SRF-Newsletter 01/2017

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

ARBEITSRECHT bekommen

Detektivkosten bei Aufdeckung einer Wettbewerbsverletzung?

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hat durch Urteil vom 20.07.2016 eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Heilbronn überprüft und ein durchaus nicht selbstverständliches Ergebnis gefunden:

Der klagende Arbeitnehmer war seit 37 Jahren bei seiner Arbeitgeberin beschäftigt, ab Mitte Januar 2015 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Aus der Entgeltfortzahlung war er ausgeschieden. Die Arbeitgeberin entwickelte in dieser Phase den Verdacht, dass der Arbeitnehmer Arbeitsunfähigkeit nur vortäusche und Entgeltfortzahlung und Krankengeld zu Unrecht beziehe, weiterhin wurde vermutet, dass er im Konkurrenzunternehmen, welches seine Söhne betreiben, tätig sei. Ein Detektiv wurde beauftragt und entdeckte das Auto des Arbeitnehmers auf dem Gelände der Firma der Söhne des Arbeitnehmers und beobachtete auch, wie der Arbeitnehmer dort Arbeiten verrichtete.

Das Arbeitsgericht hatte die außerordentliche Kündigung für wirksam erachtet und dem Arbeitgeber einen Teil seiner aufgewandten Detektivkosten zugesprochen. Dieses Urteil ändert das Landesarbeitsgericht ab, gibt der Kündigungsschutzklage statt und weist die Widerklage wegen der Detektivkosten zurück.

Zur Begründung weist das Landesarbeitsgericht darauf hin, dass der Einsatz eines Detektives nur dann datenschutzrechtlich zulässig sei und die daraus erworbenen Kenntnisse im Verfahren berücksichtigt werden können, wenn der Verdacht einer Straftat vorliegt. Im Zeitpunkt der Überwachung wurde vom Arbeitgeber keine Entgeltfortzahlung mehr geleistet, so dass eine Straftat im Verhältnis zu ihm ausschied, der in Betracht kommende Betrug zulasten der Krankenkassen sei keine Straftat im Beschäftigungsverhältnis und eröffne damit nicht die Zulässigkeit der angestrebten Datenerhebung. Auch der Verdacht einer unerlaubten Konkurrenztätigkeit sei nicht geeignet, den Detektiveinsatz zu rechtfertigen, da zwar darin ein grob vertragswidriges Verhalten vorliege, im Regelfall aber keine Straftat, wenn nicht zugleich Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verraten werden.

Das Landesarbeitsgericht stützt sich in seiner Begründung ausdrücklich auf die Neufassung von § 32 Bundesdatenschutzgesetz, der zwischen der Erhebung von Daten für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses und zur Erhebung von Daten zur Aufdeckung von Straftaten im Beschäftigungsverhältnis unterscheidet, nur bei letztgenannter Konstellation sei der Detektiv zulässig.

Die Arbeitgeberin ist gegen diese Entscheidung in Revision gegangen, das Verfahren ist noch anhängig. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesarbeitsgericht bei so eklatanten Pflichtverstößen auch die sehr formale Betrachtungsweise des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vertritt.

LAG Baden-Württemberg, Entscheidung vom 20.07.2016 - 4 Sa 61/15

Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen Drogenkonsums?

Das Bundesarbeitsgericht hat die Kündigung eines Lkw-Fahrers, der auf einer Privatfahrt von der Polizei kontrolliert wurde und dabei Amphetamine und Metamphetamine "Chrystal Meth" konsumiert hatte, für wirksam betrachtet.

Das Bundesarbeitsgericht führt, nachdem das Landesarbeitsgericht Nürnberg der Klage noch stattgegeben hat, soweit sie sich gegen die fristlose Kündigung gewandt hat, aus, dass auch die Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen kann. Eine solche Nebenleistungspflicht trifft den Arbeitnehmer z.B. insoweit, als er sich nicht in einen Zustand versetzen darf, in dem er seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht erfüllen oder bei Erbringung seiner Arbeitsleistung sich oder andere gefährden kann.

Unerheblich ist insoweit, ob die Fähigkeit zur sicheren Erbringung der Arbeitsleistung durch ein Verhalten während oder außerhalb der Arbeitszeit eingeschränkt wurde. Bei einem Berufskraftfahrer ist aufgrund der besonderen Gefahren des öffentlichen Straßenverkehrs jede die Fahrtüchtigkeit beeinträchtigende Alkoholeinnahme ebenso wie Drogenkonsum zu unterlassen.

Der Arbeitnehmer hat in dem konkreten Fall am 11.10.2014 Chrystal Meth eingenommen, vom 13. bis 15.10.2014 verrichtete er seine Tätigkeit als Lkw Fahrer. Er stand dabei unter Drogeneinfluss. Am 14.10.2014 war im Rahmen eines Drogentests festgestellt worden, dass Rückstände des Drogenkonsums festzustellen waren.

Das Bundesarbeitsgericht entscheidet, dass sowohl die Fahrt am 13.10.2014 zwei Tage

nach Drogenkonsum, wie die Fahrt am 15.10.2014, nachdem ihm durch den Drogentest am 14.10.2014 klar sein musste, dass noch ein erhöhtes Risiko bestand, als Kündigungsgründe geeignet sind.

Eine Besonderheit des Falles war, dass der Arbeitnehmer selbst nicht behauptet hat, drogensüchtig zu sein, eine (krankhafte) Sucht kann ein Verschulden und damit eine fristlose Kündigung ausschließen.

BAG, Urteil vom 20.10.2016-6 AZR 471/15

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

BAURECHT bekommen

- **Müssen Mehrmengen im Bauvertragsverhältnis angekündigt werden?**

Der Bundesgerichtshof hat eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg vom 09.04.2015 durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde am 21.09.2016 bestätigt.

Zugrunde lag folgender Sachverhalt:

Der Auftragnehmer wurde mit der Lieferung und Montage einer Dach-Fotovoltaikanlage beauftragt, zu den Angebotspositionen gehörten auch die Anlagenüberwachung und Elektroinstallationen bis zum Einspeisepunkt. Beide Positionen waren nach Einheitspreisen angegeben, angeboten und beauftragt. Es kommt zu Mehrmengen, der Auftraggeber verweigert die Bezahlung mit der Behauptung, es sei ein Pauschalpreisvertrag geschlossen worden, des Weiteren seien die Mehrmengen nicht angekündigt worden. Der Auftragnehmer klagt die Vergütung auf der Basis der von ihm tatsächlich erbrachten Leistungen ein und gewinnt.

Das Gericht führt aus, dass sowohl Angebot wie der Vertrag selbst eine Abrechnung nach Aufmaß vorsehen, damit sei der Beweis erbracht, dass diese Erklärungen vollständig sind. Für eine nachträgliche Abänderung trägt der Bauherr/Auftraggeber die Beweislast, dazu hätte er darlegen müssen mit wem er wann und was abweichend vom Vertrag vereinbart hat. Dem ist er nicht nachgekommen.

Bezüglich der Mehraufwendungen verweist das Oberlandesgericht darauf, dass bei einer Vereinbarung nach Aufmaß die Anzeige eines Mehrbedarfes nicht erforderlich ist, um Vergütungsansprüche zu begründen.

Das Oberlandesgericht Naumburg stellt sich insoweit (anders als noch das OLG Celle in der Entscheidung IBR 2013, 7) auf den Standpunkt, dass auch bei sich stark erhöhenden Mehrmengen im Einheitspreisvertrag ein Hinweis nicht erforderlich sei.

Für die Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg spricht die einfache Überlegung, dass die Parteien ja nicht die Erstellung eines Torsos vereinbart haben, sondern einer funktionsfähige Anlage. Wenn dafür dann (bei Vereinbarung einer Abrechnung nach Aufmaß) ein höherer als der bei Vertragsschluss angenommene Aufwand erforderlich ist, muss dieser natürlich bezahlt werden.

Auftragnehmern ist trotz dieser Entscheidung anzuraten, wenn sie bemerken, dass sich Massen erheblich erhöhen, den Bauherrn darauf hinzuweisen, auch wegen ihrer bestehenden Aufklärungs- und Beratungsverpflichtung aus dem Vertragsverhältnis. Bauherren müssen sich bei Abschluss von Einheitspreisverträgen/Abrechnung nach Aufmaß gut überlegen, ob sie aufgrund einer sorgfältigen Planung/Ausarbeitung des Leistungsverzeichnisses die Sicherheit haben, dass die dortigen Massen auskömmlich sind.

OLG Naumburg, Urteil vom 09.04.2015 - 6 U 19/14

BGH, Beschluss vom 21.09.2016 - VII ZR 83/15

- **Auch ein relativ kleines Gewerk kann für das gesamte Vertragsinteresse des Bauherrn haften**

Vielfach ist in Handwerkerkreisen die Auffassung vorherrschend, dass sich der Schadensersatz ja nur auf einen Bruchteil des eigenen Werklohns erstrecken könnte. Die Einstellung, die bei einem Mangel an einem Teil des Gewerkes möglicherweise (keinesfalls in jedem Fall) noch zutreffend ist, gilt aber dann nicht, wenn z.B. die Pflichtverletzung des Handwerkers den Gesamtvertragszweck, den der Auftraggeber mit der Maßnahme verfolgt, gefährdet. Einen solchen Fall hatte das Oberlandesgericht München zu entscheiden und hat dies nach Auffassung des Bundesgerichtshofs richtig getan:

Der Bauherr eines Wohnhauses nimmt den von ihm beauftragten Parkettleger wegen Mängeln auf Vorschuss in Anspruch, zugleich verlangt er Schadensersatz wegen durch den Nichtverkauf einer Wohnung angefallenen Kreditzinsen und wegen Mietausfalls aus der Nichtvermietung einer weiteren Wohnung, in der der Parkettleger nicht fertig wurde. Der Bauherr verklagte den Parkettleger auf ca. EUR 50.000,00 an Mangelbeseitigungskostenvorschuss und EUR 210.000,00 an Schadensersatz. In diesem Umfang wird der Klage auch stattgegeben.

