SRF-Newsletter 4/2010

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

ARBEITSRECHT bekommen

Fall „Emmely“

In einem der öffentlichkeitswirksamsten Prozesse der letzten Jahre hat das Bundesarbeitsgericht am 10.6.2010 der Supermarkt-Kassiererin „Emily“ Recht gegeben und die fristlose Kündigung wegen der Veruntreuung von zwei Pfandbons für unwirksam erklärt.

Der rechtlich tragende Grund für diese Entscheidung ist ausweislich der Pressemitteilung folgender:

1. Jeder vorsätzliche Verstoß gegen Vertragspflichten kann eine fristlose Kündigung rechtfertigen, auch dann wenn der wirtschaftliche Schaden gering ist.
2. Nicht jede gegen die Vermögensinteressen des Arbeitgebers gerichtete Vertragspflichtverletzung ist aber eine Kündigungsgrund.
3. Maßgeblich ist, ob durch die Vertragspflichtverletzung das Vertrauen des Arbeitgebers so schwer beschädigt ist, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesarbeitsgericht die Wertung getroffen, dass der Vertragsverstoß schwerwiegend ist, da aber die Kassiererin seit 30 Jahren ohne rechtlich relevante Störungen ihre Arbeitsleistung erbracht hat, hat sie sich dadurch ein so hohes Maß an Vertrauen erworben, dass durch den „atypischen und eimaligen Kündigungssachverhalt“ dieses Vertrauen nicht vollständig zerstört wurde und die Kündigung deswegen unwirksam ist.

BAG Urteil vom 10.6.2010 – 2 AZR 541/09

Abmahnung und Kündigung

Das Bundesarbeitsgericht hat seine feststehende Rechtsprechung bestätigt, wonach derjenige Arbeitgeber, der aufgrund einer Pflichtverletzung eine Abmahnung ausspricht, damit einen bewussten Rechtsverzicht erklärt, aus dem Vorfall keine Kündigung herleiten zu wollen.

Treten allerdings nach Ausspruch der Abmahnung weitere (auch vor dem abgemahnten Vorfall liegende) Pflichtverletzungen zu Tage, können diese für die Begründung einer Kündigung herangezogen werden und dabei auch auf die schon abgemahnten Gründe unterstützend zurückgegriffen werden.

Entscheidend wird, je näher Kündigung und Abmahnung beieinander liegen aber sein, dass der Arbeitgeber dokumentiert hat (und damit nachweisen kann), wann er von welchen Gründen Kenntnis erlangt hat. Bei mitbestimmten Betrieben ist darüber hinaus zu beachten, dass der Betriebsrat auch auf die kurz zuvor ausgesprochene Abmahnung und die neuen erst nach der Abmahnung bekannt gewordenen Kündigungsgründe gesondert hingewiesen wird.

BAG Urteil vom 26.11.2009 – 2 AZR 751/08

Ersatz von Detektivkosten

Das Bundesarbeitsgericht hat seine Rechtsprechung fortgesetzt, wonach ein Arbeitnehmer dem Arbeitgeber entstandene Detektivkosten ersetzen muss, wenn ein konkreter Tatverdacht gegen ihn vorlag und die Einschaltung des Detektivs bei vernünftiger, wirtschaftlicher Betrachtung erforderlich war.

Liegt der Tatverdacht allerdings darin, dass der Arbeitgeber Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hat, reicht nach der Entscheidung des BAG in der Regel das Begutachtungsverfahren des medizinischen Dienstes aus. In diesem Fall sind Detektivkosten also nur schwer durchzusetzen bzw. muss es einen konkreten Tatverdacht geben. Für die Praxis bedeutet die Entscheidung, dass Detektivkosten, die vor Einschaltung des medizinischen Dienstes anfallen, wohl nicht erstattungsfähig sind.

Wenn Detektivkosten angefallen (und erstattungsfähig) sind, können diese nach der Entscheidung des BAG mit der Zahlungsklage geltend gemacht werden (materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch).

