Mail ausgeschlossen. Diese Klausel benachteiligt den Verbraucher aus Sicht des BGH unangemessen und ist daher unwirksam. Maßgeblich war insoweit, dass auch ansonsten die gesamte Kommunikation ausschließlich in digitaler Form erfolgt und z.B. der Vertragsschluss ohne Unterschrift des Kunden möglich ist. Auch die Leistungen des Portals werden ausschließlich elektronisch abgerufen. Bei einer derart umfassenden und bis auf die Kündigung durch den Kunden ausnahmslos digitalen Ausgestaltung der Vertragsbeziehung sei es allein sachgerecht, für die Beendigungsmöglichkeit dieselben elektronischen Möglichkeiten und Formen zuzulassen wie für die Begründung des Vertrages und seine gesamte Durchführung. Nach der Gestaltung des Vertrages könne der Kunde davon ausgehen, alle Erklärungen, also auch eine Kündigung, digital, insbesondere auch per E-Mail, abgeben zu können.

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Wer im Internet handelt und seinen Kunden den Vertragsschluss im Internet anbietet, darf sich nicht darauf zurückziehen, dass eine Vertragsbeendigung nur schriftlich erfolgen kann und so die Kündigung erschweren.

BGH, Urteil vom 14.07.2016 - III ZR 387/15

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

MIETRECHT bekommen

- **Bei der Gewerberaummiete kann der vertraglich vereinbarte Verteilungsschlüssel nur mit Zustimmung des Mieters geändert werden**

Mit Urteil vom 01.12.2015 - 24 U 64/15 - hat das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden, dass der Vermieter den in einem Gewerberaummietvertrag vereinbarten Verteilungsschlüssel für die Umlage von Betriebskosten nur mit Zustimmung des Mieters ändern kann. Als Rechtsgrundlage für einen Anspruch des Vermieters auf Zustimmung des Mieters zur Vertragsänderung kommen die Bestimmungen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht. Die irrige Vorstellung des Vermieters, der vereinbarte Verteilungsschlüssel für die Umlage von Betriebskosten führe zur Deckung der ihm entstehenden Betriebskosten, rechtfertige aber nicht die Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 2 BGB, weil eine fehlerhafte Kostenkalkulation in die Risikosphäre des Vermieters fällt. Anders lägen die Dinge nur, wenn der Mieter an der Kostenkalkulation beteiligt war oder sonst mit der Kostenkalkulation zu tun hatte.

In dem Mietvertrag über einen Gewerberaum wird geregelt, dass die Betriebskosten im Verhältnis der Mietfläche zur Gesamtfläche des Gebäudes auf den Mieter umgelegt werden, sofern dieser die Kosten nicht direkt begleicht oder eigene Zählereinrichtungen zur Verbrauchsmessung vorhanden sind. Im Mietvertrag wird vereinbart, dass der Betriebskostenabrechnung eine Gesamtfläche des Gebäudes von 15.393,15 m² zugrundegelegt wird und dass von einer Mietfläche von 4.989,81 m² auszugehen sei. Der Vermieter legt seinen Nebenkostenabrechnungen aber eine Gesamtfläche von 12.046,85 m² zu Grunde und argumentiert, aus der Gesamtfläche von 15.393,15 m² müsste die Fläche der Tiefgarage herausgerechnet werden, weil auf die Tiefgaragenfläche keine der abgerechneten Betriebskosten entfielen. Andernfalls bliebe der Vermieter jährlich auf 20 % der vom Mieter verursachten Betriebskosten sitzen. Wenn eine verbindliche Vereinbarung zur Bezugsgröße für die Nebenkostenumlage mit 15.393,15 m² getroffen worden sei, habe der Vermieter einen Anspruch auf Änderung des Verteilungsschlüssels aus den Bestimmungen über eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf gibt dem Mieter Recht und teilt die Ansichten des Vermieters nicht. § 556 a BGB bestimmt für die Wohnungsmiete, dass der Vermieter von einem vereinbarten Abrechnungsmaßstab für Betriebskosten für die Zukunft dadurch abweichen kann, dass er durch Erklärung in Textform bestimmt, dass die Betriebskosten zukünftig abweichend von der getroffenen Vereinbarung ganz oder teilweise nach einem Maßstab umgelegt werden, der dem erfassten unterschiedlichen Verbrauch oder der erfassten unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Die Vorschrift des § 556 a BGB gilt aber nur für Mietverhältnisse über Wohnraum. Deshalb kann nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf der Vermieter den vereinbarten Verteilungsschlüssel für die Umlage von Betriebskosten nicht einseitig, sondern nur mit Zustimmung des Mieters ändern. Ein Anspruch des Vermieters auf Zustimmung des Mieters zur Änderung des Verteilungsschlüssels kommt nach den Bestimmungen über die Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht. Hier haben die Parteien aber einvernehmlich die für die Nebenkostenabrechnung maßgebliche Gesamtfläche festgelegt. Auch wenn dies zu keiner gerechten Kostenaufteilung führt, fällt dies allein in den Verantwortungsbereich des Vermieters. Die zutreffende Ermittlung der tatsächlichen Mietfläche ist Aufgabe des Vermieters. Er hat deshalb das Risiko einer unzutreffenden Flächenangabe im Mietvertrag zu tragen. Auch eine zu niedrige Kostenkalkulation fällt in das Risiko des falsch Kalkulierenden, hier also des Vermieters. Deshalb kommt auch kein Anspruch des Vermieters auf Zustimmung des Mieters zu einer Änderung des Verteilerschlüssels in Betracht. Dem Vermieter ist die Vertragserfüllung auch nicht unzumutbar.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.12.2015 - 24 U 64/15