Zwar wendet der Parkettleger ein, er sei nicht auf die Gefahr eines großen Schadens hingewiesen worden, das erweist sich aber nicht als tragfähig, da der Bauherr auf Schäden für den

Fall verspäteter Bezugsfertigkeit allgemein hingewiesen hat. Ein weiterer Hinweis auf konkret drohende Schäden war danach nicht mehr nötig.

Dem Bauherrn war aus Sicht des Gerichts zur Schadensminderung auch nicht zuzumuten, die Wohnung in unrepariertem Zustand zu verkaufen.

Handwerkern ist, auch wenn sie gegebenenfalls schon in einer Streitigkeit mit dem Bauherrn sind, immer anzuraten, auf eine Mangelrüge hin die Situation vor Ort in Augenschein zu nehmen und zunächst einmal zu dokumentieren und, falls tatsächlich ein Mangel vorliegt, der Mangelbeseitigung hohe Priorität einzuräumen, um Folgeschäden, die nicht nur in höheren Ersatzvornahmekosten bestehen können, sondern vor allem auch, wenn ein geplantes Geschäft ganz platzt (der Verkauf kommt nicht zu Stande mangels mangelfreier Fertigstellung oder die Vermietung/langfristige Vermietung scheitert), zu vermeiden.

OLG München, Urteil vom 20.08.2013 - 9 U 794/12

BGH, Beschluss vom 09.03.2016 - VII ZR 231/13

- **Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers wegen Nichtvorlage der Erfüllungsbürgschaft**

Das Oberlandesgericht Koblenz hat am 20.07.2016 die Klage auf Herausgabe einer Sicherungsbürgschaft nach § 648 a BGB zu beurteilen gehabt. Im Rahmen dieser Klage kam es auch darauf an, ob eine Regelung, wonach der Auftraggeber eines Bauvertrages diesen kündigen kann, wenn der Auftragnehmer die vertraglich vorgesehene Erfüllungssicherheit nicht erbringt, wirksam ist.

Das Oberlandesgericht Koblenz hält die entsprechende Regelung im Bauvertrag für wirksam, da im Vertrag nicht nur vorgesehen sei, dass innerhalb von 10 Arbeitstagen nach Auftragserteilung die Bürgschaft vorzulegen sei sondern auch, dass bei Nichtvorlage der Vertragserfüllungsbürgschaft trotz Setzung einer Nachfrist mit Kündigungsandrohung, die Kündigung zulässig sei.

Die Wirksamkeit einer Regelung zur Kündigung bei Nichtvorlage der Erfüllungssicherheit war und ist in der Literatur weiterhin umstritten, da der Auftraggeber sich die Erfüllungssicherheit in aller Regel auch durch Einbehalte von Abschlagszahlungen verschaffen kann und er damit, geht das Bauvorhaben voran, relativ schnell den gleichen Sicherheitsstand erreichen kann, wie wenn der Auftragnehmer kurz nach Vertragsschluss eine entsprechende Bürgschaft vorlegt.

Da dem Auftraggeber aber insbesondere zu Beginn eines Bauvorhabens noch nicht die Möglichkeit des Einbehalts zur Verfügung steht, hat er in diesem Zeitraum ein Sicherungsbedürfnis, das durch die Erfüllungsbürgschaft abgedeckt wird. Wird diese nicht vorgelegt, hat das Oberlandesgericht Koblenz eine hinreichend schwere Pflichtverletzung, die die Kündigung rechtfertigt, angenommen.

Kritisch zu betrachten ist sicherlich eine Kündigungsbefugnis, die dem Auftraggeber über die Anfangsphase der Baumaßnahme hinaus eine Kündigungsmöglichkeit einräumt, da er im Bauablauf zum einen regelmäßig ein gewisses finanzielles Polster aufgrund der Vorleistungspflicht des Bauunternehmers hat, zum anderen man sich auch darüber Gedanken machen kann, ob ein Kündigungsrecht wegen Nichtvorlage der Sicherheit, das nicht sofort ausgeübt wird, verwirkt wird.

In der Entscheidung ging es auch um die Herausgabe der Sicherheit nach § 648 a BGB. Insoweit hat das Oberlandesgericht Koblenz ausgeurteilt, dass diese Bürgschaft herauszugeben ist, wenn ihr Sicherungszweck entfallen ist, was z.B. der Fall sein kann, wenn der Vertrag vor Beginn der Ausführung der Arbeiten durch den Auftraggeber gekündigt ist.

Schließlich spricht das Oberlandesgericht aus, dass der Auftraggeber vom Auftragnehmer (und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter desselben) die Erstattung von Avalkosten unter dem Gesichtspunkt des Verzugs mit der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen kann.

OLG Koblenz, Urteil vom 20.07.2016 - 5 U 363/16

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

ERBRECHT bekommen

- **Zur Sittenwidrigkeit eines Pflichtteils- und Erbverzichts**

Die Vereinbarung eines Erbteils- und Pflichtteilsverzichts kann für beide Parteien Vorteile bringen. Der Erblasser kann seine Vermögensnachfolge vorzeitig regeln, insbesondere den oder die von ihm bestimmten Erben vor späteren Pflichtteilsansprüchen schützen und der Verzichtende kann sich den Verzicht durch eine vorzeitige Abfindung vergüten lassen und muss nicht bis zum Erbfall warten. Abgesehen davon kann eine entsprechende Vereinbarung spätere Streitigkeiten unter Miterben oder zwischen Er-

ben und Pflichtteilsberechtigten vermeiden. Einem solchen Verzicht sind aber Grenzen gesetzt, zum einen in formeller Hinsicht, da ein Verzicht nur wirksam ist, wenn er notariell beurkundet ist, zum anderen aber auch dann, wenn die getroffene Vereinbarung ein erhebliches Ungleichgewicht zu Lasten des Verzichtenden ausweist. Über einen solchen Fall hat das OLG Hamm mit Urteil vom 08.11.2016 (10 U 36/15) entschieden und einen Erbverzichtsvertrag wegen Sittenwidrigkeit für unwirksam erklärt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der 1995 geborene Kläger ist Sohn des Beklagten aus dessen erster Ehe. Der Kläger ist bei seiner Mutter aufgewachsen und der Beklagte lebt zusammen mit seiner langjährigen Lebensgefährtin und einer aus dieser Beziehung stammenden Tochter. Anfang 2013 bot der Beklagte dem Kläger eine Ausbildung zum Zahntechniker in einem Zahnlabor, in dem er Mitgesellschafter ist, an. Während der Zeit der Ausbildung lebte der Kläger beim Beklagten. Zwei Tage nach dem 18. Geburtstag des Klägers fuhr sein Vater, der Beklagte, mit ihm zum Notar und es wurde dort ein Erbteils- und Pflichtteilsverzicht beurkundet. Als Gegenleistung sollte der Beklagte einen Sportwagen (Wert ca. EUR 100.000,00) erhalten, dies aber nur unter den aufschiebenden Bedingungen, dass der Kläger das 25. Lebensjahr vollendet hat, die Gesellenprüfung zum Zahntechniker bis 31.12.2017 mit der Note 1 bestanden hat und seine Meisterprüfung zum Zahntechniker bis 31.12.2021 mit der Note 1 bestanden hat. Kurz nach der Beurkundung reute der Kläger den Vertragsschluss und wollte diesen rückgängig machen. Da der Beklagte sich weigerte, die Nichtigkeit des Vertrages anzuerkennen, reichte der Kläger Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des notariellen Vertrages ein.

Zu Recht, wie das Landgericht und das OLG Hamm als Berufungsgericht entschieden haben. Sittenwidrig und damit nichtig gemäß § 138 BGB ist ein Rechtsgeschäft, wenn es nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Folgt die Sittenwidrigkeit nicht schon allein aus dem Inhalt des Geschäfts, kann sie sich aus einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts, sowie der äußeren Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, ergeben. Dies hat das OLG hier bejaht, weil ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des verzichtenden Klägers festgestellt werden konnte. Dies zum einen deshalb, weil der Erbverzicht mit sofortiger Wirkung und unbedingt vereinbart sei, während die Gegenleistung unter drei, kumulativ zu erfüllenden Bedingungen gestellt sei, mit der Folge, dass der Erbverzicht bei Nichteintritt auch nur einer der Bedingungen unentgeltlich erlangt sei. Außerdem seien auch die Bedingungen für die Gegenleistung bedenklich. Insoweit sei zum einen zu berücksichtigen, dass sich der Wert des als Gegenleistung für den Verzicht versprochenen Fahrzeugs durch die mit der ersten Bedingungen gesetzte zeitliche Komponente aufgrund des in der Zwischenzeit unweigerlich eintretenden Wertverlustes erheblich reduziert. Die beiden weiteren Bedingungen haben den Kläger in zu missbilligender Weise in der Wahl seines beruflichen Werdegangs eingeschränkt, da ihm keinerlei Spielraum zu einer beruflichen Umorientierung gelassen wurde. Dadurch entfalten die Bedingungen eine knebelnde Nebenwirkung, die einen unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des noch jugendlichen Klägers darstellt. Verschärft werde die Druckwirkung noch dadurch, dass die Bedingungen nur bei Erreichen der Bestnote erfüllt sein sollten. Für eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung sprechen aber zudem auch die äußeren Umstände des Geschäfts. Denn der Beklagte hat offensichtlich die in erheblichem Gegensatz zu seiner eigenen Geschäftsgewandtheit stehende jugendliche Unerfahrenheit und Beeinflussbarkeit seines Sohnes zu seinem Vorteil ausgenutzt. Dies gelte zum einen im Hinblick auf die Wahl des Gegenstands der in Aussicht gestellten Abfindung, mit der sich der Beklagte ersichtlich zielgerichtet die alters- und persönlichkeitsbedingte nahezu fanatische Begeisterung des Klägers für Sportwagen zunutze machte und zudem der Zeitpunkt des Geschäfts zwei Tage nach dem 18. Geburtstag des Klägers. Der Beklagte hat den Kläger auch nicht in die Vorbereitung des Beurkundungstermins mit einbezogen, sondern den Entwurf nach seinen eigenen Vorgaben gestalten lassen und den Kläger mit dem Vorschlag quasi überrumpelt. Demnach hat das OLG Hamm den Verzicht auch zu Recht für unwirksam erklärt.

