SRF-Newsletter 11/2011

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

ARBEITSRECHT bekommen

Prüfpflicht zur Besetzung freier Arbeitsplätze und schwerbehinderten Menschen

Das Bundesarbeitsgericht hat dem Grunde nach einer Entschädigungsklage nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz stattgegeben (zur Höhe muss das Landesarbeitsgericht, an das der Fall zurückverwiesen wurde, entscheiden), in der ein zu 60 % schwerbehinderter Bewerber geklagt hatte. Der Bewerber war aufgrund seiner Vorbildungen geeignet, die Stelle bei der beklagten Gemeinde zu besetzen, hat sie aber nicht bekommen. Die Gemeinde hatte nicht Kontakt zur Bundesagentur für Arbeit aufgenommen, um zu prüfen, ob es schwerbehinderte Bewerber für die Stelle gibt, wie dies in § 81 Absatz 1 SGB IX vorgeschrieben ist. Alleine aufgrund der Verletzung dieser Verpflichtung hat das Bundesarbeitsgericht eine Diskriminierung angenommen, die der Arbeitgeber im Verfahren nicht widerlegen konnte.

Die Verpflichtung nach § 81 Absatz 1 SGB IX trifft nicht nur öffentliche Arbeitgeber sondern jeden Arbeitgeber. Die Prüfpflicht kann durch die frühzeitige Kontaktaufnahme mit der Agentur für Arbeit, ob die freie Stelle mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann, erfüllt werden.

BAG, Urteil vom 13.10.2011 – 8 AZR 608/10

Auflösend bedingte Arbeitsverhältnisse/Befristung

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung aus dem April 2011 befunden, dass der Arbeitnehmer, dem vom Arbeitgeber schriftlich mitgeteilt wird, dass die auflösende Bedingung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist, ebenfalls innerhalb einer dreiwöchigen Klagfrist Klage erheben muss, ansonsten die Bedingung als eingetreten gilt.

Das Bundesarbeitsgericht hat damit seine bisherige Rechtsprechung, wonach die dreiwöchige Klagfrist nur bei einem Streit über die Wirksamkeit einer Bedingung nicht aber bei einem Streit über den tatsächlichen Bedingungseintritt galt, aufgegeben.

Für den Arbeitgeber ist damit ein Stück Rechtsklarheit gewonnen. Allerdings muss er natürlich in der Lage sein, den Zugang der schriftlichen Erklärung und den Zugangszeitpunkt nachzuweisen. Auch hier gilt also wie bei der Zustellung von Kündigungen und ähnlichen wichtigen Schreiben generell, dass die Erklärung über einen Boten zugestellt werden soll oder dem persönlich anwesenden Arbeitnehmer gegen Quittung (in Anwesenheit von Zeugen) übergeben werden sollte.

BAG, Urteil vom 6.4.2011 – 7 AZR 704/09

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

BAURECHT bekommen

Strafe für den zögerlich Mängel beseitigenden Unternehmer?

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat in einem vor Kurzem entschiedenen Fall die Frage bewertet, welche anerkannten Regeln der Technik für die Mangelbeseitigung gelten.

Zur Erläuterung: Der Auftragnehmer schuldet grundsätzlich ein Werk, das den anerkannten Regeln der Technik im Zeitpunkt der Abnahme entspricht. Liefert er dieses mangelhaft ab und lässt sich dann mit der Mangelbeseitigung Zeit, so hat er nach dem Oberlandesgericht Stuttgart das Risiko zu tragen, dass sich die anerkannten Regeln der Technik verschärfen. Er muss dann seine Nachbesserung nach den zur Zeit der Nachbesserungsarbeiten geltenden anerkannten Regeln der Technik durchführen und kann noch nicht einmal einen Sowiesokosten-Beitrag des Auftraggebers verlangen, wird also quasi für seine verzögerliche Nachbesserung „bestraft“.

Zusammenfassen lässt sich die Entscheidung wie folgt: „Wer nicht zügig nachbessert, hat hierdurch entstehende Nachteile selbst zu tragen, einschließlich der Verschärfung der anerkannten Regeln der Technik und der Änderung öffentlich rechtlicher Vorschriften. Einen Ausgleich vom Auftraggeber wird es hierfür nicht geben“.

(Zitat nach Dr. Stefan Weise, NJW Spezialheft 22/2011 Seite 684).

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

ERBRECHT bekommen

Rechtsirrtum rechtfertigt nicht die Anfechtung einer Erbausschlagung

Das Oberlandesgericht Hamm hat mit Beschluss vom 31.5.2011 entschieden, dass ein bloßer Rechtsirrtum nicht zur Anfechtung einer Erbausschlagung berechtigt.

Der Sohn des Erblassers schlug als Miterbe zu ½ die Erbschaft aus, da er davon ausging, dass dann das Erbe seiner Mutter als Ehefrau des Erblassers alleine zukommt. Tatsächlich wurden aufgrund der Ausschlagung seine Kinder zu gesetzlichen Erben berufen. Folge der Ausschlagung war demnach nicht, dass seine Mutter Alleinerbin wurde, sondern dass sie gemeinsam mit den Enkeln des Erblassers eine Miterbengemeinschaft begründete. Der Sohn des Erblassers wollte daraufhin seine Ausschlagung anfechten. Die Ausschlagung einer Erbschaft ist aber nur unter engen Voraussetzungen anfechtbar. Ein Rechtsirrtum rechtfertigt eine solche Anfechtung nicht, wie das OLG Hamm nunmehr entschied. Die Ausschlagungserklärung sei vielmehr eindeutig und die behauptete Fehlvorstellung als bloßer Motivirrtum unbeachtlich. Demgemäß blieb es bei der Ausschlagung der Erbschaft, sodass das Ziel, der Mutter die Erbschaft als Alleinerbin zukommen zu lassen, nicht erreicht werden konnte.

Vor übereilten Ausschlagungserklärungen kann (ebenso wie vor übereilten Erbschaftsannahmen) nur eindringlich gewarnt werden. In jedem Fall sollte vor Erklärung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft eine eingehende Prüfung erfolgen.

