SRF-Newsletter 4/2018

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

BAURECHT bekommen

Vertragsstrafen in vorformulierten Bauverträgen

Das Oberlandesgericht Hamm hat zu einem die Rechtsprechung immer wieder bewegenden Thema eine interessante Entscheidung verkündet:

Der Kläger hatte ein Rohrleitungsunternehmen geführt und im Auftrag der Beklagten Bauleistungen erbracht. Im Vertrag war eine Vertragsstrafe von einem Prozent pro angefangener Kalenderwoche bis zu einem Betrag von max. 5 % der Auftragssumme vereinbart. Die ursprüngliche Ausführungszeit verschob sich deutlich, die Leistungen wurden aufgrund verschiedener, auch nicht von Bauunternehmen zu vertretender Umstände erst Jahre später fertig.

In der Diskussion war insbesondere auch, ob die Verzugsschadenspauschale, die für jede angefangene Woche ein Prozent der Vertragssumme vorsah, doch als angemessen anzusehen ist. Diese Angemessenheit hat das Oberlandesgericht Hamm in der Entscheidung bejaht, da erst nach einer 4-wöchigen Frist der Überziehung die volle Vertragsstrafe verfallen wäre und die Ausführungsfrist ohnehin nur knapp 4 Monate betrug. Aus dem Zusammenspiel zwischen relativ kurzer vertraglich vorgesehener Bauzeit, der Begrenzung der absoluten Höhe auf 5 % und dem Verfall der Vertragsstrafe frühestens nach 4 Wochen und einem Tag, folgert das Oberlandesgericht eine Angemessenheit der Regelung.

Der Bauherr konnte im entschiedenen Fall die Vertragsstrafe gleichwohl nicht in Abzug bringen, da die ursprünglich vertraglich vorgesehene Bauzeit durch Behinderungen des Bauunternehmers verschoben wurde und das Oberlandesgericht Hamm ausdrücklich ausführt:

„Auf einen einvernehmlich verschobenen neun Fertigstellungstermin bezieht sich eine Vertragsstrafe nur dann, wenn sie ausdrücklich auch für diesen verschobenen Termin - gesondert oder durch Bezugnahme auf den Ursprungsvertrag - vereinbart worden ist oder wenn zumindest bei der Veränderung der Ausführungsfrist festgelegt worden ist, dass im Übrigen die vertraglichen Bestimmungen (insbesondere zur Vertragsstrafe) gleichwohl fortgelten sollen.“

Im Rahmen von Bauvorhaben, bei denen es zum Beispiel zu witterungsbedingten Verzögerungen oder Verzögerungen bei der Genehmigung kommt und damit die gesamte Ausführungszeit sich verschiebt, sollten Bauherren also unbedingt darauf achten, dass wenn ein erneuter Fertigstellungstermin vereinbart wird, die Geltung der Vertragsstrafe auch für diesen Termin vereinbart wird. Bauunternehmer sollten ordnungsgemäß, wenn sie in eine entsprechende Situation geraten und Vertragsstrafe gefordert wird prüfen, ob es Gründe für die Verschiebung des Ursprungstermins gab und ob bei eventuell vereinbarten neuen Fertigstellungsterminen die Fortgeltung der Vertragsstrafe tatsächlich vereinbart wurde.

Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 12.07.2017-I-12 O 156/16

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

ERBRECHT bekommen

Die Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft

Nach dem Tod des Erblassers hat der Erbe sechs Wochen Zeit über die Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft zu entscheiden. Ist die Entscheidung gefallen, die Erbschaft (durch ausdrückliche Erklärung oder durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist) also angenommen oder ausgeschlagen, ist dies grundsätzlich nicht mehr zu revidieren. Allerdings kann bei Vorliegen eines Irrtums die Annahme oder Ausschlagung angefochten werden. Umstritten ist, ob die falsche Vorstellung darüber, wem die Erbschaft infolge der Ausschlagung zugutekommt, zur Anfechtung berechtigt oder es sich dabei lediglich um einen unbeachtlichen Motivirrtum handelt. Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 21.09.2017 (I-3 Wx 173/17) in folgendem Fall eine Anfechtung zugelassen:

Der Erblasser hat neben seiner Ehefrau einen Sohn hinterlassen. Der Sohn hat die Erbschaft selbst und gemeinsam mit seiner Ehefrau auch für die von ihnen vertretene Tochter ausgeschlagen, dies in der Annahme, dass damit der Nachlass in voller Höhe seiner Mutter/der Ehefrau des Erblassers zukommt. Tatsächlich existierte aber noch eine Schwester des Erb-

lassers, die infolge der Ausschlagung Miterbin neben der Ehefrau des Erblassers wurde. Der Sohn und seine Ehefrau haben mit der Behauptung, keine Kenntnis von der Existenz der Schwester gehabt zu haben, ihre Ausschlagung aufgrund Irrtums angefochten. Das OLG hat jedenfalls die Anfechtung der Ehefrau für die Tochter für durchgreifend erachtet, weil zu den unmittelbaren und wesentlichen Wirkungen der Ausschlagung nicht nur gehört, dass der Ausschlagende die ihm zugedachte Rechtsstellung aufgibt, sondern ebenso, dass diese Rechtsstellung dem Nächstberufenen anfällt. Jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Ausschlagende davon ausgeht, dass die Erbschaft nach der Ausschlagung zwangsläufig einer bestimmten Person anwächst, soll ein Irrtum über die unmittelbaren und wesentlichen Wirkungen der Ausschlagung vorliegen, der zu einer Anfechtung berechtigt.