Auch wenn es, wie einleitend ausgeführt, ein berechtigtes Interesse des Erblassers geben kann, zur Erlangung einer weitergehenden Testierfreiheit einen Erb- und Pflichtteilsverzicht mit potentiellen Erben zu vereinbaren, sind dem, wie die Entscheidung des OLG Hamm zeigt, doch Grenzen gesetzt. Dies bedeutet aber nicht, dass jede nachteilige Regelung später ohne Weiteres wieder angefochten werden kann. Denn grundsätzlich gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit und es müssen schon erhebliche Umstände ins Felde geführt werden, um eine Sittenwidrigkeit des Verzichts zu begründen.

OLG Hamm, Urteil vom 08.11.2016 - 10 U 36/15

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Gemeinsame Veranlagung nach der Trennung**

  Ehegatten haben die Möglichkeit zur gemeinsamen steuerlichen Veranlagung. Voraussetzung ist, dass die eheliche Lebensgemeinschaft im Veranlagungszeitraum/jeweiligen Kalenderjahr bestand. Im Rahmen der Trennung kommt es insoweit zu einer "Überlagerung", indem gemeinsame Steuerbescheide erst nach der Trennung ergehen bzw. der Antrag auf Veranlagung zur Einkommensteuer erst nach der Trennung einzureichen ist.

  Zwar ergibt sich aus der gemeinsamen Veranlagung regelmäßig das günstigste Gesamtergebnis aus beiden Einkünften. Der Ehegatte, welcher jedoch zunächst mit der Steuerklasse V veranlagt wurde, kann im Rahmen der nachträglich getrennten Veranlagung eine erhebliche Steuererstattung erwarten. Aufgrund der nachehelichen Solidarität besteht jedoch die Verpflichtung zur Mitwirkung an der gemeinsamen Veranlagung, soweit diese zulässig ist und ein daraus entstehender Nachteil ausgeglichen wird bzw. bereits ausgeglichen wurde.

  Es hatte sich das OLG Koblenz mit einem Beschluss vom 24.05.2016 - 13 WF 501/16 mit der Frage zu befassen, ob trotz bereits bestehender Bestandskraft eines Steuerbescheides noch die Mitwirkung an der gemeinsamen Veranlagung gefordert werden kann. Dies war zu bejahen. Es ist, wie dies zutreffend durch das OLG Koblenz festgestellt wurde, bis zur Bestandskraft beider Steuerbescheide die nachträgliche gemeinsame Veranlagung immer noch möglich, so dass auch die diesbezügliche Zustimmungserklärung des anderen Ehegatten, trotz Bestandskraft dessen Steuerbescheides, im Rahmen eines Verfahrens vor dem Familiengericht durchgesetzt werden kann.

  OLG Koblenz, Beschluss vom 24.05.2016 - 13 WF 501/16

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

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT bekommen

- **In welchen Fällen gilt eine Schiedsvereinbarung?**

  In einem Gesellschaftsvertrag wurde eine Schiedsklausel dahingehend vereinbart, als alle Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag einschließlich von Streitigkeiten über den Bestand oder die Beendigung des Vertrages von einem Schiedsgericht endgültig und verbindlich entschieden werden.

  Die Gesellschaft als Antragsgegnerin leitete mit Schreiben vom 18.12.2014 ein Schiedsverfahren gegen den aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Antragsteller ein und machte einen Freistellungsanspruch im Zusammenhang mit ihren Verpflichtungen gegenüber einem anderen Gesellschafter wegen dessen Inanspruchnahme auf Rückzahlung einer Insolvenzverwaltervergütung geltend. Der Antragsteller hält das Schiedsverfahren für unzulässig, seinen Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Auch die Rechtsbeschwerde wurde vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof schließt sich der Einschätzung des Oberlandesgerichtes an, dass der im Schiedsverfahren geltend gemachte Freistellungsanspruch im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag steht. Die Schiedsklausel soll ausdrücklich auch Ansprüche im Zusammenhang mit Beendigung des Gesellschaftsvertrages umfassen. Der Auslegung der Schiedsvereinbarung dahingehend steht auch nicht entgegen, dass die Parteien nach dem Ausscheiden des Antragstellers ein ordentliches Verfahren vor dem Landgericht Hagen geführt haben. Argumentiert wurde damit, dass durch eine am 30.09.2009 abgeschlossene Ausscheidensvereinbarung und die daraus folgende Prozessführung vor dem Landgericht Hagen die Schiedsklausel im Gesellschaftsvertrag aufgehoben worden ist. Dem folgt der Bundesgerichtshof nicht. Denn durch die Anrufung eines staatlichen Gerichts wollten die Parteien einer Schiedsvereinbarung deren Geltung regelmäßig allein für den betreffenden Streitgegenstand aufheben. Der Streitgegenstand des Rechtsstreits vor dem Landgericht Hagen war jedoch ein anderer als der Freistellungsanspruch. Während der Streitgegenstand des landgerichtlichen Verfahrens das Ausscheiden des Antragstellers betroffen hat, ging es im schiedsgerichtlichen Verfahren um An-

sprüche aus der Zeit der Zugehörigkeit zur Gesellschaft. Das Oberlandesgericht hat daher die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens zu Recht festgestellt, so der Bundesgerichtshof.

In Gesellschaftsverträgen sind Schiedsklauseln nicht selten anzutreffen. In diesen Fällen ist es oft schwierig festzustellen, ob und für welche Ansprüche die Schiedsvereinbarung gilt, insbesondere wenn in der Zwischenzeit weitere Vereinbarungen und die einvernehmliche Prozessführung vor einem staatlichen Gericht erfolgt sind. Ein derartiges Verhalten ist jedenfalls kein Indiz dafür, dass die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsvereinbarung aufgehoben worden ist. Auch dieser Fall belegt, dass klare Regelungen in Gesellschafts- wie Auseinandersetzungsverträgen auch zu Schiedsvereinbarungen getroffen werden sollen, um spätere Streitigkeiten über deren Reichweite und damit Zeitverlust zu vermeiden.

BGH, Urteil vom 07.07.2016 - I ZB 45/15

- **Haftung für Beiträge bei Facebook**

Das OLG Frankfurt hat mit Urteil vom 21.07.2016 (16 U 233/15) entschieden, dass der Inhaber eines Facebook-Accounts, der seine Zugangsdaten nicht hinreichend vor dem Zugriff Dritter sichert, für über sein Mitgliedskonto begangene Rechtsverstöße haftet.

Im Streitfall wurden unter dem Facebook-Account des Beklagten auf der vom Kläger eingerichteten öffentlichen Pinnwand bei Facebook rechtswidrige Inhalte veröffentlicht, wobei der Beklagte bestritten hat, dass diese von ihm stammen. Das OLG hat gleichwohl eine Haftung bejaht und sich dabei auf eine Entscheidung des BGH zur Haftung des Inhabers eines eBay-Mitgliedskontos (so genannte "Halzband"-Entscheidung, BGH, Urteil vom 11.03.2009 – I ZR 114/06) berufen. Danach muss der Inhaber eines eBay-Mitgliedkontos, der seine Zugangsdaten nicht hinreichend vor fremdem Zugriff gesichert hat, sich so behandeln lassen, als habe er selbst gehandelt, wenn ein Dritter an die Zugangsdaten dieses Mitgliedskontos gelangt ist und es zu Schutzrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstößen benutzt, ohne dass der Kontoinhaber dies veranlasst oder geduldet hat. Diese für Mitgliedskonten bei eBay aufgestellten Grundsätze hat das OLG Frankfurt auf einen Facebook-Account übertragen. Demnach kam es auf die Frage, ob der Beklagte die Postings selbst bei Facebook eingestellt hat, oder hat einstellen lassen, bzw. ob er die Verwendung der Zugangsdaten zu seinem Mitgliedskonto bei Facebook durch Dritte veranlasst oder geduldet hat, nicht an. Entscheidend war vielmehr, dass der Beklagte nach seinem eigenen Vortrag nicht hinreichend Sorge dafür getragen hat, das Dritte keinen Zugriff auf die Zugangsdaten und das Passwort seines Mitgliedskontos erlangten. Dieser hatte nämlich eingeräumt, dass sein Umgang mit den eigenen Zugangsdaten recht sorglos erfolgt sei, weil er sich zum Beispiel auch bei Freunden bei seinem Account angemeldet hat, ohne sich auszuloggen und sich auch keine Gedanken darüber gemacht hat, ob gegebenenfalls automatisch sein Passwort gespeichert werde.

Die sichere Verwahrung der eigenen Nutzerdaten erfolgt - natürlich nicht nur bei Facebook, sondern generell -, insbesondere im Interesse des Inhabers des jeweiligen Mitgliedskontos am Schutz seiner Daten. Die Entscheidung des OLG Frankfurt zeigt, dass darüber hinaus aber auch nicht unerhebliche Haftungsrisiken beim sorglosen Umgang mit den Nutzerdaten einhergehen können, auch wenn derzeit noch nicht feststeht, ob der BGH die vom OLG Frankfurt vertretene Auffassung bestätigen wird.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.07.2016 - 16 U 233/15

- **Erinnerung: Neue Informationspflichten ab Februar 2017!**

Ab 01.02.2017 gelten ergänzende Informationspflichten nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz. Zu den Einzelheiten siehe SRF-Newsletter 11/2016.

- **Minderung der Miete bei verzögerter Eröffnung eines Einkaufszentrums**

Das Kammergericht Berlin hat am 21.11.2016 ein Urteil verkündet (8 U 121/15), das die Rechte des Mieters bei verzögerter Eröffnung eines neu zu errichtenden Einkaufszentrums betrifft. Das Einkaufszentrum konnte zum vorgesehenen Zeitpunkt nicht eröffnet werden, weil es Probleme mit dem Brandschutz gab. Mietsache waren Räume, die zum Betrieb einer hochwertigen Kunstgalerie vermietet wurden. Die Übergabe erfolgte am 21.02.2014. Das Einkaufszentrum ist erst am 27.08.2014 eröffnet worden. Der Mieter klagte auf Rückzahlung der für die Zeit vom 21.02.2014 bis 27.08.2014 gezahl-

ten Miete. Die Klage war hinsichtlich der Miete für die Zeit ab dem 22.03.2014 bis zum 27.08.2014 erfolgreich. Hinsichtlich der Miete, die für die Zeit vom 21.02.2014 bis 21.03.2014 zurückgefordert wurde, ist die Klage abgewiesen worden.

