

SRF-Newsletter 4/2011



ARBEITSRECHT bekommen

■ **Urlaubsanspruch bei ruhendem Arbeitsverhältnis?**

Das Landesarbeitsgericht Schleswig Holstein hat in einer Entscheidung vom 16.12.2010 entschieden, dass auch während des Ruhens eines Arbeitsverhältnisses aufgrund befristeter Erwerbsminderungsrente der Urlaubsanspruch entstehe. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitnehmer dann also auch für die Zeit, in der er aufgrund der Erwerbsminderung nicht tätig war Urlaubsabgeltung verlangen. Das Landesarbeitsgericht Schleswig Holstein begründet dies damit, dass das Entstehen des Urlaubsanspruchs lediglich den Bestand des Arbeitsverhältnisses und den Ablauf der Wartefrist voraussetze. Die gleiche Rechtsfrage hat das Landesarbeitsgericht Köln noch anders entschieden, bei beiden Verfahren ist die Revision zulässig, im Kölner Verfahren auch eingelegt, so dass demnächst mit einer höchstrichterlichen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu rechnen ist.

Für Arbeitgeber stellt sich bei Arbeitnehmern, die längerfristig aufgrund Erwerbsminderung nicht tätig sein können also auch insoweit nun die Frage einer krankheitsbedingten Kündigung zur Vermeidung des Auflaufens erheblicher Urlaubsabgeltungsansprüche.

LAG Schleswig Holstein, Urteil vom 16.12.2010, 4 Sa 209/10

LAG Köln, Urteil vom 20.4.2010, 6 Sa 103/10; BAG 9 AZR 442/10 (laufendes Revisionsverfahren)

■ **Voraussetzung für die Erstattung von Detektivkosten im Arbeitsverhältnis**

Das Bundesarbeitsgericht hat mit einer Entscheidung vom 28.10.2010 einem Arbeitgeber eingeklagte Detektivkosten in der Größenordnung von EUR 40.000,00 gegenüber einem Arbeitnehmer nicht zugesprochen. Interessant an der Entscheidung ist, dass das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich festhält, dass grundsätzlich der Arbeitgeber dann Detektivkosten erstattet verlangen kann, wenn er den Detektiv einsetzt, um aufgrund der durch die Observation gewonnenen Erkenntnisse die Vertragsverletzung des Arbeitnehmers zu beweisen, um das Arbeitsverhältnis zu beenden.

Im nun entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber die Detektei zur Aufklärung einer Wettbewerbstätigkeit eingeschaltet. Nachdem diese bereits fest stand, hatte man die Detektei unter anderem weiter dazu beauftragt, den Sachverhalt zu klären, wohl auch um Schadensersatzansprüche vorzubereiten. In dieser Konstellation sieht das Bundesar-

beitsgericht keinen Erstattungsanspruch, da im Zeitpunkt der Beauftragung der Detektei die Konkurrenzfähigkeit bereits (urkundlich belegt) bekannt war.

Arbeitgebern, die einen Verdacht haben, dass ein Arbeitnehmer sei es durch Konkurrenzfähigkeit oder vorsätzliche Handlungen, sich grob vertragswidrig hält, ist also bei der Überlegung, ob sie ein Detektivbüro einschalten, der Hinweis zu erteilen, dass erstattungsfähige Kosten nur dann vorliegen/entstehen, wenn es zur Aufklärung eines (begründeten) Verdachts, der zum Anlass für eine Vertragsbeendigung genommen werden soll, geht. Die Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen ist demgegenüber kein geeignetes Ziel, um Detektivkosten erstattet zu bekommen.

BAG vom 28.10.2010 – 8 AZR 547/09



BAURECHT bekommen

■ **Vergütungsanspruch bei nicht gegengezeichneten Stundensätzen**

Erfahrungsgemäß gibt es bei fast jedem Bauvorhaben Arbeiten, die nicht vom ursprünglichen Leistungsumfang der Bauverträge umfasst waren und die dann auf Anweisung und nach Stundenaufwand abgerechnet werden. Ebenso häufig kommt es vor, dass die Rapportzettel nicht vom Auftraggeber oder einem vertretungsbefugten Vertreter unterzeichnet werden.

Das Oberlandesgericht Hamm hatte nun einen Fall zu entscheiden, in dem der Werkunternehmer entsprechende nicht gegengezeichnete Rapportzettel vorgelegt, aus denen sich aber Datum, die beteiligten Mitarbeiter und die auf die einzelnen Mitarbeiter entfallenen Stunden ergaben. Die Mitarbeiter wurden als Zeugen gehört, konnten sich an die Arbeiten und die einzelnen Tage aber nicht mehr erinnern, bestätigten aber, dass die Eintragungen damals korrekt vorgenommen wurden. Dies reichte dem OLG als Nachweis aus.

Das Oberlandesgericht Hamm zeigt damit dem Handwerker einen Weg auf, wie er nicht gegengezeichnete Stundenlohnarbeiten gleichwohl durchsetzen kann, Voraussetzung ist aber natürlich, dass es sich um Leistungen, die vom normalen Vertragsumfang nicht umfasst sind, handelt. Nicht zuerkannt hat das Oberlandesgericht Hamm die Fahrtzeiten der Handwerker, da es im Baugewerbe nicht üblich sei, dass Fahrtkosten nach Stundenaufwand berechnet werden (üblich dürfte in der Tat die Auslösung sein).

Die Erstellung von Rapportzetteln auf der Baustelle, aus denen sich Materialverbrauch und Stundenanzahl sowie die tätigen Mitarbeiter ergeben, ist also selbst dann für den Handwerker sinnvoll

und notwendig, wenn er weiß/damit rechnet, keinen Unterschriftsberechtigten zur Gegenzeichnung anzutreffen. Der bessere Weg in diesen Fällen ist natürlich gleichwohl, die Rapportzettel auf direktem Weg (per Fax oder Mail) dem Auftraggeber zur Verfügung zu stellen und zur Gegenzeichnung aufzufordern.

