SRF-Newsletter 12/2012

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

ARBEITSRECHT bekommen

- **Vorlage der AU-Bescheinigung am ersten Tag - freies Ermessen des Arbeitgebers**

  Das Bundesarbeitsgericht hat durch Urteil vom 14.11.2002 folgende Situation im Sinne der Arbeitgeber entschieden:

  Eine Redakteurin einer Rundfunkanstalt wollte am 30.11.2010 eine Dienstreise antreten, die ihr trotz zweimaliger Nachfrage verweigert wurde. Sodann war sie am 30.11.2010 einen Tag arbeitsunfähig erkrankt, legte aber in Übereinstimmung mit der bis dahin bestehenden Handhabung keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor. Am 1. Dezember war sie wieder gesundet. Daraufhin erhielt sie die Weisung, zukünftig bereits am ersten Tag der Erkrankung einen Arzt aufzusuchen und eine entsprechende Bescheinigung vorzulegen. Dagegen wehrte sich die Klägerin mit ihrer Klage, in allen Instanzen erfolglos.

  Das Bundesarbeitsgericht stellt klar, dass es dem Arbeitgeber völlig frei steht, von dem Recht, das ihm der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG einräumt, vor Ablauf von 3 Tagen der Arbeitsunfähigkeit eine Bescheinigung zu verlangen, Gebrauch zu machen.

  Bei der Entscheidung, ob von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, muss natürlich immer abgewogen werden, ob ein Arztbesuch am ersten Tag eventuell auch zu einer längeren Arbeitsunfähigkeit führen kann.

  BAG, Urteil vom 14.11.2012 - 5 AZR 886/11

- **Arbeitszeugnis - kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Dankes- und Wunschformel**

  Immer wieder taucht in der Zeugnisauseinandersetzung der Wunsch des Arbeitnehmers auf zu fordern, dass der Arbeitgeber das Zeugnis doch mit einem wohlwollend klingenden Satz, mit dem er sich für geleistete Arbeit bedankt und privat und beruflich alles Gute wünscht, abschließt. Das Bundesarbeitsgericht hat am 11.12.2012 in einer Entscheidung, von der bislang nur die Pressemitteilung vorliegt, festgestellt, dass der Arbeitgeber nicht verurteilt werden kann, Empfindungen wie Dank oder gute Wünsche zum Ausdruck zu bringen. Allerdings muss der Arbeitgeber beachten, dass wenn er eine Dankes- und Wunschformel verwendet, diese mit dem übrigen Zeugnisinhalt im Einklang stehen muss.

  BAG Urteil vom 11.12.2012 - 9 AZR 227/11

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

BAURECHT bekommen

- **Der doppelte Fehler: Mündliche Bedenkenanmeldung an den Architekten**

  Das Oberlandesgericht Brandenburg hatte folgenden Fall zu entscheiden:

  Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der Errichtung einer Straße. Es treten Mängel auf. Gegen diese wehrt sich der Auftragnehmer mit dem Argument, der Mangel beruhe auf einem Planungsfehler des Architekten/Ingenieurs und er habe diesem gegenüber mündlich Bedenken gegen die Art und Weise der Ausführung angemeldet. Mit dieser Argumentation hat der Auftragnehmer - natürlich - keinen Erfolg. Obwohl das Oberlandesgericht Brandenburg entgegen des im Vertragsverhältnis anwendbaren § 4 Abs. 3 VOB/B eine mündliche Bedenkenanmeldung erlaubte, hat diese keine haftungsbefreiende Wirkung, da die Bedenkenanmeldung gegenüber dem Architekten in jedem Fall dann nicht ausreichend ist, wenn Bedenken gegen die Planung dieses Architekten geltend gemacht werden. Dass der Bauherr/Auftraggeber von den Bedenken des Auftragnehmers erfährt, wenn diese sich gegen die Planung richten und dem Architekten mitgeteilt werden, ist nämlich nicht gewährleistet.

  Die Einschätzung des Oberlandesgerichts, dass eine mündliche Bedenkenanzeige grundsätzlich möglich sein soll, sollte das Verhalten auf der Baustelle nicht bestimmen. Neben der Frage der Formwirksamkeit ergeben sich auch erhebliche Nachweisprobleme bezüglich des Inhalts der Bedenkenanmeldung, die z.B. auch auf drohende negative Folgen hinweisen muss. Der Bundesgerichtshof hat dies außerdem auch schon anders bewertet!

  OLG Brandenburg, Urteil vom 16.10.2012 - 11 U 102/11

- **Keine verschuldensunabhängige Haftung für Aus- und Einbaukosten bei geliefertem mangelhaftem Material zwischen Unternehmen**

  Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 17.10.2012 eine durch Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in Verbrauchersachen aufgetretene Frage entschieden:

  Ein Unternehmer hatte Granulat für den Einbau in Kunstrasenplätzen geliefert. Er hat das

  Granulat nur zwischengehandelt. Es war mangelhaft, was der Unternehmer aber nicht erkennen konnte. Sein Auftraggeber hatte das Granulat in zwei Sportplätze eingebaut. Danach stellte sich die Mangelhaftigkeit heraus. Der

Auftraggeber verlangt vom Unternehmer nun die Ausbau-, Einbau- und Entsorgungskosten für das mangelhafte Material und die Preisdifferenz zwischen dem mangelhaften und dem teureren, schlussendlich eingebauten Material.

Die Klage bleibt in allen drei Instanzen erfolglos. Hintergrund war, dass der Unternehmer als Zwischenhändler nicht erkennen konnte, dass das Granulat fehlerhaft war. Dass der Auftraggeber doch geklagt hatte, hatte mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu tun, der beim Verbrauchsgüterkauf entschieden hat, dass diese Vorschrift richtlinienkonform dahin auszulegen ist, dass die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache umfasse. Der Bundesgerichtshof stellt nun klar, dass diese richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Gesetzes nur im Verbrauchsgüterkauf (also bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern) nicht aber bei Lieferverträgen zwischen Unternehmen gilt. Dort können die Ausbau- und Einbaukosten nur dann als Schadensersatz verlangt werden, wenn den Lieferanten ein Verschulden an der mangelhaften Lieferung trifft.