BAG Urteil vom 28.5.2009 – 8 ZR 226/08

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

BAURECHT bekommen

Nachtragsvergütung bei Pauschalpreisvertrag

Das Oberlandesgericht Koblenz hat in der Folge der sogenannten Bistro-Entscheidung des Bundesgerichtshofs entschieden, dass selbst dann, wenn eine Schlüsselfertigkeitsabrede in einem Globalpauschalpreisvertrag enthalten ist, diese nicht geeignet ist, den Abgeltungsumfang der vereinbarten Pauschalsumme über eine detaillierte Leistungsbeschreibung, die dem Vertrag zugrunde liegt, hinaus zu erweitern.

Die detaillierten Leistungsbeschreibungen gehen insoweit der Schlüsselfertigkeitsabrede und der Pauschalierung vor.

Bei Pauschalpreisverträgen ist deshalb auf Bauherrenseite zu bedenken, ob eine detaillierte Leistungsbeschreibung zu Grunde gelegt wird oder ob

nicht funktional ausgeschrieben wird. Auf Seiten des Werkunternehmers ist bei Abschluss eines Pauschalpreisvertrages mit detaillierter, zugrunde liegender Leistungsbeschreibung die Frage der geschuldeten Leistung und möglicher Nachträge sorgfältig zu prüfen.

Das Oberlandesgericht Koblenz hat weiterhin darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Ausschreibung der zukünftige Auftragnehmer die Planunterlagen nicht auf Planungsfehler oder Fehler im Leistungsverzeichnis überprüfen und hierauf hinweisen muss. Die Hinweispflicht z. B. nach § 4 Nr. 3 VOB/B entsteht erst nach Vertragsschluss. Bei offenkundigen Mängeln und Lücken der Leistungsbeschreibung darf der Unternehmer diese allerdings nicht sehenden Auges unkommentiert lassen, in der Hoffnung auf Nachträge. Für solche offenkundigen Lücken gibt es nach der Rechtsprechung keine zusätzliche Vergütung, wenn die notwendigen Leistungen im Rahmen der Kalkulation erkennbar waren.

OLG Koblenz, Urteil vom 31.4.2010, 1 U 415/08

- **Verhandlungen nach Fristablauf: Kündigungsrecht verwirkt**

Das Oberlandesgericht Köln hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2008 darauf hingewiesen, dass eine vom Auftraggeber im Rahmen des Bauablaufs gesetzte Frist dann gegenstandslos wird, wenn dieser sich nach Fristablauf auf weitere Verhandlungen einlässt und deshalb der Vertragspartner davon ausgehen kann, dass die Verhandlungen schweben. Dies dürfte nach Sinn und Zweck der Entscheidung auch gelten, wenn während des Laufs einer gesetzten Frist die Parteien darüber verhandeln, ob und gegebenenfalls wie die geforderte Handlung vorgenommen wird.

In jedem Fall ist dann, wenn ein Werkvertrag aus wichtigem Grund (mit der Wirkung, dass der Auftragnehmer keine weitere Zahlung nach § 649 BGB verlangen kann) gekündigt werden soll darauf zu achten, dass nach Ablauf einer gesetzten Frist nicht weiter verhandelt und auch nicht zu lange zugewartet wird, bevor die Kündigung ausgesprochen wird. Jede Kündigung eines Bauvertrages birgt auf Auftraggeberseite erhebliche Risiken.

OLG Köln, Urteil vom 14.11.2008, 19 U 54/08

- **Gewährleistungsverlängerung bei Organisationsverschulden/Arglist**

Der Bundesgerichtshof hat eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, bei der der Bauherr Sachmängelansprüche nach Ablauf der Gewährleistungsfrist geltend gemacht hat und sich dabei auf die Kategorie des Organisationsverschuldens/des arglistigen Verhaltens des Unternehmers berufen hat.

Der Bundesgerichtshof stellt dabei klar, dass Arglist nur dann vorliegt, wenn beim Unternehmer positive Kenntnis vorliegt. Nicht ausreichend ist, dass der Mangel für einen Fachkundigen auf der Hand liegt. Bei der Prüfung, ob ein Organisationsverschulden vorliegt, stellt der Bundesgerichthof darauf ab, dass der Verstoß gegen Organisationspflichten so schwer wiegt, dass er der Arglist bzw. dem arglistigen Verschweigen eines Mangels gleich steht, die Voraussetzungen sind hier also sehr schwer zu erfüllen.