OLG Hamm, Beschluss vom 31.5.2011 – 15 W 176/11

- **Wirkungen einer Pflichtteilsstrafklausel**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 18.7.2011 entschieden, dass die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen im Sinne einer Pflichtteilsstrafklausel bereits in einem entsprechendem ernsthaften Verlangen zu sehen ist und nicht eine gerichtliche Geltendmachung bzw. Durchsetzung erfordert.

Im zur Entscheidung vorliegenden Fall hatten der Erblasser und seine Frau ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in welchem sich die Ehegatten zu wechselseitigen Alleinerben bestimmt hatten. Im Testament war zudem eine Pflichtteilsstrafklausel mit folgendem Inhalt aufgenommen: „Sollten die Kinder… nach dem Tode ihres Vaters als Erstversterbenden Pflichtteilsansprüche geltend machen, sollen sie nach dem Tode des Letztversterbenden von uns ebenfalls nur pflichtteilsberechtigt sein…“.

Nach dem Tod des Vaters verlangte die Tochter dann von Ihrer Mutter den Pflichtteil und begehrte dann, als auch die Mutter verstarb, die Ausstellung eines Erbscheins und damit die Feststellung, dass sie gemeinsam mit ihrem Bruder Miterbin ist. Der Antrag auf Ausstellung eines Erbscheins blieb ohne Erfolg. Das OLG Düsseldorf ist der Auffassung, dass allein durch die – wenn auch außergerichtliche – Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs die Sanktionsklausel im Testament ausgelöst wird. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Geltendmachung mit einer gewissen Ernsthaftigkeit und Intensität erfolgte. Im zur Entscheidung vorliegenden Fall hatte die Tochter ihre Mutter durch mehrfache Anwaltsschreiben auf das Bestehen des Pflichtteilsrechts hingewiesen und Auskunft verlangt. Vor diesem Hintergrund sei, so das OLG Düsseldorf, die Pflichtteilsstrafklausel ausgelöst und damit die Stellung als Erbin nach der Mutter verwirkt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.7.2011 – 3 Wx 124/11

- **Auch Zusätze und Bedingungen in einem eigenhändig errichteten Testament müssen unterschrieben werden**

Nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München sind bei einem Testament unterhalb der Unterschrift angebrachte Zusätze ohne erneute Unterschrift formunwirksam. In dem zur Entscheidung vorliegenden Fall hatte der Erblasser seine Lebenspartnerin als Alleinerbin eingesetzt. Später wurde unterhalb der Unterschrift die Bedingung ergänzt, dass das Testament nur gelten solle, wenn die Lebensgefährtin das gleiche Testament für den Erblasser geschrieben habe. Dieser Zusatz wurde nicht erneut unterzeichnet.

Das OLG München hat nunmehr entschieden, dass das Testament wirksam errichtet und die Lebensgefährtin als Alleinerbin eingesetzt wurde. Die später angebrachte Bedingung sei formunwirksam, da diese nicht ebenfalls unterzeichnet wurde. Die Lebensgefährtin wurde damit wirksam zur Alleinerbin eingesetzt, obwohl dies möglicherweise nicht mehr dem tatsächlichen Willen des Erblassers entsprach. Sowohl bei der Errichtung eines Testaments als auch bei der Anbringung von Zusätzen oder beim Widerruf von Testamenten muss daher dringend darauf geachtet werden, dass die Erklärungen vom Testierenden jeweils eigenhändig unterschrieben werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass das Testament oder die Zusätze formunwirksam sind und damit der Wille des Erblassers nicht umgesetzt wird.

OLG München, Beschluss vom 13.9.2011 – 31 Wx 298/11

- **Gemeinsames Sorgerecht ohne Trauschein**

Bei Kindern, deren Eltern miteinander verheiratet sind, besteht ohne gesonderte Erklärung das gemeinsame Sorgerecht. Nach bisheriger gesetzlicher Regelung ist ohne Trauschein das gemeinsame Sorgerecht jedoch davon abhängig, dass die Eltern gemeinsam eine so genannte Sorgeerklärung abgeben (§ 1626 a Abs. 1 Ziff. 1 BGB). Damit

ist jedoch im Ergebnis das gemeinsame Sorgerecht bei Eltern, welche nicht miteinander verheiratet sind, von der Zustimmung der Kindesmutter abhängig, welche im Übrigen alleinsorgeberechtigt ist.

Durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 21.7.2010 (FamRZ 2010, 1403) wurde diese Gesetzeslage beanstandet und ist die Möglichkeit eröffnet, dass ohne Zustimmung der sorgeberechtigten Mutter durch das Familiengericht das gemeinsame Sorgerecht begründet werden kann. Es ist nunmehr jedoch vorschnell, soweit angenommen wird, es wäre nur ein Antrag des Vaters notwendig, damit das gemeinsame Sorgerecht durch das Familiengericht bestätigt wird. Die Einräumung eines gemeinsamen Sorgerechtes kommt nur in Betracht, wenn dies aus Gründen des Kindeswohles angezeigt ist. Dazu gehört insbesondere die Kooperationsfähigkeit und auch tatsächliche Kooperation zwischen den Eltern im Sinne einer Entscheidungsfähigkeit zum Wohle des gemeinsamen Kindes.

Dass entsprechend dieser Darstellung die Begründung eines gemeinsamen Sorgerechtes durch ein familiengerichtliches Verfahren mehr als den Antrag des nicht sorgeberechtigten Vaters bedarf, wurde jetzt in einem Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 11.3.2011, Az.: 17 UF 54/11, bestätigt. Es bleibt deshalb trotz einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes mit Feststellung der Unwirksamkeit einer gesetzlichen Regelung dabei, dass die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Antrages im konkreten Fall geprüft werden müssen.

- **Wettbewerbswidrigkeit der Auswahl einer falschen Rubrik auf einer Internethandelsplattform?**

Mit Urteil vom 6.10.2011 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Auswahl einer unzutreffenden Rubrik bei einem gewerblichen Angebot auf einer Internethandelsplattform nicht zwingend irreführend ist.