In diesem Zusammenhang sei nochmals darauf verwiesen, dass bei an die Baustelle gelieferten Materialien denjenigen, der sie bestellt hatte, die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht trifft, ansonsten Mängelrechte unterzugehen drohen.

BGH, Urteil vom 17.10.2012 - VIII ZR 226/11

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

ERBRECHT bekommen

- **Unterstützung bei der Errichtung eines privatschriftlichen Testaments kann zu dessen Unwirksamkeit führen**

Mit Beschluss vom 02.10.2012 hat das OLG Hamm über die Wirksamkeit eines Testaments, das mit Unterstützung eines Dritten zu Stande gekommen ist, entschieden. Im Streitfall wurde dem Erblasser bei Abfassung des Testaments durch einen Dritten die Hand geführt. Der Dritte konnte nicht ausschließen, dabei auch Einfluss auf die Schreibleistung genommen zu haben, was sich auch aus dem Schriftbild des Testaments ergab. Vor diesem Hintergrund hat das OLG entschieden, dass das Testament unwirksam ist, da nicht mit Sicherheit feststünde, dass bei Errichtung des Testaments die gesetzliche Form, die eine eigenhändige Errichtung verlangt, erfüllt sei. Dies geht zu Lasten desjenigen, der sein Erbrecht auf das Testament stützt. Das Testament wurde demnach, unabhängig davon, ob dies dem tatsächlichen Willen des Erblassers entsprach, für unwirksam erklärt, so dass die gesetzliche Erbfolge eintrat.

Bei Errichtung eines Testaments ist dringend darauf zu achten, dass dieses eigenhändig vom Erblasser gefertigt wird. Einfache Unterstützungsleistungen sind dabei zulässig, soweit diese aber zu einer Einflussnahme auf die Schreibleistung führen, kann sich hieraus gegebenenfalls eine Unwirksamkeit des Testaments ergeben. Sollte der Erblasser nicht mehr in der Lage sein, das Testament selbst zu errichten, sollte daher in jedem Fall ein Notar zur Errichtung hinzugezogen werden.

OLG Hamm, Urteil vom 02.10.2012 - 15 W 231/12

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Vermögensausgleich trotz Gütertrennung**

Wurde für eine Ehe der Güterstand der Gütertrennung vereinbart oder bestand nur eine nichteheliche Lebensgemeinschaft, besteht grundsätzlich bei Scheitern der Beziehung kein Ausgleichsanspruch für erbrachte Leistungen. Es hatte sich der Bundesgerichtshof nunmehr in einer Entscheidung vom 12.07.2012 (V ZB 130/11) mit der Frage zu beschäftigen, ob unter bestimmten Voraussetzungen, hier aufgrund erheblicher Zahlungen für eine Immobilie vor der Eheschließung sowie bei Eheschließung mit Gütertrennung, nach Scheitern der Ehe ein Ausgleichsanspruch besteht.

Im konkreten Fall haben die Parteien auf einem im Alleineigentum der Frau stehenden Grundstück ein Wohnhaus errichtet. Für die später geschlossene Ehe wurde Gütertrennung vereinbart. Insgesamt wurden durch den Ehemann im Laufe der Jahre Zahlungen in Höhe von ca. Euro 220.000, insbesondere für die monatlichen Raten, erbracht, welche durch diesen nach der Scheidung zurückgefordert wurden.

In den vorangehenden Instanzen sowie durch den Bundesgerichtshof wurde zunächst eine so genannte "Ehegatteninnengesellschaft" verneint. Begründung war insoweit, dass der Wille zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Interesses über die Basis der ehelichen Lebensgemeinschaft hinaus, nicht festgestellt werden konnte. Es wurde lediglich ein "Familienheim" finanziert.

Sowohl für Zuwendungen im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als auch für solche während einer Ehe mit vereinbarter Gütertrennung wurde jedoch ein Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage als möglich angesehen. Voraussetzung ist insoweit jedoch, dass beim Begünstigten noch ein erheblicher Vermögenswert, welcher durch

die Zuwendungen geschaffen wurde, vorhanden ist und das Ergebnis der Vermögensverteilung als unangemessen angesehen werden muss. Zur Überprüfung insoweit sowie für die Frage des Umfangs einer Rückgewährung von Zuwendungen wurden durch den Bundesgerichtshof als Kriterien unter anderem die Dauer der Lebensgemeinschaft, das Alter der Parteien, Art und Umfang der erbrachten Leistungen, die Höhe der dadurch bedingten und noch vorhandenen Vermögensmehrung sowie die Einkommens-und Vermögensverhältnisse der Parteien genannt.

Da durch das Berufungsgericht keine entsprechenden Feststellungen getroffen wurden, ist eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof in der Sache nicht erfolgt. Allerdings wurde darauf hingewiesen, dass Zinszahlungen regelmäßig nicht zurückgefordert werden können, da diese nicht zu einer Vermögensmehrung führen und im Wesentlichen der Zahlung von Wohnraum, gleiche einer Miete, entsprechen.

Damit muss selbst bei Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sowie bei einer Ehe mit Gütertrennung konkret überprüft werden, ob wegen erheblicher Zuwendungen mit Vermögensmehrung auf der anderen Seite, welche noch Bestand hat, ein Ausgleichsanspruch besteht.

BGH, Urteil vom 12.07.2012 - V ZB 130/11

- **Keine Haftung der Eltern für Filesharing ihrer Kinder**

Mit einem begrüßenswerten Urteil vom 15.11.2012 (I ZR 74/12) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Eltern für illegales Filesharing ihrer Kinder dann nicht haften, wenn die Kinder darüber aufgeklärt wurden, dass die rechtswidrige Teilnahme an Internettauschbörsen verboten ist und die Eltern keine Anhaltspunkte dafür haben, dass ihre Kinder sich hieran nicht halten.