Hat der Generalunternehmer, der Leistungen weitervergibt, keine eigene Fachkunde für das weitergegebene Gewerk, so beschränkt sich seine Organisationspflicht auf die Auswahl des ausführenden Unternehmens, eine Aufsicht über die Werkausführung muss er nicht durchführen, um seinen Organisationspflichten zu genügen.

BGH, Beschluss vom 4.3.2010, VII ZR 103/09

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Rückforderung durch enttäuschte Schwiegereltern**

Es ist nicht ganz selten, dass vor Heirat oder während einer Ehe durch Eltern an ein Schwiegerkind Schenkungen erfolgen, z. B. anlässlich eines Immobilienerwerbes. Ist das Schwiegerkind Alleineigentümer, z. B., da dieses selbst ein (renovierungsbedürftiges) Haus oder einen Bauplatz bereits hatte oder von eigenen Verwandten bekam, stellt sich im Falle des Scheiterns der Ehe die Frage, ob eine Rückforderung der Schenkung möglich ist und bejahendenfalls wie diese erfolgen kann/muss.

Bis zum Februar 2010 war es ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH), dass ein Ausgleich wegen solcher Schenkungen im Falle des gesetzlichen Güterstandes (Zugewinngemeinschaft) nur zwischen den Ehegatten im Rahmen des Zugewinnausgleichs erfolgen kann.

Mit einem Urteil vom 3.2.2010, Az: XII ZR 189/06 hat der BGH diese Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass den Schwiegereltern selbst ein Anspruch auf Rückzahlung der Schenkung auf Grundlage des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zustehen kann. In jedem Fall müssen bei einer Rückforderung, auch wenn der Anspruch grundsätzlich besteht, Einschränkungen beachtet werden. Es kommen Abzüge in Betracht, soweit der Schenkungszweck, insbesondere durch Schaffung eines Familienheimes, jedenfalls zeitweilig erreicht wurde. Weiter ist die Begrenzung auf den Vermögenswert zu beachten, welcher noch vorhanden ist.

Soweit eine Schenkung in der Ehezeit an ein Schwiegerkind erfolgt, ist es angesichts dieser Rechtsprechung für alle Beteiligten sinnvoll, eine vertragliche Regelung für den Fall zu treffen, dass die Ehe scheitert.

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

IT-RECHT bekommen

Haftung des Inhabers eines WLAN-Anschlusses für Rechtsverletzungen durch Dritte

Nach einer neuen Entscheidung des BGH vom 12.5.2010 (Az: I ZR 121/08) werden vom Inhaber eines WLAN-Anschlusses bestimmte Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung von Rechtsverletzungen durch Dritte verlangt. Im konkreten Fall konnte der Anschlussinhaber zwar nachweisen, dass von ihm selbst eine Rechtsverletzung nicht begangen wurde, da er zu der betreffenden Zeit urlaubsabwesend war. Es stand demnach fest, dass der Zugriff von außen erfolgt sein muss. Dem Anschlussinhaber seien jedoch bestimmte Sicherungsmaßnahmen zuzumuten. Welche dies sind, bestimme sich danach, was zum Zeitpunkt des Kaufs/der Installation des Routers verkehrsüblich ist. Jedenfalls dürfe nicht ohne weiteres die werksseitig eingestellte Sicherheitskonfiguration übernommen werden, vielmehr sei zumindest ein individuelles Passwort einzustellen. Nicht erforderlich sei es dagegen, stets auf dem aktuellen Stand der Technik zu bleiben. Wer seinen Prüfungspflichten nicht ausreichend nachkommt, haftet nach der Entscheidung zwar nicht für Schadensersatzansprüche, er ist jedoch zur Unterlassung verpflichtet und hat demnach auch etwaige Abmahnkosten zu ersetzen.