Im zur Entscheidung vorliegenden Fall hatte der Beklagte über eine Internetplattform einen Pkw unter der Rubrik „bis 5.000 km“ mit der Überschrift: *„BMW 320 d Tou.*Gesamt-Km 112.970** ATM 1260 Km**“ angeboten.* Die Klägerin hat den Beklagten wegen dieses Angebots abgemahnt, da aufgrund der unzutreffenden Suchrubrik eine Irreführung des Verkehrs gegeben sei. Die Entscheidungsgründe sind zwar noch nicht veröffentlicht, nach der Pressemitteilung hat der Bundesgerichtshof aber hierzu entschieden, dass zwar die Auswahl der unzutreffenden Rubrik zu einer unwahren Angabe führt. Im konkreten Fall sei dies aber nicht geeignet, den Verkehr irrezuführen, da sich die richtige Laufleistung ohne weiteres aus der Überschrift des Angebots selbst ergab. Für diesen Fall wurde daher ein Wettbewerbsverstoß abgelehnt.

Die Frage, ob die falsche Auswahl der Suchrubrik auch dann unschädlich wäre, wenn dies im Rahmen der Überschrift nicht klargestellt worden wäre, konnte der BGH dabei offen lassen. Es scheint aber durchaus wahrscheinlich, dass, wäre die Aufklärung über die Überschrift nicht erfolgt, sondern z.B. erst im Angebot selbst, eine Irreführung bejaht worden wäre. Die Vorinstanzen (LG Freiburg und OLG Karlsruhe) sahen bereits in dem streitgegenständlichen Angebot einen Wettbewerbsverstoß. Dem ist der BGH zwar nicht gefolgt. Zur Vermeidung von rechtlichen Nachteilen sollten Gewerbetreibende aber bei Angeboten über Internethandelsplattformen sehr genau darauf achten, dass sie jeweils die zutreffende Suchrubrik auswählen.

BGH, Urteil vom 6.10.2011 – I ZR 42/10

- **Haftung des Hostproviders für rechtswidrige Blog-Einträge**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 25.10.2011 zur Verantwortlichkeit eines Hostproviders für persönlichkeitsrechtsverletzende Blog-Einträge Stellung genommen.

Hintergrund der Entscheidung war eine Unterlassungsklage gegen Google als Betreiber der Seite www.blogspot.com wegen beleidigenden Äußerungen eines Bloggers. Da der Beitrag anonym veröffentlich wurde, sah der Kläger keine Möglichkeit, gegen den Autoren selbst vorzugehen und hat daher Google direkt verklagt.

Die Urteilsgründe der Entscheidung sind zwar noch nicht veröffentlicht, aus der Pressemitteilung lässt sich aber entnehmen, dass der Betreiber einer vergleichbaren Plattform nicht von vornherein für rechtsverletzende Inhalte haftet. Vielmehr ist ein Tätigwerden des Hostproviders erst dann veranlasst, wenn er durch den Betroffenen so konkret auf den Rechtsverstoß hingewiesen wird, dass dieser ohne weiteres bejaht werden kann. In diesem Fall ist die Beanstandung an den verantwortlichen Autoren zunächst mit der Möglichkeit einer Stellungnahme weiterzuleiten. Geht eine solche Stellungnahme nicht innerhalb einer angemessenen Frist ein ist davon auszugehen, dass die Beanstandung berechtigt ist. In diesem Fall ist der Eintrag zu löschen. Widerspricht der Autor der Beanstandung in substantiierter Form, ist diese Stellungnahme wiederum dem Betroffenen zuzuleiten. Erwidert der Betroffene auf diese Stellungnahme nicht erneut, ist eine weitere Prüfung nicht veranlasst. Geht eine Erwiderung ein hat der Hostprovider die ihm vorgelegten Stellungnahmen und Belege zu prüfen und im Falle einer festgestellten rechtswidrigen Verletzung des Persönlich-

keitsrechts den beanstandenden Eintrag zu löschen.

Die bisherige Praxis, dass häufig im Fall einer ersten Beanstandung die Einträge gelöscht werden, ist demnach mit der vom BGH skizzierten Lösung nicht vereinbar. Hostprovider sollten die Handhabung demnach an den nunmehr dargestellten Lösungsansatz des BGH anpassen. Die von einer Rechtsverletzung Betroffenen müssen diese dem Hostprovider jeweils konkret schildern, um eine Prüfung der Beanstandung zu ermöglichen.

BGH, Urteil vom 25.10.2011 – VI ZR 93/10

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

Keine Verjährung von Schadensersatzansprüchen

Die Verjährung spielt in Kapitalanlagefällen eine besondere Rolle, da den Anlegern die Fehlberatung erst Jahre später auffällt. In diesem Zusammenhang ist der Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist des

§ 195 BGB bedeutsam. Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung mit Schluss des Jahres, in welchem der Anleger von der Fehlberatung tatsächlich erfahren hat oder grob fahrlässig nicht erfahren hat. Die Anlegerin in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenem Fall hat zunächst eine eigene Anlage im Jahr 2003 gezeichnet. Der Beratung lag ein falscher Prospekt zugrunde. Im Jahr 2004 zeichnete sodann die Tante der Anlegerin eine ähnliche Anlage. Der Beratung aus dem Jahr 2004 lag ein Prospekt zugrunde, der die fehlerhafte Beratung aus dem Jahr 2003 offen legte. Die Anlegerin las den Prospekt aus dem Jahr 2004. Die Vorinstanzen hatten angenommen, dass spätestens im Jahr 2004 die Fehlberatung aus dem Jahr 2003 hätte erkannt werden müssen, demnach der Anlegerin zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, wenn sie den Fehler doch nicht erkannt hat. Demzufolge wurde der Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist 2004 angenommen.