Bauherren sollten sich, wenn ihnen Rapportzettel vorgelegt werden, die sie nicht unterschreiben, nicht in Sicherheit wiegen, damit eine Bezahlungspflicht zu vermeiden, sondern konstruktiv und zeitnah die Frage klären, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang es sich um übervertragliche Leistungen handelt und wie diese vergütet werden. Stundenlohnarbeiten sind in aller Regel teurer als vernünftig vereinbarte Preise für die Arbeiten.

OLG Hamm, Urteil vom 8.2.2011 – 21 U 88/10

■ Haftungsrisiko für Planer bei zweideutigen Aussagen

Erhält ein Ingenieur/Architekt die Aufgabe, Vorfragen für die Durchführung eines Bauvorhabens zu untersuchen, muss er eindeutige Aussagen treffen, wo dies nicht möglich ist, ausdrücklich darauf hinweisen.

Das Oberlandesgericht Saarbrücken hat einen Ingenieur, der ein Honorar von EUR 12.000,00 erhalten hat, zum Schadensersatz in Höhe von EUR 500.000,00 verurteilt, weil er bei einer Bodenuntersuchung die hydrologische Situation falsch bewertet hat. Zwar hat er Eisen- und Manganwerte, die für den Betrieb der Anlage problematisch sein konnten ermittelt, jedoch die Schlussfolgerung gezogen, dass diese Werte „vergleichsweise gering“ sind. Ein Hinweis, dass die Betriebsfähigkeit der Anlage dadurch gefährdet ist, unterblieb. Tatsächlich scheiterte der Betrieb an der Eisen- und Manganbelastung.

Alleine die Feststellung von problematischen Bodenbestandteilen reichte dem Oberlandesgericht nicht aus, es verlangt dem Ingenieur – durchaus zu Recht – ab, dass er sich positioniert, ob die gemessenen Werte für den Betrieb der geplanten Geothermieanlage problematisch sind oder nicht und verurteilt ihn, weil dies unterblieb, zum Schadensersatz.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 22.2.2011 – 4 U 155/09



ERBRECHT
bekommen

■ Zur Bedeutung inhaltlich klarer und eindeutiger Formulierungen in Testamenten

Neben den formellen Anforderungen an die Errichtung eines Testaments (vgl. hierzu unseren Newsletter 10/2010) müssen sich die Gerichte auch immer wieder mit der Frage der inhaltlichen Auslegung eines Testaments befassen. Maßgeblich ist

insoweit stets der Wille des Erblassers. Dieser kann seinen Willen jedoch nach seinem Ableben nicht mehr äußern, so dass die Gerichte diesen alleine anhand des Testaments selbst ermitteln können. Umstände außerhalb der Urkunde können nur im Einzelfall und nur dann berücksichtigt werden, wenn sie im Testament zumindest andeutungsweise enthalten sind. Insbesondere Testamenten, die ohne juristischen Beistand errichtet wurden, mangelt es dabei oft an der notwendigen Klarheit und Deutlichkeit, was im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu Schwierigkeiten bei der Auslegung führt.

Das OLG Hamm (Urteil vom 6.1.2011 – 15 Wx 484/10) hatte sich mit folgender Klausel zu befassen: „Für den Fall, dass wir gleichzeitig versterben sollten, soll unser Nachlass fallen an unsere gemeinsame Nichte ...“. Tatsächlich war es dann so, dass der Ehemann drei Jahre vor der Ehefrau verstarb. Die gesetzlichen Erben beriefen sich demnach darauf, dass die Nichte nicht wirksam als Erbin eingesetzt sei, da die Eheleute nicht „gleichzeitig“ verstorben seien. Für den Fall des nicht gleichzeitigen Versterbens gäbe es aber keine testamentarische Verfügung, so dass die gesetzliche Erbfolge greife. Während die Vorinstanz noch zu dem Ergebnis kam, dass die Erbeinsetzung eindeutig nur für den Fall des gleichzeitigen Versterbens erfolgt ist, sah das OLG Hamm dies anders. Auch diese Erklärung sei der Auslegung zugänglich, d. h. es müsse ermittelt werden, was der Erblasser tatsächlich wollte. Die Sache wurde an die Vorinstanz zurückverwiesen, da insoweit zunächst noch eine Beweisaufnahme erfolgen muss, die aber vom erstinstanzlichen Gericht durchzuführen ist. Das OLG Hamm hat allerdings bereits angedeutet, dass angesichts des relativ klaren Wortlautes erhebliche Anforderungen an einen abweichenden Willen zu stellen sind. Es müsste sich also im Rahmen der Vernehmung der bei der Errichtung des Testaments anwesenden Zeugen ergeben, dass die Verwendung des Wortes „gleichzeitig“ nur versehentlich erfolgte und tatsächlich gemeint war, dass die Nichte auf jeden Fall Schlusserbin sein soll.

Dem OLG Karlsruhe lag ein Testament vor, mit dem drei Erben bedacht werden sollten, wobei aber die Erbquote unklar formuliert war („ein bedeutender Betrag“; „ein großer Teil“; „ein Teil“). Das OLG Karlsruhe hatte demnach zu entscheiden, welche Quoten hier jeweils gemeint waren. Aufgrund der verwendeten Begriffe hielt es das Gerichtes für sachgerecht, den mit den Worten „ein bedeutender Betrag“ und „ein großer Teil“ Bedachten ein Erbteil von je 2/5 und dem mit „ein Teil“ Bedachten eine Quote von 1/5 zuzusprechen.