Zur Frage, inwieweit der Anschlussinhaber auch für berechtigte Zugriffe Dritter z. B. bei der Bereitstellung sogenannter Hot-Spots haftet, musste sich der BGH nicht äußern. Hier verbleibt nach der Entscheidung ein gewisses Risiko, ob auch in diesen Fällen eine Haftung des Anschlussinhabers anzunehmen ist. Nach den Urteilsgründen erscheint dies wahrscheinlich, wobei sich die Entscheidung ausschließlich auf private Anschlussinhaber bezieht.

Offen ist auch, inwieweit der Anschlussinhaber für Rechtsverletzungen berechtigter Dritter im eigenen Haushalt (z. B. durch Familienmitglieder, Besucher usw.) haftet. Auch hierzu musste sich der BGH nicht äußern. Allerdings wird von der überwiegenden Zahl der Instanzgerichte vertreten, dass hier ebenfalls Prüfpflichten bestehen und der Anschlussinhaber geeignete Vorkehrungen treffen muss, um Rechtsverletzungen zu vermeiden (so LG Düsseldorf, Urteil vom 26.8.2009 – 12 O 594/07; LG Köln, Urteil vom 13.5.2009 – 28 O 889/08; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.5.2009 – I-20 W146/08).

Haftung bei Einbindung eines RSS-Feeds

Nach einer Entscheidung des Landgerichts Berlin (Urteil vom 27.4.2010 – 27 O 190/10) haftet der Homepagebetreiber für Rechtsverletzungen in RSS-Feeds, die er auf seiner Seite eingebunden hat. Anders als der Betreiber eines Diskussions-Forums, der nach Auffassung des OLG Hamburg (Urteil vom 4.2.2009 – Az: 5 O 180/07) nur rein technischer Verbreiter der Beiträge sei, mache sich der Betreiber einer Homepage bei Einbindung eines RSS-Feeds den Inhalt zu eigen und haftet daher für dort enthaltene Rechtsverstöße. Dem könne er sich auch nicht durch den Hinweis auf einen Haftungsausschluss entziehen.

Bei der Einbindung fremder Inhalte sind demnach an den Betreiber einer Homepage strenge Anforderungen zu stellen. Folgt man dem Landgericht Berlin gilt darüber hinaus, dass die jeweiligen Beiträge geprüft werden müssen. Ob dies noch zumutbar ist, erscheint zumindest fraglich. Es bleibt daher abzuwarten, ob die Entscheidung des Landgerichts Berlin einer Überprüfung durch die nächste Instanz Stand hält bzw. ob andere Gerichte der Auffassung folgen. Bis dahin kann bei der Einbindung fremder RSS-Feeds nur zur Vorsicht geraten werden.

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

Prospektfehler führt zur Haftung

Der Bundesgerichtshof hat am 22.3.2010 die Haftung einer Gründungsgesellschafterin eines geschlossenen Immobilienfonds aufgrund eines Prospektfehlers bestätigt. In einem Emissionsprospekt wurde erklärt, dass ein Anspruch auf eine Anschlussförderung des Landes Berlin bestehe. Tatsächlich gab es diesen Anspruch nicht. Zwar hat das Berufungsgericht in der falschen Angabe auch einen haftungsbegründenden Prospektfehler gesehen, jedoch die Kausalität vereint. Das Berufungsgericht meinte, dass der Anleger die Anlage auch getätigt hätte, wenn dieser gewusst hätte, dass es die Anschlussförderung tatsächlich nicht gibt. Begründet wurde dies damit, dass die Anlage weitaus höhere Risiken hatte als das Ausbleiben der Förderung durch das Land Berlin. Geht ein Anleger höhere Risiken ein, sei davon auszugehen, dass auch das Risiko des Ausbleibens der Anschlussförderung den Anleger nicht vom Kauf der Anlage abgehalten hätte. Dieser Argumentation folgt der Bundesgerichtshof nicht. Denn es gilt bereits die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens (BGHZ 123, 106, 112). Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass diese Vermutung nicht eingreift. Denn bei einem zutreffenden Hinweis auf die rechtliche Ungewissheit der Anschlussförderung wäre es für einen durchschnittlichen Anlageinteressenten durchaus vernünftig gewesen, nicht in das Vorhaben zu investieren. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob das Risiko, die Anschlussförderung nicht zu erhalten, zum Zeitpunkt der Anlageentscheidung als geringfügig einzustufen ist. Denn es ist Sache des Anlegers, das Für und Wider selbst abzuwägen und seine Anlageentscheidung in eigener Verantwortung zu treffen. Hierzu braucht der Anleger zutreffende Informationen, die im vorliegenden Fall diesem

vorenthalten worden sind. Das Urteil des Berufungsgerichtes wurde aus diesem Grund aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverweisen, da noch weitere Feststellungen zu treffen waren.

