SRF-Newsletter 6/2012

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

ARBEITSRECHT bekommen

Die Frage nach der Schwerbehinderung – nach sechs Monaten zulässig!

Das Bundesarbeitsgericht hat im heiklen Themenkomplex der Benachteiligung unter anderem wegen Behinderung eine wichtige Entscheidung getroffen und entschieden, dass Arbeitgeber Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die länger als sechs Monate beschäftigt sind, nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung beziehungsweise der Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten befragen dürfen. Im entschiedenen Fall hatte der Insolvenzverwalter die Mitarbeiter befragt, ob sie schwerbehindert sind, da Kündigungen anstanden und die Kündigung eines Schwerbehinderten nur mit Zustimmung des Integrationsamtes zulässig ist. Der Arbeitnehmer hatte eine Schwerbehinderung verneint, im Nachhinein, als er die Kündigung erhielt, sich in der Kündigungsschutzklage aber auf die Schwerbehinderung berufen. Dies hat ihm das Bundesarbeitsgericht verwehrt. Zumindest im Rahmen der Vorbereitung einer Kündigung/Massenkündigung ist es für den Arbeitgeber unabdingbar, um eine richtige Auswahlentscheidung treffen zu können, zu wissen welcher Mitarbeiter Schwerbehindertenschutz in Anspruch nehmen kann.

BAG, Urteil vom 16.2.2012 – 6 AZR 553/10

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

BAURECHT bekommen

Termingerechte Herstellung eines Bauobjekts kann im Bauträgervertrag nicht durch AGB abbedungen werden

Das Oberlandesgericht München hatte den Fall eines Bauträgers zu entscheiden, der im Notarvertrag geregelt hatte, dass Schadensersatzansprüche wegen nicht termingerechter Fertigstellung nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit geltend gemacht werden können. Es handele sich bei der Verpflichtung zur termingerechten Fertigstellung um eine wesentliche Vertragspflicht, für die die Haftung selbst bei einfacher Fahrlässigkeit nicht formularmäßig ausgeschlossen werden kann.

Gerade im Hinblick darauf, dass der Erwerber einer Immobilie in aller Regel seine bisherige Wohnung verkauft bzw. den Mietvertrag kündigt und deshalb räumen muss, sich ein Darlehen bereitstellen lässt und den Umzug auf einen bestimmten Zeitpunkt fixieren muss, kann sich der Bauträger von einer Verantwortlichkeit für die Termineinhaltung nicht in AGB freizeichnen.

Der Bauträger wurde im Verfahren auch nicht mit dem Einwand gehört, die Insolvenz seines Generalunternehmers habe die Verzögerung verschuldet und er könne dafür nichts. Er haftet aufgrund des Vertrages für die Einhaltung der Terminszusage, für den Ausfall seiner Erfüllungsgehilfen hat er einzustehen.

OLG München, Urteil vom 15.11.2011 – 13 U 15/11

Umschreiben der Rechnung ist kein Schuldnerwechsel

Der Bundesgerichtshof hat ein in der Praxis immer wieder vorkommendes Problem durch seine Entscheidung vom 12.4.2012 gelöst.

Folgende Situation lag zugrunde:

Ein Ehepaar war Eigentümer eines Wohn- und Geschäftshauses, sie selbst haben in diesem Gebäude eine GmbH betrieben. Der Ehemann beauftragt einen Elektriker, die erste Abschlagsrechnung wird auf den Mann ausgestellt, der bittet, die Rechnung auf die GmbH umzuschreiben. Dies geschieht auch bei der zweiten Abschlagsrechnung. Beide werden bezahlt. Die Schlussrechnung wird von der GmbH nicht bezahlt, der Elektriker verklagt nun den Ehemann.

Der Bundesgerichtshof hat dabei entschieden, dass allein das Umschreiben der Rechnung nicht zu einem Vertragspartnerwechsel führt, da die Entlassung eines Vertragspartners im Rahmen einer befreienden Schuldübernahme ein so ungewöhnliches und bedeutsames Geschäft sei, dass sie nur angenommen werden kann, wenn der Wille hierzu ausdrücklich erklärt worden ist. Das bloße Umschreiben einer Rechnung reiche hierfür nicht aus.

Wird an einen Handwerker also die Bitte herangetragen, eine Rechnung auf einen Nichtvertragspartner umzuschreiben, kann dieser Bitte nachgekommen werden, ideal und richtig ist es aber gleichwohl, auch in dieser Rechnung dann darauf hinzuweisen, dass damit keine Entlassung des bisherigen Vertragspartners aus der Haftung verbunden ist.

BGH, Urteil vom 12.4.2012 – VII ZR 13/12

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

ERBRECHT bekommen

Der (wirkliche) letzte Wille des Erblassers

Die Ermittlung des letzten Willen des Erblassers ist nicht immer ganz einfach, wie eine Entscheidung des OLG München vom 15.5.2012 (31 Wx 244/11) zeigt. Im zur Entscheidung vorliegenden Fall hatte der Erblasser im Krankenhaus ein Testament mit folgendem Inhalt errichtet: *„Sollte mir bei der Gallenoperation etwas zustoßen, bekommt Frau L. meine zwei Sparbücher und den Bauplatz in A."* Sparbücher und Bauplatz machten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung das gesamte Vermögen des Erblassers aus. Tatsächlich verstarb der Erblasser mehr als 25 Jahre nach Errichtung des Testaments und (erfolgreicher) Durchführung der Gallenoperation.