- **Kreatives zu Schriftformheilungsklauseln**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteilen vom 22.01.2014 - XII ZR 68/10 - und vom 30.04.2014 - XII ZR 146/12 - entschieden, ein Grundstückserwerber bzw. ein Nießbrauchsberechtigter, die jeweils kraft Gesetzes durch Grundstückserwerb bzw. Erwerb des Nießbrauchrechts in einen bestehenden Mietvertrag eintreten, seien durch eine so genannte Schriftformheilungsklausel nicht gehindert, einen langjährigen Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel zu kündigen.

Das Kammergericht Berlin hat nunmehr mit Beschluss vom 09.05.2016 - 8 U 54/15 - übereinstimmend mit dem Oberlandesgericht Braunschweig (Urteil vom 17.09.2015 - 9 U 196/14) entschieden, eine formularmäßige Schriftformheilungsklausel in einem Mietvertrag sei zwischen den ursprünglichen Parteien des Mietvertrages wirksam und führe dazu, dass die mit einem Schriftformmangel begründete vorzeitige Kündigung des Mietvertrages treuwidrig sei.

Der Entscheidung des Kammergerichts Berlin lag ein am 23.06.2012 geschlossener Mietvertrag über Gewerberäume in Berlin zu Grunde, der für die Zeit bis zum 31.08.2022 geschlossen wurde. Die Mieterin erklärte mit Schreiben vom 02.07.2014 die Kündigung zum 31.12.2014 und begründete dies damit, dass diverse Schriftformmängel vorlägen, die zur ordentlichen Kündbarkeit des Mietvertrags nach § 550 S. 1 BGB führten. Insbesondere hätten die Mietvertragsparteien eine Vereinbarung über die Vergütung von Sonderwünschen geschlossen, ohne dass diese nachträgliche Absprache zum Mietvertrag in der gesetzlichen Schriftform festgehalten worden sei. Das Kammergericht Berlin meint, die Kündigung sei treuwidrig und daher unwirksam, weil der Mietvertrag eine formularmäßige Schriftformheilungsklausel enthielt, mit der sich die Parteien verpflichteten, Schriftformmängel zu heilen. Im Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien sei die auf einen Formmangel gestützte Kündigung treuwidrig, solange nicht erfolglos versucht wurde, die andere Partei zu einer Heilung des Schriftformmangels zu veranlassen.

Außerordentlich gewagt ist die Meinung des Kammergerichts, die Revision müsse nicht zugelassen werden, weil es angeblich in der obergerichtlichen Rechtsprechung unbestritten sei, dass eine Schriftformheilungsklausel zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien wirksam sei. Auch das Oberlandesgericht Braunschweig hat mit Urteil vom 17.09.2015 - 9 U 196/14 - die Rechtsmeinung vertreten, die auf einen Schriftformmangel gestützte Kündigung eines langfristigen Gewerberaummietvertrags sei treuwidrig, sofern die Parteien in dem insoweit schriftlich vorliegenden Gewerberaummietvertrag vereinbart haben, auf Verlangen die Handlungen vorzunehmen und die Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um der gesetzlichen Schriftform Genüge zu tun (Schriftformheilungsklausel). Das Oberlandesgericht Braunschweig hat allerdings die Revision zugelassen.

Die Entscheidungen des Kammergerichts Berlin und des Oberlandesgerichts Braunschweig dürften der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs widersprechen. Die Auffassung des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts Braunschweig, Schriftformheilungsklauseln seien zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien wirksam, dürfte nur schwerlich haltbar sein. Der Bundesgerichtshof hat nämlich ausgeführt, dass entsprechende Regelungen auch als Individualvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen die zwingende Vorschrift des § 550 BGB unwirksam seien. Diese Unwirksamkeit dürfte sich wegen des Verbots der

geltungserhaltenden Reduktion auch auf die ursprünglichen Vertragsparteien erstrecken. Das Oberlandesgericht Braunschweig hatte insoweit gemeint, der Grundsatz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion (die Zurückführung einer unwirksamen Klausel auf ein zulässiges Maß ist nicht gestattet, vielmehr bleibt es bei der Totalunwirksamkeit) sei nicht einschlägig, weil es nicht darum gehe, die Schriftformheilungsklausel auf einen zulässigen Kern zurückzuführen, vielmehr sei streitgegenständlich die Beurteilung der Treuwidrigkeit des Verhaltens einer Partei. Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht. Wenn nämlich eine Schriftformheilungsklausel wegen eines Verstoßes gegen die zwingende Vorschrift des § 550 BGB unwirksam ist, kann eine unwirksame Regelung nicht zur Treuwidrigkeit einer Kündigung führen.