Der Mietvertrag enthält in Teil B Ziff. 4 folgende Regelungen:

4. Übergabe/Geschäftseröffnung/Vertragsstrafen

4.1 Vom Vermieter wird das Mietobjekt gemäß Ziff. 5 Teil A des Vertrages übergeben, soweit nicht in diesem Vertrag ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist. Unwesentliche Änderungen sowie Änderungen aufgrund behördlicher Auflagen behält sich der Vermieter vor. Alle vom Mieter gewünschten oder für die von ihm beabsichtigte Nutzung erforderlichen baulichen und sonstigen Leistungen, insbesondere soweit sie über den Zustand bei Übergabe des Mietobjekts hinausgehen oder davon abweichen, sind vom Mieter zu seinen Lasten zu veranlassen. Gleiches gilt für den Einbau behördlich geförderter oder für Betrieb oder Ausstattung des Mietobjekts erforderlich werdende technische Sondereinrichtungen z.B. Klimatisierung, Fettabscheider usw. Deren Einbau sowie etwaige spätere bauliche Veränderungen bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters.

4.2 Der Tag der Übergabe des Mietobjekts wird vom Vermieter möglichst sechs Monate vorher annähernd angegeben und 28 Tage vorher für beide Teile verbindlich mitgeteilt. Nimmt der Mieter am Übergabetermin weder persönlich noch durch einen Bevollmächtigten teil, gilt das Mietobjekt als zu diesem Zeitpunkt an den Mieter übergeben.

Bei Neueröffnung des Geschäftszentrums (im Ganzen oder von Teilen) wird der Vermieter den Termin der Eröffnung für beide Teile verbindlich festlegen und dem Mieter einen Monat vorher mitteilen.

4.3 Der Anspruch des Mieters auf Übergabe des Mietobjekts entsteht erst nach Leistung der Mietsicherheit gemäß Ziff. 6, Teil B.

4.4 Anlässlich der Übergabe wird ein Übergabeprotokoll erstellt, in welches aufzunehmen ist, welche Mängel des Mietobjekts der Mieter vorbringt. Der Vermieter wird festgestellte und von ihm anerkannte Mängel möglichst bis zur Eröffnung des Mietobjekts beseitigen lassen.

Der Mieter wird dem Vermieter Gelegenheit zur Durchführung der Beseitigungsarbeiten geben. Ziff. 10, Teil B gilt entsprechend. Mängel, die den Betrieb nicht wesentlich beeinträchtigen, berechtigen den Mieter nicht zur Verweigerung der Übernahme.

Verzögerungen in der Fertigstellung der Gewerke außerhalb des Mietobjekts geben dem Mieter kein Recht, die Übergabe abzulehnen, die Minderung des Mietzinses vorzunehmen oder Schadensersatz zu verlangen, es sei denn, sie beeinträchtigen den Betrieb des Mietobjekts wesentlich.

4.5 Der Mieter wird sein Geschäft spätestens einen Monat nach Übergabe des Mietobjekts gemäß Ziff. 4.4, Teil B eröffnen. Findet für das Geschäftszentrum oder für dessen Teile, in denen das Mietobjekt liegt, eine gemeinsame Eröffnung statt, so hat die Geschäftseröffnung des Mieters zum Zeitpunkt dieser Eröffnung zu erfolgen.

Ist der Mieter mit der Eröffnung seines Geschäfts in Verzug oder kommt er trotz Abmahnung schuldhaft seiner Betreiberverpflichtung nach Ziff. 6, Teil C nicht nach, hat der Vermieter Anspruch auf eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Zehntel der Monatsmiete (zuzüglich Mehrwertsteuer, ohne Betriebskosten) für jeden Tag, an dem der Mieter sein Geschäft nicht betreibt.

Hält der Mieter trotz Abmahnung schuldhaft die Öffnungszeiten nach Ziff. 1, Teil C nicht ein, hat der Vermieter einen Anspruch auf eine Vertragsstrafe von einem Zwanzigstel der Monatsmiete (zuzüglich Mehrwertsteuer, ohne Betriebskosten) je Tag der Zuwiderhandlung.

Das Kammergericht Berlin entscheidet, dass dem Mieter für den ersten Monat nach der Übergabe kein Recht zusteht, die Miete zu mindern. Zwar wurde die Mietfläche nach Teil B Ziff. 4.6 vom Vermieter ohne Innenausbau (Malerarbeiten, Elektrik, Beleuchtung) übergeben. Den Innenausbau sollte der Mieter auf seine Kosten selbst durchführen. Nach Teil B Ziff. 4.5 war der Mieter verpflichtet, sein Geschäft spätestens einen Monat nach Übergabe des Mietobjektes gemäß Teil B Ziff. 4.4 zu eröffnen. Dies hatte nur zur Folge, dass der Mieter in diesem Zeitraum die Mietsache noch nicht für den eigentlichen Vertragszweck, nämlich das Betreiben der Galerie, nutzen konnte, sondern vertragsgemäß nur für den notwendigen Eigenausbau. Der Umstand, dass das Einkaufszentrum während des ersten Monats nach der Übergabe nicht eröffnet war, hatte somit keine Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs (Nutzung für den Eigenausbau) zur Folge. Somit war die Miete während des ersten Monats nach der Übergabe nicht gemindert.

Für die Zeit ab Ablauf des ersten Monats nach der Übergabe bis zur Eröffnung des Einkaufszentrums war die Miete jedoch auf Null gemindert. Gemäß § 535 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Vertraglich geschuldete Sollbeschaffenheit der Mietsache ist danach ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch, wobei insbesondere ihre Eignung zu dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck gehört (BGH NJW 1982, 696; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, III. B, Rn. 2785; Palandt, BGB, § 535 Rn. 17). Ausgangspunkt bei der Prüfung der Frage des Mangels muss in jedem Fall sein, worin nach den Abreden der Parteien der vertragsgemäße Gebrauch des Mieters besteht. Dieser kann sich z.B. im Bereich der Geschäftsraummiete auf den vorgesehenen Geschäftsbetrieb konzentrieren, so dass die Mietsache von ihrer Substanz und ihrem Ausstattungsgrad her bestimmten Anforderungen des Mieters entsprechen muss (BGH NJW-RR 2006, 1157; Bub/Treier, a. a. O., III. B, Rn. 2785). Dabei ist ein Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB jede nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands von dem vertraglich vereinbarten Zustand, der ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt oder aufhebt (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, beispielsweise Urteil vom 15.12.2010 - XII ZR 132/09, NJW 2011, 149 Tz. 12). Danach liegen die Voraussetzungen für eine Minderung der Miete hier ab einem Monat nach Übergabe des Mietobjekts zum Ausbau, nämlich ab dem 22.03.2014 vor. Der vereinbarte vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache besteht darin, dass der Mieter auf der angemieteten Fläche des Einkaufszentrums eine Kunstgalerie betreiben kann. Dies setzt naturgemäß voraus, dass das Einkaufszentrum für den Publikumsverkehr geöffnet ist und freier Zugang zu den Mieträumen besteht. Befindet sich das Ladengeschäft wie hier in einem Einkaufszentrum, schuldet der Vermieter die Eröffnung des Geschäftszentrums und die allgemeine Zugänglichkeit des Ladengeschäfts über die Ladenpassage während der vertraglich vorgesehenen Öffnungszeiten. Die Eröffnung bzw. Teileröffnung des Einkaufszentrums und die nur dadurch gegebene Möglichkeit der Zugänglichkeit des Mietobjekts für den Kundenverkehr ist Voraussetzung für eine vertragsgemäße Nutzung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.09.2011 - I - 24 U 4/11, MDR 2012, 140 Tz. 5 für fehlende Zugangsmöglichkeit zum Mietobjekt; KG Berlin Urteil vom 12.11.2007 - 8 U 194/06 für Zugangsversperrung eines Ladenlokals infolge Baumaßnahmen). Soweit der Vermieter geltend macht, das sich dem Mietvertrag nicht entnehmen lasse, dass der Vermieter die Eröffnung des Geschäftszentrums binnen vier Wochen nach Übergabe schulde, kommt es hierauf für die Entscheidung nicht maßgeblich an. Bereits aus dem dargestellten Vertragszweck als Galerie zum Ausstellen und Vertreiben von Kunstwerken ergibt sich, ohne dass es einer ausdrücklichen Regelung bedurfte, dass die vertragsgemäße Gebrauchstauglichkeit der Mieträume nur dann vorliegt, wenn das Einkaufszentrum eröffnet ist und seinen Geschäftsbetrieb aufgenommen hat. Etwas anderes ergibt sich aus den vorstehend zitierten Regelungen zur Übergabe des Mietobjekts und der von dem Mieter übernommenen Verpflichtung zur Herrichtung des Mietobjekts für seine Zwecke, deren Auslegung sich an den allgemeinen Grundsätzen des Mietrechts unter Wahrung des allgemeinen Äquivalenzprinzips zu orientieren hat, nur für eine Ausbauzeit von einem Monat. Zwar ergibt sich aus Teil B Ziff. 4.5 des Mietvertrags auch, dass das Einkaufszentrum noch nicht notwendig bei Übergabe eröffnet sein musste. Auch ist hier in Absatz 1 Satz 1 geregelt, dass der Mieter im Fall einer gemeinsamen Eröffnung des Geschäftszentrums oder Teilen davon ebenfalls zu diesem Termin zu eröffnen hat. Dies bedeutet aber nicht, dass der vertragsgemäße Gebrauch erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Eröffnung des Geschäftszentrums zu gewähren wäre. Dies lässt sich mit den übrigen Regelungen, insbesondere mit der Verpflichtung des Mieters, "sein Geschäft spätestens einen Monat nach Übergabe des Mietobjekts" eröffnen zu müssen, nicht in Einklang bringen. Der Vermieter hat sich seinerseits eine Reihe von Rechten ausbedungen, die an einen Verstoß gegen die Pflicht des Mieters zur Geschäftseröffnung binnen eines Monats nach Übergabe geknüpft sind. So kann der Vermieter nach Ziff. 3.3.5 das Mietverhältnis in diesem Falle außerordentlich kündigen. Nach Teil B Ziff. 4.5 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 2 ist der Mieter zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, wenn der Mieter mit der Eröffnung seines Geschäfts in Verzug ist. Nach diesen vertraglichen Regelungen verlangt der Vermieter eine Eröffnung des Geschäfts einen Monat nach Übergabe an den Mieter. Dies setzt voraus, dass das Einkaufszentrum auch eröffnet (oder zumindest teileröffnet) ist. Dem Mieter eine Mietzahlungspflicht aber auch dann aufzuerlegen, wenn er wegen fehlender Fertigstellung und Eröffnung des Einkaufszentrums sein Geschäft nicht eröffnen kann und hier auch keine Verkaufstätigkeit mit Einnahmen entfalten konnte, würde gegen den im Mietrecht wesentlichen Grundgedanken der Wahrung des Äquivalenzprinzips verstoßen. Dies umso mehr als der Mieter selbst keinen Einfluss auf die Fertigstellung und Eröffnung des Geschäftszentrums nehmen kann.