Die Entscheidungsgründe sind noch nicht veröffentlicht. Aus der Pressemitteilung (Nr. 193/2012 vom 15.11.2012) ergibt sich jedoch, dass der Bundesgerichtshof von Eltern nicht verlangt, die Nutzung des Internets durch ihre Kinder generell zu überwachen und den Computer zu überprüfen oder dem Kind den Zugang zum Internet teilweise zu sperren. Zu derartigen Maßnahmen seien die Eltern erst verpflichtet, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine rechtsverletzende Nutzung des Internetanschluss bestehen. Jedenfalls bei einem normal entwickelten 13-jährigen Kind, das die grundlegenden Gebote und Verbote befolgt, sei es ausreichend, das Kind über das Verbot einer rechtswidrigen Teilnahme an Internettauschbörsen zu belehren.

Aus der Entscheidung ergibt sich demnach, dass einerseits von den Eltern verlangt wird, ihre Kinder bei der Nutzung des Internets zu begleiten und über mögliche Gefahren aufzuklären und darüber zu belehren, dass auch das Internet kein rechtsfreier Raum ist und rechtswidrige Handlungen zu unterlassen sind, andererseits aber auch, dass darüber hinausgehende Verpflichtungen der Eltern jedenfalls dann nicht bestehen, wenn keine Anhaltspunkte für eine rechtsverletzende Nutzung des Internetanschlusses bestehen.

BGH, Urteil vom 15.11.2012 - I ZR 74/12

- **Rechtsschutz gegen eBay-Bewertungen**

In einer vor kurzem veröffentlichten Entscheidung hat das Oberlandesgericht Köln einen Eilantrag auf Löschung einer negativen eBay-Bewertung abgelehnt (Urteil vom 08.03.2012 - 15 U 193/11). Hintergrund der Entscheidung war der Antrag eines eBay-Verkäufers auf Löschung einer Bewertung durch den Käufer im Wege des Eilrechtsschutzes. Der Antrag wurde allerdings, unabhängig davon, ob die Bewertung zutreffend war oder nicht, bereits mangels Dringlichkeit abgewiesen. Neben dem eigentlichen Anspruch auf Löschung der Bewertung (Verfügungsanspruch) ist Voraussetzung eines Eilverfahrens, in welchem gegebenenfalls auch ohne Anhörung des Gegners innerhalb kürzester Zeit eine vorläufige Regelung getroffen wird, dass eine besondere Dringlichkeit (Verfügungsgrund) gegeben ist. Da eBay allerdings die Möglichkeit gewährt, auf eine Bewertung mit einem Gegenkommentar zu erwidern, sah das Oberlandesgericht eine besondere Dringlichkeit nicht als gegeben und hat daher den Antrag abgewiesen.

Vorbehaltlich einer abweichenden Entscheidung durch den Bundesgerichtshof bestehen demnach zumindest derzeit keine Aussichten, sich gegen eine rechtswidrige Bewertung bei eBay im Wege des Eilrechtsschutzes zur Wehr zu setzen. Vielmehr sollte von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, einen Gegenkommentar zu verfassen und ein Hauptsacheverfahren auf Unterlassung/Löschung der rechtswidrigen Bewertung eingeleitet werden.

OLG Köln, Urteil vom 08.03.2012 - 15 U 193/11

- **Eine Aufklärungspflichtverletzung hilft nicht immer**

Die Beklagten beteiligten sich an einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer GmbH & Co. OHG und zwar als Treugeber. Sie

tauchten demnach im Außenverhältnis nicht als persönlich haftende Gesellschafter auf. Die Gesellschafterrolle übernahm vielmehr die klagende Treuhänderin. Im Treuhandvertrag war vereinbart, dass sämtliche gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten im Innenverhältnis ausschließlich die Treugeber und damit die Beklagten treffen.

Die Fondsgesellschaft hat verschiedene Darlehensverträge mit einem Volumen von insgesamt 45 Millionen DM abgeschlossen. Nachdem die Mieteinnahmen hinter den Erwartungen zurückgeblieben und sich die wirtschaftliche Situation der Fondsgesellschaft verschlechterte, wurde die Treuhänderin von den Gläubigern verpflichtet, die Freistellungsansprüche aus dem Treuhandvertrag gegenüber den Treugebern geltend zu machen, nachdem zuvor die Treuhänderin von der Gläubigerin auf Rückzahlung des Darlehens in Anspruch genommen wurde. Die Beklagten verteidigen sich ohne Erfolg mit der Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch aufgrund einer Aufklärungspflichtverletzung durch die Treuhänderin. Dem Treugeber ist es von vornherein verwehrt, eine Aufrechnung mit Ansprüchen aus Prospektfehlern zu erklären. Denn ein Treugeber dürfe nicht besser gestellt werden, als ob er sich unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt hätte. In diesem Fall wäre dieser unabhängig einer etwaigen Aufklärungspflichtverletzung der Haftung der Gläubiger ausgesetzt. Aus diesem Grund kann der Anleger, der sich nur mittelbar über einen Treuhänder an einer Gesellschaft beteiligt, nicht der ihn treffenden Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern durch Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Treuhänder entgehen. Diese Grundsätze wurden bereits im Falle einer Beteiligung in einer Kommanditgesellschaft vom Bundesgerichtshof festgestellt (Az. II ZR 271/08) und nunmehr auch auf Beteiligungen in Form einer offenen Handelsgesellschaft übernommen.