Der BGH hat einer derartigen Sichtweise eine Absage erteilt. Eine grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt nur vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz naheliegende Überlegungen nicht anstellt und nicht beachtet. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seinen eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden, weil sich ihm die anspruchsbegründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben müssen und er davor aber letztlich die Augen verschlossen hat, so der BGH. Den Gläubiger trifft generell keine Obliegenheit im Interesse des Schuldners Nachforschungen zu bertreiben, um die Verjährungsfrist in Gang zu setzten. In Prospekthaftungs- und Anlageberatungsfällen ergibt sich eine grob fahrlässige Unkenntnis und damit Beginn der Verjährungsfristen nicht bereits dann, wenn sich die Fehlberatung aus dem Anlageprospekt ergibt, der Anleger aber dessen Lektüre unterlassen hat. Denn der Anleger misst seiner Entscheidung den besonderen Erfahrungen und Kenntnissen seines Anlageberaters ein besonderes Gewicht bei. Deshalb treten die zahlreichen Prospektangaben, die mit volks-, betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fachausdrücken angereichert sind, in den Hintergrund. Vertraut ein Anleger auf den Rat des Anlageberaters oder Vermittlers und sieht er davon ab, den Prospekt durchzusehen, so liegt darin kein grobes Verschulden. Der Anleger ist nämlich nicht verpflichtet, den Berater durch Lektüre des Anlageprospektes zu kontrollieren. In diesem Fall beginnt die Verjährungsfrist eben nicht zu laufen.

Die Klägerin hat den Prospekt gelesen. Es konnte jedoch nicht bewiesen werden, dass die maßgebliche Seite 20 damals gelesen wurde, aus welchen sich die Fehlberatung ergeben hätte. Zudem dient ein Prospekt vorrangig der Information des Anlageinteressenten im Zusammenhang mit der eigenen Anlageentscheidung. Dieser Zweck war aber mit dem unwiderruflich gewordenen Erwerb der Anlage im Jahr 2003 erfüllt. Die Funktion des Prospektes liegt nicht darin, die Richtigkeit der im Rahmen eines mündlichen Beratungs- oder Vermittlungsgesprächs gemachten Angaben lange Zeit nach der eigenen Anlageentscheidung zu kontrollieren.

Der Bundesgerichtshof setzt daher die anlegerfreundliche Rechtsprechung zu Verjährungsfragen weiter fort und bestätigt, dass die Voraussetzungen für den Beginn der Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 BGB eng sind und der Anleger insbesondere nicht zur Nachforschung nach etwaigen Fehlern des Beraters verpflichtet ist.

BGH Urteil vom 27.09.2011 - AZ: VI ZR 135/10

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

MIETRECHT bekommen

Durchsetzung der Betriebspflicht durch einstweilige Verfügung

Wenn ein Mieter insbesondere in Einkaufszentren den Betrieb einstellt oder sich nicht an Öffnungszeiten hält, stellt sich die Frage, ob eine Betriebspflicht im Wege einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden kann, da es bis zur Rechtskraft einer Klage in der Regel mehrere Monate dauert, so dass die bis zur endgültigen gerichtlichen Klärung

eingetretenen Nachteile nicht rückgängig zu machen sind. Auch können Schadensersatzansprüche aufgrund von Beweisschwierigkeiten regelmäßig nicht durchgesetzt werden.

1. Vereinbarung einer Betriebspflicht

Auch bei in Einkaufszentren belegenen Mietsachen ist die Betriebspflicht des Mieters nicht vertragsimmanent. Es besteht somit nur dann eine Gebrauchs- und Betriebspflicht, wenn dies von den Mietvertragsparteien vereinbart wurde. Auch aus der Vereinbarung einer umsatzabhängigen Miete lässt sich eine Betriebspflicht nicht herleiten und zwar selbst dann nicht, wenn eine reine Umsatzmiete ohne Grundmiete/Mindestmiete geschuldet wird.

Grundsätzlich kann eine Betriebspflicht auch wirksam in einem Formularvertrag, also als Allgemeine Geschäftsbedingung, vereinbart werden. Häufig wenden Mieter in Rechtsstreitigkeiten unter Berufung auf einen Beschluss des OLG Schleswig (NZM 2000, 1008) ein, die Betriebspflicht sei nicht wirksam vereinbart, weil eine formularmäßig auferlegte Betriebspflicht bei Zusammentreffen mit einem formularmäßigen Aufschluss des Konkurrenzschutzes in Verbindung mit einer Sortimentsbindung den Mieter unangemessen benachteilige.

Der Beschluss des OLG Schleswig wird allerdings in der Praxis häufig schon deshalb nicht einschlägig sein, weil die Mietvertragsparteien in aller Regel **individualvertraglich** vereinbaren, als was das Mietobjekt (z.B. zum Betrieb als Blumengeschäft, Metzgerei oder Bäckerei) vermietet wird. Deshalb ist der Mieter in derartigen Fällen bereits aufgrund jener Individualvereinbarung nicht berechtigt, den Verwendungszweck eigenmächtig zu ändern. Da die Sortimentsbindung individualvertraglich vereinbart ist, liegt keine Kumulation von drei formularmäßig vereinbarten Abreden hinsichtlich Konkurrenz- und Sortimentsschutz verbunden mit der Vereinbarung einer Betriebspflicht vor. Sind nur die Regelungen über die Betriebspflicht und den Ausschluss von Konkurrenzschutz Formularklauseln, kann sich ein Mieter von vornherein nicht auf den Beschluss des OLG Schleswig berufen, denn das Zusammentreffen von Formularklauseln, die eine Betriebspflicht auferlegen und Konkurrenzschutz ausschließen, ist nach allgemeiner Meinung, insbesondere derjenigen des Bundesgerichtshofs (MDR 2010, 738) zulässig.

Unabhängig hiervon teilt die herrschende Meinung die Vorbehalte des OLG Schleswig gegen eine Klauselkombination, die sowohl Betriebspflicht als auch Sortimentsbindung und Ausschluss des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes vorsieht, jedenfalls bei Vermietung von Ladenlokalen in einem größeren Dienstleistungs- und Einkaufszentrum nicht. Wegen des starken, für den Mieter erkennbaren Interesses des Vermieters an einer Nutzung des Mietobjekts bestehen keine vernünftigen Bedenken, die Betriebspflicht in einem Formularvertrag auszubedingen (so z.B. BGH NZM 2010, 361, 362). Nicht unangemessen ist nach allgemeiner Auffassung auch eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet (BGH NZM 2000, 492). Unbedenklich ist auch der formularmäßige Ausschluss von Konkurrenzschutz (BGH NJW 2010, 361, 362; OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403). Somit spricht alles dafür, dass die Kombination von drei zulässigen Klauseln (Betriebs- und Offenhaltungspflicht; Sortimentsbindung; Freistellung des Vermieters von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz) nicht zur Unwirksamkeit dieser Klauseln führen kann, da jede für sich genommen unbedenklich ist.