Vergeblich machte der Vermieter geltend, eine Minderung sei gemäß § 536 b Satz 3 BGB wegen vorbehaltloser Annahme der Mietsache trotz Kenntnis des Mangels ausgeschlossen. Aus Teil B Ziff. 4.5 des Mietvertrags ergibt sich, dass das Einkaufszentrum nicht notwendig bei Übergabe eröffnet sein musste. Der Mieter konnte daher bei Übergabe der Mietsache davon ausgehen, dass dies binnen einem Monat geschieht und musste sich daher Rechte nicht vorbehalten. Unbegründet war auch der Einwand des Vermieters, der Anspruch auf Rückforderung der Miete sei wegen § 814 BGB ausgeschlossen, weil der Mieter die Miete in Kenntnis der Nichtschuld aufgrund der Mangelhaftigkeit gezahlt habe. Nach § 814 BGB kann das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist. Die Norm beruht auf dem Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens. Sie will den Leistenden benachteiligen, während der Empfänger darauf vertrauen darf, dass er eine Leistung, die bewusst zur Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit erbracht worden ist, behalten darf (BGH NJW 1997, 2381; BGH NJW 2009, 363 Tz. 15). Der Ausschluss der Rückforderung setzt neben der objektiv nicht bestehenden Leistungspflicht im Zeitpunkt der Leistung (BGH NJW 2008, 1878 Tz. 15) Kenntnis des Leistenden nicht nur der Tatumstände voraus, aus denen sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern auch, dass er weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (BGH NJW 1991, 2381; BGH WM 1973, 146 Tz. 33). Die Rechtskenntnis, dass ein Sachmangel kraft Gesetzes zur Minderung der Mietforderung führt (§ 536 BGB) ist allerdings in den üblichen Kreisen von Mietern im Wege des Anscheinsbeweises regelmäßig anzunehmen (BGH NJW 2003, 2601; Kammergericht MDR 2013, 396; Palandt, § 814 Rn. 11). Es kann für die Entscheidung aber dahingestellt bleiben, ob der Mieter Kenntnis vom Mietmangel hatte und ab wann diese angenommen werden könnte. Jedenfalls steht einer etwaigen schädlichen Rechtskenntnis im Sinne von § 814 BGB vorliegend die Klausel in Teil B Ziff. 5.6.4 des Mietvertrages entgegen. Teil B Ziff. 5.6.4 regelt, dass der Mieter gegenüber den Mietzins- oder sonstigen Forderungen des Vermieters kein Minderungsrecht ausüben kann. Nach dieser Klausel ist eine Beschränkung des Minderungsrechts des Mieters in der Form vorgesehen, dass ihm nur der Abzug von der Mietzahlung versagt und er wegen des Minderungsrechts auf einen Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB verwiesen wird. Eine solche Klausel stellt im Gewerberaummietrecht keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB dar (BGHZ 91, 376; BGH NJW 2008, 2497). Das heißt also, dass der Mieter zunächst zur Zahlung der Miete - ungeachtet eines Minderungsanspruchs - vertraglich verpflichtet war. § 814 BGB setzt aber das Nichtbestehen einer Leistungspflicht im Zeitpunkt der Leistung voraus. Eine Klausel, die den Mieter ungeachtet der Mängel zunächst zur vollen Mietzahlung verpflichtet, führt jedoch zu einer Leistungspflicht. Dem Vermieter steht ungeachtet der späteren Klärung der Minderungsfrage zunächst ein (wenn auch vorläufiger) Zahlungsanspruch zu. Ein Vorbehalt zur Vermeidung eines "widersprüchlichen" Verhaltens ist dann von vornherein nicht erforderlich, da der Tatbestand des § 814 BGB nicht erfüllt ist (Kammergericht, Urteil vom 11.09.2014 - 8 U 77/13).

KG Berlin, Urteil vom 21.11.2016 - 8 U 121/15

- **Entfernen eines unbefugt abgestellten Pkws**

Häufig sind es gerade simple Lebenssachverhalte, die rechtlich nicht einfach in den Griff zu bekommen sind. Dies zeigt das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.03.2016 - 5 ZR 102/15 -, das Kosten für das Abschleppen eines auf dem Kundenparkplatz eines Verbrauchermarktes abgestellten Pkw betraf. Durch dieses Urteil ist aber jetzt endlich Rechtsklarheit geschaffen worden. Es ging darum, dass der auf die Beklagte zugelassene Pkw - nicht von ihr, sondern von einem möglicherweise unbekannten Fahrer - am 16.06.2010 auf dem Kundenparkplatz eines Verbrauchermarktes in Berlin-Köpenick in der Zeit zwischen 8:00 Uhr und 10:05 Uhr abgestellt war. Da die durch entsprechende Schilder kenntlich gemachte Höchstparkzeit von 90 Minuten überschritten war, veranlasste ein Mitarbeiter der Klägerin (der Betreiberin des Verbrauchermarktes in Köpenick) die Umsetzung des Fahrzeuges. Die Klägerin verlangt vom Beklagten, dem Halter des Fahrzeugs, Erstattung von EUR 219,50, nämlich der aufgrund eines Rahmenvertrages geschuldeten und bezahlten Vergütung für das Abschleppen des Fahrzeugs. Das Amtsgericht Köpenick gibt der Klage in Höhe von EUR 110,00 mit der Begründung statt, die Klägerin könne Erstattung der ortsüblichen Abschleppkosten verlangen. Die dagegen eingelegte Berufung des Beklagten zum Landgericht Berlin hat Erfolg. Das Landgericht Berlin weist die Klage insgesamt ab und begründet, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vorgelegen hätten, weil das Abschleppen nicht dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Fahrzeughalters entsprochen habe. Diese dem Rechtsgefühl widersprechende Meinung des Landgerichts wird vom Bundesgerichtshof nicht geteilt, er stellt das Urteil des Amtsgerichts wieder her und verurteilt den Beklagten zur Zahlung der ortsüblichen Abschleppkosten. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass die Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen. Der Klägerin steht ein Anspruch gemäß § 683

S. 1 BGB i.V.m. § 670 BGB auf Zahlung der Abschleppkosten in ortsüblicher Höhe zu. Die Umsetzung des Fahrzeugs der Beklagten stellt ein Handeln in fremdem Rechtskreis und damit eine Fremdgeschäftsführung im Sinne von § 677 BGB dar. Ein Geschäft der Beklagten war dies deshalb, weil sie als Halterin des Fahrzeugs zur Entfernung nach § 862 Abs. 1 BGB (Anspruch wegen Besitzstörung) bzw. - wenn das Parken als teilweise Besitzentziehung qualifiziert wird - gemäß § 861 Abs. 1 BGB (Anspruch wegen Besitzentziehung) verpflichtet war. Das unbefugte Abstellen eines Fahrzeugs auf einem Privatgrundstück begründet eine verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 Abs. 1 BGB, für die nicht nur der Fahrer, sondern ebenfalls der Halter des Fahrzeugs verantwortlich ist. Das gilt auch dann, wenn das Parken an bestimmte Bedingungen - wie hier die Festlegung einer Höchstparkdauer von 90 Minuten - geknüpft ist und diese nicht eingehalten werden (BGH, Urteil vom 18.12.2015 - V ZR 160/14, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 04.07.2014 - V ZR 229/13, NJW 2014, 3727 Rn. 13). Dass die Klägerin - die Betreiberin des Verbrauchermarktes - auch im eigenen Interesse tätig geworden ist, schließt ihren Fremdgeschäftsführungswillen nicht aus (so genanntes "auch fremdes Geschäft", vgl. BGH NJW 2009, 2590 Rn. 18 mwN). Die Übernahme des Geschäfts entsprach dem Interesse der Beklagten. Die Übernahme einer Geschäftsführung liegt dann im Interesse des Geschäftsherrn (der Beklagten als Fahrzeughalterin), wenn sie ihm objektiv vorteilhaft und nützlich ist (BGH, Urteil vom 20.04.1967 - VII ZR 326/64; BGHZ 47, 370, 372 ff.; BGH NJW-RR 1993, 200). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt die Tilgung einer einredefreien Schuld grundsätzlich als vorteilhaft und damit als interessegemäß. Entsprechendes gilt, wenn ein Grundstückseigentümer eine Eigentumsbeeinträchtigung selbst beseitigt. Der Störer wird von der ihm gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB obliegenden Pflicht frei, so dass die Übernahme des Geschäfts auch in seinem objektiven Interesse liegt und er - wenn die weiteren Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen - verpflichtet ist, dem Eigentümer gemäß § 683 BGB die zu der Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen zu erstatten. Der Umstand, dass der Geschäftsherr Aufwendungsersatz schuldet, kann naturgemäß seinem Interesse nicht schon von vornherein und generell entgegenstehen, weil § 683 BGB sonst nie erfüllt wäre. Unter Beachtung dieser Grundsätze und der hiernach gebotenen objektiven Betrachtung stellt sich die Entfernung des Fahrzeugs für die Beklagte als vorteilhaft dar. Sie ist durch die Umsetzung, zu der die Grundstücksbesitzerin gemäß § 859 Abs. 1 und 3 BGB berechtigt war, von ihrer Verpflichtung gemäß § 862 Abs.1 S. 1 BGB bzw. § 861 Abs. 1 BGB frei geworden. Andere, für die Beklagte kostengünstigere und vorteilhaftere Möglichkeiten, diesen Anspruch zu erfüllen, bestanden nicht. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Grundstücksbesitzerin von der Beklagten die sofortige Beseitigung der Störung verlangen und den Anspruch auch im Wege der Selbsthilfe durchsetzen konnte. Zu einer sofortigen Beseitigung waren jedoch weder die Beklagte noch der Fahrer des Fahrzeugs in der Lage, da sie sich in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Geschäftsübernahme weder bei dem Fahrzeug befanden noch binnen kurzer Frist ermittelt werden konnten. Die einzige Möglichkeit, den rechtswidrigen Zustand unmittelbar zu beseitigen, bestand deshalb in dem Umsetzen des Fahrzeugs. Demgegenüber war die Grundstücksbesitzerin nicht verpflichtet, die Störung so lange hinzunehmen, bis der Fahrer das Fahrzeug selbst von dem Parkplatz entfernte oder aber die Beklagte nach entsprechender Halterermittlung und Unterrichtung über die Störung durch die Grundstücksbesitzerin dies veranlasste. Aus der Sicht eines verständigen, sich rechtstreu verhaltenden Fahrzeughalters entsprach das Abschleppen deshalb seinem Interesse, weil nur auf diese Weise der Beseitigungsanspruch zu der geschuldeten Zeit erfüllt werden konnte. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (des Landgerichts Berlin) liegen die subjektiven Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 683 BGB ebenfalls vor. Das Abschleppen des Fahrzeugs entsprach dem mutmaßlichen Willen der Beklagten. Dazu, welchen wirklichen Willen die Beklagte hatte, hatte das Landgericht Berlin keine Feststellungen getroffen. Seine Überlegung, der Wille der Beklagten werde darauf gerichtet gewesen sein, dass der Fahrzeugführer die Besitzstörung beende, ist zum einen spekulativ. Und zum anderen besagt sie nichts zu der hier entscheidenden Frage, welchen Willen die Beklagte für den Fall hatte, dass der Fahrer zu der geschuldeten sofortigen Beseitigung der Besitzstörung nicht in der Lage war. Da sich hiernach der wirkliche Wille der Beklagten nicht feststellen lässt, kommt es entscheidend auf ihren mutmaßlichen Willen an. Das ist derjenige Wille, den der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung aller Umstände im Zeitpunkt der Übernahme geäußert haben würde. Mangels anderer Anhaltspunkte ist als mutmaßlicher Wille der Wille anzusehen, der dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht (BGH NJW-RR 1989,19 170; Palandt, BGB, § 683 Rn. 5). Da die Entfernung des Fahrzeugs im objektiven Interesse der Beklagten lag, war auch ihr mutmaßlicher Wille hierauf gerichtet. Sie wurde durch die Geschäftsführung von ihrer Verpflichtung zur sofortigen Störungsbeseitigung befreit, die nur durch ein Umsetzen des Fahrzeugs bewirkt werden konnte.