Die Sache ist allerdings noch nicht rechtskräftig, da das OLG die Rechtsbeschwerde zugelassen hat. Das letzte Wort wird also der Bundesgerichtshof haben. Unabhängig hiervon gilt aber, dass Erben (oder die Eltern minderjähriger Kinder, die als Erben in Betracht kommen) vor einer Ausschlagung oder Annahme einer Erbschaft die sich hieraus ergebenden Folgen genau prüfen und abwägen sollten.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.09.2017 - I-3 Wx 173/17

- **Begutachtungen zum Sorgerecht/Umgang**

Im Falle streitiger Verfahren auf dem Gebiet des gemeinsamen Sorgerechtes, insbesondere zum Wohnort eines Kindes nach Trennung der Eltern (Aufenthaltsbestimmungsrecht) sowie auch in Verfahren wegen Regelung des Umgangs kommt die Einholung eines familienpsychologischen Gutachtens nach Beauftragung durch das Familiengericht in Betracht. Durch das OLG Frankfurt/M. war in einem Beschluss vom 10.10.2017 - 2 WF 247/17 (FamRZ 2018, 453) darüber zu entscheiden, ob gegen einen Beweisbeschluss mit Anordnung der Begutachtung eine Beschwerde zulässig ist.

In der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. wurde zwar wiedergegeben, dass im Falle der Verletzung von Grundrechten, welche anderweitig nicht abwendbar ist, auch gegen einen Beweisbeschluss ein Rechtsmittel in Betracht kommt. Dies kann nach vorangehender Entscheidung (OLG Frankfurt/M. Entscheidung vom 8.12.2015, FamRZ 2016, 1799) auch dann gelten, soweit die Parteien vor Erlass eines Beweisbeschlusses nicht zur Person/Qualifikation des Sachverständigen angehört wurden.

Da vorliegend Gründe für eine ausnahmsweise zuzulassende Beschwerde nicht bestanden, ist es beim Grundsatz verblieben, dass diese verfahrensleitende Maßnahme, der Erlass des Beweisbeschlusses, auch hinsichtlich der Einholung eines familienpsychologischen Gutachtens nicht eigenständig angreifbar ist.

OLG Frankfurt/M, Beschluss vom 10.10.2017 - 2 WF 247/17

- **Neuerungen durch die Datenschutzgrundverordnung**

Ab dem 25.05.2018 gilt die bereits seit Mai 2016 in Kraft getretene Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) und tritt das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu) ohne Übergangsregelung in Kraft. Die neuen datenschutzrechtlichen Regelungen bringen einige Änderungen mit sich, vieles ist aber nicht neu und wird aktuell vor allem wegen des erhöhten Bußgeldrahmens von bis zu 20 Millionen EUR diskutiert. Folgendes ist dabei insbesondere zu berücksichtigen und möglichst bis Mai umzusetzen:

1. Datenschutzbeauftragter

Unternehmen, die mindestens 10 Personen beschäftigen, die ständig mit der elektronischen Datenverarbeitung befasst sind, müssen gemäß § 4 BDSG-neu (wie bisher, insoweit hat sich durch die Neuregelung nichts geändert) einen Datenschutzbeauftragten bestellen. Es besteht die Möglichkeit, entweder einen fach- und sachkundigen Mitarbeiter (interner Datenschutzbeauftragter) oder einen externen Datenschutzbeauftragten einzusetzen. Die gleiche Verpflichtung gilt nach DS-GVO für Unternehmen, deren Kerntätigkeit die Verarbeitung sensibler mit Daten oder die Durchführung von Verarbeitungsvorgängen die eine umfangreiche, regelmäßige und systematische Überwachung der Betroffenen erforderlichen machen.

2. Verfahrensverzeichnisse

Nach Art. 30 DS-GVO sind Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern verpflichtet, ein Verzeichnis aller Verarbeitungstätigkeiten zu führen. Die Verpflichtung gilt aber auch für kleinere Unternehmen, wenn sensible Daten verarbeitet werden z.B. über Herkunft, politische Meinungen, Gesundheitsdaten oder Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten, wenn die Verarbeitung ein Risiko für Rechte und Freiheiten der betroffenen Person birgt, aber auch, wenn die Datenverarbeitung nicht nur gelegentlich erfolgt. Was insoweit unter gelegentlich zu verstehen ist, ist unklar, voraussichtlich wird aber jedes Unternehmen, das regelmäßig Daten (z.B. von Kunden, Lieferanten oder Mitarbeiter) speichert und damit verarbeitet, ein Verfahrensverzeichnis erstellen müssen. Da mit dem Verzeichnis auch die Rechenschafts- und Nachweispflichten nach der DS-GVO, die sämtliche Unternehmen treffen, erfüllt werden können, empfiehlt es sich generell für jedes Unternehmen, unabhängig vom Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes ein solches Verzeichnis zu erstellen. Dieses Verzeichnis, das auf Verlangen der zuständigen Datenschutzbehörde vorzulegen ist, muss unter anderem folgendes enthalten:

- Namen und Kontaktdaten des Verantwortlichen;
- gegebenenfalls Name und Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten;
- Zwecke der Datenverarbeitung;
- eine Beschreibung der betroffenen Personen (z.B. Kunden, Mitarbeiter, Lieferanten, usw.) und der betroffenen Daten (z.B. Adresse, Geburtsdatum, usw.);
- gegebenenfalls die Übermittlung der Daten in Drittstaaten (Länder außerhalb der EU), z.B. bei Nutzung von cloud-Diensten;
- Löschpflichten;
- technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit.

3. Überarbeitung der Prozesse

Bei der Erstellung des Verfahrensverzeichnisses lassen sich häufig Schwachstellen feststellen und bietet sich eine geeignete Möglichkeit, die internen Abläufe datenschutzkonform zu gestalten. Dabei gilt es insbesondere die Datenschutzgrundsätze der Rechtmäßigkeit (Bestehen einer Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung, z.B. Verarbeitung im Rahmen der Vertragserfüllung, Bestehen eines berechtigten Interesses oder einer Einwilligung für die Datenverarbeitung), der Zweckbindung (Verarbeitung der Daten nur zu legitimen Zwecken und nicht "auf Vorrat"), der Datenminimierung (Beschränkung der Verarbeitung der Daten auf das erforderliche Maß), der Verhältnismäßigkeit (wozu unter anderem die Einhaltung von Löschfristen gehört) sowie der Datenrichtigkeit umzusetzen.