Das Erstgericht (Amtsgericht München) hatte die Erklärung so ausgelegt, dass die Zuwendung an Frau L. unter der Bedingung stünde, dass der Erblasser bei der Gallenoperation versterbe. Da diese Bedingung nicht eingetreten sei, seien die gesetzlichen Erben Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers und nicht Frau L. Anders hat dies nunmehr das OLG München entschieden. Mit der Verwendung des Konditionalsatzes im Zusammenhang mit der Operation habe der Erblasser lediglich sein Motiv für die Errichtung des Testaments zum Ausdruck bringen (ungewisser Ausgang der Operation) und damit aber zugleich eine allgemein gültige Regelung betreffend seine Rechtsnachfolge anordnen wollen. Lediglich dann, wenn sich ausnahmsweise ein Wille des Erblassers ermitteln lasse, dass er tatsächlich die Erbeinsetzung einer bestimmten Person nur vom Tode anlässlich eines ganz bestimmten Ereignisses abhängig machen wolle, z.B. weil diese Person in irgendeiner Form mit dem Ereignis verknüpft sei, liege eine echte Bedingung vor. Eine solche Verknüpfung sei hier nicht gegeben. Demnach sei die Zuwendung an Frau L. im Testament als unbedingte Erbeinsetzung zu verstehen.

Bei Errichtung eines Testaments ist es entscheidend, genau auf die jeweilige Formulierung zu achten, um sicher zu stellen, dass das tatsächlich Gewollte auch im Versterbensfall erreicht wird. Der Erblasser lässt sich schlicht nach seinem Versterben hierzu nicht mehr befragen, sodass er sich beim Verfassen des Testaments möglichst präzise ausdrücken sollte.

OLG München, Urteil vom 15.5.2012 – 31 Wx 244/11

Das „verlorene" Testament

Für die Errichtung eines Testaments ist, soweit dieses nicht notariell beurkundet wird, die eigenhändige Errichtung und Unterzeichnung durch den Erblasser erforderlich. Liegt den Erben nur eine Kopie des Testaments vor kann dies zu Nachweisschwierigkeiten führen, wie eine Entscheidung des OLG Sachsen-Anhalt vom 29.3.2012 (2 Wx 60/11) zeigt.

Das Original des Testaments konnte im Streitfall nicht aufgefunden werden. In diesem Fall bietet sich die Möglichkeit, Errichtung und Inhalt des Testaments durch Vorlage einer Kopie sowie die Benennung von Zeugen, die bestätigen können, dass ein Originaltestament mit dem aus der Kopie ersichtlichen Inhalt vom Erblasser formgültig errichtet wurde, nachzuweisen. Dies gelang, da die Ehefrau des Erblassers glaubhaft schildern konnte, dass der Erblasser das Testament eigenhändig errichtet und unterzeichnet hat und dass das Testament mit der vorgelegten Kopie übereinstimmt.

Ein entsprechender Nachweis wird aber nicht immer gelingen können, daher sollte das Testament, soweit es nicht notariell errichtet wurde, beim Nachlassgericht hinterlegt werden. Zumindest sollte der im Testament benannte Erbe über Errichtung und Verwahrort des Testaments informiert werden.

OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 29.3.2012 – 2 Wx 60/11

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

FAMILIENRECHT bekommen

Ausprägungen der Erwerbsobliegenheit

Bei Geltendmachung nachehelichen Unterhalts gibt es nur festgelegte Gründe, bei deren Vorliegen nicht oder nicht voll gearbeitet werden muss. Neben der Betreuung gemeinsamer minderjähriger Kinder und Krankheit ist dies insbesondere eine altersbedingte Einschränkung.

Das Oberlandesgericht Zweibrücken hatte jetzt in einem Beschluss vom 19.10.2011 (2 UF 77/11; FamRZ 2012, 643) über einen Sachverhalt zu entscheiden, in welchem die mittlerweile knapp 60-jährige geschiedene Ehefrau langjährig nicht berufstätig war, da nach Geburt des ersten gemeinsamen Kindes die frühere Tätigkeit aufgegeben wurde zugunsten der Familienarbeit. Auch später wurde keine Erwerbstätigkeit mehr aufgenommen. Die Eheleute haben in sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen, aufgrund hoher Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit des Ehemannes, gelebt.

Das Oberlandesgericht Zweibrücken hat einen Unterhaltsanspruch, ohne eigene Erwerbstätigkeit,

aufgrund Alters abgelehnt. Es hat das Oberlandesgericht Zweibrücken weiter, da nach Auffassung des Gerichts erforderliche Erwerbsbemühungen nicht nachgewiesen werden konnten, ein fiktives monatliches Nettoeinkommen von EUR 1.000,00 aufgrund vollzeitiger Tätigkeit unterstellt und in die Unterhaltsberechnung einbezogen mit dem Ergebnis, dass der Unterhaltsanspruch reduziert wurde.

Weiter wurde durch das Gericht in der Entscheidung zwar aufgrund der langen Ehedauer und dem Fortbestand ehebedingter Nachteile eine Befristung abgelehnt (in Übereinstimmung mit Entscheidungen BGH FamRZ 2001, 197; 2010, 2059 und 1633). Es wurde jedoch das Maß des Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen, § 1578 BGB, auf eine Dauer von circa zwei Jahren nach Rechtskraft der Scheidung, insgesamt unter Berücksichtigung des Trennungsunterhalts eine Zeitspanne von circa 5 ½ Jahren, beschränkt. Es wurde durch das OLG in dieser Entscheidung ausgeführt, dass innerhalb dieser Zeitspanne für die Unterhaltsberechtigte ausreichende Zeit bestand, sich auf die geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse, d.h. die deutlich reduzierten monatlich zur Verfügung stehenden Beträge, einzustellen.