Bei einer Fortbildungsveranstaltung, die am 11.03.2016 vom Fortbildungsinstitut der Rechtsanwaltskammer Stuttgart GmbH durchgeführt wurde, erklärte der Richter am Bundesgerichtshof, Dr. Peter Günter, der Mitglied des für die Gewerberaummiete zuständigen XII. Zivilsenates ist, dass Schriftformheilungsklauseln, die auch einen Erwerber einbeziehen, der kraft Gesetzes in den Mietvertrag eintritt, auch im Verhältnis zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion unwirksam seien. Er empfehle deshalb, Schriftformheilungsklauseln so zu formulieren, dass diese nur die ursprünglichen Vertragsparteien binden. Aber auch insoweit müsse zu gegebener Zeit noch gesondert vom Bundesgerichtshof entschieden werden, ob derartige Vereinbarungen wirksam seien. Auch bei Schriftformheilungsvereinbarungen zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien könnte der zwingende Charakter von § 550 BGB möglicherweise zur Unwirksamkeit führen, worüber der Bundesgerichtshof aber noch intensiv bei entsprechendem Anlass nachdenken müsse. Unter Umständen müsse man zwischen individualvertraglich und formularvertraglich vereinbarten Schriftformheilungsklauseln unterscheiden. Auch bei Formularklauseln müsse man aber der Frage nachgehen, ob diese wegen Fehlens einer unangemessenen Benachteiligung wirksam seien, wenn man nicht annähme, dass bereits der zwingende Charakter von § 550 BGB zur Unwirksamkeit führe.

Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es sehr zu begrüßen, wenn der Bundesgerichtshof in nicht zu ferner Zukunft Gelegenheit erhielte, zu den etlichen noch offenen Fragen in Bezug auf Schriftformheilungsklauseln Stellung zu nehmen.

- **Befriedigung aus einer Bürgschaft im laufenden Mietverhältnis**

Das Oberlandesgericht Hamm hat sich mit Urteil vom 11.02.2016 - 18 U 42/15 - mit einer weiteren Variante der Inanspruchnahme einer Bürgschaft im laufenden Mietverhältnis befasst. Mit Vertrag vom 16.12.2004 vermietete die Beklagte Räumlichkeiten zum Betrieb eines Backshops. Am 01.01.2012 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters eröffnet und die Klägerin wurde zur Insolvenzverwalterin bestellt. Das Mietverhältnis endete aufgrund einer Kündigung der Insolvenzverwalterin zum 31.01.2014.

Der Mietvertrag enthielt folgende Wertsicherungsklausel:

Ändert sich der vom Statistischen Bundesamt ermittelte Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland auf der Basis des Jahres 2000 = 100 um mehr als fünf Punkte gegenüber dem Indexpunktstand zum Zeitpunkt der Übergabe oder der letzten Anpassung der Miete aufgrund einer Preisindexveränderung, ändert sich die Miete in gleichem Maße zum Ersten des Monats, in dem die diese Mietanpassung auslösende Preisindexveränderung eingetreten ist. Der Vermieter wird die Änderung/Erhöhung dem Mieter mitteilen und dabei eine entsprechende Berechnung vorlegen.

Der Schwellenwert von fünf Punkten gegenüber dem Indexpunktstand zum Zeitpunkt der Übergabe der Mietsache erhöhte sich ab April 2008 um mehr als fünf Punkte. Erst mit Schreiben vom 08.02.2012 macht der Vermieter rückwirkend eine Mieterhöhung aufgrund der Wertsicherungsklausel geltend. Nachdem die Klägerin (die Insolvenzverwalterin) keine Zahlung leistete, nahm der Vermieter die Bürgin aus der vom Mieter gestellten Mietbürgschaft in Anspruch. Die Bürgin zahlte EUR 3.700,00. Der Vermieter verrechnete diesen Betrag auf die geltend gemachten Mieterhöhungen ab April 2008 und zwar zunächst auf die ältesten. Die Insolvenzverwalterin klagt auf Zahlung des Betrages von EUR 3.700,00 an die Bürgin. Sie meint, Mieterhöhungen für die Monate April 2008 bis Dezember 2008 seien verjährt und die Mieterhöhungen ab Januar 2009 seien verwirkt, da sie über vier Jahre lang nicht geltend gemacht worden seien.