BGH, Urteil vom 22.3.2010, Az: II ZR 66/08

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

MIETRECHT bekommen

- **Abrechnung über Brennstoffkosten**

Mit Urteil vom 25.11.2009 (VIII ZR 322/08) hat der BGH entschieden, dass eine ordnungsgemäße Abrechnung über Brennstoffkosten nur die summenmäßige Angabe der Verbrauchswerte und der dafür angefallenen Kosten erfordert. Eine aus sich heraus vollständige Überprüfbarkeit dieser Angaben auf ihre materielle Richtigkeit ist nicht erforderlich, sondern bleibt einer auf Verlangen des Mieters zu gewährenden Belegeinsicht vorbehalten.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Vermieter hatte über Betriebskosten abgerechnet. Strittig waren die Heizkosten. Der Vermieter hatte den Brennstoffverbrauch und die dafür angesetzten Kosten summenmäßig in die Abrechnung eingestellt. Das ist nach Auffassung des BGH auch ausreichend. Es sei nicht erforderlich, auch den Anfangs- und den Endbestand mitzuteilen. Es genügt, den gesamten Heizölverbrauch in Litern und die dafür in Ansatz gebrachten Kosten anzugeben.

Auch bei durch Messeinrichtungen erfassten Verbrauchswerten hatte der BGH bereits entschieden (NZM 2008, 567), dass bestimmte, durch Messeinrichtungen erfasste Verbrauchswerte in einer Abrechnung grundsätzlich keiner näheren Erläuterung bedürfen, da solche Werte aus sich heraus verständlich sind.

Der BGH betont, dass eine Abrechnung nicht aus sich heraus eine vollständige Überprüfung auf ihre materielle Richtigkeit erlauben, sondern nur so detailliert sein muss, dass der Mieter ersehen kann, welche Gesamtbeträge dem Vermieter in Rechnung gestellt worden sind und mit welchen Rechenschritten er daraus den auf den einzelnen Mieter entfallenden Betrag errechnet hat. Es genügt, wenn der Mieter erkennen kann, mit welchen Werten tatsächlich abgerechnet worden ist und der Mieter in die Lage versetzt wird, gezielt nach den entsprechenden Belegen zu verlangen und über deren Einsichtnahme die inhaltliche Richtigkeit der angegeben Verbrauchswerte und -kosten nachzuprüfen.

Auch in dieser Entscheidung wiederholt der Bundesgerichtshof nochmals, welche **Mindestangaben** eine Betriebskostenabrechnung enthalten muss, nämlich eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und – soweit erforderlich – Erläuterung der zu Grunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen.

- **Kombination von Betriebspflicht/vermieterbestimmten Öffnungszeiten mit diffuser Sortimentsbindung ohne Konkurrenzschutz**

Seit 10 Jahren sorgt ein Urteil des OLG Schleswig (NZM 2000, 1008) für Unruhe, wonach in einem Formularvertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz nicht wirksam verbunden werden kann. Diese lebensfremde und unpraktikable Rechtsauffassung wird von gewichtigen Stimmen in der Literatur zutreffend abgelehnt. Leider hat der BGH jetzt die Chance ungenutzt verstreichen lassen, der verfehlten Ansicht des OLG Schleswig eine Absage zu erteilen. Er hat nämlich die Frage offen gelassen, ob in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Betriebspflicht mit einer Sortimentsbindung und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz wirksam kombiniert werden kann. Dennoch enthält das Urteil des BGH vom 3.3.2010 (XII ZR 131/08), das sich mit einer Kombination von in Gewerberaummietverträgen in Einkaufszentren üblichen Klauseln befasste, wichtige Hinweise.