Angesichts einer Ehedauer von circa 22 Jahren, der Betreuung und Versorgung mehrerer gemeinsamer Kinder in der Ehezeit bei Aufgabe der eigenen Berufstätigkeit sowie auch der guten wirtschaftlichen Verhältnisse auf Seiten des Unterhaltsverpflichteten ist die Entscheidung sicher eine Ausprägung der geänderten Gesetzeslage zum nachehelichen Unterhalt mit dessen erheblicher Beschränkung.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19.10.2011 – 2 UF 77/11

- **Wichtige Änderung für Onlineverträge: Button-Lösung ab 1.8.2012 in Kraft**

Die bereits im SRF-Newsletter 05/2012 angekündigte Gesetzesänderung für Fernabsatzverträge (sogenannte Button-Lösung) wurde am 16.5.2012 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Demnach treten die neuen Regelungen am 1.8.2012 in Kraft. Insbesondere Onlineshop-Betreiber, aber auch jedes andere Unternehmen, das Verbrauchern den Abschluss eines entgeltlichen Vertrags im Internet anbietet, müssen demnach tätig werden und die Änderungen im Rahmen ihres Online-Auftritts umsetzen.

Nach der Neufassung des § 312g BGB ist der Anbieter unter anderem verpflichtet, die Bestellsituation so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Dies kann unter anderem unter Mithilfe einer Schaltfläche (Button) erfolgen, soweit diese mit einer eindeutigen Formulierung (z.B. „zahlungspflichtige Bestellung“) beschriftet ist.

Für Onlineshop-Betreiber sowie Anbieter sonstiger Dienstleistungen im Internet besteht demnach dringender Handlungsbedarf. Sollten die Vorgaben nicht fristgemäß umgesetzt werden drohen nicht nur Abmahnungen von Wettbewerbern und Verbraucherverbänden. Vielmehr kommt nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung ohne Erfüllung der Informationspflichten ein wirksamer Vertrag mit dem Verbraucher nicht zu Stande. Unterbleibt die Umsetzung besteht daher für Verträge nach dem 1.8.2012 für den Unternehmer keinerlei Rechtssicherheit.

- **BGH bestätigt Zulässigkeit eines einleitenden Satzes bei der Widerrufsbelehrung**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 9.11.2011 (I ZR 123/10) bestätigt, dass der vor der Widerrufsbelehrung stehende Zusatz „Verbraucher haben das folgende Widerrufsrecht“ zulässig ist.

Viele Unternehmer wollen mit entsprechenden Formulierungen vermeiden, dass auch Besteller, die Unternehmer sind und denen ein gesetzliches Widerrufsrecht nicht zusteht, durch eine fälschlicherweise erteilte Widerrufsbelehrung ein solches Recht vertraglich eingeräumt wird. Hieran wurde kritisiert, dass der Besteller nicht wisse, was unter dem Begriff des „Verbrauchers“ zu verstehen sei und die Formulierung daher zu Unklarheiten führe. Dem ist der BGH nicht gefolgt. Es sei nicht Sache des Unternehmers, den Besteller darüber aufzuklären, ob er Verbraucher oder Unternehmer ist. Diese Prüfpflicht obliege vielmehr dem Besteller selbst. Daher verstoße die Widerrufsbelehrung mit dem einleitenden Satz zum persönlichen Anwendungsbereich nicht gegen das Deutlichkeitsgebot.

Um zu verhindern, dass neben Verbrauchern auch Unternehmern ein Widerrufsrecht durch Erteilung einer an sich nicht erforderlichen Widerrufsbelehrung eingeräumt wird, sollten Onlineshop-Betreiber ihrer Widerrufsbelehrung daher einen entsprechenden einleitenden Zusatz voranstellen.

BGH, Urteil vom 9.11.2011 – 1 ZR 123/10

- **Widerrufsbelehrung auch bei Vertragsänderung**

Nach einer Entscheidung des OLG Koblenz (Urteil vom 28.3.2012 – 9 O 1166/12) steht Verbrauchern auch bei wesentlichen Vertragsänderungen ein erneutes Widerrufsrecht zu.

Im vorliegenden Fall hatte ein Kunde seinen Vertrag mit 1 & 1 fristgerecht gekündigt und wurde sodann telefonisch zur Fortsetzung des Vertrags

zu geänderten Konditionen überredet. Das OLG Koblenz hat nun entschieden, dass auch bei Änderung eines bestehenden Vertrags ein Widerrufsrecht besteht. In diesem Fall sei der Verbraucher im gleichen Umfang schutzwürdig wie bei Abschluss des Erstvertrages. Etwas andere gelte nur dann, wenn der Kunde vor dem Vertragsschluss im Rahmen eines persönlichen Kontakts mit dem Unternehmen sich über die neuen Vertragsbedingungen informiert habe. Ansonsten müsse der Kunde vor Übereilung geschützt werden.

Verbrauchern steht damit grundsätzlich auch bei Änderungsverträgen ein Widerrufsrecht zu, über welches der Unternehmer belehren muss.