Das Oberlandesgericht weist die Klage ab. Es führt zunächst aus, die Mietzinserhöhung sei automatisch erfolgt, ohne dass eine Aufforderung durch den Vermieter erforderlich gewesen sei. Eine andere Auslegung der vertraglichen Regelung dahin, dass konstitutiv für die Erhöhung das Erhöhungsverlangen sein soll, ist mit ihrem Wortlaut nicht zu vereinbaren. Soweit es im zweiten Teil der Klausel heißt, der Vermieter "wird" die Änderung dem Mieter mitteilen, be-

gründet dies nicht den konstitutiven Charakter dieser Mitteilung. Daraus ergibt sich allenfalls, dass die Insolvenzverwalterin vor Bekanntgabe des Erhöhungsverlangens nicht zu leisten brauchte. Die Mitteilung betrifft also lediglich die Frage der Fälligkeit bzw. der Erfüllbarkeit der Mieterhöhungen. Ansprüche auf Zahlung der Erhöhungsbeträge sind auch nicht verwirkt, wobei das Oberlandesgericht die (zu bejahende) Frage der Verjährung der Mieterhöhungen vor dem 01.01.2009 offenlässt, weil es hierauf für die Entscheidung nicht ankommt. Auf alle Fälle sind die Erhöhungsbeträge ab dem 01.01.2009 (die den verbürgten Betrag überstiegen, so dass es irrelevant war, ob hinsichtlich der Erhöhungen vor Ablauf des Jahres 2008 Verjährung eingetreten war) nicht verwirkt. Das bloße Zeitmoment, also der Ablauf von vier Jahren, reicht nicht aus. An weiteren Umständen, die zu einem gerechtfertigten Vertrauen des Mieters hätten führen können, fehlt es.

Ohne Bedeutung für die Entscheidung war auch, dass der Vermieter nicht bereits am 09.02.2012 während des laufenden Mietverhältnisses auf die Bürgschaft zugreifen durfte. Zwar darf sich der Vermieter im laufenden Mietverhältnis nur wegen solcher Forderungen aus der Sicherheit befriedigen, wegen derer der Mieter sich bereits in Verzug befindet (Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. III. A 2036), vor allem aber soll ein Zugriff auf die Kaution nicht wegen bestrittener Forderungen möglich sein (BGH NJW 2014, 2496 für die Wohnraummiete). Wenn Letzteres auch für die Inanspruchnahme einer Bürgschaft im Rahmen eines Geschäftsraummietverhältnisses gilt, dann lagen die vertraglichen Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Bürgschaft am 09.02.2012 nicht vor. Denn hinsichtlich der Mieterhöhungen befand sich die Mieterin zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Bürgschaft weder in Verzug noch waren die Forderungen unstreitig. Das ist aber ohne Bedeutung. Zwar kann ein solchermaßen vertragswidriges Verhalten des Vermieters zu einem Anspruch des Mieters führen, von vorzeitig ausgelösten Regressansprüchen des in Anspruch genommenen Bürgen freigestellt zu werden. Ist bereits eine erfolgreiche Inanspruchnahme des Bürgen erfolgt, wird dies auf einen Zahlungsanspruch in betreffender Höhe hinauslaufen und zwar gegebenenfalls nur Zug um Zug gegen Neugestellung der vertraglich vorgesehenen Bürgschaft, denn der Anspruch des Vermieters auf eine solche Sicherheit ist nicht mit der vertragswidrigen Inanspruchnahme entfallen. Doch kann der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sicherheit auch wegen streitiger Forderungen in Anspruch nehmen (so beispielsweise Palandt, BGB, vor § 535 Rn. 123 und Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, § 551 Rn. 100). Mit Ablauf des 31.01.2014 sind damit etwaige Ansprüche der Insolvenzverwalterin wegen einer bis dato vorzeitigen Inanspruchnahme der Bürgschaft durch den Vermieter entfallen.

OLG Hamm, Urteil vom 11.02.2016 - 18 U 42/15

- **Fehlende öffentlich-rechtliche Genehmigung als Kündigungsgrund?**

Das Landgericht Berlin befasste sich mit nicht rechtskräftigem Urteil vom 31.05.2016 - 29 O 382/15 - mit der Frage, ob eine fehlende öffentlich-rechtliche Genehmigung für den Betrieb des Mieters den Vermieter zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtige. Im konkreten Fall ist diese Frage verneint worden.

Gegenstand des langjährigen Mietvertrages sind als Bäckerei genutzte Räume. Der Betrieb war für eine Backtätigkeit in der Zeit von 3:00 Uhr bis 15:00 Uhr genehmigt. Als Folge seines wirtschaftlichen Erfolges weitete der Beklagte seinen Backbetrieb auf 24 Stunden täglich aus. Der Mieter stellt hierfür einen entsprechenden Bauantrag, nimmt die Erweiterung des Geschäftsbetriebs aber vor Erteilung der Genehmigung vor. Deshalb erklärt der Vermieter nach vorangegangener Abmahnung die fristlose Kündigung. Zum Zeitpunkt der Entscheidung durch das Landgericht Berlin war über die vom Mieter beantragte Baugenehmigung noch nicht entschieden worden.