In dem Urteil ging es um einen Mietvertrag über eine Ladenfläche in einem Einkaufszentrum in Halle/Saale. Der Mietvertrag wurde im Jahre 1995 für die Dauer von 15 Jahren abgeschlossen. Die Vermietung erfolgte zur ausschließlichen Nutzung als „T-Discount“. Der Mieter verpflichtete sich, das Sortiment einzuhalten. Dem Mieter wurde keine Sortimentsausschließlichkeit zugesagt. Konkurrenzschutz wurde ausgeschlossen. Im Formularmietvertrag wurde eine „Betreibungs-/Offenhaltungspflicht“ des Mieters vereinbart, der sich verpflichtete, sein Geschäftslokal im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen zu den vom Vermieter festgelegten Öffnungszeiten offenzuhalten. Der Leerstand im Einkaufszentrum stieg im Laufe des Mietverhältnisses von anfänglich 20 % auf inzwischen 40 %. Der Mieter klagte auf Feststellung, dass die im Mietvertrag geregelte Betriebspflicht ungültig sei. Die Klage des Mieters hatte keinen Erfolg.

Der BGH führt aus, dass die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht im Regelfall wirksam ist und keine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellt. Nicht unangemessen sei – jedenfalls für sich genommen – auch eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt. Leider mogelt sich der BGH dann aber an der für die Praxis so eminent wichtigen Frage vorbei, ob in einem Formularmietvertrag kumulativ eine Betriebspflicht mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz wirksam verbunden werden kann. Der BGH meint nämlich, dem Mieter sei mit der Formulierung keine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung auferlegt worden, das Ladenlokal müsse als „T-Discount“ betrieben werden. „T-

Discount“ sei nämlich keine Sortimentsbezeichnung. Selbst wenn sich aus der Bezugnahme auf den „T-Discount“ auf eine vage abgrenzbare Sortimentsbeschränkung schließen ließe, so hätte diese Beschränkung eine diffuse und auch umfänglich kaum begrenzbare Reichweite, die eine Sortimentsbindung jeglicher praktischen Bedeutung entzöge.

Erfreulicherweise legt sich der BGH in der Entscheidung aber zur Frage der Wirksamkeit der Klausel fest, die dem Mieter eine Offenhaltungspflicht auferlegt. Der BGH meint, die Regelung sei wirksam. Es liegt keine unangemessene Benachteiligung vor. Es entspricht verbreiteter Übung und den Erwartungen des Publikums, dass ein Diskount-Markt während der Öffnungszeiten des Zentrums durchgehend offengehalten wird.

Schließlich ist das Urteil auch insoweit von Bedeutung, als der BGH ausführt, die Mieterin sei auch nicht deshalb zu einer Einstellung des Betriebes berechtigt, weil die Geschäftsgrundlage weggefallen sei. Zwar sei der Leerstand im Einkaufszentrum von 20 % auf 40 % gestiegen. Dadurch sei aber nicht die Geschäftsgrundlage des Mietvertrags mit der Folge weggefallen, dass der Mieter eine Anpassung oder gar eine Auflösung des Mietvertrages verlangen könne. Der BGH betont, dass bei der Vermietung von Gewerberäumen grundsätzlich der Mieter das Risiko einer wirtschaftlich gewinnbringenden Verwendung der gewerblich genutzten Mietsache trägt. Es fällt in den Verantwortungsbereich des Mieters von Gewerberaum, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der von ihm gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst bei der Anmietung eines Ladenlokals in einem erst noch zu errichtenden Einkaufszentrum neben der Chance, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen, auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtobjekts mit entsprechenden negativen Folgen für das gemietete Einzelgeschäft. Es geht nach zutreffender Auffassung des BGH nicht an, einen nach der gesetzlichen Lastenverteilung in die Risikosphäre des Mieters von Gewerberäumen fallenden Umstand als gemeinsame Geschäftsgrundlage der Mietvertragsparteien anzusehen und damit das Risiko des Eintritts oder Nichteintritts dieses Umstands über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ganz oder teilweise auf den Vermieter zu verlagern. Zwar können die Parteien des Mietvertrags die gesetzliche Risikoverteilung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters – ganz oder zum Teil – übernimmt. Eine solche Vereinbarung lässt sich aber nicht in dem Zusammentreffen der mietvertraglichen Regelungen über die Betriebs- und Offenhaltungspflicht sowie über die Sortimentsbindung des Mieters einerseits und dem Fehlen eines Sortiments- und Konkurrenzschutzes durch den Vermieter andererseits erblicken.