BGH, Urteil vom 18.10.2012 - III ZR 279/11

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

MIETRECHT bekommen

Geschäftsraummiete in einem Einkaufszentrum: Formularklausel über die Umlagefähigkeit von Kosten des "Centermanagers"; Umlagefähigkeit von Hausmeisterkosten

Der Bundesgerichtshof hat am 26.09.2012 ein Urteil verkündet (XII ZR 112/10), das für die Geschäftsraummiete von großer Bedeutung ist. Beschränkt sich ein Vermieter in einem formularmäßigen Mietvertrag nämlich nicht darauf, nur die Hausmeisterkosten im Sinne von § 2 Nr. 14 Betriebskostenverordnung umzulegen, sondern erweitert er den Hausmeisterbegriff, indem er insbesondere regelt, dass auch Kosten für Reparaturarbeiten des Hausmeisters umgelegt werden können, läuft er Gefahr, dass die gesamten Hausmeisterkosten nicht vom Mieter getragen werden müssen.

Sachverhalt

Zwischen den Parteien besteht ein formularmäßiger Mietvertrag über ein Ladenlokal in einem Einkaufszentrum in Halle/Saale. Streitig ist, ob und in welchem Umfang die Nebenkosten für Versicherungen, Centermanager, Verwaltung, Hausmeister und Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen wirksam auf die Mieter umgelegt worden sind. Insoweit heißt es im Mietvertrag:

"Sämtliche Nebenkosten des Nahversorgungszentrums, insbesondere alle Kosten des Betriebes und der Instandhaltung der technischen Anlagen werden von allen Mietern anteilig getragen. Nebenkosten werden in ihrer tatsächlich nachgewiesenen Höhe ohne Beschränkung auf die in der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung aufgeführten Kosten auf die Mieter umgelegt. Insbesondere sind dies die Kosten für:

- Heizung, darin enthalten die Kosten des Betriebs, der Wartung und Pflege und die Instandhaltung sowie des Energieverbrauchs aller Einrichtungen, die Heizungs- und Lüftungsanlage betreffend...

- Hausmeister, Betriebspersonal, Centermanager und Verwaltung...

- die Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes...

- Versicherungen..."

Rechtslage

Versicherungen

Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass die Nebenkosten für "Versicherungen" wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nicht wirksam auf die Mieterin übertragen worden sind.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Gerade bei Vereinbarungen zur Übertragung von Mietnebenkosten kommt diesem Transparenzgebot eine besondere Bedeutung zu. Mietnebenkosten sind Bestandteil der Miete. Die Angemessenheit und Marktgerechtigkeit der von ihm zu zahlenden Miete kann der

Mieter nur dann verlässlich beurteilen, wenn er sich anhand einer ausdrücklichen und inhaltlich genügend bestimmten Umlagevereinbarung zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten neben der Grundmiete auf ihn zukommen können. Abzustellen ist dabei auf die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Mieters zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (so BGH NZM 2010, 279 Rn. 8).

Nach diesen Maßstäben ist die Übertragung der Kosten für "Versicherungen" unwirksam. Die Klausel ist inhaltlich unklar, weil sie dem Mieter keine Anhaltspunkte dafür bietet, im Rahmen seiner wirtschaftlichen Kalkulation Art und Höhe der möglicherweise auf ihn zukommenden Versicherungskosten abschätzen zu können.

Centermanager

Der Bundesgerichtshof hält auch an seinem Urteil vom 03.08.2011 - XII ZR 205/09 - fest, mit dem er bereits entschieden hatte, dass bei der Geschäftsraummiete die formularmäßig vereinbarte Übertragung nicht näher aufgeschlüsselter Kosten eines "Centermanagers" auf den Mieter unwirksam ist, da es diesem Begriff an ausreichender Transparenz fehlt.

Kosten für einen Hausmeister

Von großer praktischer Bedeutung ist das Urteil des Bundesgerichtshofs deshalb, weil die im Mietvertrag enthaltene Regelung zu den Hausmeisterkosten für unwirksam angesehen wird. Um sogleich ein mögliches Missverständnis auszuschließen ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung nicht solche Mietverträge betrifft, mit denen lediglich die Kosten für den Hauswart im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 14 BetrKV umgelegt werden. Vielmehr geht es um Regelungen, mit denen die gesetzliche Definition des Hausmeisters in § 2 Nr. 14 BetrKV erweitert wird. Solche Bestimmungen sind in der Praxis aber durchaus häufig anzutreffen.

Nach § 535 Abs. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Ihm obliegt somit die Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts. Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Geschäftsraummiete formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Denn damit werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Dies hatte der Bundesgerichtshof bereits mit Urteil vom 06.04.2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863, 865 entschieden.

Nach diesen Grundsätzen hält die hier verwendete Klausel zur Übertragung der Hausmeisterkosten einer Inhaltskontrolle nicht stand.

Die formularmäßige Übertragung von Hausmeisterkosten in der Geschäftsraummiete begegnet dann keinen grundsätzlichen Bedenken, wenn zur Ausfüllung des in den Vertragsbedingungen verwendeten Hausmeisterbegriffes auf Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. auf § 2 Nr. 14 BetrKV zurückgegriffen werden kann. Nach der gesetzlichen Definition gehören zu den Kosten des Hauswarts die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen, die dem Hauswart für seine Arbeit gewährt werden, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft.

Soweit es den Tätigkeitsbereich des Hausmeisters angeht, beschränken sich die Verordnungen somit auf die negative Regelung, welche Bestandteile der einem Hausmeister gezahlten Vergütung nicht auf den Mieter umgelegt werden können. Inhalt und Bedeutung des Hausmeisterbegriffes werden vom Verordnungsgeber dagegen ersichtlich als bekannt vorausgesetzt; hinsichtlich der Anforderungen an die Transparenz vertraglicher Bestimmungen können keine strengeren Maßstäbe angelegt werden.

Dem Vermieter wird aber zum Verhängnis, dass die in Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung enthaltene Beschränkung der umlagefähigen Hausmeisterkosten im Mietvertrag ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Diese vertragliche Gestaltung ermöglicht es dem Vermieter, über die Umlage der Hausmeistervergütung auch einen Teil der Kosten für die Instandsetzung und Instandhaltung von Gemeinschaftsflächen auf die Mieter abzuwälzen. Eine solche Regelung zu den Hausmeisterkosten ist aber nur dann wirksam, wenn der Mieter insgesamt durch eine Kostenobergrenze gegen die "uferlose" Übertragung der Erhaltungslast für Allgemeinbereiche geschützt ist.