Aufgrund der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag kann die Grundstücksbesitzerin (die Betreiberin des Verbrauchermarkts) gemäß § 683 S. 1 BGB i.V.m. § 670 BGB Ersatz der Aufwendungen verlangen, die sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Hat ein Grundstücksbesitzer wie hier ein Unternehmen umfassend mit der Beseitigung der Besitzstörung gegen Zahlung einer vertraglich festgelegten Pauschalvergütung beauftragt, stellt das Eingehen einer solchen Verbindlichkeit nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur insoweit eine ersatzfähige Aufwendung dar, als die am Ort der Besitzstörung üblichen Kosten für das Abschleppen fremder Fahrzeuge und die Kosten für vorbereitende Maßnahmen nicht überschritten werden (BGH NJW 2014, 3727 Rn. 16, 23 und 41; BGH NJW 2012, 528 Rn. 11, jeweils zu der Frage der Ersatzfähigkeit der Aufwendungen im Rahmen eines Schadensersatzanspruches des Grundstücksbesitzers). Auf dieser Grundlage ist der von dem Amtsgericht unter Berücksichtigung der Ortsüblichkeit als angemessen angesehene Betrag von EUR 110,00 nicht zu beanstanden.

Die Entscheidung gefällt mir sehr gut. Zugegebenermaßen vereinfachend und pointiert "übersetzt" sagt der Bundesgerichtshof, bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens eines Störers (eines Rechtsbrechers) kommt es nicht darauf an, wie verkommen und rechtsfeindlich dieser Rechtsstörer in Wirklichkeit ist, abgestellt wird vielmehr darauf, was ein redlicher, rechtstreuer Mensch als gebührend und anständig ansehen würde. So ist das im Ergebnis richtig (auch wenn man dogmatisch durchaus diskutieren könnte), denn der Rechtsstaat soll und darf sich nicht von Rabauken und anderen Rechtsbrechern an der Nase herumführen lassen.

BGH, Urteil vom 11.03.2016 - V ZR 102/15

- **Erstattung von Umzugskosten als Kündigungsfolgeschaden und Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens**

Mit Urteil vom 02.11.2016 - XII ZR 153/15 musste sich der Bundesgerichtshof Gedanken über den intelligenten Einwand eines Vermieters machen, Umzugskosten eines Mieters seien trotz dessen wirksamer außerordentlicher Kündigung des Mietvertrags nicht erstattbar, weil diese Kosten auch bei einem so genannten rechtsmäßigen Alternativverhalten angefallen wären, weil der Vermieter nämlich selbst ordentlich oder außerordentlich gekündigt hätte, wenn ihm der Mieter nicht bildlich gesprochen zuvorgekommen wäre. Auch wenn die Kreativität des Vermieters großen Respekt verdient, er hatte dennoch keinen Erfolg.

Im Mai 2012 mietete der Kläger - ein Betreuungsverein - von der Beklagten einen Büroraum im Erdgeschoss eines Gebäudes, das sich in Brake befindet. Im Rahmen einer bauordnungsrechtlichen Prüfung stellte die Stadt Brake an dem Gebäude verschiedene Mängel im Brandschutz fest. Insbesondere war bei der Anbringung des Wärmedämmverbundsystems an der Außenfassade bauordnungswidrig brennbares Material, nämlich Polystyrol, verwendet worden. Mit Schreiben vom 24.04.2013 setzte die Stadt Brake den Kläger von den Brandschutzmängeln und davon in Kenntnis, dass sie dem Gebäudeeigentümer zur Behebung der Mängel am Wärmeverbundsystem eine Frist bis zum 31.05.2013 gesetzt habe, nach deren fruchtlosen Ablauf eine Untersagung der Nutzung des gesamten Gebäudes beabsichtigt sei. Mit Bescheid vom 07.06.2013 sprach die Stadt Brake gegenüber dem Kläger wegen der nicht brandschutzgerechten Dämmung der Außenfassade und der Nichtbeseitigung dieses Mangels durch den Gebäudeeigentümer eine Nutzungsuntersagung für die Mieträume aus. Zugleich wurde die sofortige Vollziehung angeordnet und angekündigt, die Nutzungsuntersagung durch Versiegelung durchzusetzen, wenn das Gebäude und die darin befindlichen Räume ab dem 01.08.2013 weiterhin benutzt würden. Mit Anwaltsschreiben vom 12.06.2013 kündigte der Kläger das Mietverhältnis fristlos zum 30.06.2013 und zog am 28.06.2013 in von ihm angemietete neue Büroräume um. Die Miete Juni 2013 zahlte der Kläger nicht. Mit seiner Klage hat der Kläger Schadensersatz für verschiedene Umzugskosten (Möbeltransport, Abbau und Neuinstallation der EDV-Anlage, Reinigungskosten) verlangt. Der Vermieter will widerklagend die Miete für Juni 2013. Hinsichtlich des Umzugsschadens wendet der Vermieter ein, er hätte den Mietvertrag aufgrund der Nutzungsuntersagung vom 07.06.2013 selbst ordentlich oder außerordentlich gekündigt, wenn ihm der Mieter mit der Kündigung nicht zuvorgekommen wäre. Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass die Klage begründet ist und dass hinsichtlich der Widerklage noch weitere tatsächliche Feststellungen getroffen werden müssen.

Der Vermieter hat dem Mieter die Umzugskosten zu erstatten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Mietvertragspartei, die durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages veranlasst hat, dieser Partei zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens (sogenannter Kündigungs- oder Kündigungsfolgeschaden) verpflichtet (BGH NJW 2000, 2342; BGH NJW 2007, 2474 Rn. 9). Grundlage für einen auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens gerichteten Schadensersatzanspruch des Mieters ist entweder § 280 Abs. 1 BGB oder - wie im vorliegenden Fall - § 536 a Abs. 1 BGB (Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch des Mieters wegen eines Mangels), wenn die außerordentliche Kündi-

gung wegen eines Umstandes erfolgt, der zugleich einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB begründet (BGH NJW 2013, 223 Rn. 35). Der Anspruch setzt die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung voraus, weil er gerade denjenigen Schaden erfasst, welcher infolge der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses entstanden ist (Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, § 543 BGB Rn. 46). Wird das Mietverhältnis demgegenüber nicht gekündigt oder ist eine von dem Mieter ausgesprochene Kündigung etwa aus formellen Gründen unwirksam, können die mit der Anmietung von Ersatzräumen und der damit einhergehenden Freigabe der bisherigen Mieträume verbundenen Vermögensschäden des Mieters nach § 536 a Abs. 1 BGB auch als Mangelschaden erstattungsfähig sein. Das ist dann der Fall, wenn der Mieter bestehende Mängel der Mietsache berechtigterweise zum Anlass nimmt, wegen einer nicht mehr vorhandenen Tauglichkeit der Mieträume zum vertragsgemäßen Gebrauch den Umständen nach angemessene neue Büroräume anzumieten (BGH NJW 2013, 2660 Rn. 9f.).