4. Datenschutzfolgenabschätzung

Soweit mit der Datenverarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Betroffenen verbunden ist, muss zudem eine Vorabeinschätzung der Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge durchgeführt werden (so genannte Datenschutz-Folgeabschätzung). Dies ist zum Beispiel bei der umfangreichen Verarbeitung von sensiblen Daten, beim Profiling oder der öffentlichen Videoüberwachung erforderlich.

5. Sicherheit der Datenverarbeitung

Art. 32 DS-GVO verpflichtet Unternehmen dazu, die erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Datenverarbeitung zu ergreifen. Welche Maßnahmen dies sind hängt insbesondere von der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie des bestehenden Risikos ab. Als geeignete Maßnahmen werden vom Gesetz die Pseudonymen und Verschlüsselung von Daten, die Gewährleistung der IT-Sicherheit (insbesondere Sicherstellung der dauerhaften Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der Daten), eine Notfallplanung zur Wiederherstellung der Verfügbarkeit der Daten bei einem Zwischenfall und die Einrichtung von Verfahren zur regelmäßigen Prüfung der Wirksamkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen genannt.

6. Betroffenen- und Auskunftsrechte

Die schon bisher bei der Datenerhebung geltenden Informationspflichten wurden nach Art. 13 und 14 DS-GVO noch erweitert. Die dort geregelten Informationen sind den Betroffenen unverlangt zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus stehen dem Betroffenen nach der Datenschutzgrundverordnung unter anderem das Recht auf Auskunft (Art. 15), das Recht auf Berichtigung (Art. 16) sowie auf Löschung/auf Vergessen werden (Art. 17) zu. Unternehmen sollten sich darauf vorbereiten, auf Verlangen eines Betroffenen zeitnah reagieren können.

7. Meldepflichten

Jeder Datenschutzverstoß muss zukünftig innerhalb von max. 72 Stunden bei der zuständigen Datenschutzbehörde gemeldet werden (Art. 33 DS-GVO).

8. Verträge zur Auftragsbearbeitung

Werden Daten im Auftrag des Unternehmens durch einen externen Dienstleister verarbeitet (z.B. Nutzung externer Serverkapazitäten, Auslagerung des Kundenservices), ist ein sogenannter Vertrag zur Auftragsverarbeitung zu

schließen. Auch insoweit liegt keine wesentliche Neuerung zur bisherigen Auftragsdatenverarbeitung vor, wobei die bisher bestehenden Verträge gegebenenfalls angepasst werden müssen.

- **Stillschweigende Verlängerung eines Mietverhältnisses nach fristloser Kündigung**

Mit Urteil vom 24.01.2018 - XII ZR 120/16 - hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der die stillschweigende Verlängerung eines Mietverhältnisses nach Ablauf der Mietzeit hindernde Widerspruch konkludent, schon vor Beendigung des Mietverhältnisses und damit jedenfalls auch mit der Kündigung erklärt werden kann. In einem Räumungsverlangen kann eine solche konkludente Widerspruchserklärung liegen. Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass der Vermieter vom Mieter den Mietausfallschaden nach einer außerordentlichen Vermieterkündigung eines befristeten Mietverhältnisses auch dann verlangen kann, wenn es gemäß § 545 BGB zu einer stillschweigenden unbefristeten Vertragsverlängerung kommt und der Mieter in der Folge seinerseits ordentlich kündigt. Der Bundesgerichtshof macht auch Ausführungen zur Pflicht des Vermieters, den Schaden gering zu halten und entscheidet, dass es sich beim Mietausfall als Kündigungsfolgeschaden nicht um ein Entgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG handelt, so dass der Schadensersatz die Umsatzsteuer nicht umfasst.

Zwischen den Parteien bestand seit Juli 2010 ein bis zum 30.06.2015 befristeter Mietvertrag über Räume, in denen der Beklagte einen Getränkehandel betrieb, wobei 840 m² auf Lagerraum und 100 m² auf Büroräume entfielen. Als monatliche Nettokaltmiete waren EUR 3.000 vereinbart, die zuzüglich Umsatzsteuer jeweils im Voraus spätestens am dritten Werktag des Monats zu zahlen waren. Mit Schreiben vom 28.01.2013 erklärte die Klägerin aufgrund von Mietrückständen des Beklagten in Höhe von zwei Monatsmieten die außerordentliche Kündigung mit folgendem Wortlaut (unter Übernahme sämtlicher Schreibfehler und sprachlicher Unebenheiten):

"Die angemahnte Miete mit Betriebskosten und Umsatzsteuer für Januar 2013, sowie eine Miete lt Vollstreckungsauftrag sind immer noch nicht eingegangen! Wir sprechen nun das Vermieter Pfandrecht, mit allen in Gebrauch befindlichen Gegenstände, aus und die fristlose Kündigung! Sie sollten uns die Räume in vertraglichen Zustand bis zum 30.01.2013 herausgeben!"