Kosten der Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen

Der Bundesgerichtshof erachtet auch die Klausel für unwirksam, wonach dem Mieter die Kosten der "Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes" übertragen worden sind. Der Bundesgerichtshof hat bereits früher entschie-

den, dass eine formularmäßige Bestimmung, wonach der Mieter in einem Einkaufszentrum unter anderem die Wartungs- und Instandhaltungskosten für "alle technischen Einrichtungen (z.B. Telefonzentrale, Musikübertragungsanlagen, Blumen und Pflanzen etc.) einschließlich Außenanlagen und Parkplätzen" zu tragen habe, eine unangemessene Benachteiligung des Mieters darstellt, weil ihm dadurch ohne Begrenzung der Höhe nach die Kosten der Erhaltung des gesamten Einkaufszentrums und seiner Gemeinschaftsanlagen aufgebürdet werden (BGH NZM 2005, 863, 865). Die gleichen Wirksamkeitsbedenken ergreifen auch die vorliegende Klausel, die sich auch einer einschränkenden Auslegung dahingehend, dass der Mieter nur für die Erhaltung derjenigen technischen Einrichtungen einzustehen habe, die seinem Mietgebrauch ausgesetzt oder seiner Risikosphäre zuzuordnen sind, aufgrund ihrer bewusst weiten Fassung entzieht.

Verwaltung

Wirksam ist hingegen die Übertragung der Kosten für die "Verwaltung".

Der Bundesgerichtshof hat bereits früher entschieden, dass bei der Geschäftsraummiete der in Formularklauseln verwendete Begriff der "Kosten der Verwaltung" hinreichend bestimmt ist. Zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten kann auf die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 26 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung bzw. in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV zurückgegriffen werden. Auch der Umstand, dass die Verwaltungskosten in der Wohnraummiete gerade aus den umlegbaren Kosten herausgenommen worden sind, hindert nicht daran, im Bereich der Geschäftsraummiete zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf eine vorhandene gesetzliche Definition zurückzugreifen. Wenn im Einzelfall anfallende Verwaltungskosten weitere als die gesetzlich definierten Positionen erfassen, so folgt daraus, dass diese Kosten insoweit bei Heranziehung der gesetzlichen Definition nicht umgelegt werden können. Wenn sich die Kostenpositionen teilweise überschneiden, ist bei der Betriebskostenabrechnung darauf zu achten, dass Kosten nicht doppelt abgerechnet werden. Die Transparenz des Begriffs der Verwaltungskosten wird durch all dies aber nicht grundlegend in Frage gestellt (so bereits BGH NJW 2010, 671 Rn. 24 f. und BGH NZM 2010, 279 Rn. 9 und BGH NZM 2012, 83 Rn. 8).

Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Begriff der "Verwaltung" ausdrücklich neben dem Begriff des "Centermanagements" Verwendung findet. Auch dann bleibt die Übertragung der Verwaltungskosten mit dem durch die Verordnungsdefinitionen ausgefüllten Inhalt wirksam. Denn lässt sich eine Formularklausel nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so begegnet die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keinen rechtlichen Bedenken (so bereits BGH NJW 2008, 3772 Rn. 32 und BGH NZM 2005, 863, 865).

Verzugszinsen auf rückständig gewesene Nebenkostenvorauszahlungen

Der Bundesgerichtshof spricht dem Vermieter erhebliche Verzugszinsen auf rückständig gewesene Nebenkostenvorauszahlungen zu.

Der Mieter hatte vergeblich geltend gemacht, dass der Anspruch des Vermieters auf Zahlung von Betriebskostenvorauszahlungen mit der Betriebskostenabrechnung für die entsprechende Periode, spätestens aber mit dem Ablauf einer angemessenen Abrechnungsfrist untergeht und sich danach der Anspruch des Vermieters nur noch auf einen möglicherweise zu seinen Gunsten ergebenden Saldo aus der Betriebskostenabrechnung richtet. Dies ändert aber nichts daran, dass sich der Mieter mit den Betriebskostenvorauszahlungen in einem Schuldnerverzug befand, der bis zur Erteilung der Betriebskostenabrechnung bzw. bis zum Ablauf der Abrechnungsfrist andauerte. Die aus dem Schuldnerverzug folgenden Rechte bleiben dem Vermieter grundsätzlich auch nach dem Eintritt der Abrechnungsreife erhalten, so dass ihm auch dann noch Verzugszinsen auf rückständige Vorauszahlungen zuzusprechen sind, wenn die Betriebskostenvorauszahlungen selbst nicht mehr verlangt werden können. Für diese Beurteilung ist es auch unerheblich, ob sich aus der Betriebskostenabrechnung für die entsprechende Periode ein Saldo zu Gunsten des Vermieters ergibt oder nicht. Die Verzinsungspflicht endet spätestens mit der Abrechnungsreife.

Der Mieter hat hiergegen durchaus sehr intelligent, im Ergebnis aber dennoch erfolglos eingewandt, ihm stehe ein Gegenanspruch auf eine teilweise Befreiung von den Verzugszinsen zu, weil die Vermieterin im Hinblick auf die Unwirksamkeit einzelner Vereinbarungen zur Übertragung von Allgemeinkosten des Nahversorgungszentrums zu einer Herabsetzung der laufenden Nebenkostenvorauszahlungen verpflichtet gewesen wäre. Eine solche Verpflichtung lehnt der Bundesgerichtshof jedoch im entschiedenen Fall ab.