Wäre die Meinung des OLG Schleswig zutreffend, wären Einkaufszentren faktisch nicht mehr betreibbar. Derartige Einkaufszentren verfügen in der Regel über ein „Zugpferd“, das eine breite Angebotspalette hat. Folge ist, dass in derartigen Einkaufszentren zwingend der Konkurrenzschutz von Mietern ausgeschlossen werden muss, da der jeweilige Publikumsmagnet auch selbst Waren vertreibt, die von weiteren Mietern geführt werden. Zwingend erforderlich ist in einem Einkaufszentrum auch die Betriebspflicht, denn ein derartiges Zentrum funktioniert nur dann, wenn der Branchenmix stimmt. Dazu gehört es aber auch, dass die Geschäfte tatsächlich betrieben werden. Beim Publikum entsteht ein schlechter Eindruck, wenn Teile eines Zentrums leer stehen oder sich Geschäfte nicht an die allgemeinen Öffnungszeiten halten. Das schreckt Kunden ab, weil sie den Eindruck gewinnen, das Zentrum laufe nicht und hieraus schließen, die angebotenen Waren seien nicht attraktiv genug. Leerstand und die Nichteinhaltung von Öffnungszeiten führt also dazu, dass Kunden wegbleiben. Zwingend erforderlich ist in einem Einkaufszentrum schließlich eine Sortimentsbindung. Anderenfalls könnte es nämlich passieren, dass Kunden im Einkaufszentrum urplötzlich statt des zunächst betriebenen Geschäfts einen Pornoladen oder ein Ladenlokal vorfinden, das in rechtsradikalen Kreisen beliebte Artikel anbietet und Anlass für berechtigten Protest der Bevölkerung liefert, die dem Einkaufszentrum dann fernbleibt.

In einem Einkaufszentrum ist somit die Kombination von formularmäßig vereinbarter Sortimentsbindung, Betriebspflicht und Ausschluss von Konkurrenzschutz existenznotwendig. Anderenfalls lässt sich ein derartiges Einkaufszentrum nicht betreiben. Auch deshalb ist die Auffassung des OLG Schleswig praxisfern und rechtlich falsch. Sie wird von der überwiegenden Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum nicht geteilt.

Allerdings wird im Schrifttum vereinzelt die Auffassung vertreten (z.B. Jendrek, NZM 2000, 526, 529), bei Anmietung eines Ladenlokals in einem Einkaufszentrum entfalle die Betriebspflicht, wenn andere Geschäfte unvermietet oder ungenutzt seien. Die herrschende Auffassung folgt dieser Meinung nicht, wenn der Vermieter weder vorvert-

ragliche noch vertragliche Pflichten verletzt hat bzw. verletzt. Ein Entfall der Betriebspflicht aufgrund Leerstandes benachbarter Ladenlokale in einem Einkaufszentrum kommt demnach nur in Frage, wenn sich der Vermieter nicht hinreichend um die Vermietung leerstehender Räume bemüht oder bei den Vertragsverhandlungen unrichtige Angaben zum Vermietungsstand gemacht hat. Bei einem derartigen Sachverhalt handelt der Vermieter rechtsmissbräuchlich, wenn er dennoch auf der vertraglich vereinbarten Betriebspflicht besteht.

Voraussetzung für die Durchsetzung der Betriebspflicht ist wie dargelegt eine wirksame (in aller Regel formularvertragliche) Vereinbarung. Im Grundsatz ist es auch unbedenklich, in einem Einkaufszentrum dem Mieter die Öffnungszeiten durch vorformulierte Vertragsbedingungen vorzugeben. Zweifelhaft ist allerdings, ob eine vorformulierte Klausel, die den Mieter zur Öffnung seines Geschäfts während der gesetzlich zulässigen Zeiten verpflichtet, der Inhaltskontrolle standhält. Unwirksam ist jedenfalls eine Klausel, die den Vermieter berechtigt, die Ladenöffnungszeiten nach seinem Belieben zu bestimmen und abzuändern. Keine Bedenken bestehen hingegen, wenn der Vermieter allen Mietern bestimmte, unter den gesetzlich zulässigen liegende Zeiten vorschreibt, die derzeit üblich sind.

2. Rechtsfolgen der Verletzung der Betriebspflicht

Gemäß § 541 BGB hat der Vermieter Anspruch auf Unterlassung eines vertragswidrigen Gebrauchs. Bei Verletzung der Betriebspflicht kann er Wiederaufnahme oder Fortsetzung des Betriebs entsprechend der vertraglichen Vereinbarung verlangen. Diese Ansprüche setzen nicht voraus, dass der Mieter schuldhaft gehandelt oder den vertragswidrigen Gebrauch zu vertreten hat. Es hilft einem Mieter demnach nicht, wenn er sich beispielsweise auf seine Erkrankung beruft.

Die Verletzung der Betriebspflicht ist in aller Regel als schuldhafte Pflichtverletzung zu qualifizieren. Dann muss der Mieter den durch die Betriebspflichtverletzung verursachten Schaden des Vermieters ersetzen. Im Regelfall wird es aber schwer sein, einen Schaden zu beziffern und nachzuweisen.

Verletzt der Mieter trotz vorangegangener Abmahnung weiterhin die Betriebspflicht, rechtfertigt dies eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses (§ 543 Abs. 1 BGB).