Der Beklagte räumte zunächst nicht, erklärte aber seinerseits mit Schreiben vom 20.02.2013 die Kündigung zum 31.05.2013 und räumte am 03.06.2013. Die Klägerin vermietete erst ab 15.03.2015 an einen neuen Mieter. Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin ausgehend von einer Monatsmiete von EUR 3.000,00 zuzüglich EUR 570,00 Umsatzsteuer Zahlung einer Nutzungsentschädigung bzw. eines Kündigungsfolgeschadens für den Zeitraum vom 01.12.2013 bis zum 14.03.2015 in einer Gesamthöhe von EUR 55.162,26 geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht Köln hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht Köln meinte, ein vertraglichen Mietanspruch scheitere jedenfalls daran, dass die Klägerin das Mietverhältnis fristlos gekündigt, der Fortsetzung des Mietgebrauchs aber nicht widersprochen habe, so dass sich das Mietverhältnis nach § 545 S. 1 BGB auf unbestimmte Zeit verlängert habe. Das Kündigungsschreiben habe einen entgegenstehenden Willen der Klägerin nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Das Mietverhältnis habe sich daher auf unbestimmte Zeit mit der Folge verlängert, dass der Beklagte das Mietverhältnis zum Ablauf des übernächsten Monats kündigen konnte. Die Anwendbarkeit des § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB (Kündigungsfrist spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf des übernächsten Monats) folge daraus, dass der ganz überwiegende Teil der vermieteten Räume aus Lagerflächen bestehe. Das Mietverhältnis sei mithin zum 30.05.2013 beendet worden. Ein Nutzungsentschädigungsanspruch steht der Klägerin daher nur für die ersten drei Junitage 2013 zu.

Der Bundesgerichtshof teilt die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Köln nicht. Zunächst beanstandet er die Meinung des Oberlandesgerichts, dass sich das Mietverhältnis aufgrund fortgesetzten Mietgebrauchs auf unbestimmte Zeit verlängerte. Die Verlängerung durch stillschweigende Fortsetzung des Mietgebrauchs gemäß § 545 BGB kann grundsätzlich auch nach einer außerordentlichen fristlosen Kündigung erfolgen. Der gemäß § 545 S. 1 Halbsatz 2 BGB die Verlängerung hindernde Widerspruch kann konkludent, schon vor Beendigung des Mietverhältnisses und damit jedenfalls auch mit der Kündigung erklärt werden. Eine konkludente Widerspruchserklärung muss jedoch den Willen des Vermieters, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, eindeutig zum Ausdruck bringen. Nicht in jeder au-

ßerordentlichen Kündigung kann bereits eine Widerspruchserklärung gesehen werden. Die Entscheidung, ob eine außerordentliche Kündigung des Vermieters bereits die Erklärung beinhaltet, die Fortsetzung des Vertrags abzulehnen, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebend sind das Gewicht der Kündigungsgründe und die Bedeutung, welche der Vermieter ihnen nach dem Inhalt der Erklärung beigemessen hat (BGH NJW-RR 1988, 76; BGH NJW-RR 2006, 1385 Rn. 25; BGH NJW 2010, 2124 Rn. 7 ff.). In einem Räumungsverlangen kann ebenfalls eine solche konkludente Widerspruchserklärung liegen (BGH NJW-RR 2006, 1385 Rn. 25). Das Oberlandesgericht hat verkannt, dass die Klägerin ihren der Verlängerung entgegenstehenden Willen fristgerecht mit der notwendigen Klarheit zum Ausdruck gebracht hat. Das Kündigungsschreiben enthielt unbeschadet sprachlicher Mängel eine eindeutige Aufforderung zur Räumung binnen zwei Tagen und damit sogar eine ausdrückliche Fristsetzung. Der Beklagte konnte aus dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB dieses Kündigungsschreiben nur dahin verstehen, dass die Klägerin mit einer durch eine Weiternutzung bewirkten Vertragsverlängerung auf unbestimmte Zeit nicht einverstanden sein würde.

Unabhängig davon wäre auch ein befristet verlängertes Mietverhältnis im Dezember 2013 bereits beendet gewesen. Entgegen der Annahme des Oberlandesgerichts Köln hätte die ordentliche Kündigung des Beklagten indessen nicht zu einer Beendigung mit Ablauf des 30.05.2013 (gemeint wohl: 31.05.2013), sondern erst zu einer solchen mit Ablauf des 30.09.2013 geführt. Die gesetzliche Kündigungsfrist bestimmt sich im vorliegenden Fall nicht nach § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB. Einschlägig ist vielmehr § 580 a Abs. 2 BGB (bei einem Mietverhältnis über Geschäftsräume ist die ordentliche Kündigung spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres zulässig), weil es sich bei den Mieträumen um Geschäftsräume im Sinne dieser Norm handelt. Als solche sind alle zu gewerblichen Zwecken vermieteten Räume anzusehen, also unter anderem auch einem Geschäftsbetrieb dienende Lagerräume (so unter anderem Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, § 580 a BGB Rn. 21 mwN). Auf die Überlegung des Berufungsgerichts, vorliegend überwögen eindeutig die Lagerflächen, kommt es mithin nicht an. Die ordentliche Kündigung des Beklagten vom 22.02.2013 hätte demnach den Vertrag mit Ablauf des September 2013 beendet.