Das Landgericht Berlin weist die Klage mit der Begründung ab, es liege kein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender wichtiger Grund vor. Denn zum einen ist letztlich maßgeblich allein die Frage, ob und inwieweit die Nutzung materiell öffentlich-rechtlich zulässig ist, während es sich bei der Genehmigungserteilung selbst lediglich um einen notwendigen Formalakt, der dies nach Prüfung bestätigt, handelt. Das Fehlen einer erforderlichen Genehmigung macht die Nutzung insoweit zwar gleichwohl formell rechtswidrig. Jedoch obliegt dem Vermieter nicht gegenüber seinem Mieter die Wahrung der Rechtsordnung, jedenfalls solange nicht, wie seine eigene Rechtsstellung bzw. Interessenlage nicht davon betroffen wird.

LG Berlin, Urteil vom 31.05.2016 - 29 O 382/15 (Berufung anhängig beim Kammergericht unter 8 U 116/16)

- **Rechtsscheinhaftung**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf befasste sich mit Beschluss vom 01.03.2016 - 24 U 152/15 - mit einem Fall der Rechtsscheinhaftung. Als Mieter wird im Rubrum des Mietvertrags genannt die Einzelfirma P. Containerservice. Unterschrieben wird der Mietvertrag ohne jeden Vertretungszusatz durch den Beklagten persönlich. Der Vermieter klagt gegen den Beklagten auf Zahlung von Miete. Dieser macht

geltend, er sei nicht Mieter, sondern er habe in Vertretung der Firma PCS Container Service Limited gehandelt und sei deshalb nicht passivlegitimiert. Das Oberlandesgericht Düsseldorf teilt diese Meinung nicht und entscheidet, dass der Beklagte persönlich haftet. Der Beklagte muss sich nämlich die Regelung des § 164 Abs. 2 BGB entgegenhalten lassen, wonach der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt, wenn der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt. Die in ihrer Formulierung nicht gerade als glücklich zu bezeichnende Bestimmung des § 164 Abs. 2 BGB besagt zweierlei. Zunächst besagt sie, dass in allen Fällen, in denen weder die Erklärung selbst noch ihre Umstände dem Erklärungsempfänger erkennen lassen, ob der Erklärende für sich selbst oder für einen anderen handeln will, in denen also die Erklärung hinsichtlich der Person desjenigen, der Geschäftspartei sein soll, objektiv mehrdeutig ist, die Erklärung als im eigenen Namen des Erklärenden abgegeben, das Geschäft als sein eigenes angesehen werden soll. Insoweit handelt es sich um eine gesetzliche Auslegungsregel: Im Zweifel ist die Erklärung ein Eigengeschäft des Erklärenden. Darüber hinaus besagt die Bestimmung aber auch, dass, wenn die Erklärung als Eigengeschäft des Erklärenden zu verstehen ist, dieser sie nicht deshalb, weil er sie selbst als Vertreter eines anderen abgeben wollte, wegen Irrtums über ihren Inhalt anfechten kann. Der Mangel seines Willens, für sich selbst zu handeln, ist nach dieser Bestimmung, sofern er nicht erkennbar war, rechtlich unbeachtlich; er kommt daher auch nicht als Grundlage einer Irrtumsanfechtung in Betracht. Das Gesetz schützt das Vertrauen des Erklärungsempfängers darauf, dass der Erklärende selbst und nicht ein ungenannter Dritter Geschäftspartei wird, durch den Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit.