Der Mietvertrag enthält eine Regelung zur Anpassung von Nebenkostenvorauszahlungen. Hiernach konnten die monatlichen Nebenkostenvorauszahlungen durch schriftliche Erklärung des Vermieters je nach Höhe der tatsächlichen oder zu erwartenden Kosten angemessen herauf- oder herabgesetzt werden. Gegen die Wirksamkeit einer solchen vertraglichen

Regelung, die dem Vermieter ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich der Höhe der vom Mieter zu zahlenden Nebenkostenvorauszahlungen einräumt, bestehen in der Geschäftsraummiete keine grundsätzlichen Bedenken. Der Vermieter hat in diesen Fällen gemäß § 315 BGB seine Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen. Der Vermieter überschreitet die Grenze des ihm eingeräumten Entscheidungsspielraums grundsätzlich nicht, wenn er die Höhe der Vorauszahlungen - wie hier - nach dem Ergebnis einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung für die jeweils vergangene Abrechnungsperiode bemisst. Da der Vermieter im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung des Mietobjektes selbst gegenüber Lieferanten oder Leistungsanbietern Zahlungspflichten übernommen hat, darf er bei der Ausübung seines Ermessens dem eigenen Liquiditätsinteresse gegenüber Bedenken des Mieters an der Umlagefähigkeit einzelner Kostenpositionen jedenfalls so lange den Vorzug geben, wie er selbst Vertrauen in die inhaltliche Richtigkeit seiner Abrechnung in Anspruch nehmen kann. Dies gilt erst recht, wenn die von ihm gestellten Betriebskostenabrechnungen in der Vergangenheit jahrelang unbeanstandet ausgeglichen worden sind.

Sonderlich überzeugend ist diese Argumentation des Bundesgerichtshofs nicht. Er lässt sich hierbei wohl von Praktikabilitätserwägungen tragen. Hätte er nämlich einen Anspruch des Mieters auf eine teilweise Befreiung von den Verzugszinsen angenommen, wäre eine schwierige Berechnung der Verzugszinsen erforderlich gewesen. Richter rechnen aber nicht gerne ("judex non calculat").

BGH, Urteil vom 26.09.2012 - XII ZR 112/10

- **Übernahme der Ware bei deren Bereitstellung auf einem öffentlich zugänglichen Lagerplatz?**

Das Oberlandesgericht München hat mit Urteil vom 18.10.2012 (23 U 2553/12) entschieden, dass die Bereitstellung der Ware an dem im Frachtausgabeschein vermerkten, öffentlich zugänglichen Lagerplatz jedenfalls dann nicht als Übernahme der Ware durch den Frachtführer genügt, wenn der Frachtführer nicht anwesend ist. Im Streitfall war die Ware, die der Auftraggeber auf einem öffentlich zugänglichen Lagerplatz zur Abholung bereitgestellt hatte, unter nicht geklärten Umständen verschwunden. Eine Haftung des Frachtführers war aus Sicht des Oberlandesgerichts nicht gegeben, da allein die Bereitstellung nicht ausreicht um eine tatsächliche Übernahme der Ware annehmen zu können. Voraussetzung der Obhutshaftung des Frachtführers sei vielmehr, dass die Ware derart in den Verantwortungsbereich des Frachtführers oder seiner Erfüllungsgehilfen gelangt ist, dass er oder seine Gehilfen diese vor Schäden bewahren können und die Übernahme des Besitzes vom Willen des Frachtführers oder seiner Gehilfen getragen ist. Diese Voraussetzungen seien durch das bloße Abstellen der Ware auf der Laderampe nicht erfüllt, zumal die Laderampe im Streitfall nicht zum Verantwortungsbereich des Frachtführers gehörte. Mangels Übernahme der Ware durch den Frachtführer wurde die Schadensersatzklage des Auftraggebers daher abgewiesen.

OLG München, Urteil vom 18.10.2012 - 23 U 2553/12

- **Dauerstreit Mietwagenkosten**

Bereits seit mehreren Jahren ist die Erstattungsfähigkeit von Mietwagenkosten durch die gegnerische Kfz-Haftpflichtversicherung umstritten. Obwohl bereits eine Vielzahl von Urteilen des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage vorliegt, musste nunmehr erneut mit einem Urteil vom 27.03.2012 (VI ZR 40/10) durch den Bundesgerichtshof zu dieser Frage entschieden werden. Es wurde die Gelegenheit genutzt nochmals die Grundsätze für die Erstattungsfähigkeit zusammenzufassen wie folgt:

Im Falle eines Unfallschadens ist der Geschädigte grundsätzlich zur Anmietung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeuges berechtigt und er kann die Erstattung der hierdurch entstehenden Kosten beanspruchen (BGH, Urteil vom 17.03.1970, VI ZR 108/68). Zu berücksichtigen ist jedoch das Wirtschaftlichkeitsgebot, weshalb der Geschädigte im Rahmen des Zumutbaren stets den wirtschaftlichsten Weg der Schadensbehebung wählen muss. Im oben näher bezeichneten Urteilen wurde weiter ausgeführt:

"Für den Bereich der Mietwagenkosten bedeutete dies, dass er Ersatz nur derjenigen Kosten verlangen kann, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten zum Ausgleich des Gebrauchsentzugs seines Fahrzeugs für erforderlich halten durfte."

Es wurden die früheren Entscheidungen bekräftigt, wonach im Falle einer Erkundigungsmöglichkeit, ohne dass Mietwagenpreise tatsächlich verglichen wurden, durch die Gerichte im Rahmen der Schadensschätzung, § 287 ZPO, der so genannte "Normaltarif", welcher erstattungsfähig ist, eingeschätzt werden muss. Als Schätzgrundlage ist dabei unter anderem das gewichtete Mittel des Schwacke-Mietpreisspiegelindex anerkannt.