OLG Koblenz, Urteil vom 28.3.2012 – 9 O 1166/11

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

Aufklärung über Vertriebsprovisionen nur unter besonderen Voraussetzungen

Die Beklagte ist eine Privatbank, die sich mit einem Anteil von rund EUR 8,5 Mio. an einer Fondsgesellschaft in Form einer Kommanditgesellschaft beteiligte. Sie räumte dem klagenden Anleger eine Unterbeteiligung in Höhe von EUR 100.000,00 ein. Zwischen den Parteien wurde eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts vereinbart. Der Anleger erwarb hierdurch keine Mitberechtigung an der Hauptbeteiligung sondern nur schuldrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag mit der Beklagten. Die Anlegerin hat sich verpflichtet, zu der Einlage in Höhe von EUR 100.000,00 ein Agio in Höhe von 5 % zu zahlen. Diese Unterbeteiligung war auf Empfehlung eines Dritten zustande gekommen, der die Anlegerin in Geldanlagen beriet und zugleich Geschäftsbeziehungen zu der beklagten Bank unterhielt. Die Bank überwies diesem Dritten einen Betrag von DM 40.000,01 als „Bonifikation bezüglich ihrer Vermittlungstätigkeit V. II Zeichnungen“. Darüber wurde die Anlegerin von der Bank nicht aufgeklärt. Die Anlegerin überlies den Beteiligungsbetrag einschließlich Agio in Höhe von EUR 105.000,00 dem Dritten, der diesen Betrag an die Bank weiterleiten sollte. Im § 3 des Unterbeteiligungsvertrages war vorgesehen, dass die Zahlungen in Teilbeträgen angefordert werden. Es erfolgten dann Kapitalabrufe bei dem Dritten, ohne dass die Anlegerin hierüber informiert wurde. Der Dritte kam jedoch den Kapitalabrufen nur teilweise nach und beging schließlich 2004 Selbstmord. Die Anlegerin nimmt die beklagte Bank auf Schadensersatz in Höhe des Anlagebetrages samt Agio abzüglich der geleisteten Zahlungen Zug um Zug gegen Rückübertragung der Ansprüche aus der Unterbeteiligung sowie außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Anspruch. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Oberlandesgericht meinte, dass die Bank über Provisionszahlungen aufzuklären hat, die diese dem Vermögensverwalter oder dem Anlageberater der Anlegerin gewährt. Der BGH verneint dies. Denn nur unter besonderen Voraussetzungen hat der Vertragspartner des Anlegers diesem gegenüber die an einen Vermittler gezahlte Vertriebsprovisionen offenzulegen. Eine solche Offenbarungspflicht wird zum Beispiel bejaht, wenn eine Bank den Vermögensverwalter eines Kunden an ihren Provisionen und Depotgebühren beteiligt. Hiermit werden die Interessen des Kunden gefährdet, da ein eigenes Interesse des Vermögensverwalters besteht, möglichst umfangreiche Vergütungen der Bank zu erhalten. An einer derartigen Interessengefährdung fehlt es aber, wenn zwischen dem Anleger und dem Provisionsempfänger kein derartiges Vertragsverhältnis besteht, aufgrund dessen der Provisionsempfänger ähnlich einem Vermögensverwalter die Wahrnehmung der Interessen des Anlegers schuldet. Folge ist, dass keine Aufklärungspflicht besteht. Demnach muss das Berufungsgericht klären, ob es eine derartige Gefährdungslage im Vertragsverhältnis der Anlegerin zu dem Dritten gegeben hat. Da das Gericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, wurde die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Ergebnis besteht eine Aufklärungsverpflichtung des Vertragspartners des Anlegers über Zahlungen an den Anlageberater oder Vermögensverwalter des Kunden nur dann, wenn dieser Dritte verpflichtet ist, die Interessen des Anlegers wahrzunehmen und durch die Provisionsvereinbarung das Interesse des Anlegers an einer sachgerechten, von den Zahlungen unbeeinflussten Anlageempfehlung erheblich gefährdet wird und der Kunde diese Gefährdung ohne zutreffende Aufklärung nicht erkennen kann. Außerdem ist erforderlich, dass der Anleger aufklärungsbedürftig ist und für den Vertragspartner (vorliegend die Bank) auch ersichtlich ist, dass der Anleger mit dem Dritten überhaupt in einer Vertragsbeziehung steht.

Außerdem weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass lediglich die Schäden zu ersetzen sind, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, vor denen die betreffende Verhaltenspflicht schützen soll. Ein Schaden, der dem Anleger jedoch durch die Veruntreuung der von dem Berater zu Anlagezwecken anvertrauten Gelder entsteht, stammt nicht aus dem Bereich der Gefahren, vor denen die Pflicht zur Aufklärung über eine Provisionszahlung schützen soll. Die Anlegerin wird daher auf einem Teil des Schadens, der durch die Veruntreuung entstanden ist, sitzen bleiben.

BGH, Urteil vom 20.9.2011 – II ZR 277/09

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

MIETRECHT bekommen

- **Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder -verbote als Mangel der Mietsache**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Urteil vom 31.1.2012 einen interessanten Sachverhalt entschieden, bei dem es darum ging, wann bei öffentlich-rechtlichen Gebrauchsbeschränkungen oder- verboten ein Mangel vorliegt, der den Mieter zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages berechtigt.

Mit Mietvertrag vom 22./28.12.1995 vermietete die S. AG einen in Duisburg gelegenen Gewerberaum an die G. OHG. Vereinbart war eine Vertragsdauer von zehn Jahren, die bis 31.12.2010 lief. Vor Abschluss des Mietvertrages hatte die Stadt Duisburg den Umbau und die Nutzungsänderung des Mietobjekts in einen Getränke-, Lebensmittel-, Textil- und Schuhmarkt genehmigt.

Mit Schreiben vom 30.10.2007 kündigte die Mieterin den Mietvertrag vertragsgemäß zum 31.12.2010. Zugleich eröffnete sie in räumlicher Nähe zum bisherigen Ladenlokal eine weitere Filiale. Sie bemühte sich sodann um eine Untervermietung der Räume.

Mit Schreiben vom 21.8.2008 erklärte die Mieterin die fristlose Kündigung des Mietvertrages. Sie macht geltend, dass ihr der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nachträglich entzogen worden sei. Die von ihr beabsichtigte Untervermietung sei gescheitert, weil die Stadt Duisburg die beabsichtigte Nutzung als Schuhgeschäft für unzulässig erklärt habe.