- An der persönlichen Haftung des Beklagten ändert sich auch nichts durch die Anwendung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei unternehmensbezogenen Geschäften entwickelten Grundsätze. Bei einem unternehmensbezogenen Geschäften geht der Wille der Beteiligten nach der vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewandten Auslegungsregel zwar im Zweifel dahin, dass der Inhaber des Unternehmens Vertragspartei wird und nicht der für das Unternehmen Handelnde (BGH NJW 2008, 1214 Rn. 11). Wenn also im kaufmännischen Geschäftsverkehr ein Vertrag ausdrücklich mit dem Unternehmen unter seiner Firma geschlossen wird und der Vertragsgegenstand dessen Tätigkeitsbereich zugeordnet werden kann, wird grundsätzlich der Inhaber des Unternehmens zum Vertragspartner, auch wenn der Vertreter nicht explizit auf die Stellvertretung hinweist. Steht die Unternehmensbezogenheit des Rechtsgeschäfts fest, besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Vertrag mit dem Unternehmensinhaber zustande gekommen ist und der Handelnde als Vertreter agiert hat (so etwa Münchner Kommentar, BGB, § 164 Rn. 120 und BGH NJW 2008, 1214 Rn. 11). Dies gilt auch dann, wenn der Inhaber des Unternehmens falsch bezeichnet wird oder sonst Fehlvorstellungen über ihn bestehen (BGH NJW 1998, 2897). Indes ändert dies nichts an der Haftung jedenfalls auch des Beklagten persönlich. Denn neben dem Grundsatz, dass der wahre Rechtsträger durch das unternehmensbezogene Geschäft berechtigt und verpflichtet wird, ist Raum für eine Rechtsscheinhaftung des Handelnden - hier des Beklagten -, wenn dieser in zurechenbarer Weise den Eindruck erweckt, dass der Unternehmensträger unbeschränkt für die Verbindlichkeiten hafte. Ist der Unternehmensträger in Wahrheit eine Gesellschaft mit beschränkter Haftungsmasse, so ist der Handelnde dem gutgläubig auf den gesetzten Rechtsschein vertrauenden Vertragspartner gesamtschuldnerisch neben dieser Gesellschaft verpflichtet (BGH NJW 1998, 2897). Jedenfalls die Voraussetzungen dieser Rechtsscheinhaftung des Beklagten sind - die Unternehmensbezogenheit des streitgegenständlichen Vertragsschlusses als gegeben unterstellt - hier erfüllt. Der Beklagte hat nämlich bei Vertragsschluss in zurechenbarer Weise den Eindruck erweckt, dass der Unternehmensträger, nämlich die Einzelfirma P. Containerservice, für die Verbindlichkeiten aus dem streitgegenständlichen Mietvertrag unbeschränkt hafte, wohingegen es sich bei dem Unternehmen, das durch den Mietvertrag berechtigt und verpflichtet worden sein soll, um die Firma PCS Container Service Limited handeln soll.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.03.2016 - 24 U 152/15

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Schadensersatzleistung und Berechtigung zum Vorsteuerabzug**

Für den Geschädigten stellt sich die Frage, welchen Betrag er letztendlich als Kompensation für eine unfallabhängige Beschädigung, beispielsweise eines Kraftfahrzeuges, erhält. Dabei ist auch die Umsatzsteuer eine erhebliche Position. Ist ein Geschädigter jedoch zum Vorsteuerabzug berechtigt, so stellte der Mehrwertsteueranteil bei diesem lediglich eine

durchlaufende Position dar, so dass in dieser Höhe kein Schaden verbleibt, weshalb nur die

Nettobeträge zu ersetzen sind. Dies gilt ohne Einschränkung für alle ausgewiesenen Mehrwertsteuerbeträge, beispielsweise bei den Kosten des Sachverständigen, Reparaturkosten und Anwaltskosten.

Bei der fiktiven Abrechnung auf Totalschadenbasis ergibt sich die Problematik, dass drei denkbare Modelle einer Belastung mit der Umsatzsteuer, bei der Feststellung des relevanten Wiederbeschaffungswertes, in Betracht kommen. Entweder es entsteht der Regelsteuersatz mit 19 % (Neufahrzeuge und gewerbliche Wiederverkäufer), eine Differenzsteuer (Gebrauchtfahrzeug vom Händler, welches dieser vom Privatmann erworben hat) oder keine Umsatzsteuer (Kauf von Privatpersonen). Durch den Bundesgerichtshof ist entschieden, dass es bei der Abrechnung auf Totalschadenbasis nicht darauf ankommt, ob auch ein Fahrzeug der einen oder anderen Besteuerungsart zu erlangen wäre. Vielmehr hat der BGH entschieden, dass es für die Höhe des Mehrwertsteueranteils auf die überwiegende Zahl der Verkaufsfälle ankommt (beispielsweise BGH, Urteil vom 09.05.2006 - VI ZR 225/05).

Trotz dieser Rechtsprechung kommt es gelegentlich vor, dass bei vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten (Unternehmern) seitens des zur Regulierung verpflichteten Versicherers unter Hinweis auf die Berechtigung zum Vorsteuerabzug stets die volle Mehrwertsteuer in Abzug gebracht wird, unabhängig von den Umständen des Falles. Ein diesbezüglicher Fall lag einer Entscheidung beispielsweise des Landgerichts Saarbrücken, Urteil vom 09.10.2015 - 13 S 47/15 (zfs 2016, 383 ff.) zu Grunde. Durch das Landgericht Saarbrücken wurde in der Berufungsinstanz das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und entschieden, dass lediglich ein reduzierter Mehrwertsteueranteil vom Wiederbeschaffungswert (regelmäßig 2,4 % Differenzbesteuerung) gemäß dem vorliegenden Gutachten in Abzug zu bringen sind, obwohl die Geschädigte zum Vorsteuerabzug berechtigt ist.