3. Einstweilige Verfügung

Umstritten ist, ob die Betriebspflicht des Mieters durch eine einstweilige Verfügung durchgesetzt werden kann. Das OLG Naumburg nahm mit Beschluss vom 21.11.1997 (WuM 1998, 320) an, eine einstweilige Verfügung sei generell unzulässig, weil die Betriebspflicht nicht vollstreckt werden könne. Liegt eine Mietsache also in Sachsen-Anhalt, macht es von vornherein keinen Sinn, den Erlass einer einstweiligen Verfügung zu beantragen, da deren Erlass spätestens vom Oberlandesgericht Naumburg abgelehnt würde und im einstweiligen Verfügungsverfahren kein Rechtsmittel gegen die Entscheidungen eines Oberlandesgerichts gegeben ist.

Im übrigen Bundesgebiet kommt hingegen die Durchsetzung der Betriebspflicht durch einstweilige Verfügung in Betracht, wobei aber der Vermieter glaubhaft machen muss, auf die sofortige Erfüllung der Betriebspflicht dringend angewiesen zu sein. Ein subjektives Eilbedürfnis allein reicht nicht.

Die Anforderungen der Rechtsprechung sind unterschiedlich streng. Die höchsten Anforderungen stellte bislang das Kammergericht Berlin, das mit Beschluss vom 18.10.2004 (NZM 2005, 620) entschieden hatte, dass die Betriebspflicht nicht generell durch einstweilige Verfügung durchgesetzt werden könne. Vielmehr müsse glaubhaft gemacht werden, dass der Vermieter dringend auf die sofortige Erfüllung der Betriebspflicht angewiesen sei und sonst so erhebliche Nachteile erleiden würde, dass ihm ein Zuwarten oder eine Verweisung auf die spätere Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht zumutbar sei. Hierfür genüge es insbesondere nicht, wenn der Vermieter geltend macht, der Gesamtcharakter des Einkaufszentrums werde durch Leerstand beeinträchtigt. Im Beschluss vom 18.10.2004 hatte das Kammergericht die Meinung vertreten, der Hinweis auf die Beeinträchtigung des Gesamtcharakters des Einkaufszentrums, das von der Vielfalt seiner Angebote an Waren und Dienstleistungen lebe, reiche allein nicht aus, um das dringende Interesse am Erlass einer einstweiligen Verfügung zu rechtfertigen. Erforderlich sei vielmehr, dass beispielsweise glaubhaft gemacht werde, dass potentielle Mietinteressenten wegen des bereits vorhandenen Leerstands von Geschäftsräumen von einer Anmietung Abstand genommen hatten.

Mit Urteil vom 12.9.2011 (8 U 141/11) hat das Kammergericht diese Rechtsprechung zu recht aufgegeben und die Anforderungen an den Erlass einer einstweiligen Verfügung gelockert.

Dem Urteil des Kammergerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Mietvertrag war formularvertraglich vereinbart, dass die Mieterin verpflichtet ist, ihren Geschäftsbetrieb werktäglich in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr zu betreiben. Das Ladenlokal befand sich an zentraler Stelle gegenüber dem Eingang. Dort standen zwei Flächen leer. Vereinbart war eine Vertragsdauer bis 30.9.2011. Die Mieterin räumte im Mai 2011. Sie führte einen Räumungsverkauf durch. Während des Räumungsverkaufs riss ein Gesellschafter der Vermieterin im Geschäft der Mieterin das Schild „Räumungsverkauf“ herunter und warf es dem Gesellschafter der Mieterin vor die Füße. Der Gesellschafter der Vermieterin schrie den Gesellschafter der Mieter an, dass dieser ein unfähiger

Geschäftsmann sei und was ihm einfallen würde. Der Gesellschafter der Vermieterin drohte dem Gesellschafter der Mieterin, er werde ihn fertigmachen. Daraufhin erklärte die Mieterin die fristlose Kündigung des Mietvertrages. Das Geschäft wurde nach Durchführung des Räumungsverkaufs leer geräumt.

Die Vermieterin beantragte den dahingehenden Erlass einer einstweiligen Verfügung, der Mieterin aufzugeben, ihren Geschäftsbetrieb wieder aufzunehmen und das Ladenlokal werktäglich in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr zu betreiben. Das Kammergericht Berlin hat die beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Zunächst stellte das Kammergericht fest, dass die Betriebspflicht durch die von der Mieterin ausgesprochene fristlose Kündigung nicht entfallen ist, weil die Kündigung unwirksam war. Es lagen keine besonderen Gründe im Sinne von § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB vor, die eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt hätten. Zwar war das Verhalten des Gesellschafters der Vermieterin gänzlich unangemessen. Immerhin hatte die Mieterin aber Anlass zur Kritik gegeben, indem sie unangekündigt mit einem Räumungsverkauf warb und das Geschäft leer räumte. Vor allem stand nur ein einmaliger Vorfall in Rede. Auch fand die Herabsetzung des Gesellschafters der Mieterin nicht vor Zuhörern statt. Deshalb reichte das Fehlverhalten des Gesellschafters der Vermieterin für eine fristlose Kündigung nicht aus.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Erfüllung der Betriebspflicht war nach Auffassung des Kammergerichts begründet. Das Gericht führt aus, die Mieterin habe glaubhaft gemacht, auf die sofortige Erfüllung der Betriebspflicht dringend angewiesen zu sein, so dass die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegeben waren. Die Vermieterin hatte glaubhaft gemacht, auf die sofortige Erfüllung der Betriebspflicht dringend angewiesen zu sein. Die Mietsache befand sich in einem ehemaligen Straßenbahndepot. Die Mieterin verkaufte Modellautos und Autorennbahnen. Das Konzept des Vermieters war darauf gerichtet, Werkstätten wichtiger Oldtimer- und Liebhaberfahrzeugmarken an einem Ort zu versammeln und mit all den Produkten und Dienstleistungen zu koppeln, die das Thema bereichern. Sinn der vertraglich vereinbarten Betriebspflicht war, das Konzept des Vermieters durch eine Vielfalt von Geschäften, welche diesen Themenbereich möglichst weitreichend abdecken, attraktiv zu halten. Ein solches Geschäft ist gemäß Mietvertrag auch von der Mieterin zu betreiben, nämlich der Verkauf von Modellautos und Autorennbahnen. Unter diesen Umständen sah es das Kammergericht als überwiegend wahrscheinlich an, dass die Betriebspflichtverletzung der Mieterin die Attraktivität des Ausstellungs- und Verkaufszentrums für Besucher, Eventveranstalter, vorhandene Mieter und Mietinteressenten mindert.