Die Verjährung von vertraglichen Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüchen

Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 22.4.2010, Az: I ZR 31/08 klargestellt, dass die dreijährige Verjährungsfrist des § 439 Absatz 1 Satz 2 HGB auch auf primäre Leistungsansprüche Anwendung findet. An der gegenteiligen Auffassung, die der Bundesgerichtshof bislang zum gleichlautenden Artikel 32 Absatz 1 Satz 2 CMR vertreten hat, hält er ausdrücklich nicht mehr fest. D. h. es gilt nunmehr auch für die Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche des Spediteurs nicht mehr ausschließlich, dass diese innerhalb eines Jahres verjähren. Vielmehr kann auch für diese bei Nichtzahlung durch den Schuldner die dreijährige Verjährungsfrist greifen. Bislang wurde dies überwiegend abgelehnt, mit dem Argument, dass in der Regel jede Nichterfüllung eines Vergütungs- oder Aufwendungsersatzanspruches vorsätzlich geschehe. Dem ist der BGH nunmehr entgegengetreten. Der Vorsatz entfalle z. B. im Falle eines Rechtsirrtums des Schuldners, wenn dieser also der Ansicht ist, nichts zu schulden bzw. aufgerechnet zu haben oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen zu können. Eine vorsätzliche Nichtzahlung sei dem Schuldner erst dann vorzuwerfen, wenn er entgegen besserem Wissen die Existenz eines Anspruchs abstreitet oder wider besseren Wissens behauptet, dass der gegen ihn gerichtete Anspruch nicht in der geltend gemachten Höhe entstanden ist. In diesem Fall gäbe es jedoch auch keinen vernünftigen Grund, ihm die Rechtswohltat der kurzen einjährigen Verjährung zukommen zu lassen.

BGH, Urteil vom 23.4.2010 – I ZR 31/08

Die Zufälligkeit im Bußgeldverfahren

Es wird zwar durch die obergerichtliche Rechtsprechung sowie insbesondere durch einen einheitlichen Bußgeldkatalog versucht, eine einheitliche Behandlung von Bußgeldverfahren (mit Verhängung von Punkten und/oder eines Fahrverbotes) zu erreichen. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass im Falle der Durchführung eines Verfahrens nach Einspruch das Ergebnis, d.h. ob die Eintragung von Punkten und/oder ein Fahrverbot vermieden werden können, stark von Zufälligkeiten abhängt.

Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verwertbarkeit von Videoaufzeichnungen v. 11.8.2009 (DAR 2009, 577) werden je nach zuständigem Gericht/Oberlandesgerichtsbezirks Bußgeldbescheide aufgehoben, z.B. Amtsgericht Arnstadt, Az. 922 Js 201556/10 3 OWi unter Hinweis auf das Thüringer Oberlandesgericht, oder Bußgeldbescheide werden bestätigt, z.B. OLG Stuttgart, Beschluss v. 29.1.2010, Az. 4 Ss 1525/09 (DAR 2010, 149).

Selbst bei einem Regelfahrverbot kommt es je nach der „Einstellung" des zuständigen Amtsrichters in Betracht, bei Erhöhung der Geldbuße vom Fahrverbot abzusehen, jedenfalls wenn dargestellt werden kann, dass andernfalls der Arbeitsplatz gefährdet ist.