Die Mieterin macht geltend, der Mietvertrag sei durch ihre fristlose Kündigung beendet worden. Ihrem Mietinteressenten, ihr selbst sowie ihrem Prozessbevollmächtigten sei jeweils auf telefonische Nachfrage von Mitarbeitern der Stadt Duisburg mitgeteilt worden, dass eine Genehmigung zur Nutzung der Räume als Schuhgeschäft nicht erteilt werden würde. Hintergrund dieser Auskunft sei ein Beschluss des Rates der Stadt Duisburg vom 20.10.1988, nach dem eine Nutzung der Gewerbefläche insbesondere auch zu den vertraglich vereinbarten Zwecken, nämlich zum Einzelhandel mit Lebensmittel und Getränken, aber auch zum Verkauf von Kleidung und Schuhen unzulässig sein sollte, soweit es sich dabei um „innenstadtrelevante“ Sortimente handle. Da eine Untersagungsverfügung der Stadt Duisburg sicher zu erwarten gewesen sei, sei es der Mieterin nicht zuzumuten gewesen, das Mietverhältnis fortzusetzen. Denn bereits die Gefahr eines ordnungsbehördlichen Einschreitens gegen den Mietgebrauch begründe ein Recht zur fristlosen Kündigung.

Für die Zeit nach Zugang der fristlosen Kündigung zahlte die Mieterin keine Miete mehr. Die Vermieterin klagt auf Zahlung und die Vermieterin gewinnt den Prozess.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf führt aus, dass es zwar ständiger Rechtsprechung entspricht, dass öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder- verbote als Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 BGB anzusehen sind, wenn sie ihre Ursache in der konkreten Beschaffenheit, Benutzbarkeit oder Lage der Mietsache und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters haben (so auch BGH NJW 2000, 1713). Dies gilt auch bei der Gewerberaummiete, bei der sich die gewerblich genutzten Räume nur dann in einem zu dem vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand befinden, wenn der Aufnahme des vertraglich vorgesehenen Gewerbebetriebs in den Mieträumen keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Allerdings muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden. Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts bereits untersagt hat oder ein behördliches Einschreiten ernstlich zu erwarten ist.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf entscheidet, dass die Mieterin mit ihrem Vortrag keinen Erfolg hat, behördliches Einschreiten sei deshalb ernstlich zu erwarten gewesen, weil sie entsprechende mündliche und telefonische Auskünfte von städtischen Mitarbeitern erhalten habe. Der Mieter kann sich zur Begründung seiner Behauptung, behördliches Einschreiten sei „ernstlich zu erwarten“, nicht auf allein mündlich erteilte Auskünfte von Mitarbeitern der jeweils zuständigen Behörde berufen, selbst wenn es sich um solche in leitender Funktion handelt. Denn behördliche Auskünfte zu Fragen der Bau- oder Nutzungsgenehmigung in mündlicher Form werden in aller Regel lediglich unverbindlich und ohne eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt, die die Vorlage schriftlicher Antragsunterlagen voraussetzt. Auf mündliche Auskünfte allein lässt sich daher die ernstliche Erwartung behördlichen Einschreitens nicht gründen. Einen schriftlichen Genehmigungsantrag für eine konkrete Nutzung des Mietobjekts hat die Mieterin aber nicht eingereicht und sich um das Herbeiführen eines förmlichen und damit verbindlichen, ablehnenden Bescheides somit gar nicht erst bemüht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.1.2012 – 24 U 152/11

- **Aufheizen der Mieträume in den Sommermonaten**

Heftigst umstritten und noch nicht durch den BGH geklärt ist die Frage, ob das übermäßige Aufheizen der Mieträume in den Sommermonaten als Sachmangel zu qualifizieren ist, der einen Mieter zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, insbesondere also zur Mietminderung, berechtigt.

Das Kammergericht Berlin hat am 5.3.2012 ein interessantes Urteil verkündet, das sich mit dieser Problematik befasste. In der Entscheidung ging es ferner darum, ob eine Nebenkostenabrechnung formell unwirksam ist, wenn sie keine Erläuterung der Gründe für erhebliche Kostensteigerungen enthält. Das Kammergericht entschied ferner die Frage, ob eine Nebenkostenabrechnung als anerkannt gilt, wenn der Vermieter auf der Abrechnung einen Vermerk anbringt, dass die Abrechnung als anerkannt gilt, wenn ihr nicht innerhalb einer Frist von fünf Wochen widersprochen wird.

Keine Begründungspflicht für Kostenerhöhungen

Die Mieterin hatte geltend gemacht, die Nachforderung des Vermieters aus einer Betriebskostenabrechnung sei schon deshalb nicht fällig, weil diese formell unwirksam sei. Einzelne Positionen wiesen gegenüber dem Vorjahr Erhöhungen um mehr als 10 % auf. Da der Vermieter diese Kostenerhöhungen nicht erläutert habe, fehle es an der formellen Wirksamkeit der Nebenkostenabrechnung.

Das Kammergericht Berlin teilt diese Rechtsauffassung nicht. Es folgt insoweit dem Bundesgerichtshof (NJW 2008, 2260), der bereits entschieden hat, dass die formelle Wirksamkeit einer Nebenkostenabrechnung nicht voraussetzt, dass die Gründe einer Kostenerhöhung in der Abrechnung erläutert werden.