Beide Entscheidungen zeigen wie wichtig eine deutliche Formulierung ist. Insbesondere im letzten Fall hätten die Schwierigkeiten leicht durch Angabe einer festen Erbquote vermieden werden können. Auch der erste Fall hätte ohne Weiteres entweder durch Weglassen des Wortes „gleichzeitig“ oder durch eine Klarstellung, dass im Falle des nicht gleichzeitigen Versterbens die gesetzliche Erbfolge eintritt (oder auch in diesem Fall die Nichte Schlusserbin sein soll), vermieden werden können.



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

FAMILIENRECHT bekommen

■ Selbstständige Tätigkeit und Güterrecht

Treffen Ehegatten keine abweichende Regelung durch Ehevertrag gilt der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Wesentliche Folge ist, dass bei Beendigung des Güterstandes, insbesondere durch Scheidung, unterschiedliche Vermögensentwicklungen ausgeglichen werden. Dies kann zwar auch dann zu höheren Ausgleichszahlungen führen, wenn der Wert eines Vermögensgegenstandes zahlenmäßig ausgewiesen ist (Kontoguthaben, Wert eines Aktiendepots, Lebensversicherung usw.).

Wesentlich risikoreicher wird ein Zugewinnausgleichsverfahren jedoch, soweit Gegenstände betroffen sind, deren Wert nicht so offensichtlich ist, insbesondere bei Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen. Bereits in sachlicher Hinsicht werden dann häufig hoch streitige und umfangreiche Sachermittlungen zu Umsatzzahlen, Anlagevermögen usw. erforderlich. Streitig ist dann oftmals bereits die anzuwendende Bewertungsmethode sowie vorzunehmende Abzüge. So hatte sich der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 9.2.2011, Az. XII ZR 40/09 erneut mit der Bewertung einer freiberuflichen Praxis, im zu entscheidenden Fall einer Zahnarztpraxis, zu befassen, wie z.B. zuvor in einem Urteil vom 6.2.2008, Az. XII ZR 45/06 (tierärztliche Praxis) oder in einem Urteil vom 25.11.1998, Az. XII ZR 84/97 (Steuerberaterpraxis).

Es werden wahrscheinlich häufiger Urteile des Bundesgerichtshofs für andere Bereiche des Familienrechts getroffen. Angesichts des Umstandes, dass sich zwischen den genannten Entscheidungen die zu klärenden Rechtsfragen, insbesondere die Regelung des Zugewinnausgleichs, nicht geändert haben und der Anteil Geschiedener mit freiberuflicher Praxis an allen familiengerichtlichen Auseinandersetzungen eher gering sein dürfte, ist die Anzahl der Urteile durch den Bundesgerichtshof schon beachtlich und zeigt das Verfahrenskostenrisiko für derartige Auseinandersetzungen.

Da letztendlich jedem Anteil an einer freiberuflichen Praxis ein Wert auch im Zugewinnausgleich zugemessen wurde, empfiehlt es sich gerade für Selbstständige durch einen Ehevertrag klare Regelungen zu treffen, eine Auseinandersetzung über den Wert der Praxis insbesondere im Falle der Scheidung zu vermeiden.



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

IT-RECHT bekommen

■ Werbung mit durchgestrichenen Preisen kann wettbewerbswidrig sein

Mit Urteil vom 16.3.2011 hat der Bundesgerichtshof (Az: I ZR 81/09) entschieden, dass die Werbung mit hervorgehobenen Einführungspreisen, denen höhere durchgestrichene Preise gegenübergestellt werden, nur zulässig ist, wenn sich aus der Werbung ergibt, wie lange die Einführungspreise gelten und ab wann die durchgestrichenen höheren Preisen verlangt werden.

Die Entscheidungsgründe des Urteils sind zwar noch nicht veröffentlicht. Aus der Pressemitteilung (Nr. 44/2011) ergibt sich aber, dass die Gegenüberstellung von Einführungspreisen und deutlich höheren durchgestrichenen Preisen als unklare Verkaufsförderungsmaßnahme (§ 4 Nr. 4 UWG) und als irreführende Werbung (§ 5 UWG) gewertet wurde. Der Händler hätte demnach angeben müssen, worauf sich der durchgestrichene Preis beziehe. Soweit es sich dabei um den regulären Preis, den der Händler nach Abschluss der Einführungswerbung verlange, handle, müsse er zudem angeben, ab wann er den regulären Preis in Rechnung stelle. Das Einführungsangebot müsse demnach, anders als Angebote im Rahmen eines Räumungsverkaufs, zeitlich begrenzt werden.

Die Entscheidung betrifft zwar kein Online-Angebot. Die vom BGH aufgestellten Grundsätze sind aber übertragbar und daher auch von Online-Anbietern zu berücksichtigen.



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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

■ Freie, nicht bankmäßig gebundene Anlageberater brauchen über Provisionen nicht aufzuklären

Ein Anlageberater ist zu einer anlage- und anlegergerechten Beratung verpflichtet. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall wurde der Anleger bei der Zeichnung von Anteilen an einem geschlossenen Medienfond nicht über die Höhe der Provision aufgeklärt, die der freie Berater im Falle der erfolgreichen Empfehlung seitens der Fondsgesellschaft erhalten hat. Unter anderem aus diesem Grund verlangte der Anleger Schadensersatz. Das Berufungsgericht hat noch eine Pflichtverletzung des Beraters durch die unterlassene Aufklärung gesehen, da der Anlageberater zur Wahrung der Interessen des Anlegers gehalten ist, vertragswidrige Interessenkonflikte in ihrem kon-

kreten Aufmaß aufzudecken. Hierzu gehört die Offenlegung der Doppelrolle des Anlageberaters als Vermittler des Kapitalsuchenden einerseits und als Berater des Investitionswilligen andererseits. Damit der Anleger die Konfliktsituation erkennen kann, muss der Berater die Höhe der Provision offenlegen.