Die Entscheidung zeigt, dass nicht nur neue Probleme in der Regulierung aufgeworfen werden sondern auch bereits grundsätzlich geklärte Abrechnungsfragen neu infrage gestellt werden können, weshalb es empfehlenswert ist, für die Schadenregulierung anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

LG Saarbrücken, Urteil vom 09.10.2015 - 13 S 47/15

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

WEG-RECHT bekommen

- **Abnahmeklauseln in Bauträgerverträgen**

Der Kläger nimmt den Bauträger auf Beseitigung zahlreicher Mängel an der Bausubstanz im Sondereigentum sowie im Gemeinschaftseigentum in Anspruch. Im Jahr 2002 hat der Kläger mit der Beklagten einen notariellen Vertrag über den Erwerb der Wohnung abgeschlossen. Es war eine Gewährleistungsfrist von 5 Jahren ab Übergabe vereinbart. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sollte „durch die Verwaltung gemäß WEG, gegebenenfalls unter Anwesenheit von Erwerbern" erfolgen, wobei Verwalter zum Vertragszeitpunkt die Beklagte selbst war.

Die Bezugsfertigkeit der Wohnungen wurde im Herbst 2004 gemeldet. Hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums wurde zu einem Abnahmetermin am 12.11.2004 eingeladen. Der Kläger nahm nicht teil. Das Abnahmeprotokoll wurde von der Beklagten für die Übernehmer- und Übergeberseite unterschrieben. Am 21.01.2005 übergab die Beklagte die Wohnung an den Kläger. Bereits zu diesem Zeitpunkt wurden verschiedene Mängel am Gemeinschafts- und Sondereigentum angezeigt. Das Begehungsprotokoll vom 21.01.2005 wurde nur von der Beklagten unterschrieben.

Am 11.11.2009 hat der Kläger Klage wegen Mangelbeseitigung/Nacherfüllung eingereicht und die Klagen zweimal um insgesamt 49 Mängel erweitert, deren Beseitigung er begehrt. Die Beklagte beruft sich unter anderem auf die Verjährungseinrede. Das Berufungsgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zu Beseitigung zahlreicher, näher beschriebenen Mängel an der Gemeinschaftsanlage und am Wohnungseigentum verurteilt. Dagegen wehrt sich die Beklagte, allerdings ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte als Verwalterin eine Abnahme für den Kläger nicht wirksam erklärt hat. Die im Bauträgervertrag verwendeten Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmten Erstverwalter ermöglicht, ist nämlich gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Der Bundesgerichtshof brauchte sich auch nicht damit auseinanderzusetzen, ob der Kläger eine Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1 BGB geltend

machen konnte. Denn es ist umstritten, ob vor der Abnahme dem Käufer ein solches Recht zusteht. Denn nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB ist es der Beklagten verwehrt, sich auf diese Einwendung zu berufen. Die Inhaltskontrolle von Formularklauseln dient nämlich ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders. Aus der Unwirksamkeit einer derartigen Klausel kann der Verwender keine Vorteile ziehen. Die Beklagte hat mit der vorgenannten Klausel den Eindruck erweckt, dass das Erfüllungsstadium bereits aufgrund der Abnahme beendet ist und muss auch den Nachteil tragen, dass sie trotz fehlender Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Mängelansprüchen konfrontiert wird.

Die Ansprüche sind auch nicht verjährt, da die Abnahme noch nicht stattgefunden hat. Dies trifft auch auf Beseitigung der Mängel am Sondereigentum zu. Dieses ist ebenfalls nicht abgenommen worden. Es kann auch dahinstehen, ob die Vertragsklauseln zum Sondereigentum unwirksam sind, da der Beginn der Verjährung dieser Ansprüche bereits mit Übergabe im Zweifel den Rückschluss zulässt, dass die Ansprüche schon in diesem Zeitpunkt bestehen sollten. Daher konnte jedenfalls der Kläger diese somit auch vor Beendigung des Erfüllungsstadiums ebenfalls geltend machen.

Der Bundesgerichtshof brauchte erneut die äußerst umstrittene Frage nicht zu klären, ob die Mängelansprüche auch vor der Abnahme bereits geltend gemacht werden können. Denn jedenfalls wenn nach den unwirksamen Regelungen im Bauträgervertrag der Eindruck erweckt wird, dass dieses Erfüllungsstadium schon aufgrund der vermeintlichen Abnahme beendet ist, kann der Käufer diese Rechte geltend machen.

BGH, Urteil vom 30.06.2016 - VII ZR 188/13

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

WOHNRAUMMIETRECHT
bekommen

Klarstellendes zur verspäteten Mietzahlung

Mit Schreiben vom 11.02.2013 kündigte die klagende Vermieterin einen Mietvertrag wegen Zahlungsverzugs und erhob Räumungsklage. Im Mietvertrag war vereinbart, dass die Miete im Voraus bis zum dritten Werktag zu zahlen ist. Nachdem die Behörden eine Verpflichtungserklärung zur Tragung der Mieten gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB abgegeben haben, die Mieten zu übernehmen, erklärten die Parteien den Rechtsstreit in der Sache für erledigt. Die Kosten des Rechtsstreits wurden der Mieterseite auferlegt. Im August 2013 blieb von der Miete ein Teilbetrag von EUR 40,21 offen. Am 28.10.2013 war von der Oktobermiete noch ein Teilbetrag von EUR 279,41 offen, der erst am 30.10.2013 bezahlt wurde. Mit Schreiben vom 28.10.2013 sprach die Vermieterin deshalb eine Abmahnung aus und verlangte für die Zukunft pünktliche Zahlung der (vollständigen) Miete.