Im konkreten Fall hätte sich der Bundesgerichtshof darüber hinaus mit der Frage befasst, inwieweit Zusatzkosten z.B. durch die Gestattung einer Mehrzahl von Fahrern für das Mietfahrzeug oder besondere Ausstattungsmerkmale bei der richterlichen Schätzung des "Normaltarifes" zu berücksichtigen sind. Durch den Bundesgerichtshof wurde (banalerweise) ausgeführt, dass solche Zusatzkosten nur in die Schätzgrundlage einzubeziehen sind, soweit diese vertraglich vereinbart wurden, d. h. auch in die Rechnung für das Mietfahrzeug eingestellt worden sind.

Letztendlich verbleibt es dabei, dass der Bundesgerichtshof zwar Grundsätze aufgestellt hat, die Auswahl der Schätzgrundlage jedoch den Instanzgerichten überlässt, weshalb Entscheidungen zu streitigen Mietwagenkosten nur schwer kalkulierbar sind. Es ist erforderlich, frühzeitig die Frage der Mietwagenkosten, soweit ein Mietwagen notwendig ist, zu klären entweder mit dem Mietwagenunternehmen oder der gegnerischen Versicherung.

BGH, Urteil vom 27.03.2012 - VI ZR 40/10

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

WEG-RECHT bekommen

- **Anfechtungsklagen müssen verbunden werden**

Die in einer Eigentümerversammlung gefassten Beschlüsse können unabhängig voneinander und zeitlich versetzt von den Eigentümern angefochten werden. Die Anfechtungsklagen sind immer jeweils gegen die übrigen Wohnungseigentümer zu richten. Wird beispielsweise am 12.12.2012 ein Beschluss gefasst und reicht am 15.12.2012 der Eigentümer Nr. 1 bei einer aus 20 Eigentümern bestehenden Gemeinschaft Anfechtungsklage ein, sind die Eigentümer Nr. 2-20 Beklagte. Entscheidet sich der Eigentümer Nr. 5 am 20.12.2012 ebenfalls Anfechtungsklage zu erheben, kann er nicht gleichzeitig Kläger und Beklagter sein. Vielmehr wechselt seine Parteirolle mit Klagerhebung. Er ist sodann nicht mehr Beklagter sondern Kläger. In diesem Fall muss das Gericht die beiden Klagen auch noch in 2. Instanz oder sogar instanzübergreifend gemäß § 47 WEG verbinden. Geschieht dies nicht, droht sogar eine Klagabweisung. Denn wird ohne eine Verbindung die Klage des Eigentümers Nr. 1 abgewiesen und das Urteil rechtskräftig, muss zwingend auch die Klage des Eigentümers Nr. 5 wegen der rechtskräftigen Entscheidung im Klageverfahren des Eigentümers Nr. 1 als unzulässig abgewiesen werden. Liegt nämlich bereits eine rechtskräftige Entscheidung in der Sache vor, ist es dem Gericht in einer zweiten Klage wegen entgegenstehender Rechtskraft verwehrt, nochmals eine Entscheidung zu fällen. Der Wohnungseigentümer wird daher darauf hinzuwirken haben, dass alle Anfechtungsklagen, die denselben Beschluss betreffen, verbunden werden, damit es am Ende kein böses Erwachen gibt.

BGH, Urteil vom 26.10.2012 - V ZR 7/12

- **Vorsicht bei Teilanfechtung eines Beschlusses**

Die Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft haben einen einheitlichen Beschluss gefasst, eine Sonderumlage in Höhe von EUR 180.000 zu erheben, wobei ein Teilbetrag von EUR 20.000 der Schwammsanierung und von EUR 160.000 für die Sanierung von 2 Erdgeschosswohnungen diente. Ein Mitglied der Eigentumsgemeinschaft hat den Beschluss nur teilweise angefochten und zwar hinsichtlich der Kosten der Schwammsanierung in Höhe von EUR 20.000 und in Höhe von EUR 37.000 für die Erdgeschoßwohnungen. Die Vorinstanzen haben die Ansicht vertreten, dass die Klage unzulässig ist, da es sich bei den Teilbeträgen nur um Rechnungsposten einer beschlossenen Sonderumlage handelt, die nicht zum Gegenstand einer Anfechtungsklage gemacht werden kann. Der Bundesgerichtshof hat sich gegen eine Unzulässigkeit im konkreten Fall gewandt. Grundsätzlich ist es zwar möglich, einen abtrennbaren Teil des Beschlusses anzufechten. Dies ist beispielsweise bei der Jahresabrechnung der Fall, wenn es sich um einen rechnerisch selbstständigen und abgrenzbaren Teil der Abrechnung handelt (BGH vom 4.12.2009, Az. V ZR 44/09). Jedoch ist es nicht möglich, nur einen Teilbetrag einer Sonderumlage anzufechten, da in diesem Fall kein abtrennbarer Teil eines Beschlusses vorliegt. Denn der übrig bleibende Teil des Beschlusses wird sich inhaltlich von dem in der Versammlung gefassten Beschluss unterscheiden. Durch eine Reduzierung des Umlagebetrages würde das Finanzierungskonzept nämlich verändert werden.

Ist aber die Anfechtung nach dem Wortlaut des Klageantrags im vorliegenden Fall auf einen nicht abtrennbaren Teil des Beschlusses be-

schränkt worden, ist die Klage trotzdem nicht zwangsläufig unzulässig, wie es die Vorinstanzen vertreten haben. Denn eine in unzulässiger Weise beschränkte Anfechtungsklage ist im Zweifel grundsätzlich als Anfechtung des ganzen Beschlusses auszulegen. Eine anderweitige Sichtweise verstößt nämlich gegen den Auslegungsgrundsatz, wonach eine Partei mit ihrer Prozesshandlung im Zweifel das erreichen will, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer recht verstandenen Interessenlage entspricht. Der Klageantrag, den Sonderumlagebeschluss nur in Höhe eines Betrages von EUR 37.000 anzufechten, ist lediglich dahingehend zu verstehen, dass der Anfechtende nur materiell-rechtliche Einwendungen in dieser Höhe vorbringt und daher das Interesse im Sinne des § 49a Abs. 1 GKG verdeutlicht, was auf die Höhe der Rechtsanwalts- und Gerichtskosten Einfluss hat.