Dieser Argumentation erteilt der Bundesgerichtshof außerhalb des Bereiches des § 31 d WpHG (Wertpapierdienstleistungen) eine Absage. Das Urteil des Berufungsgerichts wird aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückgewiesen. Für den Bereich der Anlageberatung durch Banken hat der Bundesgerichtshof es noch für geboten erachtet, dass diese die Anleger über umsatzabhängige Rückvergütungen in Kenntnis setzen, die ihnen von Seiten der Kapitalsuchenden gewährt werden (Urteil des Bundesgerichtshof vom 19.12.2006, Aktenzeichen XI ZR 56/05). Dort hat der Bundesgerichtshof gerade damit argumentiert, dass die Bank als Anlageberater aufgrund des Interessenkonflikts, einerseits den Anleger bestmöglich zu beraten und andererseits eine möglichst hohe Provision zu erhalten, ungefragt über die Provisionszahlung und deren Höhe zu informieren hat. Denn der Bankkunde soll davor geschützt werden, dass ohne sein Wissen hinter seinem Rücken Rückvergütungen versprochen werden.

Eine derartige Verpflichtung soll sich für einen freien, nicht bankmäßig gebundenen Anlageberater nicht ergeben. Denn die durch Banken erbrachte Anlageberatung soll sich von einer durch einen freien Anlageberater durchgeführten Beratung grundlegend unterscheiden. Der Vertrag zwischen dem Kunden und seiner Bank ist üblich auf eine gewisse Beständigkeit und Dauer angelegt und davon geprägt, dass die Bank von ihren Kunden selbst Entgelte oder Provisionen erhält. Daraus ergibt sich ein besonderes schützenswertes Kundenvertrauen. In diesem Fall muss der von seiner Bank bezüglich einer Kapitalanlage beratene Kunde nicht damit rechnen, dass die Bank bei einer Anlageberatung eigene Interessen an der Einnahme von Rückvergütungen verfolgt. Dem Kunden ist nicht ohne weiteres erkennbar, dass die Anlageberatung von der Erwartung des Zuflusses von Rückvergütungen bestimmt werden könnte.

Bei einem freien Anlageberater liegt es für den Anleger dagegen auf der Hand, dass dieser Berater von der kapitalsuchenden Anlagegesellschaft Vertriebsprovisionen erhält. Da der Anlageberater mit der Beratung als solches sein Geld verdienen muss, kann der Anleger nicht annehmen, er würde diese Leistung insgesamt kostenlos erbringen. Die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Kunden und dem Anlageberater sind im Gegensatz zum Vertrag zwischen Anleger und Bank nicht auf eine dauerhafte Geschäftsbeziehung ausgelegt, aufgrund derer der Anlageberater von seinem Kunden Entgelte oder Provisionen erhält. Insbesondere wird dem Anleger deutlich vor Augen geführt, dass der Anlageberater Provisionen bekommt, wenn er zusätzlich zum Anlagebetrag Verwaltungsgebühren oder Ausgabeaufschläge zahlen muss. Ist ein solches Agio offen ausgewiesen, muss der Anleger klar erkennen, dass aus diesen Mitteln gerade

der Anlageberater bezahlt wird. In diesem Fall ergibt sich kein schützenswertes Vertrauen des Anlegers darauf, dass der Anlageberater keine Leistungen der Fondgesellschaft erhält. Wenn ein solches Vertrauen nicht entwickelt wird, muss der Anlageberater nicht über einen Interessenkonflikt durch Zahlung von Provisionen aufklären. Da der Anleger daher weiß, dass Provisionen an den Anlageberater bezahlt werden, erfolgt dies nicht hinter dem Rücken des Anlegers und auch nicht heimlich, wie dies bei den Beratern der Bank geschieht.

Klargestellt hat der Bundesgerichtshof, dass jedenfalls eine Aufklärung über die Provision zu erfolgen hat, wenn diese 15 % des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreitet. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits bei Anlagevermittlern angenommen (Urteil vom 12.2.2004, Aktenzeichen III ZR 359/02), da in diesem Fall durch die Größenordnung der Provision die Werthaltigkeit und Rentabilität der Kapitalanlage betroffen ist. Hierbei handelt es sich um einen derart für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umstand, dass der Anlageinteressent hierrüber informiert werden muss.

BGH, Urteil vom 29.3.2011 - III ZR 170/10



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

MIETRECHT
bekommen

■ Mangelbeseitigungsrecht des Mieters

Ist eine Mietsache mangelhaft, dann ist der Vermieter nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen seiner Erfüllungspflicht zur Beseitigung des Mangels verpflichtet. Der Vermieter hat demnach Schäden zu beheben, Störungen abzuwehren, zuvor nicht erkannte Schadstoffbelastungen zu beseitigen, die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache beizubringen oder das dem Mietgebrauch störende Recht eines Dritten abzuwehren.

Ist der Vermieter uneinsichtig, so muss der Erfüllungsanspruch des Mieters klagweise durchgesetzt werden. Zwar leben wir nicht in Südtalien, wo Rechtsstreitigkeiten häufig länger als ein Menschenleben dauern, aber auch bei uns dauert ein Prozess erster Instanz mehrere Monate. Solange müsste ein Mieter demnach mit einer mangelhaften Mietsache leben, was häufig nicht hinnehmbar ist.

Auch das Recht zur Mietminderung allein wird den Interessen des Mieters nicht gerecht, der beispielsweise bei Publikumsverkehr darauf angewiesen ist, dass Mängel der Mietsache rasch behoben werden.

Deshalb ist das Beseitigungsrecht des Mieters nach § 536 a Abs. 2 BGB häufig ein zielführendes Mittel. Diese Vorschrift ordnet an, dass der Mieter einen Mangel selbst beseitigen und Ersatz der

erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, wenn

1. der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist oder
2. die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist.