Im November 2013 blieb die beklagte Mieterin zunächst einen Betrag von EUR 613,19 schuldig, woraufhin die Klägerin Ende November 2013 das gerichtliche Mahnverfahren einleitete. Am 29.11.2013 wurde der für den Monat November bestehende Rückstand ausgeglichen. Am 10.03.2014 war von der März-Miete noch ein Betrag von EUR 276,81 offen, der erst am 11.03.2014 bezahlt worden ist. Mit Schreiben vom 10.03.2014 erklärte die Klägerin wegen dieses Zahlungsverhaltens die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses.

Das Amtsgericht hat der Räumungsklage stattgegeben, das Landgericht hat sie abgewiesen. Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und zur Verweisung an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung.

Das Urteil des Landgerichtes hält nämlich rechtlicher Nachprüfung nicht stand. So ist es bereits falsch, dass eine wegen unpünktlicher Mietzahlungen erfolgte Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen sei, wenn die Mietzahlungen von einer Behörde erbracht würden und dies nicht rechtzeitig geschehen ist. Denn damit hat das Landgericht die nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB erforderliche Prüfung und Abwägung unterlassen, ob der Vermieterseite unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein Festhalten am Vertrag bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder zu sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses unzumutbar ist. Auch hat das Landgericht ohne hinreichenden Sachvortrag ein Verschulden der Mieterin verneint. Zwar ist es richtig, dass sich ein Mieter ein Verschulden des Jobcenters nicht zuzurechnen hat. Denn wird eine Behörde im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig, ist diese keine Erfüllungsgehilfin des Mieters.

Trotzdem kann sich ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung auch allein aus der unpünktlichen Mietzahlung selbst und damit der objektiven Pflichtverletzung und den für den Vermieter daraus folgenden negativen Auswirkungen ergeben. Die erforderliche Gesamtabwägung kann unabhängig von einem Verschulden des Mieters an den unpünktlichen Zahlungen zu dessen Lasten ausfallen, etwa weil zahlreiche Verspätungen aufgetreten sind, diese jeweils einen erheblichen Zeitraum und erhebliche Beträge betreffen oder der Vermieter in besonderem Maße auf den pünktlichen Erhalt der Miete angewiesen ist, weil er daraus seinen

Lebensunterhalt bestreitet oder hiermit Kredite bedienen muss. Es kann auch eine Rolle spielen, ob das Mietverhältnis abgesehen von den unpünktlichen Mietzahlungen bisher störungsfrei verlaufen ist oder kurze Zeit vorher - wie vorliegend - bereits eine berechtigte fristlose Kündigung ausgesprochen worden ist. Es gibt auch keine allgemein gültigen Grundsätze, vielmehr obliegt die erforderliche Gesamtabwägung der tatrichterlichen Würdigung im Einzelfall, so der BGH.

Darüber hinaus war es auf der vom Landgericht festgestellten Grundlage falsch, das Verschulden des Mieters zu verneinen. Denn Verschulden wird bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung bereits vermutet. Nur, weil der Mieter auf Leistungen des Jobcenters angewiesen ist, wird diese Vermutung nicht widerlegt. Vielmehr muss der Mieter darlegen und beweisen, dass er die Leistungen rechtzeitig und unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen beantragt und bei etwaigen Zahlungsversäumnissen der Behörde er bei dieser auf eine pünktliche Zahlung gedrungen hat.

Nachdem das Gericht die hierfür notwendigen Feststellungen noch zu treffen hatte, musste das Urteil aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Der BGH bestätigt nach einem Urteil vom 04.02.2015 (VIII ZR 175/14) nochmals, dass Behörden nicht als Erfüllungsgehilfen des Mieters tätig sind. Dies hat zur Folge, dass etwaige Fehler des Jobcenters nicht die Fehler des Mieters sind. Allerdings wird ein eigenes Verschulden des Mieters (z.B. aufgrund verspäteter Antragstellung oder Vorlage von Unterlagen) vermutet, dieser muss sich entlasten. Auch ohne dieses Verschulden ist aber durchaus eine fristlose Kündigung aufgrund einer verspäteten Mietzahlung möglich. Es muss die Abwägung aller Einzelumstände erfolgen, allgemeingültige Grundsätze verbieten sich hier, so der Bundesgerichtshof. Auch ohne eigenes Verschulden kann damit im Einzelfall ebenfalls ein Grund für die fristlose Kündigung vorliegen. Der Mieter ist damit nur dann auf der sicheren Seite, wenn eine objektive Pflichtverletzung nicht vorliegt, demnach die Zahlungen pünktlich eingehen.

BGH, Urteil vom 29.06.2016 - VIII ZR 173/15