Im Streitfall sind die Voraussetzungen für einen auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens gerichteten Schadensersatzanspruch gegeben. Der Mieter war dazu berechtigt, das Mietverhältnis mit der Beklagten am 12.06.2013 aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen. Nach § 543 Abs. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB unter anderem dann vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Letzteres kommt auch beim Auftreten eines Mangels in Betracht, der dem vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache entgegensteht (BGH NZM 2014, 165 Rn. 18). Dabei braucht im vorliegenden Fall nicht im einzelnen erörtert zu werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen objektbezogene Mängel beim Brandschutz - unabhängig von einem Einschreiten der Ordnungsbehörde - schon deshalb einen Mangel darstellen, weil die Sicherheit der Nutzer des Gebäudes durch sie gefährdet ist. Denn außer reinen Beschaffenheitsfehlern der Mietsache können jedenfalls auch behördliche Beschränkungen und Gebrauchshindernisse die Tauglichkeit der Mietsache zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern, dass sie einen Mangel im Sinne von § 536 BGB begründen. Letztere stellen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs freilich nur dann einen Mangel dar, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben. Außerdem muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden (BGH NZM 2014, 165 Rn. 20). Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat. Allerdings kann ein möglicher Sachmangel im Einzelfall auch darin gesehen werden, dass eine langwährende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können (BGH NZM 2014, 165 Rn. 20). Hier hat die Stadt Brake dem Kläger die Nutzung der Mieträume durch einen sofort vollziehbaren Bescheid vom 07.06.2013 untersagt. Damit war davon auszugehen, dass das behördliche Einschreiten den Kläger in seinem vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigen würde. Zwar war der Bescheid der Stadt Brake vom 07.06.2013 im Zeitpunkt der Kündigungserklärung am 12.06.2013 noch nicht bestandskräftig und die aufschiebende Wirkung eines dagegen gerichteten Widerspruchs hätte durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 Verwaltungsgerichtsordnung wiederhergestellt werden können. Darauf kommt es aber nicht an. Zwar entspricht es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass es dem Mieter grundsätzlich zugemutet werden kann, behördliche Anordnungen betreffend den Gebrauch der Mietsache auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen (BGH NZM 2014, 165 Rn. 20). Auf das Risiko eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreits mit ungewissem Ausgang muss sich der Mieter aber jedenfalls dann nicht einlassen, wenn die Behörde bereits eine sofortige Untersagung der Nutzung der Mietsache verfügt hat und der Gegenstand der ordnungsbehördlichen Beanstandungen - wie hier die nicht brandschutzgerechte Ausführung der Fassadendämmung - außerhalb des Einwirkungsbereichs des Mieters liegt (vgl. Schmidt-Futterer-Blank, Mietrecht, § 543 BGB Rn. 96). Auch ist es für die Frage nach der Wirksamkeit der Kündigung irrelevant, dass die Stadt Brake nach ihrem Bescheid die Anwendung unmittelbaren Zwangs (in Form einer Versiegelung der Mieträume) zur Durchsetzung der Nutzungsuntersagungsverfügung erst für den 01.08.2013 androhte. Denn das auf § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB gestützte Kündigungsrecht des Mieters besteht bereits dann, wenn im Zeitpunkt der Kündigungserklärung sicher feststeht, dass dem Mieter der Mietgebrauch nicht gewährt (vgl. Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, Kap. IV Rn. 320) oder wieder entzogen wird (BGH NJW 2013, 223 Rn. 30 f.). Der Kläger brauchte daher mit seiner Kündigungserklärung nicht auf den Termin zuzuwarten, zu dem die Ordnungsbehörde die Ergreifung von Zwangsmitteln zur Durch-

setzung der Nutzungsuntersagung angekündigt hatte. Das Kündigungsrecht ist auch nicht nach § 543 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen, weil der Mieter dem Vermieter keine Frist zur Mangelbeseitigung setzte oder diesen abmahnte. Einer Fristsetzung oder Abmahnung bedarf es nämlich nach § 543 Abs. 3 S. 2 BGB nicht, wenn eine Fristsetzung oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB) oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BGB). Jedenfalls unter den letztgenannten Voraussetzungen war in der streitgegenständlichen Sache eine sofortige Kündigung gerechtfertigt. Der Grundstückseigentümer hatte eine ihm von der Bauordnungsbehörde bis zum 31.05.2013 gesetzte Frist zur Herstellung eines brandschutzgerechten Zustands der Außenfassade verstreichen lassen, wodurch sich der Mieter kurz darauf mit einer sofort vollziehbaren Nutzungsuntersagungsverfügung konfrontiert sah. Der Vermieter behauptet selbst nicht, dass eine brandschutzgerechte Sanierung der Außenfassade zu erwarten gewesen wäre, bevor die Bauordnungsbehörde am 01.08.2013 die von ihr angekündigte Versiegelung der Mieträume vorgenommen hätte. Deshalb wurde der Mieter zu einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund herausgefordert, weil ihm der Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache aufgrund eines anfänglichen Mangels nicht gewährt oder wieder entzogen hat. Folge ist, dass der Vermieter im Wege einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung (§ 536 a Abs. 1, 1. Alt. BGB) nach allgemeiner Ansicht auch für den kündigungsbedingten Schaden des Mieters haftet (vgl. Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 543 BGB Rn. 114; Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, § 543 BGB Rn. 46; Lindner-Figura, Geschäftsraummiete, Kap. 16 Rn. 323). Soweit behördliche Beschränkungen den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache beeinträchtigen, setzt ein auf eine öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkung gestützter anfänglicher Mangel im Sinne von § 536 a Abs. 1, 1. Alt. BGB mindestens voraus, dass schon im Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung mit einem späteren behördlichen Einschreiten während der vereinbarten Vertragszeit zu rechnen ist und die Behörde aufgrund der einschlägigen Vorschriften nicht nur dazu berechtigt, sondern dazu verpflichtet ist, die vertraglich vorgesehene Nutzung der Mietsache zu untersagen (BGH NJW 1977, 1285, 1286 = BGHZ 68, 294, 297). Davon ist unter den hier gegebenen Umständen auszugehen, weil die im Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung vorhandene Dämmung der Außenfassade mit brennbaren Werkstoffen von Anfang an gegen bauordnungsrechtliche Brandschutzbestimmungen verstoßen hat.

Hat der Mieter das Mietverhältnis nach einem vertragswidrigen Verhalten des Vermieters wirksam gekündigt, umfasst der ihm zu ersetzende Kündigungsfolgeschaden auch die notwendigen Umzugskosten (BGH, Urteil vom 06.02.1974 - VIII ZR 239/72). Erfolglos war das Argument des Vermieters, dass eine schadensrechtliche Berücksichtigung von Umzugskosten unter dem Gesichtspunkt eines rechtmäßigen Alternativverhaltens deshalb nicht in Betracht komme, weil der Vermieter das Mietverhältnis seinerseits hätte kündigen können. Allerdings kann die Berufung des Schädigers auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten, das heißt den Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein. Die Erheblichkeit des Einwands richtet sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm (BGHZ 96, 157, 173; BGHZ 120, 281, 286; BGH, Urteil vom 19.07.2016 - VI ZR 75/15). Voraussetzung ist zudem, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre. Die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus (BGHZ 120, 281, 287; BGH NJW 2012, 2022 Rn. 17). Diese Voraussetzungen lagen aber in der streitgegenständlichen Sache nicht vor. Wäre die Außenfassade des Mietobjekts nicht bauordnungswidrig mit brennbaren Materialien ausgeführt worden bzw. hätte die Beklagte die genannten Mängel rechtzeitig vor der Nutzungsuntersagung durch die Stadt Brake beseitigt, wäre das Mietverhältnis nicht gekündigt worden und der mit den Umzugskosten verbundene Vermögensschaden beim Kläger nicht eingetreten. Der Einwand der Beklagten, sie hätte das Mietverhältnis nach der behördlichen Nutzungsuntersagung ihrerseits ordentlich oder außerordentlich gekündigt, ist mit Blick auf den Schutzzweck der §§ 536 Abs. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB nicht erheblich. Diese Vorschriften bezwecken es gerade, den Mieter dagegen zu sichern, dass der Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses durch mangelbedingte Nichtgewährung oder Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs für den Mieter unzumutbar macht. Greift der Mieter deshalb berechtigt zur Kündigung, büßt er sein vertragliches Recht zum Gebrauch der Mietsache ein, so dass der Vermieter dann verpflichtet ist, dem Mieter den Schaden zu ersetzen, den er durch diesen Rechtsverlust erleidet (BGH, Urteil vom 06.02.1974 - VIII ZR 239/72). Andererseits geht der Schutzzweck der §§ 536 Abs. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB freilich nicht dahin, dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache unabhängig von sonstigen möglichen Beendigungsgründen für das Mietverhältnis dauerhaft zu gewährleisten. Damit steht es in Einklang, dass der Mieter einen kündigungsbedingten

Schadensersatz wegen des entgangenen Gebrauchs der Mietsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur für den Zeitraum verlangen kann, in dem der Vermieter auch gegen seinen Willen am Mietvertrag festgehalten werden konnte (BGH, Urteil vom 17.03.2004 - XII ZR 254/00 und BGH, Urteil vom 12.01.1972 - VIII ZR 26/71). Insbesondere die Ansprüche des Mieters auf Erstattung der Mietdifferenz wegen der Mehrkosten der kündigungsbedingten angemieteten Ersatzwohnung sind daher auf den Zeitraum bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer oder bis zur Wirksamkeit der erstmöglichen Kündigung durch den Vermieter beschränkt (BGH, Urteil vom 15.06.1964 - VIII ZR 255/62). Soweit es um einmalige Aufwendungen für die Beschaffung von Ersatzräumen, die Herrichtung dieser Räume und den Umzug geht, wird für deren Erstattungsfähigkeit maßgeblich darauf abzustellen sein, ob diese Kosten durch eine in absehbarer Zeit bevorstehende Vertragsbeendigung unabhängig von den zur Mieterkündigung führenden Umständen ohnehin entstanden wären (BGH, Urteil vom 06.02.1974 - VIII ZR 239/72; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. Rn. 309). Kann demgegenüber wie hier nicht festgestellt werden, dass das Mietverhältnis ohne die zur außerordentlichen Kündigung des Mieters führende und vom Vermieter zu vertretende mangelbedingte Gebrauchsentziehung überhaupt beendet worden wäre, schließt der Schutzzweck der §§ 536 Abs. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB den auf rechtmäßiges Alternativverhalten gestützten Einwand des Vermieters aus, dass er das Mietverhältnis seinerseits gekündigt hätte, weil er infolge des Scheiterns der Mangelbeseitigungsversuche dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache nicht mehr habe gewähren können.