Voraussetzung für das Selbstbeseitigungsrecht des Mieters ist somit grundsätzlich, dass der Mieter dem Vermieter zur Beseitigung des Mangels eine Frist setzt. Danach kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen verlangen. Die Frist muss hierbei so bemessen sein, dass dem Vermieter die Mangelbeseitigung innerhalb der Frist möglich ist. Entbehrlich ist die Fristsetzung, wenn der Vermieter die Mangelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert, etwa weil er den Mangel bestreitet.

Der Fristsetzung bedarf es gemäß § 536 a Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht, wenn zur Vermeidung weiterer Schäden sofortige Abhilfe geboten ist. Diese Voraussetzungen liegen aber nur in Ausnahmefällen vor. Eine „umgehende“ Beseitigung des Mangels bedeutet, dass selbst kurzes Zuwarten mit der Information des Vermieters und der Herbeiführung seiner Entscheidung den schon eingetretenen Schaden oder die Gefahr vergrößert. Derartige absolute Eilfälle werden demnach außerordentlich selten sein.

Welche Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem Beseitigungsrecht des Mieters und dessen Aufwendungsersatzanspruch auftreten können, soll anhand des folgenden Beispielfalls aufgezeigt werden, der einem Urteil des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 13.11.2002 (3 U 166/98) nachempfunden ist:

Mietgegenstand war ein Gewerbeobjekt, das als Bau- und Gartenmarkt genutzt wurde. Bestandteil des Mietobjekts war eine etwa 100 m x 50 m große zweischiffige Halle aus Stahlbetonfertigteilen mit zwei flach geneigten Satteldächern. Im Mietvertrag wurde vereinbart, dass der Mieter das gesamte Mietobjekt und damit die angemieteten Gebäude innen und außen instand zu halten hat. Der Mieter übernahm die Instandhaltung von „Dach und Fach“.

Nach Übergabe der Mietsache kam es zu Wassereintritten durch das Dach. Ein von der Mieterin beauftragter Sachverständiger kam zu dem Ergebnis, dass die mindestens 10 Jahre alte Dachhaut diverse Fehlstellen aufweist, wobei es sich um Risse der Dachhaut und offene Nähte der Dachbahnen handelte.

Die Mieterin übersandte der Vermieterin eine Kopie des Sachverständigengutachtens und forderte die Vermieterin auf, die erforderlichen Instandsetzungsarbeiten am Hallendach vorzunehmen. Dies lehnte die Vermieterin mit der Begründung ab, für Instandhaltungsarbeiten an „Dach und Fach“ sei die Mieterin verantwortlich. Daraufhin ließ die Mieterin das Dach neu eindecken und forderte vom Vermieter Erstattung der hiermit verbundenen Kosten. Ein im Prozess eingeholtes Sachverständigengutachten ergab allerdings, dass die von der Mieterin beauftragten Mangelbeseitigungsarbeiten

von dem die Reparatur durchführenden Dachdeckermeister selbst nicht mangelfrei waren.

Der Vermieter ist in dem Beispielfall vom Oberlandesgericht Brandenburg verurteilt worden, die Aufwendungen des Mieters für die Instandsetzung des Daches zu erstatten Zug-um-Zug gegen Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen den die Reparatur ausführenden Dachdeckermeister.

Auf den ersten Blick scheint diesem Ergebnis die mietvertragliche Bestimmung entgegenzustehen, dass der Mieter für die Instandhaltung von „Dach und Fach“ verantwortlich ist. Hierbei ist jedoch zwischen Instandhaltung und Instandsetzung zu unterscheiden. Eine Komplettanierung des Daches wie im Streitfall ist aber keine Instandhaltung, sondern Instandsetzung. Die Mieterin hat einen nicht mehr reparablen bzw. reparaturwürdigen Gebäudeteil instand gesetzt. Das fällt aber in den Verantwortungsbereich des Vermieters.

Der Umstand, dass die von einem Dachdeckermeister ausgeführten Reparaturarbeiten selbst nicht mangelfrei waren, führt lediglich dazu, dass die Mieterin eventuelle Gewährleistungsrechte aus den Verträgen, die sie mit den bauausführenden Unternehmen abgeschlossen hat, an den Vermieter abtreten muss. Der Vermieter hat hingegen die Kosten für die Instandsetzungsarbeiten an die Mieterin zu erstatten. Ob die Reparaturmaßnahmen nämlich erfolgreich sind, spielt für die Ersatzfähigkeit der Aufwendungen keine Rolle, solange der Mieter kein Verschulden trifft. Schlagen die Aufwendungen ganz oder teilweise fehl, weil die entsprechenden Arbeiten mangelhaft ausgeführt wurden, stellt sich die Frage, ob sich der Mieter ein Verschulden des von ihm beauftragten Bauunternehmens zurechnen lassen muss. Diese Frage ist zu verneinen. Der Handwerker ist nicht als Erfüllungsgehilfe des Mieters anzusehen. Der Mieter wird bei der Beauftragung eines Unternehmens zwar im eigenen Namen, aber **im Interesse und auf Risiko des Vermieters tätig**. Beseitigt der Mieter einen Mangel der Mietsache, geht er gegenüber dem Vermieter keine Verpflichtung zur Herstellung einer mangelfreien Mietsache ein. Er macht vielmehr von seinem Recht Gebrauch, wegen der Untätigkeit des Vermieters an dessen Stelle etwas zu veranlassen. Soweit dem Mieter (aufgrund seiner formalen Stellung als Bauherr) gegenüber dem Unternehmen Gewährleistungsrechte zustehen, kann ein interessengerechter Ausgleich dadurch geschaffen werden, dass man den Mieter als verpflichtet ansieht, diese Rechte im Wege des Vorteilsausgleichs an den Vermieter abzutreten. Ein solcher Ausgleich ist auch dann vorzunehmen, wenn Aufwendungsersatz verlangt wird.