Kein Anerkenntnis der Nebenkostenabrechnung durch unterbliebenen Widerspruch

Der Vermieter hatte auf die Nebenkostenabrechnung einen Vermerk angebracht, dass die Abrechnung als anerkannt gilt, wenn dem Vermieter nicht innerhalb einer Frist von fünf Wochen eine „dem Anerkenntnis entgegenstehende schriftliche Nachricht vorliegt“. Der Mieter hatte der Nebenkostenabrechnung nicht innerhalb der Frist widersprochen. In erster Instanz hatte das Landgericht Berlin gemeint, dass die Nebenkostenabrechnung mangels rechtzeitigen bzw. nicht fristgemäß hinreichend begründeten Widerspruchs der Mieterin als anerkannt gilt. Das Kammergericht verwarf diese Rechtsmeinung und entschied, dass der unterbliebene rechtzeitige Widerspruch keine rechtliche Bedeutung hat und die Nebenkostenabrechnung nicht als anerkannt gilt. Der Vermerk auf der Nebenkostenabrechnung, dass diese ohne einen binnen fünf Wochen zu erklärenden Widerspruch als anerkannt gilt, sei ohne jede rechtliche Grundlage und Wirkung.

Während § 556 Abs. 3 Satz 5 und Satz 6 BGB für Wohnraummietverhältnisse eine Einwendungsfrist von 12 Monaten nach Zugang der Abrechnung vorsieht, besteht für Gewerbemietverhältnisse keine Einwendungsfrist. § 556 BGB ist gemäß § 578 BGB für diese nicht anwendbar. Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht.

Eine vertragliche Regelung, die eine Anerkenntnisfiktion in Bezug auf Nebenkostenabrechnungen vorsieht, enthielt der Mietvertrag der Parteien nicht. Das Kammergericht konnte es deshalb dahin stehen lassen, in welchen Grenzen eine solche Regelung durch Formularvertrag des Vermieters wirksam getroffen werden könnte.

Das Kammergericht führt aus, dass es vornherein an einer rechtlichen Grundlage für die Annahme eines Anerkenntnisses des Abrechnungsergebnisses durch Unterlassen eines rechtzeitigen Widerspruchs fehlt. Schweigen enthält regelmäßig keine Willenserklärung. Ihm kommt ein Erklärungswert nur ausnahmsweise zu, nämlich wenn der Gegner nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte eine gegenteilige Äußerung erwarten und daher von einer Zustimmung ausgehen darf. Dieser Tatbestand kann jedoch nicht durch einseitige Erklärungen des Gegners darüber, welchen Erklärungswert er dem Schweigen beilegen werde, von diesem selbst geschafften und damit dem Vertragspartner eine Reaktionspflicht aufgezwungen werden.

Aufheizen der Mieträume

Die Mieterin hatte geltend gemacht, sie sei zur Minderung der Miete in den Sommermonaten berechtigt, denn das Aufheizen der Räume in den Sommermonaten stelle einen Mangel dar. Aufgrund der „beständigen Aufheizung der Räumlichkeiten während der Sommermonate auf Temperaturen von deutlich oberhalb von 30 Grad Celsius tagsüber“ sei ein Arbeiten in den Räumen nur sehr eingeschränkt möglich gewesen. Mitarbeiter hätten sich beschwert und auf die Arbeitsstättenverordnung berufen.

Ein Mangel werde auch dadurch belegt, dass die Vermieterin selbst Maßnahmen zur Linderung ergriffen habe (Folien an den Fenstern), die jedoch nicht den gewünschten Erfolg gebracht hätten.

Die Mieterin hatte Temperaturmessungen für 12 Tage vorgelegt, aus denen hervorging, dass an einigen Tagen Innentemperaturen von etwa 32 Grad Celsius erreicht wurden. Die Außentemperaturen an diesen Tagen wurden nicht gemessen.

Das Kammergericht Berlin hat entschieden, dass das Überschreiten einer Innenraumtemperatur von 26 Grad Celsius in (ohne Klimatisierung vermieteten) Büroräumen keinen Sachmangel der Mieträume indiziert. Das Kammergericht führte aus, es bestünden Zweifel, ob allein aus einer Nichteinhaltung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften, die für den Mieter in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber gelten, auf einen mietrechtlichen Mangel geschlossen werden könne.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen hohe Innentemperaturen in Gewerberäumen, insbesondere Büros, als Mangel der Mietsache anzusehen sind, ist in den letzten Jahren in der Rechtsprechung häufiger behandelt worden. Während die „ältere Rechtsprechung“ zur Ermittlung des vom Vermieter geschuldeten Soll-Zustandes teilweise ohne weiteres auf die Arbeitsstättenverordnung, die Arbeitsstätten-Richtlinie und die DIN 1946 (betreffend Anforderungen an die Klimatisierung von Räumen) zurückgegriffen hat und einen Mangel grundsätzlich annimmt, wenn die Innentemperaturen die „Wohlfühltemperatur“ von 26 Grad Celsius übersteigt bzw. bei Außentemperaturen von über 32 Grad Celsius die Innentemperatur nicht 6 Grad Celsius unter der Außentemperatur liegt (so etwa OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1307; OLG Rostock NJW-RR 2001, 802), hat das OLG Frankfurt in NZM 2007, 330 ausführlich begründet, dass die Hitze durch Sonneneinstrahlung in nicht baurechtswidrigen Gebäuden allgemeines Lebensrisiko des Mieters sei. Der Vermieter schulde nur einen baurechtlich zulässigen Zustand und damit die Einhaltung der DIN 4108 betreffend Sonneneintragswerte, jedoch könne der Mieter keinen anderen Standard erwarten und müsse gegebenenfalls auf eigene Kosten Abhilfe durch Einbau einer Klimaanlage schaffen. Dem ist das OLG Karlsruhe in GE 2010, 542 gefolgt.

Das OLG Naumburg NZM 2011, 35 und das OLG Hamm (OLGR 2007, 540, 541) weisen darauf hin, dass die Einhaltung des Baurechts nicht per se genüge, um einen Mangel in mietrechtlicher Hinsicht auszuschließen und mittelbar auf die Arbeitsstättenverordnung zurückgegriffen werden könne, um den vom Vermieter geschuldeten Soll-Zustand der Mietsache zu bestimmen.