Der Bundesgerichtshof hat die Sache aber deshalb zur weiteren Klärung des Sachverhalts an das Oberlandesgericht Oldenburg zurückverwiesen, weil noch tatsächliche Feststellungen zur Frage getroffen werden müssen, ob und in welcher Höhe der Mieter Miete für Juni 2013 schuldete. Die Auffassung des Mieters, er müsse für Juni 2013 nichts zahlen, wird vom Bundesgerichtshof nicht geteilt. Er führt vielmehr aus, dass trotz der am 07.06.2013 verfügten Nutzungsuntersagung noch nicht ohne weiteres von einer Beeinträchtigung oder Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs auszugehen sei, solange die Behörde trotz eines Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften die formell ordnungswidrige Nutzung der Mietsache durch den Mieter duldet (vgl. Lindner-Figura, Geschäftsraummiete, Kap. 14 Rn. 274; Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, § 536 BGB Rn. 181). Von einer zumindest faktischen Duldung der Nutzung durch die zuständige Behörde wird auch dann auszugehen sein, wenn sie zwar die Nutzung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch bereits untersagt hat, vorläufig aber auf die Anwendung von Zwang zur Durchsetzung der Ordnungsverfügung verzichtet, um dem von der Nutzungsuntersagung betroffenen Mieter ausreichend Zeit für die Suche nach Ersatzräumen zu geben. In diesem Fall kann der "Makel" der von der Ordnungsbehörde formell untersagten Weiternutzung der Mietsache deren Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch im Zeitraum bis zum endgültigen Auszug des Mieters möglicherweise einschränken, aber nicht vollständig aufheben (vgl. LG Potsdam, WuM 2015, 350, 352 ff.). Der Bundesgerichtshof folgt auch nicht der Argumentation des Mieters, dieser habe für Juni 2013 keine Miete zahlen müssen, weil die Beschaffenheit der Mieträume in tatsächlicher Hinsicht so weitreichend von brandschutzrechtlichen Vorschriften abweiche, dass schon deshalb eine vollständige Befreiung von der Mietzahlungspflicht ohne weiteres gerechtfertigt sei. Selbst wenn aufgrund von schwerwiegenden Mängeln beim objektbezogenen Brandschutz die konkrete Besorgnis besteht, dass im Falle eines in Zukunft eintretenden Brandes das Gesundheitsrisiko für die Nutzer der Mieträume erheblich erhöht ist, wird dieser Umstand regelmäßig nicht die Beurteilung rechtfertigen, dass die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache vollständig aufgehoben ist (vgl. KG Berlin, KGR 2004, 97, 100; OLG Brandenburg, Urteil vom 14.04.2015 - 6 U 77/12 - juris Rn. 86 ff.). Das Oberlandesgericht Oldenburg muss deshalb noch klären, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine geschuldete Miete im Monat Juni 2013 wegen der tatsächlichen und nicht brandschutzgerechten Beschaffenheit der Mietsache oder deshalb gemindert ist, weil dem Mieter die formell untersagte Weiternutzung der Mieträume nur wegen eines befristeten Verzichts auf ordnungsbehördliche Zwangsmittel ermöglicht worden ist.

BGH, Urteil vom 02.11.2016 - XII ZR 153/15

- **Verweisungsmöglichkeit der Versicherung**

Für den Geschädigten ist es zulässig, seinen Schadensersatzanspruch fiktiv, insbesondere auf Grundlage eines Gutachtens oder Kostenvoranschlages, zu berechnen und die Regulierung auf dieser Basis einzufordern. Dabei ist im Falle der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs auch grundsätzlich der Aufwand heranzuzie-

hen, welcher in einer herstellergebundenen Fachwerkstatt notwendig ist, insbesondere mit den dortigen Stundenverrechnungssätzen. Durch den Bundesgerichtshof ist jedoch anerkannt, dass der Schädiger bzw. dessen Versicherer berechtigt ist, den Geschädigten im Rahmen der fiktiven Abrechnung auf eine ohne Weiteres erreichbare, qualitativ gleichwertige jedoch günstigere Reparaturmöglichkeit zu verweisen, auch noch im Rechtsstreit (beispielsweise BGH NJW 2014, 3236; NJW 2013, 2817).

Es hatte sich das Landgericht Bonn in einem Urteil vom 08.07.2016 - 1 O 460/15 mit den Kostenfolgen zu befassen, soweit der Geschädigte nach Klageeinreichung und (begründeter) Verweisung auf eine günstigere Reparaturmöglichkeit den Rechtsstreit für erledigt erklärt, sich die Beklagte dem anschließt. Bei der dann erforderlichen Entscheidung zur Kostentragung wurde durch das Landgericht Bonn entschieden, dass der Versicherer die Kosten des Rechtsstreits insoweit zu tragen hat, da die Klage ursprünglich, bis zur Verweisung im Rahmen der Klageerwiderung, begründet war und erst danach unbegründet wurde.

LG Bonn, Urteil vom 08.07.2016 - 1 O 460/15

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

Änderung der Rechtsprechung zur Anbietpflicht eines Vermieters

Der Bundesgerichtshof hat seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass auch die Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes Eigenbedarf im Sinne des Kündigungstatbestandes des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB geltend machen können. Der Eigenbedarf der Gesellschafter ist der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes zuzurechnen. Denn durch die Ausgestaltung der einzelnen Kündigungstatbestände wie des Eigenbedarfs sollen keineswegs nur Mieterinteressen geschützt werden. Durch diese Tatbestände soll vielmehr ein gerechter Interessenausgleich zwischen den Mietvertragsparteien ermöglicht werden. Zwar sind nicht die Gesellschafter selbst als natürliche Personen Vermieter, sondern die Gesellschaft. Der Kündigungstatbestand des Eigenbedarfs ist daher nicht direkt auf die Gesellschaft anwendbar, nachdem diese selbst nicht wohnt. Durch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes ist aber eine ungeplante Regelungslücke entstanden. Diese Lücke ist im Wege der analogen Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB dahingehend zu schließen, dass sich auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechtes auf einen Eigenbedarf ihrer Gesellschafter berufen darf.

Geändert wurde die Rechtsprechung allerdings zur sogenannten Anbietpflicht des Vermieters. Der Vermieter ist nämlich verpflichtet, dem betroffenen Mieter eine andere, ihm während der Kündigungsfrist zur Verfügung stehende Wohnung zur Anmietung anzubieten, wenn diese sich im selben Haus oder derselben Wohnanlage befindet. Verstößt der Vermieter dagegen, war nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Kündigung unwirksam. An dieser Rechtsprechung hält der Bundesgerichtshof nunmehr nicht länger fest. Die Verletzung der Anbieterpflicht hat nicht mehr die Unwirksamkeit der Eigenbedarfskündigung zur Folge. Die Kündigung ist zwar wirksam, der Vermieter verstößt allerdings gegen mietvertragliche Rücksichtnahmepflichten und macht sich schadensersatzpflichtig. In diesem Fall kann der Mieter Ersatzansprüche in Geld für hierdurch entstandene Schäden wie Umzugs- und Maklerkosten verlangen.

BGH, Urteil vom 14.12.2016 - VIII ZR 232/15

Es kommt nicht auf den Zahlungseingang an

Der Bundesgerichtshof hat die oft in Mietverträgen vereinbarte Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung für unwirksam gehalten, wonach es für die Rechtzeitigkeit der Zahlung nicht auf die Absendung, sondern auf den Eingang des Geldes ankommt. Denn hierdurch wird das Risiko einer durch die Bank verursachten Verzögerung entgegen der gesetzlichen Regelung dem Mieter auferlegt.

Nach § 556 b Abs. 1 BGB ist der Mieter verpflichtet, die Miete spätestens bis zum dritten Werktag eines Monats im Voraus an den Vermieter zu entrichten. Dabei ist der Begriff des "Entrichtens" nach allgemeinem Sprachgebrauch als Synonym für das Bezahlen eines Geldbetrages zu verstehen, so der Bundesgerichtshof. Der Gesetzgeber hat durch die Einführung des § 556 b Abs. 1 BGB keinen von den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 269 Abs. 1, 270 Abs. 1, 4 BGB abweichenden Regelungsgehalt geschaffen. Nach den vorgenannten Bestimmungen ist die Mietschuld im Zweifel am Wohnsitz des Schuldners zu erfüllen. Nach § 270 Abs. 1 BGB trägt der Schuldner grundsätzlich zwar die Verlustgefahr, da Geld der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger zu übermitteln hat. § 270 Abs. 1 BGB erfasst aber nicht die Gefahr, dass sich die Übermittlung des Geldes verzögert. Denn Ort der Leistungshandlung bleibt gemäß §§ 269 Abs. 1, 270 Abs. 4 BGB der Wohnsitz des Schuldners. In diesem Zusammenhang muss der Schuldner und damit der

Mieter zwar rechtzeitig alles getan haben, was seinerseits am Leistungsort erforderlich ist, um den Gläubiger zu befriedigen. Der Leistungserfolg selbst, demnach die Gutschrift auf dem Empfängerkonto, gehört nicht mehr zur Leistungshandlung des Schuldners. Demnach hat der Mieter die Gefahr, dass sich die Übermittlung des Geldes verzögert nicht zu vertreten, denn die eingeschaltete Bank bzw. der Zahlungsdienstleister wird nicht als sein Erfüllungsgehilfe tätig.

Künftig wird es demzufolge für Vermieter schwieriger sein festzustellen, ob ein zur Kündigung führender Kündigungstatbestand vorliegt, wenn der Vermieter die Kündigung auf verspätete Mietzahlungen zurückführt. Oft wird sich erst im Rechtsstreit herausstellen, worauf die Verspätung zurückzuführen ist. Verzögerungen, die durch die vom Mieter eingeschaltete Bank verursacht werden, sind jedenfalls dem Mieter nicht zuzurechnen.

BGH, Urteil vom 05.10.2016 - VIII ZR 222/15