Um Problemen der Unzulässigkeit einer Klage durch die Teilanfechtung eines Beschlusses zu entgehen, empfiehlt es sich nur in klaren Fällen eine Teilanfechtung vorzunehmen. Im Zweifel ist der gesamte Beschluss anzufechten, um eine Klagabweisung aus formalen Gründen zu vermeiden.

BGH, Urteil vom 19.10.2012 - V ZR 233/11

- **Wohnungseigentümergemeinschaft kann Finanzbedarf durch Aufnahme eines Kredites decken**

Erwächst in einer Wohnungseigentumsgemeinschaft erhöhter Finanzierungsbedarf beispielsweise durch Notwendigkeit von Sanierungsmaßnahmen, kann diese auch auf Fremdkapital in Form eines Kredites zurückgreifen. Die Kreditaufnahme kann durch die Mehrheit beschlossen werden, wenn in der Gemeinschaftsordnung keine anderweitigen Regelungen existieren. Der Finanzierungsbedarf kann entweder durch Rückgriff auf bereits vorhandene Rücklagen, durch die Erhebung von Sonderumlagen oder durch Kreditaufnahme gedeckt werden. Damit scheiterte die Klage eines Eigentümers, der der Gemeinschaft eine derartige Beschlusskompetenz absprechen wollte und die Nichtigkeit eines Beschlusses annahm.

Eine Beschlusskompetenz steht jedoch der Gemeinschaft nicht zu, eine gesamtschuldnerische Haftung der Eigentümer festzulegen. Denn gemäß § 10 Abs. 8 S. 1 WEG haftet jeder Wohnungseigentümer einem Gläubiger nur nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils für die Verbindlichkeiten der Gemeinschaft. Den Mitgliedern der Eigentümergemeinschaft ist es aber im Beschlusswege verwehrt, gesetzliche Vorgaben abzuändern. Ein derartiger Beschluss ist nichtig.

BGH, Urteil vom 28.9.2012 -V ZR 251/11

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

- **Verwirkung gibt es unabhängig der Ausschlussfrist**

Bekanntlich muss der Vermieter über die Nebenkosten innerhalb von 12 Monaten nach Ablauf des Abrechnungszeitraums gemäß § 556 Abs. 3 S. 2 und 3 BGB abrechnen. Tut er dies nicht, ist er grundsätzlich mit Nachforderungen ausgeschlossen. Der Bundesgerichtshof hatte über einen Fall zu entscheiden, in welchem die Ausschlussfrist noch nicht abgelaufen war, als die Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2005 erstellt wurde, der Vermieter sich jedoch von der Erstellung der Abrechnung bis zur gerichtlichen Geltendmachung nahezu 3,5 Jahre Zeit nahm, um den Nebenkostennachzahlungsanspruch durchzusetzen. Da der Anspruch noch nicht verjährt war, berief sich der Mieter auf das Rechtsinstitut der Verwirkung. Der Vermieter vertrat die Ansicht, dass durch die Einführung der Abrechnungs- und Ausschlussfrist im § 556 Abs. 3 BGB sämtliche früher über das Verwirkungsrecht gelöste Fallgestaltungen geregelt wurden und es daher keinen Raum für eine Verwirkung gibt.

Der Bundesgerichtshof entscheidet in einem Hinweisbeschluss, dass es auch nach Einführung der Abrechnungs- und Ausschlussfrist im § 556 Abs. 3 BGB nach wie vor Raum für die Verwirkung gibt. Zwar stellt der Bundesgerichtshof dar, dass nur aus ganz besonderen Gründen vor Ablauf einer Verjährungsfrist eine Verwirkung angenommen werden kann, diese Gründe lägen jedoch im Streitfall vor. Die Mieter hätten nämlich sämtliche Nebenkostenabrechnungen der Jahre 2001-2007 in 11 konkret genannten Punkten beanstandet, wobei die Vermieterin nicht reagierte und vielmehr die Nebenkostenabrechnungsforderung für die Jahre 2001-2004 verjähren ließ. Aus der Tatsache, dass die Vermieterin auf die Beanstandungen des Mieters keine Bemühungen unternahm, die Forderungen aus den Jahren 2001-2004 weiter zu verfolgen oder in unverjährter Zeit gerichtlich geltend zu machen, konnte sich beim Mieter der Eindruck verfestigen, dass die Beanstandungen Erfolg hatten, die Vermieterin zwar neue Betriebskostenabrechnungen vorlegte, aber die sich daraus ergebenden Nachforderungsansprüche nicht gerichtlich durchsetzen wollte. Durch den immer gleichen Ablauf über Jahre hinweg konnte beim Mieter das Vertrauen entstehen, dass auch der Nachforderungsanspruch für das Jahr 2005 nicht gegen ihn klagweise geltend gemacht würde. Der Mieter erwarb zudem die von ihm angemietete Wohnung am 6.3.2007 in einer Zwangsversteigerung zu Eigentum, so dass das Mietverhältnis mit den vermietenden Eigentümern seit 2007

beendet war. Auch in den Monaten danach kümmerten sich die vermietenden Eigentümer nicht um den Ausgleich sondern ließen weitere 34 Monate verstreichen, bevor sie am 30.12.2009 und damit einen Tag vor Ablauf der Verjährungsfrist bezüglich des Nachforderungsanspruches für das Jahr 2005 Klage eingereicht haben. In ihrer Gesamtheit rechtfertigten diese Umstände, eine Verwirkung vor Ablauf der Verjährungsfrist in Form des Zeitmomentes anzunehmen. Die gleichen Gründe stellten das für die Verwirkung notwendige Umstandsmoment dar, so dass die Klage trotz nicht vorliegender Verjährung wegen Verwirkung berechtigterweise abgewiesen wurde.

BGH, Hinweisbeschluss vom 21.2.2012 - VIII ZR 146/11