Das Kammergericht führte aus, insbesondere könne zunehmender Leerstand bei anderen Mietern zu Umsatzeinbußen führen und einen Anreiz ausüben, ihren Betrieb ebenfalls einzustellen. Wenn der Vermieter sich darauf verweisen lassen müsste, diese Gefahr bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens hinzunehmen, würde der Sinn der Vereinbarung einer Betriebspflicht unterlaufen. Der Vermieterin war es nach Auffassung des Gerichts auch nicht zuzumuten, sich auf Schadensersatzansprüche verweisen zu lassen, deren Nachweis – insbesondere was die Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden angeht – große Probleme mit sich bringt.

Zusätzlichen konkreten Vortrag der Vermieterin, etwa dass es zu einem Besucherrückgang gekommen ist und/oder Mietinteressenten wegen des Leerstandes von einer Anmietung Abstand genommen hätten, hielt das Kammergericht nicht für erforderlich. Soweit in dem Urteil des Kammergerichts vom 18.10.2004 weiterer Vortrag des Vermieters zu nachprüfbaren Umständen verlangt worden ist, hielt das Kammergericht hieran nicht fest, sondern schloss sich der sonstigen obergerichtlichen Rechtsprechung an, die solche Anforderungen nicht aufgestellt hat (z.B. OLG Hamburg, WuM 2003, 641; OLG Celle, NZM 2007, 838; OLG Karlsruhe, GE 2007, 140; OLG Frankfurt, ZMR 2009, 446). Das Kammergericht stellt zutreffend darauf ab, dass die gebotene zeitnahe Durchsetzung einer Betriebspflicht ansonsten unzumutbar erschwert wäre, falls an der alten Rechtsprechung des Kammergerichts festgehalten würde, weil die Auswirkungen im Einzelfall nur schwer zu belegen sind und jedenfalls erst dann, wenn Nachteile aus dem Leerstand bereits eingetreten sind.

Somit ist festzuhalten, dass es aufgrund der begrüßenswerten Entscheidung des Kammergerichts vom 12.9.2011 für einen Vermieter nunmehr leichter ist, eine Betriebspflicht im Wege einstweiliger Verfügung durchzusetzen, wenn ein Mieter in einem Einkaufszentrum die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht verletzt, indem der Betrieb gänzlich eingestellt oder die vertraglich vereinbarten Öffnungszeiten nicht eingehalten werden.

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

VERKEHRSRECHT
bekommen

Bei Unfall zum Anwalt

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird ein eigener Zeitaufwand des Geschädigten zur Unfallregulierung nicht erstattet. Dagegen ist es anerkannt, dass ohne eigene Regulierungsversuche der Geschädigte berechtigt ist, bei Erstattung der dadurch entstehenden Kosten

sofort einen Anwalt zur Durchführung der Schadenregulierung zu beauftragen. Es wird durch die Rechtsprechung die Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten nur in engen Ausnahmefällen abgelehnt, soweit die Haftung dem Grunde nach von Anfang an unstreitig ist und ein sehr einfach gelagerter Fall vorliegt.

Es hat das Landgericht Krefeld in einem Urteil vom 7.4.2011, Az.: 3 S 39/10, die Grenzen dieser Ausnahmefälle eng gesteckt. Betroffen war die Kollision zwei Kraftfahrzeuge mit einem Fahrzeugschaden auf Seiten des Klägers von EUR 17.000,00, welcher reguliert wurde. Beim Kläger handelt es sich um eine Leasinggesellschaft.

Das Landgericht Krefeld hat jedoch ausgeführt, dass angesichts des Umfanges der Rechtsprechung zur Haftungsquote sowie auch zur Höhe des erstattungsfähigen Schadens bereits die Annahme eines einfach gelegenen Falles nicht in Betracht kommt. Weiter hat das Landgericht Krefeld zurecht ausgeführt, dass bei einer Leasinggeberin zwar von einer gewissen Geschäftsgewandtheit ausgegangen werden muss, diese sich jedoch nicht auf die Abwicklung von Schadenfällen bezieht. Insoweit verwiesen wurde auch auf Entscheidungen des Landgerichts München, Urteil vom 27.2.2003, Az.: 19 S 18902/02 sowie des Landgerichts Itzehoe, Urteil vom 5.8.2011, Az.: 1 S 22/08.

Es empfiehlt sich bei diesen Grundlagen stets bereits zu Beginn der Regulierung einen eigenen Anwalt zu beauftragen, dies zur Durchsetzung der Schadensersatzansprüche.

- **Schwierigkeiten bei Bestimmung der Haftungsquote**

Kommt es zu einem Verkehrsunfall unter Beteiligung mehrerer Kraftfahrzeuge ist zunächst zu überprüfen, ob einer der Unfallbeteiligten für sich die Unabwendbarkeit des Unfalles nachweisen kann, was jedoch regelmäßig nicht gelingt. Es muss dann eine Abwägung der Verursachungsbeiträge nach § 17 StVG erfolgen. Es wird auch in ungeeigneten Fällen durch Versicherungen gerne eine Haftungsquote gebildet, jedenfalls unter Berücksichtigung der so genannten Betriebsgefahr, welche zwischen 20 % und 1/3 eingeschätzt wird. Dabei sind die Argumente oft auf den Fall bezogen und auf den ersten Blick, für den Unfallgeschädigten, plausibel.