■ Vertraglicher Einwendungsausschluss hinsichtlich Nebenkostenabrechnungen

Im Wohnraummietrecht enthält das Gesetz in § 556 Abs. 3 BGB eine Ausschlussfrist für Einwendungen gegen Nebenkostenabrechnungen. Gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB hat der Mieter Einwendungen gegen die Nebenkostenabrechnung spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Zugang der Abrechnung mitzuteilen. Nach Ablauf der Frist kann der Mieter Einwendungen nicht mehr geltend machen, es sei denn, der Mie-

ter hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten (also nicht verschuldet).

Diese Vorschrift gilt allerdings nicht im Gewerbebaummietrecht. Zu vertraglichen Einwendungsregelungen gibt es keine obergerichtliche Rechtsprechung.

Werden wie in der Regel Formularmietverträge verwendet, müssen die Wirksamkeitsvoraussetzungen der AGB-rechtlichen Bestimmungen des BGB eingehalten werden. Wann eine Klausel, die Einwendungen ausschließt, wirksam ist, wurde wie dargelegt von der Rechtsprechung noch nicht obergerichtlich entschieden. In der Literatur (z.B. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 3275) wird die Auffassung vertreten, ein vertraglicher Einwendungsausschluss sei wirksam, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Einwendungsausschluss muss im Mietvertrag oder in einer Nachtragsvereinbarung enthalten sein.
- Der Vermieter muss bereits im Vertrag verpflichtet sein, bei Fristbeginn auf den Einwendungsausschluss hinzuweisen.
- Auf die Bedeutung der Unterlassung eines Widerspruchs muss in der Abrechnung besonders hingewiesen werden.
- Die Widerspruchsfrist muss angemessen sein, wobei man von einer Mindestfrist von sechs Wochen ausgehen müsse.

Das Amtsgericht Korbach hatte in einem von uns erstrittenen Urteil vom 30.3.2011 (3 C 486/10) über eine Nebenkostenabrechnung zu befinden, gegen die der Mieter einer Gaststätte in einem Einkaufszentrum erst im Prozess Einwendungen vorbrachte. Im formularmäßigen Mietvertrag hieß es:

„Einwendungen gegen die Abrechnung hat der Mieter dem Vermieter spätestens bis zum Ablauf der sechsten Woche nach Zugang der Abrechnung schriftlich mitzuteilen. Nach Ablauf dieser Frist kann der Mieter Einwendungen nicht mehr geltend machen, wenn er vom Vermieter in der Abrechnung oder in dem Begleitschreiben, mit dem die Abrechnung übersandt wird, auf diese Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen wird, es sei denn, der Mieter hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten. Der Vermieter verpflichtet sich, den Mieter in der Abrechnung oder in dem Begleitschreiben, mit dem die Abrechnung übersandt wird, auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen.“

In der Nebenkostenabrechnung selbst heißt es am Ende:

„Einsprüche sind innerhalb der mietvertraglich genannten Frist geltend zu machen. Danach gilt die Abrechnung gemäß Mietvertrag als genehmigt.“

Das Amtsgericht Korbach gab der Klage des Vermieters auf Zahlung des Saldos aus einer Nebenkostenabrechnung statt. Die Einwendungen des Mieters wurden als unzulässig zurückgewiesen, weil sie nicht innerhalb der vertraglichen Einwendungsfrist geltend gemacht wurden, auf die in der

Nebenkostenabrechnung nochmals hingewiesen wurde.

Das Amtsgericht Korbach vertrat die überzeugende Meinung, dass der vertragliche Einwendungsausschluss einer Inhaltskontrolle stand hält, weil sie mit den wesentlichen Grundgedanken der Geschäftsraummiete zu vereinbaren ist, den Vertragszweck nicht gefährdet und auch sonst keine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellt.

Nach Auffassung des Gerichts weicht der vertragliche Einwendungsausschluss nicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ab. Da § 556 Abs. 3 BGB auf die Geschäftsraummiete nicht anwendbar ist, herrsche bei der Geschäftsraummiete Vertragsfreiheit in der Ausgestaltung der Nebenkostenvereinbarung. Schon deshalb komme ein Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht in Betracht.

Auch werde durch die Formulklausel der Vertragszweck nicht gefährdet. Im Handelsverkehr bestehe Bedürfnis nach schneller Rechtsklarheit. Dem wird etwa im Handelskauf durch § 377 HGB Rechnung getragen, der dem Käufer die Pflicht einer unverzüglichen Untersuchung und Rüge auferlegt, weil der Käufer ansonsten mit seinen Gewährleistungsansprüchen gänzlich ausgeschlossen wird. Deshalb sei es auch bei der Gewerberaummiete zumutbar und angemessen, dem Mieter durch eine Formulklausel aufzuerlegen, binnen sechs Wochen Einwendungen gegen die Nebenkostenabrechnung vorzutragen, zumindest dann, wenn wie im entschiedenen Fall mit Versenden der Nebenkostenabrechnung vom Vermieter nochmals ausdrücklich auf die Einwendungsfrist hingewiesen wird.



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

TRANSPORTRECHT bekommen

■ Entbehrlichkeit einer Schadensanzeige bei Kenntnis des Frachtführers vom Schaden?

Gem. § 438 HGB ist der Geschädigte im Falle eines Frachtschadens verpflichtet, diesen bei Ablieferung anzuzeigen. Erfolgt eine Anzeige auch innerhalb von 21 Tagen nicht, verliert der Geschädigte seine Rechte gegen den Frachtführer. Eine vergleichbare Regelung findet sich für das Luftfrachtrecht in Artikel 31 des Montrealer Übereinkommens (MÜ).