Das Kammergericht Berlin führt aus, es neige dazu, der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Frankfurt und Karlsruhe zu folgen. Zwar scheidet nach allgemeinen Grundsätzen ein Mangel der Mietsache noch nicht deshalb aus, weil das Baurecht eingehalten ist (BGH NJW 2010, 3088). Die technischen Normen haben jedoch in beide Richtungen Indizwert. Ihre Einhaltung legt nahe, dass mangels anderer Vereinbarungen ein Mangel nicht vorliegt.

Andererseits beruht die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Frankfurt und Karlsruhe nach Meinung des Kammergerichts auf der zutreffenden Erkenntnis, dass fixe Maßstäbe über die gebotene Innentemperatur zugunsten des Gewerbemieters nicht allein aus den arbeitsrechtlichen Regelungen, die ihn betreffen, hergeleitet werden können. Wenn eine Diskrepanz zwischen Baurecht und Arbeitsrecht besteht, hat nicht der Vermieter dieses Risiko zu tragen, sondern der Mieter. Das Argument, dass sonst für das Wohlbefinden von Arbeitnehmern des Mieters höhere mietrechtliche Standards geltend würden als für den Wohnraummieter, scheint beachtlich. Ein „Wohlfühlstandard“ unabhängig von baurechtlichen Normen kann grundsätzlich nicht anerkannt werden, und von daher sind die Arbeitsstättenverordnung bzw. Arbeitsstättenrichtlinie sowie die DIN 1946 nur mit großer Vorsicht zur Bestimmung eines mangelhaften Zustands heranzuziehen.

Letztendlich hat das Kammergericht Berlin die entscheidende Rechtsfrage offen gelassen und ausgeführt, der Vortrag des Mieters zur angeblichen Mangelhaftigkeit der Mietsache durch das Aufheizen der Mieträume in den Sommermonaten sei unzureichend und prozessual unbeachtlich. Es genüge nicht, lediglich für zwölf Tage Messprotokolle vorzulegen und pauschal zu behaupten, es komme zu einer beständigen Aufheizung der Räumlichkeiten während der Sommermonate auf Temperaturen von deutlich oberhalb von 30 Grad Celsius tagsüber. Das Kammergericht meint, in jedem Fall bedürfe es der Darlegung des Mieters, an welchen Tagen Temperaturverhältnisse herrschten, die auf einen Mangel der Mieträume zurückzuführen sind. Dazu genügt keinesfalls die pauschale Behauptung, in jedem Sommer (von Juni bis August) hätten „nahezu durchgängig 30 Grad Celsius und mehr“ in den Räumen geherrscht. Zum Einen ist allgemein bekannt, dass nicht jeder Sommer gleich warm und sonnig verläuft, zum Anderen ist das Klima auch in insgesamt warmen Sommern nicht an jedem Tag gleich. Es bedarf damit präziser Angaben über die konkreten Raumtemperaturen (so auch OLG Karlsruhe GE 2010, 542, 543) und der korrespondierenden Außentemperaturen, soweit ein Mangel aus dem Nichteinhalten eines Abstandes zwischen Außen- und Innentemperatur hergeleitet werden soll.

Es genüge auch nicht, wenn die Mieterin Messprotokolle nur für zwölf Tage vorlegt. Es könne keinesfalls davon ausgegangen werden, dass es sich um exemplarische Messergebnisse handelt, und die Werte in jedem Sommer, zumal in den Monaten Juli bis August, erreicht werden. Auch das Erreichen von ca. 32 Grad Celsius Innentemperatur an einigen Tagen im Monat Juli stellt für sich genommen noch keinen Mangel der Büroräume dar, zumal wenn es sich um eine heiße Sommer-Wetterlage handelt. Zu den entsprechenden Außentemperaturen hatte die Mieterin nichts vorgetragen. Das wäre aber nach Auffassung des Kammergerichts erforderlich gewesen.

Verworfen hat das Gericht auch die Argumentation der Mieterin, die Vermieterin habe die Mangelhaftigkeit dadurch anerkannt, dass sie Außenfolien an den Fenster angebracht habe. Das Kammergericht meint, es stelle kein Eingeständnis eines Sachmangels dar, wenn der Vermieter Maßnahmen zur Verbesserung des Raumklimas ergriffen habe. Auch unterhalb der Schwelle eines Mangels kann dem Vermieter daran gelegen sein, die Gewerbemieter zufrieden zu stellen, um sie langfristig zu binden.

KG Berlin, Urteil vom 5.3.2012 – 8 U 48/11

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

VERKEHRSRECHT bekommen

Die unklare Vorfahrt

Die Gestaltung von Straßenverläufen ist vielgestaltig. Es hatte sich das Kammergericht Berlin mit einem Hinweisbeschluss vom 6.2.2012, Az. 22 U 283/11 (DAR 2012, 252) mit der Haftung bei einem Verkehrsunfall zu befassen, welcher sich zwischen zwei Autofahrern ereignete, welche auf zwei Seitenstraßen mit gemeinsamen Einmündungsbereichen in eine Vorfahrtsstraße einfuhren.

Ist die räumliche Gestaltung so, dass die beiden Nebenstraßen tatsächlich einen gemeinsamen Kreuzungsbereich haben, welcher in die Vorfahrtsstraße mündet, kommt es nicht darauf an, welcher Autofahrer zuerst (teilweise, wie im vorliegenden Fall) in die Vorfahrtsstraße einbiegt. Vielmehr gilt zwischen den beiden Nebenstraßen untereinander die allgemeine Vorfahrtsregelung „rechts vor links“ gemäß § 8 Abs. 1 StVO.