So hatte sich nunmehr der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 20.9.2011, Az.: VI ZR 282/10, mit einem Streit über die Haftungsquote zu befassen. Grundlage war, dass ein Unfallbeteiligter durchgängig auf der öffentlichen Straße fuhr, sein Unfallgegner von links, von einem Grundstück, auf die bevorrechtigte Straße abbiegen wollte. Grundsätzlich ist derjenige, welcher von einem Grundstück auf die öffentliche Straße einbiegt, wartepflichtig. Begründung der Versicherung für eine Haftungskürzung um ein 1/3 war, dass der Bevorrechtigte gegen das Rechtsfahrgebot verstoßen hat, mithin mehr auf der Seite des Wartepflichtigen fuhr. Der Bundesgerichtshof hat gleichwohl die volle Haftung desjenigen bestätigt, welcher auf die öffentliche Straße einfährt. Der Bundesgerichthof hat klargestellt, dass das Rechtsfahrgebot der Sicherheit des Gegenverkehrs und nicht von querenden Fahrzeugen dient, mithin der Einwand der Beklagte unerheblich ist.

Gerade diese Entscheidung zeigt erneut, dass für die Regulierung von Unfallschäden spezielle Kenntnisse des Schadensersatzrechtes notwendig sind, im Übrigen besteht die Gefahr, dass auf den ersten Blick plausible Einwände zu einer unberechtigten Kürzung führen.

- **Wer darf eine Eigentümerversammlung einberufen?**

Gemäß § 24 Abs. 1 und 2 WEG obliegt grundsätzlich dem Verwalter oder in den Fällen des § 24 Abs. 3 WEG dem Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats das Recht zur Einberufung einer Eigentümerversammlung. Nur ausnahmsweise sind auch die Eigentümer berechtigt, eine Eigentümerversammlung einzuberufen, wenn die Einberufung einvernehmlich durch alle Wohnungseigentümer erfolgt. Sofern etwaige Einberufungsmängel vorliegen, werden sie entsprechend § 51 Abs. 3 GmbHG geheilt, wenn sämtliche Wohnungseigentümer anwesend sind. Fehlt einer der Eigentümer tritt die Heilungswirkung bezüglich etwaiger Einberufungsmängel nicht ein, wie der Bundesgerichtshof am 10.6.2011 entschied. Sind sich demnach alle Eigentümer einig, dass eine Einberufung erfolgen soll, sind sie auf die Mitwirkung des Verwalters wie des Beirates nicht angewiesen. Dies spielt insbesondere eine Rolle, wenn ein unliebsamer Verwalter abberufen werden soll. Durch die sogenannte Universalversammlung können schnell und kostengünstig Tatsachen geschaffen werden.

BGH, Urteil vom 10.6.2011 – V ZR 222/10

- **Zur Kündigung einer vom Wohnungsmieter separat vermieteten Garage**

Eine Mieterin hat eine Wohnung in Duisburg mit einem schriftlichen Wohnraummietvertrag angemietet. Zusätzlich hat sie in einem 150 m von der Wohnung entfernt gelegenem Einfamilienhaus, das ursprünglich ebenfalls der Vermieterin gehörte, eine Garage durch mündliche Absprache gemietet. Die Vermieterin veräußerte das 150 m von der Wohnung entfernte Gebäude mit der Garage. Die neuen Eigentümer kündigten den Vertrag über die Garage und verlangten Herausgabe. Der Bundesgerichtshof entschied, dass die neuen Eigentümer einen Räumungsanspruch nach § 546 Abs. 1 BGB haben, da es sich vorliegend um zwei verschiedene Mietverträge gehandelt hat. Die Kündigung der Garage wäre nur dann unzulässig, wenn die Garage Bestandteil des Wohnraummietverhältnisses wäre, was vorliegend jedoch nicht der Fall war. Im schriftlichen Wohnungsmietvertrag war die Garage eben nicht erwähnt. In der Konstellation, wonach ein schriftlicher Wohnraumietvertrag und ein separat abgeschlossener mündlicher Mietvertrag über eine Garage bestehen, spricht eine Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der beiden Verträge, zumal die Wohnung und Garage sich nicht auf demselben Grundstück befinden. Will daher der Mieter vermeiden, dass der Mietvertrag über eine Garage unabhängig vom Wohnraummietvertrag gekündigt wird, wird er dafür zu sorgen haben, dass die Garage im Mietvertrag über die Wohnung erwähnt wird, damit eine rechtliche Einheit angenommen werden kann. In diesem Fall darf der Mietvertrag nur im Ganzen gekündigt werden, wofür der Vermieter regelmäßig Gründe vorzuweisen hat.

BGH, Urteil vom 12.10.2011 – VIII ZR 251/10

- **Vermieter hat Anspruch auf Einbau von funkbasierten Ablesegeräten**

Der Kläger ist Vermieter eines Mehrfamilienhauses. Der Verbrauch für Wärme, Warm- und Kaltwasser war bislang über Verbrauchserfassungsgeräte erfasst worden. Im Mai 2009 teilte der Vermieter den Mietern mit, dass im Rahmen eines Regelaustauschs die Heizkostenverteilung durch ein funkbasiertes Ablesesystem ersetzt wird. Ein Mieter verweigerte dies mit der Begründung, dass er in seiner Wohnung kein mit Funk arbeitendes System einsetzten will. Der Vermieter hat den Mieter daraufhin auf Duldung des Austausches der vorhandenen Ablesegeräte gegen ein Funksystem in Anspruch genommen. Der VIII. Zivilsenat entschied zugunsten des Vermieters. Ein Anspruch ergibt sich für die Heizungsenergie- und Warmwasserzähler aus § 4 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 der Heizkostenverordnung. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes erfasst dieser Anspruch nicht nur die Erstausstattung der Mieträume mit Erfassungsgeräten sondern auch den Austausch unbrauchbar gewordener Geräte und begründet auch eine Duldungspflicht des Mieters für den Austausch noch funktionstüchtiger Messgeräte durch modernere Systeme.

Darüber hinaus ergibt sich für die funkbasierten Kaltwasserzähler ein Duldungsanspruch aus § 554 Abs. 2 BGB. Voraussetzung dieses Anspruchs ist eine Wohnwertverbesserung. Der BGH hat die Würdigung der Vorinstanzen nicht beanstandet, wonach sich der Wohnwert der Wohnung erhöht, wenn diese zum Zweck der Ablesung nicht betreten werden muss, so dass der Mieter schließlich zur Duldung verurteilt wurde.

BGH, Urteil vom 28.9.2011 – VIII ZR 326/10