Das OLG München hat nunmehr mit Urteil vom 16.3.2011 (7 U 1807/09) entschieden, dass diese Ausschlussregelung nicht greift, wenn der Frachtführer bereits anderweitig Kenntnis von dem Schaden erlangt hat. Dem Sinn und Zweck des gesetzlich vorgeschriebenen Anzeigepflichten, den Frachtführer in Kenntnis zu setzen und diesem zu ermöglichen, weitere Schadensfeststellungen zu treffen, sei in diesem Fall Genüge getan.

Eine Schadensanzeige sei in diesem Fall entbehrlich.

Die Entscheidung ist durchaus fragwürdig, da das Gericht die eindeutige Regelung des § 438 Absatz 3 HGB entgegen seines Wortlautes auslegt. Geschädigte sollten sich demnach nicht auf diese Entscheidung verlassen sondern vielmehr eine unmittelbare Schadensanzeige (spätestens innerhalb von 21 Tagen) an den Frachtführer versenden, da nicht sicher ist, dass andere Gerichte und der BGH sich der Entscheidung des OLG München anschließen. Sollte eine Anzeige im Einzelfall unterblieben sein, der Frachtführer aber gleichwohl vom Schaden Kenntnis erlangt haben, kann unter Hinweis auf die Entscheidung versucht werden, die an sich erloschenen Ansprüche doch noch geltend zu machen.



VERKEHRSRECHT bekommen

■ Mobiles Telefonieren und seine Folgen

Durch § 23 Abs. 1 a StVO ist dem Autofahrer die Benutzung eines Mobiltelefons untersagt, „wenn er hierfür das Mobiltelefon aufnimmt oder hält“. Ein Verstoß wird mit einer Geldbuße von EUR 40,00 und einem Punkt im Verkehrszentralregister geahndet.

Die Vorschrift wurde vielfach angegriffen, da vergleichbare „Tätigkeiten“ während des Autofahrens nicht sanktioniert sind. Vielfach sind auch die Einwände, mit welchen die Verwirkung einer Geldbuße durch die Betroffenen angegriffen wird. Die Bußgeldrichter an den Amtsgerichten neigen jedoch in der Mehrzahl dazu, den Bußgeldbescheid aufrecht zu erhalten. So wurde durch das OLG Köln mit einem Beschluss vom 12.8.2009 (83 Ss-Owi 63/09; DAR 2011, 95) entschieden, dass es noch vom Begriff der Benutzung eines Mobiltelefons umfasst wird, soweit der Fahrer sich sein Handy zum Zwecke des Abhörens von Musiktiteln ans Ohr hält, welche im MP-3-Format auf dem Handy gespeichert sind. Angesichts der gängigen Audio-Technik in einem modernen Pkw dürfte es sich um das Scheitern einer Verteidigungsstrategie handeln, welche jedoch zunächst nachvollziehbar die Verwirklichung der „Benutzung eines Mobiltelefons“ in Frage gestellt hat. Es ist jedoch die Rechtsprechung solchen Einwänden im Ergebnis zuvor gekommen, indem der Begriff der Benutzung eines Mobiltelefons auf „sämtliche Bedienfunktionen“ ausgedehnt wurden, welche nach üblichem Verständnis bei einem als Mobiltelefon zu bezeichnenden Gerät nutzbar sind (z.B. OLG Hamm, NJW 2005, 2469; OLG Jena, DAR 2006, 636; OLG Bamberg, DAR 2008, 217).

Dass die Bußgeldrichter an den Amtsgerichten die Tendenz haben, Bußgeldbescheide zu bestätigen, kann mit Einschränkungen auch aus einem Beschluss Amtsgericht Sonthofen vom 1.9.2010, Az. 144 Js 5270/10 (DAR 2011, 99) ersehen werden.

Zunächst wurde durch das Amtsgericht Sonthofen gekonnt ein Mobiltelefon als „ein bewegliches Kommunikationsgerät zur Übertragung von Tönen, insbesondere von Sprache mittels elektrischer Signale“ definiert. Sodann wurde festgestellt, dass das dem Bußgeldbescheid zugrunde liegende Nutzen eines „Walki-Talki“ unter diese Definition fällt, es deshalb bei der Geldbuße von EUR 40,00 und dem einzutragenden Punkt im Verkehrszentralregister verbleibt.



WEG-RECHT bekommen

■ Grundsätzlich nur Einsichtsrecht für den Wohnungseigentümer

Einem Wohnungseigentümer steht regelmäßig kein Recht auf Übersendung von Ablichtungen näher bezeichneter Verwaltungsunterlagen zu. Dies gilt selbst dann nicht, wenn der Wohnungseigentümer dies gegen Kostenerstattung verlangt. Der Bundesgerichtshof stellt in seinem Urteil vom 11.2.2011 klar, dass ein Wohnungseigentümer nur ein Einsichtsrecht in die Verwaltungsunterlagen hat und dieses Einsichtsrecht grundsätzlich in den Geschäftsräumen des Verwalters auszuüben ist. Dort kann der Hauseigentümer Kopien der Unterlagen auf seine Kosten anfertigen oder anfertigen lassen.

Auch ein Auskunftsrecht zu einer Jahresabrechnung oder einem Wirtschaftsplan steht außerhalb der Versammlung grundsätzlich nicht einem sondern nur allen Wohnungseigentümern gemeinschaftlich als unteilbare Leistung zu. Aus diesem Grund kann der einzelne Wohnungseigentümer die Auskunft grundsätzlich nur in der Wohnungseigentümerversammlung verlangen. Erst wenn Wohnungseigentümer außerhalb der Wohnungseigentümerversammlung von ihrem Auskunftsrecht keinen Gebrauch machen, steht dieser Auskunftsanspruch jedem einzelnen Eigentümer zu. Darüber hinaus wird ein Individualanspruch begründet, wenn sich das Auskunftsverlangen auf eine Angelegenheit bezieht, die ausschließlich den einen Wohnungseigentümer betrifft. In diesem Fall ist eine vorherige Befassung der Eigentümerversammlung und eine Ermächtigung zum Auskunftsverlangen nicht notwendig.