Es wird somit zwar versucht, eine einheitliche Handhabung zu erreichen. Außerdem ist bei vielen Amtsgerichten eine Tendenz feststellbar, soweit als möglich Bußgeldbescheide zu bestätigen, diese grundsätzlich als richtig anzusehen, jedenfalls nach Bestätigung durch die Polizeibeamten in der mündlichen Verhandlung. Gleichwohl ist es empfehlenswert, die Möglichkeit einer Überprüfung durch Einspruchseinlegung zu nutzen, gerade auch, da es aufgrund scheinbarer Zufälligkeiten des Öfteren zur Vermeidung von Punkten und/oder einem Fahrverbot kommt. Dies gilt gerade auch für berufliche Vielfahrer, welche ihren „Punktestand" im Auge behalten sollten

- **Vorrecht der WEG-Gemeinschaft kann nur einmal ausgeübt werden**

Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann das Vorrecht der Zuordnung ihrer Forderungen zur Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG in der Zwangsversteigerung nur einmal in Anspruch nehmen, wie der BGH am 4.2.2010 beschlossen hat. Im dortigen Verfahren hat die Wohnungseigentümergemeinschaft ihre Ansprüche in der Rangklasse 2 in Höhe von 5 Prozent des festgesetzten Verkehrswertes angemeldet. Eine nachrangige Gläubigerin hat die Forderungen der Wohnungseigentümergemeinschaft beglichen, um eine Versteigerung unter Wert und damit den Ausfall eigener Forderungen zu verhindern. Das Zwangsversteigerungsverfahren wurde nach § 75 ZVG sodann eingestellt und der Ablösebetrag ausbezahlt. Die nachrangige Gläubigerin trat dem Zwangsversteigerungsverfahren sodann bei, worauf die Wohnungseigentümergemeinschaft die Zulassung des Beitritts wegen weiterer titulierter Hausgeldansprüche in der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG beantragt hat. Der Beitritt blieb erfolglos. Der Gesetzgeber hat sich in diesem Fall für den Grundsatz der Einmaligkeit entschieden, wonach Hausgeldansprüche nur einmal in der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG zugeordnet werden können und zwar selbst dann, wenn die Forderungen zwischenzeitlich abgelöst worden sind. Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich offen gelassen, ob die Rechtslage möglicherweise anders zu beurteilen ist, wenn nach der Beendigung des Verfahrens ein neues Zwangsversteigerungsverfahren anhängig wird.

BGH, Beschluss vom 4.2.2010 (VZ B 129/09)

- **Übersendung einer Betriebskostenabrechnung an einen Mieter ausreichend**

In dem vom Bundesgerichtshof am 28.4.2010 (Az: VIII ZR 263/09) entschiedenen Fall haben sich die Mietvertragsparteien darüber gestritten, ob eine Nebenkostenabrechnung beiden Mietern zugehen muss, um die Fälligkeit des Nachzahlungsanspruches zu begründen. Der Vermieter hatte die Abrechnung nur einem der Mieter übersandt. Der BGH entscheidet zugunsten des Vermieters. Mieten mehrere Personen eine Wohnung an, haften sie mangels anderweitiger Vereinbarung als Gesamtschuldner gemäß §§ 421, 427 BGB. Der Vermieter ist daher berechtigt, nach seinem Belieben jeden Schuldner ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen. Eine Gesamtschuldnerschaft kann sich im Hinblick auf die Bestimmung des § 425 BGB unterschiedlich entwickeln. Dies bedeutet, dass der Anspruch auf Zahlung der Nebenkosten gegenüber einem Mieter durch die Zusendung der Nebenkostenabrechnung an ihn fällig werden kann, ohne dass dem anderen Mieter auch die Nebenkostenabrechnung zugegangen sein muss. Der Nebenkostennachzahlungsanspruch kann damit ohne Rücksicht auf den weiteren Mieter gegenüber demjenigen geltend gemacht werden, dem die Nebenkostenabrechnung zugegegangen ist. Die Situation ist daher nicht mit einer Kündigung eines Mietverhältnisses zu vergleichen, in der eine Kündigung nur einheitlich gegenüber allen Mietern ausgeübt werden kann. Denn der Abrechnung von Betriebskosten kommt kein rechtsgeschäftlicher Er-klärungswert zu, da es sich nur um einen Rechenvorgang handelt.

BGH, Urteil vom 28.4.2010, Az: VIII ZR 263/09