Richtig ist zwar, dass ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für den Zeitraum ab Dezember 2013 bereits daran scheitert, dass die Mietsache schon Anfang Juni 2013 zurückgegeben worden ist. Der Klägerin steht jedoch gegen den Beklagten möglicherweise ein Schadensersatzanspruch im Umfang des im Mietausfall liegenden Kündigungsfolgeschadens zu. Der Höhe nach kann sich dieser Anspruch jedoch allenfalls auf EUR 46.154,84 belaufen. Endet ein befristetes Mietverhältnis - wie hier durch die Kündigung der Klägerin vom 28.01.2013 wegen Zahlungsverzugs - vorzeitig durch außerordentliche Kündigung aus vom Mieter zu vertretenden Gründen, hat der Mieter dem Vermieter gemäß §§ 280 Abs. 1, 314 Abs. 4, 249 Abs. 1, 252 BGB grundsätzlich den Schaden zu ersetzen, der diesem in Gestalt der bis zum Ablauf der fest vereinbarten Vertragsdauer entgehenden Miete entsteht (BGH NZM 2005, 340, 341). Um einen solchen Mietausfallschaden geht es vorliegend, da die Klägerin den Ersatz von Mieten begehrt, die sie bei Durchführung des Mietverhältnisses bis zum Ende der vertraglichen Befristung gemäß § 535 Abs. 2 BGB vom Beklagten hätte beanspruchen können. Diesen vertraglichen Anspruch hat sie aufgrund des vom Beklagten zu vertretenden Verzugs mit Mietzahlungen, der zu der außerordentlichen Kündigung geführt hat, verloren. Diesem Schadensersatzanspruch für den streitgegenständlichen Zeitraum stünde im Übrigen selbst eine - hier nicht erfolgte - stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses gemäß § 545 S. 1 BGB nicht entgegen. Denn auch dann wäre der Mietvertrag durch die ordentliche Kündigung des Beklagten vor dem Ende der ursprünglich vereinbarten festen Vertragslaufzeit beendet worden. Dass die langfristige Vertragsbindung weggefallen ist, beruht jedoch auf der Pflichtverletzung des Beklagten, aufgrund derer die Klägerin zur außerordentlichen Kündigung berechtigt war. Eine (unterstellte) stillschweigende Verlängerung würde diesen Zurechnungszusammenhang nicht unterbrechen, weil auch das mit einer stillschweigenden Vertragsverlängerung einhergehende ordentliche Kündigungsrecht des Beklagten auf dessen vertragswidriges Verhalten zurückzuführen wäre. Vielmehr ist diese Konstellation nicht anders zu beurteilen als der Fall, dass der Vermieter nach der vom Mieter zu vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung einen Vertrag mit einem Nachmieter abschließt, der dann vertragsgemäß weniger oder auch - seinerseits vertragswidrig - gar nichts mehr zahlt. Auch dort muss der ursprüngliche Mieter dem Grundsatz nach für den Mietausfallschaden des Vermieters aufkommen (BGH NJW 2003, 3053 f.). Denn die stillschweigende Vertragsverlängerung steht nicht einer einvernehmlichen Aufhebung der festen Vertragslaufzeit gleich, sondern setzt voraus, dass das ursprüngliche Vertragsverhältnis mit seiner zeitlichen Bindung weggefallen ist, und führt kraft

gesetzlicher Anordnung ohne übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zur unbefristeten Fortsetzung des Vertragsverhältnisses (Palandt, BGB, § 545 Rn. 10).

Der Höhe nach kann sich der ersatzfähige Mietausfallschaden der Klägerin für den Zeitraum vom 01.12.2013 bis zum 14.03.2015 in der Hauptsache jedoch allenfalls auf die entgangene Nettomiete von insgesamt EUR 46.354,84 (15 Monate zuzüglich einem 14/31 Monat x EUR 3.000) belaufen. Denn bei Mietausfall als Kündigungsfolgeschaden handelt es sich nicht um ein Entgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG. Anders als die Nutzungsentschädigung steht dieser Schadensersatz nicht in einer Wechselbeziehung mit einer Leistung des ehemaligen Vermieters (BGH ZMR 2008, 867 Rn. 28; Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, § 1 UStG Rn. 12 ff.; anders bei einer Abstandszahlung des Mieters, weil der Vermieter auf seine Rechte aus dem noch laufenden Vertrag verzichtet: HessFG Urteil vom 27.04.2017 - 6 K 1986/16 - juris Rn. 19 ff.).

Der Bundesgerichtshof konnte die Sache aber nicht abschließend selbst entscheiden, weil noch die Frage eines möglichen Verstoßes der Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht und damit ein mögliches Mitverschulden der Klägerin im Sinne des § 254 Abs. 2 S. 1 letzte Alternative BGB in tatsächlicher Hinsicht zu klären ist. Diese Vorschrift begründet keine Einrede, sondern einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Einwand, sofern sich die entsprechenden Tatsachen aus dem Vortrag auch nur einer Partei ergeben. Im vorliegenden Fall ist die Räumung am 03.06.2013, eine Weitervermietung jedoch erst zum 15.03.2015 und damit nach Ablauf eines Zeitraums von mehr als 21 Monaten erfolgt. Auch wenn aus der Pflicht des Vermieters zur Schadensgeringhaltung nicht die Verpflichtung folgt, sofort um jeden Preis zu vermieten, drängt sich angesichts der zeitlichen Abfolge die Frage auf, inwiefern die Klägerin Weitervermietungsbemühungen unternommen hat. Das wird das Oberlandesgericht Köln noch zu klären haben.

BGH, Urteil vom 24.01.2018 - XII ZR 120/16

- **Optionsausübung bedarf nicht der gesetzlichen Schriftform**

Mit Beschluss vom 23.10.2017 hat das Kammergericht Berlin - 8 U 91/17 - entschieden, dass die Ausübung eines Optionsrechtes auf Verlängerung des Mietverhältnisses nicht der Schriftform des § 550 BGB unterliegt.

Der Vermieter von Gewerberäumen klagt auf Räumung und Herausgabe. Der Mieter macht geltend, das Mietverhältnis habe sich durch Ausübung einer Option um 5 Jahre verlängert. Der Vermieter meint, die Optionserklärung sei unwirksam, weil sie per Telefax und somit nicht in der gesetzlichen Schriftform erfolgt sei. Das Kammergericht Berlin ist aber anderer Auffassung und entscheidet, dass die Ausübung eines Optionsrechts auf Verlängerung des Mietverhältnisses nicht der Schriftform des § 550 BGB unterliegt.