Der Bundesgerichtshof stellt damit klare Kriterien auf, wie der Wohnungseigentümer Informationen erlangt. Er kann entweder jederzeit die Unterlagen selbst einsehen oder in der Eigentümerversammlung Auskünfte verlangen. Außerhalb der Versammlung wird er auf die Mitwirkung aller Eigentümer verwiesen, sofern die Angelegenheit nicht ihn allein betrifft oder dieser durch die übrigen Eigentümer ermächtigt ist, die Auskunft vom Verwalter zu verlangen.

BGH, Urteil vom 11.2.2011 - V ZR 66/10

■ **In der Jahresabrechnung sind berechnigte und unberechnigte Ausgaben zu beruicksichtigen**

In der Jahresgesamt- und Einzelabrechnung hat der Verwalter alle Ausgaben zu beruicksichtigen, die im Abrechnungszeitraum getatigt worden sind. Denn nur so ist sichergestellt, dass die Wohnungseigentumer die Vermogenslage der Wohnungseigentumergemeinschaft erfassen und die Jahresabrechnung auf ihre Plausibilitat uberprufen konnen, was mit den eingezahlten Finanzmitteln geschehen ist. Wurden nur berechnigte Anspruiche in die Jahresabrechnung eingestellt, ware eine solche Prufung deutlich erschwert, wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 4.3.2011 nunmehr bestatigt. Durch die Beruicksichtigung von unberechnigten Zahlungen konnen die Wohnungseigentumer auch leicht uberprufen, ob es Regressanspruiche gegen Verwalter oder sonstige Personen gibt und ob diese gerichtlich durchzusetzen sind.

Werden Kosten in einer Einzelabrechnung umgelegt, ist dabei der jeweils einschlagige Verteilungsschlüssel zugrunde zu legen, der sich aus einer Vereinbarung, einem Beschluss oder dem Gesetz selbst (§ 16 Abs. 2 WEG) ergibt. Nur wenn ein Ersatzanspruch gegen einen Wohnungseigentumer titulierte oder sonst beispielsweise durch Anerkennung feststeht, kann eine vom einschlagigen Umlageschlüssel abweichende Kostenverteilung vorgenommen werden. Dadurch soll sichergestellt sein, dass Jahresabrechnungen nicht mit Streitigkeiten uber das Bestehen materiellrechtlicher Ersatzanspruiche gegen Wohnungseigentumer uberfrachtet werden.

Dies bedeutet, dass abweichende Verteilungsschlüssel nur dann in die Abrechnungen eingestellt werden konnen, wenn diese offensichtlich oder unstrittig sind. Hierdurch will der Bundesgerichtshof vermeiden, dass Beschlussanfechtungen provoziert wurden, indem man die Anwendung eines falschen Verteilungsschlüssels moniert. Diese Frage soll in einem getrennten Verfahren der Wohnungseigentumergemeinschaft gegen den Ersatzpflichtigen geklart werden. Sofern es derartige Anspruiche gibt, fließt der Ersatzbetrag der Eigentumergemeinschaft in einem späteren Abrechnungszeitraum wieder zu, sodass es im Ergebnis einer Vorverlagerung dieser Streitigkeit in die Jahresabrechnung nicht bedarf.

BGH, Urteil vom 4.3.2011 - V ZR 156/10



WOHNRAUMMIETRECHT
bekommen

■ **Möblierung der Wohnung durch Vermieter schützt nicht vor Minderung aufgrund Wohnflächenabweichung**

Der Bundesgerichtshof hat zuletzt am 10.11.2010 (Aktenzeichen VIII ZR 306/09) entschieden, dass

der Mieter zur Minderung der Miete in dem Verhältnis berechnigt ist, in dem die tatsächliche Wohnfläche die vereinbarte Wohnfläche unterschreitet. Die Unterschreitung muss jedoch mehr als 10 % betragen. In diesem Fall liegt ein Mangel der Mietsache vor.

Am 2.3.2011 hat der Bundesgerichtshof eine weitere Fallkonstellation zu Gunsten der Mieter entschieden. Auch bei einem vollständig möblierten und im Übrigen mit Hausrat eingerichteten Wohnraum besteht ebenfalls ein Minderungsrecht bei einer Abweichung der Wohnfläche von mehr als 10 %. Der Vermieter hat argumentiert, dass bei einer vollständigen Möblierung der Wohnung durch den Vermieter das Maß der Beeinträchtigung nicht mit dem Maß der Wohnflächenabweichung identisch sei. Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass die von einer Wohnflächenabweichung ausgehende Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit nicht deshalb geringer ist, weil trotz der geringeren Fläche die für eine Haushaltsführung benötigten Einrichtungsgegenstände vollständig untergebracht werden können. Auf eine Möblierung durch den Vermieter kommt es grundsätzlich daher nicht an. Offen gelassen wurde allerdings, ob eine andere Bewertung vorzunehmen ist, wenn die Tatsache der Möblierung durch den Vermieter in der Miete eigenständig ausgewiesen (beispielsweise durch einen Möblierungszuschlag) ist. Denn dann könnten die Parteien der Tatsache der Möblierung ein eigenständiges Gewicht verliehen haben. Die Beeinträchtigung wäre dann möglicherweise anders zu bewerten.

BGH, Urteil vom 2.3.2011 - VIII ZR 209/10