Der Mietvertrag sieht vor, dass der Mieter das Mietverhältnis einmal um weitere 5 Jahre verlängern kann, wenn von dem Optionsrecht spätestens 6 Monate vor Ablauf der Festlaufzeit Gebrauch gemacht wird. Der Mietvertrag enthält kein Formerfordernis. Das Optionsrecht wird rechtzeitig per Telefax ausgeübt. Das Kammergericht sieht dies als ausreichend und wirksam an. Der strengen Schriftform des § 126 BGB, für die ein Telefax mangels eigenhändiger Unterzeichnung unzureichend wäre, bedurfte es für die Ausübung der Verlängerungsoption nicht. Die vertraglich vereinbarte Verlängerungsoption gewährt der begünstigten Mietvertragspartei das Gestaltungsrecht, durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung den bestehenden Mietvertrag über den zeitlichen Ablauf hinaus um die in der Optionsklausel vereinbarte Frist oder auf unbefristete Zeit zu verlängern. Durch die Ausübung kommt kein neuer Vertrag zu Stande. Vielmehr wirkt sie unmittelbar auf das bestehende Mietverhältnis ein, indem sie mit ihrer Gestaltungswirkung die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit ändert und ihr einen neuen Zeitabschnitt hinzufügt. Im Übrigen wird der Mietvertrag aber mit demselben Vertragsinhalt fortgesetzt und die Identität des Vertrags bleibt erhalten. Entsprechend bewirkt die Ausübung einer Verlängerungsoption keine Änderung der vertraglichen Beziehungen, die einen Neuabschluss des Mietvertrags darstellt. Deshalb bedarf eine Optionsausübung nach herrschender Auffassung nicht der Schriftform des § 550 BGB (so etwa Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, II Rn. 436; Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, Kap. 5 Rn. 187; Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, § 550 BGB Rn. 66; anderer Auffassung allerdings Münchener Kommentar, BGB, § 535 BGB Rn. 27; Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 542 BGB Rn. 188; OLG Köln NZM 2006, 464).

Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass es eine Reihe von Fallgestaltungen gibt, in denen § 550 BGB den Zweck, einem späteren Grundstückserwerber Klarheit über die Bedingungen eines langfristigen Mietvertrages zu verschaffen, in den er kraft Gesetzes eintritt, nicht umfassend gewährleisten kann. Sinn und Zweck der Schriftform ist es nämlich nicht, ihm Gewissheit zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist (BGH NJW 2010, 1518 Tz.14) und im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch besteht oder etwa von den Mietvertragsparteien mündlich aufgehoben ist.

Dies gilt also auch für die einem Grundstückserwerber wichtige Kenntnis, bis zu welchem Zeitpunkt ein langfristiges Mietverhältnis besteht. Enthält die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption zu Gunsten des Mieters, kann der Grundstückserwerber der Urkunde nicht entnehmen, ob der Mieter diese Option vor dem Eigentumsübergang ausgeübt hat oder nicht, so dass Ungewissheit darüber bestehen kann, ob das Mietverhältnis bald enden oder gegebenenfalls noch jahrelang fortbestehen wird. Der Erwerber des Grundstücks ist aber durch die aus der Urkunde ersichtliche Verlängerungsoption hinreichend gewarnt, so dass es ihm zuzumuten ist, sich gegebenenfalls bei dem Verkäufer oder bei dem Mieter zu erkundigen (BGH NZM 2013, 759). Da die Ausübung der Verlängerungsoption keine Änderung der vertraglichen Bedingungen bedeutet und die Option nicht Bestandteil der von § 550 BGB geforderten Vertragsurkunde sein kann (BGH NZM 2014, 308 Tz.29) bedarf sie auch im Nachhinein nicht der Schriftform des § 550 BGB. Der Erwerber ist hinreichend dadurch geschützt, dass aus dem schriftlichen Mietvertrag die Vereinbarung über die Verlängerungsoption zu entnehmen ist und er zur tatsächlichen Ausübung Erkundigungen einholen kann.

KG Berlin, Beschluss vom 23.10.2017 - 8 U 91/17

- **Der vorbehaltlos unterzeichnete Lieferschein und die Beweislast beim Transportschaden**

Mit Urteil vom 23.11.2017 hat der Bundesgerichtshof über folgenden Fall zur Haftung des Frachtführers für Tiefkühlware, die die Mindesttemperatur bei Anlieferung deutlich überschritten hatte entschieden: In dem Transportauftrag war festgehalten, dass die Übernahmetemperatur während der Beladung vom Fahrer kontrolliert und auf dem Frachtbrief vermerkt werden muss. Bei Übernahme der Ware wurde als Übergabetemperatur handschriftlich -18,4 °C in einen Lieferschein eingetragen. Nach Anlieferung und Entladen der Ware wurde festgestellt, dass die Mindesttemperatur deutlich überschritten und die Ware nicht mehr verkaufsfähig war. Der Frachtführer hat sich im Verfahren darauf berufen, dass die Ware nicht ausreichend vorgekühlt war und der Fahrer tatsächlich bei Unterzeichnung des Frachtbriefs die Temperatur der Ware nicht gemessen hat und auch nicht messen konnte. Das Urteil des OLG Düsseldorf, das die Klage der Versicherung des Versenders abgewiesen hat, wurde durch den Bundesgerichtshof aufgehoben mit folgender Begründung:

Zunächst hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass der Absender für die Tatsache einer ausreichenden Vorkühlung beweispflichtig ist. Denn es obliegt dem Anspruchsteller, den Schadeneintritt im Obhutszeitraum des Frachtführers darzulegen und zu beweisen. Dazu gehört auch der Beweis, dass die Ware dem Frachtführer in einwandfreiem und unbeschädigtem Zustand übergeben wurde. Handelt es sich bei dem Transportgut um Tiefkühlware muss der Kläger auch beweisen, dass sie dem Frachtführer in ordnungsgemäß gekühltem Zustand übergeben wurde. Für eine ausreichende Vorkühlung spricht im Streitfall der vom Fahrer ohne Vorbehalt unterzeichnete Lieferschein mit einer Übernahmetemperatur von - 18,4 °C. Der Beweis für die ordnungsgemäße Übergabe des Gutes kann nämlich auch durch eine vom Frachtführer oder seinem Fahrer ausgestellte Empfangsbestätigung (Übernahmequittung) geführt werden, auch wenn weder ein Ladeschein noch ein Frachtbrief ausgestellt worden ist. Die Beweiskraft einer solchen Übernahmequittung kann aber durch jeden Gegenbeweis entkräftet werden. Ob die Angabe im Lieferschein entkräftet ist konnte der Bundesgerichtshof nicht abschließend klären und hat das Verfahren daher zur weiteren Verhandlung an das OLG Düsseldorf zurückverwiesen. Entscheidend ist aus Sicht des BGH, ob der Fahrer die Möglichkeit hatte, die Temperatur zu messen, wie dies von der Klägerseite vorgetragen wurde, oder ob entsprechend den Ausführungen der Beklagten der Fahrer daran gehindert wurde. War er nicht gehindert, hat der Bundesgerichtshof bereits darauf hingewiesen, dass sich der Frachtführer dann nicht darauf berufen könne, dass er die Übernahmequittung "blind" unterschrieben habe. Denn wenn er von der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Überprüfung keinen Gebrauch mache und gleichwohl eine bestimmte Übernahmetemperatur bestätigt, handele der Frachtführer widersprüchlich und begründet die Übernahmequittung eine widerlegliche Vermutung, dass die Übernahmetemperatur zutreffend ist. Feststellungen hierzu wird das OLG Düsseldorf in einer weiteren Verhandlung treffen müssen.

Für den Absender ist es also wichtig, bei der Erstellung von Übernahmequittungen dem Frachtführer jedenfalls die Möglichkeit zu geben, den dort festgehaltenen Zustand der Ware zu überprüfen, was nicht nur für die Frage der Vorkühlung, sondern auch für alle anderen Feststellungen, z. B. zur Stückzahl und dem

Zustand der Ware gilt. Der Frachtführer selbst wiederum sollte seine Fahrer anhalten, Empfangsquittungen nicht blind zu unterzeichnen und von Möglichkeiten, die dortigen Feststellungen zu überprüfen auch Gebrauch zu machen und, sollte er hieran gehindert werden, dies zu dokumentieren und am besten auch auf dem Lieferschein oder vergleichbaren Dokument zu vermerken.

BGH, Urteil vom 23.11.2017 - I ZR 51/16

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

VERKEHRSRECHT bekommen

Umfang der fiktiven Abrechnung

Es besteht die Berechtigung für einen Geschädigten seinen Schadensersatzanspruch fiktiv, insbesondere auf Grundlage eines Gutachtens oder Kostenvoranschlages geltend zu machen. Bei Beschädigung eines Pkws sieht die Rechtsprechung die Reparatur sowie die Anschaffung eines Ersatzfahrzeuges als gleichwertige Formen der Naturalrestitution an.

Durch das Kammergericht Berlin war in einem Berufungsurteil vom 14.12.2017 - 22 U 177/15 (DAR 2018, 142) darüber zu entscheiden, auf welcher Grundlage die Geltendmachung der fiktiven Reparaturkosten gemäß Gutachten möglich ist. In dem zu entscheidenden Fall hat der Geschädigte eine Reparatur geltend gemacht, jedoch keine Rechnung vorgelegt, das Fahrzeug zumindest sechs Monate selbst weiter genutzt. Da jedoch der so genannte Wiederbeschaffungsaufwand (Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert) geringer war, hat die Versicherung, ohne Vorlage der Reparaturrechnung, nur diesen Betrag erstattet.

Durch das Kammergericht wurde entschieden, dass dem Geschädigten die vollen Reparaturkosten gemäß Gutachten zustehen, eine Verpflichtung zur Vorlage einer Reparaturrechnung nicht besteht. Dabei wurde jedoch darauf abgestellt, dass die Verkehrssicherheit zumindest wiederhergestellt wurde und eine sechsmonatige Eigennutzung nach dem Unfall festzustellen ist. Die Entscheidung bewegt sich im Grenzbereich zwischen dem berechtigten Interesse an der Reparatur/Integritätsinteresse einerseits und dem Verbot gegenüber dem Geschädigten am Schadensfall zu verdienen. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist der Hinweis auf eine notwendige zumindest sechsmonatige eigene weitere Nutzung durch den Geschädigten zu beachten. Wegen der Ablehnung der Vorlage einer Reparaturrechnung, soweit nicht eine Eigenreparatur erfolgt ist, kann gegenüber einer Versicherung auf das Urteil des Kammergerichts verwiesen werden.

Kammergericht Berlin, Urteil vom 14.12.2017 – 22 U 177/15

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

WEG-RECHT bekommen

Wer haftet für die Sonderumlage?

Wird Wohnungseigentum verkauft und macht die Wohnungseigentümergemeinschaft Forderungen geltend, stellt sich oft die Frage, ob der Erwerber oder der Veräußerer zur Zahlung verpflichtet sind. Der Bundesgerichtshof hatte am 15.12.2017 über folgende Konstellationen zu entscheiden: Im August 2014 wurde ein Beschluss über die Erhebung einer Sonderumlage gefasst. Im Oktober 2014 wurde der Erwerber im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, während im Dezember 2014 der Verwalter die Zahlung der Sonderumlage abgerufen hat.

Der Bundesgerichtshof bestätigte die Entscheidungen der Vorinstanzen, welche den Erwerber zur Zahlung der Sonderumlage verurteilten. Der Wohnungseigentümer ist Schuldner derjenigen Forderungen, welche während der Dauer seiner Mitgliedschaft in der Eigentümergemeinschaft fällig geworden sind (sogenannte Fälligkeitstheorie). Dies gilt auch dann, wenn es sich um Nachforderungen aus Abrechnungen für frühere Jahre handelt. Vom Bundesgerichtshof entschieden wurde bereits die Konstellation, wonach dies auf Fälle zutrifft, bei welchen der Beschluss über die Sonderumlage nach dem Eigentumserwerb gefasst worden ist.

Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall wurde aber der Beschluss vor dem Eigentumserwerb gefasst, lediglich der sogenannte Abruf durch den Verwalter erfolgte nach Eigentumserwerb. Auch in diesem Fall haftet der Erwerber. Denn durch den alleinigen Beschluss über die Erhebung der Sonderumlage wird diese noch nicht fällig. Vielmehr ist gemäß § 28 Abs. 2 WEG ein sogenannter Abruf durch den Verwalter notwendig. Erst dieser Abruf führt zur Fälligkeit des Anspruches auf Zahlung der Sonderumlage. Nachdem dieser An-

spruch in die Dauer der Mitgliedschaft des Erwerbers gefallen ist, wurde vom Bundesgerichtshof seine Verurteilung auch in der Revisionsinstanz bestätigt.

Begründet wird dies unter anderem damit, dass bei der Sonderumlage es sich um die Ergänzung des Wirtschaftsplanes handelt und die Zahlungen der Vorschüsse auf den Wirtschaftsplan gemäß § 28 Abs. 2 WEG ebenfalls erst nach Abruf fällig werden. Auch führt das Ergebnis der Haftung des Erwerbers zu interessengerechten Ergebnissen, da regelmäßig der Erwerber und nicht der Veräußerer den Nutzen aus der mit der Sonderumlage finanzierten Baumaßnahme zieht. Dem Risiko des Erwerbers, dass eine Sonderumlage nach Abschluss des Kaufvertrages und vor dem Eigentumswechsel beschlossen wird, jedoch erst nach dem Eigentumswechsel fällig wird, kann durch entsprechende kaufvertragliche Regelungen Rechnung getragen werden.

Der Bundesgerichtshof entscheidet damit über eine weitere Facette der Abgrenzung der Haftung zwischen Erwerber und Veräußerer und bestätigt die Anwendung der sogenannten Fälligkeitstheorie.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 15.12.2017 - V ZR 257/16

- **Wer hat die Jahresabrechnung bei einem Verwalterwechsel zu erstellen?**

Scheidet ein Verwalter aus seinem Amt aus, wird in der Praxis häufig darüber gestritten, wer für die Erstellung der Jahresabrechnung zuständig ist. Der Bundesgerichtshof hat diesen Streitpunkt zumindest in einer Konstellation geklärt. Im Januar 2015 wurde ein Verwalter abberufen. Im Juni 2015 forderte der neue Verwalter den ursprünglichen Verwalter dazu auf, die Jahresabrechnung 2014 zu erstellen, was dieser ablehnte. Daraufhin ließ die Wohnungseigentümergemeinschaft vom neuen Verwalter die Jahresabrechnung für das Jahr 2014 erstellen, wofür der neue Verwalter EUR 804,14 berechnete. Neben außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten wurde dieser Betrag als Schadensersatz vom ursprünglichen Verwalter gefordert.

Der Bundesgerichtshof bestätigt die Sichtweise der Vorinstanzen, die eine Pflichtverletzung und damit Schadensersatzverpflichtung des ursprünglichen Verwalters bejaht haben. Die Pflicht zur Erstellung der Jahresabrechnung gemäß § 28 Abs. 3 WEG trifft denjenigen, der im Zeitpunkt der Entstehung der Abrechnungspflicht Amtsinhaber ist. Auf die Fälligkeit kommt es hierbei nicht an. Gesetzlich ist die Fälligkeit der Erstellung der Jahresabrechnung nicht geregelt. Sie ist zwischen 3 und 6 Monaten nach Ablauf des Wirtschaftsjahres fällig. Damit bestehen bei der Bestimmung des Zeitpunktes der Fälligkeit regelmäßig Unsicherheiten. Bei einem Verwalterwechsel im Laufe des Kalenderjahres müssen aber sowohl die Wohnungseigentümer als auch der bisherige und der neue Verwalter Klarheit darüber haben, wer die Abrechnung zu erstellen hat.

Wenn die Pflicht zur Erstellung der Jahresabrechnung einmal entstanden ist, besteht sie auch fort, auch wenn der Verwalter im Laufe des Wirtschaftsjahres aus dem Amt ausscheidet. Diese Verpflichtung geht nicht auf den neuen Verwalter über.

Die Verpflichtung zur Erstellung der Jahresabrechnung ist spätestens am 01.01.2015 entstanden. Zu diesem Zeitpunkt war der ursprüngliche Verwalter noch im Amt, weshalb auch dieser zur Erstellung der Jahresabrechnung 2014 verpflichtet gewesen ist. Nachdem er diese Verpflichtung nicht erfüllte, haftet er für den aus dieser Pflichtverletzung entstandenen Schaden in Höhe von Eur 804,14.

Ausdrücklich offengelassen hat der Bundesgerichtshof die weitere strittige Rechtsfrage, wann genau die Verpflichtung zur Erstellung der Jahresabrechnung entsteht. Ist das Abrechnungsjahr das Kalenderjahr, bleibt demnach weiter umstritten, ob diese Verpflichtung am 31.12. oder erst am 01.01. des Folgejahres entsteht. Für die Praxis ist daher nur teilweise Rechtssicherheit durch die Entscheidung gewonnen, nachdem Verwalterämter oft gerade zum Jahresende, demnach zum 31.12. enden. Will man hier Rechtssicherheit bis zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes haben, muss zwischen der Wohnungseigentümergemeinschaft und dem Verwalter vereinbart werden, dass auch bei seinem Ausscheiden zum 31.12. die Jahresabrechnung noch vom ursprünglichen Verwalter zu erstellen ist.

Der Bundesgerichtshof durfte diese Frage auch offenlassen, nachdem das Amt des ursprünglichen Verwalters erst im Verlauf des Monats Januar endete. Auf die Entscheidung dieser Rechtsfrage kam es daher für den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall nicht an.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 16.02.2018 - V ZR 89/17