Gleichwohl wurde dem von rechts kommenden Autofahrer am Unfall eine Mitverantwortung gegeben, da dieser hätte erkennen können, dass der andere Autofahrer, welcher zuerst in die Vorfahrtsstraße eingefahren war, nicht warten würde, eine Reaktion war möglich.

Diese Entscheidung und die Auseinandersetzung mit der besonderen Verkehrsführung zeigt einerseits, dass eine scheinbar naheliegende Haftungsentscheidung bei Unfällen (wer zuerst die Vorfahrtsstraße erreicht hat, hat Vorfahrt) nicht stimmen muss. Zum anderen zeigt die Entscheidung, dass auch ein Unfallbeteiligter, welcher einen Vorrang für sich in Anspruch nehmen kann (im vorliegenden Fall „rechts vor links“), diese Vorfahrt nicht erzwingen darf. Wird erkannt, dass der andere Verkehrsteilnehmer nicht wartet, muss reagiert werden, soweit dies möglich ist.

KG Berlin, vom 6.2.2012 – 22 U 283/11

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

WEG-RECHT bekommen

Alle Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft sind zu verklagen

Werden Beschlüsse der Wohnungseigentümer angefochten, schreibt § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG vor, dass die Klage gegen die übrigen Wohnungseigentümer zu richten ist. Schwierigkeiten kann die Anwendung dieser Vorschrift mit sich bringen, wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft aus mehreren Wohnhäusern besteht und insbesondere die Gemeinschaftsordnung bestimmt, dass die Kosten jeweils getrennt nach Häusern abzurechnen und von den jeweiligen Eigentümern zu tragen sind oder sogar Untergemeinschaften gebildet werden. Wirtschaftlich (nicht jedoch rechtlich) werden damit eigentlich verschiedene Wohnungseigentümergemeinschaften geschaffen.

Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall bestand die Wohnungseigentümergemeinschaft aus zwei Häusern (Haus A und B). Ein Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft aus dem Haus B hat einen Beschluss angefochten und alle Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft verklagt. Das Amtsgericht hat die Klage unter anderem gegen die Bewohner des Hauses A mit der Begründung abgewiesen, diese seien nicht die richtigen Beklagten (es mangele an der sogenannten Passivlegitimation). Es seien nur die Eigentümer des Hauses B zu verklagen, da der Beschluss nur ihr Haus betrifft. Der Kläger hat die Berufung nur insoweit eingelegt, als die Klage gegen die Wohnungseigentümer des Hauses B abgewiesen worden ist und vertraute demnach auf die falsche Ansicht des Amtsgerichts, die Eigentümer des Hauses A seien nicht die richtigen Beklagten. Das Landgericht hat eine andere Ansicht vertreten und sich auf § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG gestützt, der die Erhebung der Klage gegen alle übrigen Wohnungseigentümer normiert. Da die Berufungsfrist bereits abgelaufen war, konnte der Kläger seine Berufung nicht mehr auf die Eigentümer des Hauses A erweitern. Die Berufung wurde daher vom Landgericht als unzulässig verworfen.

Der Bundesgerichtshof bestätigt die Unzulässigkeit der Berufung. Zu verklagen sind nach § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG stets sämtliche übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft. Diese sind sogenannte notwendige Streitgenossen, sodass sich die Berufung gegen sämtliche Streitgenossen zu richten hat. Die Vorschrift des § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG ist nicht einschränkend auszulegen, da sie einen klaren und unzweideutigen Normtext aufweist. Insbesondere ist die klare Vorschrift geschaffen worden, um auch einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ohne komplizierte rechtliche Überlegungen die Möglichkeit zu geben, den richtigen Beklagten zu ermitteln. Der Bundesgerichtshof stellt klar, dass es eine Ausnahme auch nicht für den Fall von sogenannten Untergemeinschaften gibt, welchen die Gemeinschaftsordnung eine eigene Beschlusskompetenz verleiht.

Damit ist klargestellt, dass alle übrigen (d.h. außer dem Kläger) Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft zu verklagen sind. Ausnahmen lässt der BGH nicht zu.

BGH, Urteil vom 11.11.2011 – V ZR 45/11

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

WOHNRAUMMIETRECHT
bekommen

- **Betriebskostenvorschuss ersetzt nicht die Umlagevereinbarung von Betriebskosten**

Die Klägerin als Vermieterin hat mit der Beklagten als Mieterin einen Wohnraummietvertrag abgeschlossen und dort unter anderem vereinbart, dass ein Betriebskostenvorschuss von zur Zeit DM 232,50 zu zahlen ist. Eine im Formularmietvertrag vorgefertigte Vereinbarung, wonach der Mieter „nachfolgende Nebenkosten“ zu tragen hat, wurde nicht ausgefüllt. Außerdem findet sich im Formularmietvertrag folgende Vereinbarung:

„Die Nebenkosten für Betriebskosten werden in Form monatlicher Abschlagszahlungen erhoben.“

Die Vermieterin erstellte eine Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2007 und fordert einen Nachforderungsbetrag von EUR 1.006,50. Die Beklagte ist der Ansicht, dass es an der Umlagevereinbarung von Betriebskosten mangelt, weshalb keine Betriebskosten zu zahlen sind. Die Vermieterin ist in allen drei Instanzen gescheitert.

Die Klägerin war der Ansicht, dass in der Vereinbarung der Betriebskostenvorschüsse und der Nennung des Wortes „Betriebskosten“ die Umlage der im § 2 der Betriebskostenverordnung genannten Kosten vereinbart worden sei. Der BGH teilt diese Ansicht nicht und verweist darauf, dass nach der gesetzlichen Regelung im § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB der Vermieter die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen hat, wozu auch die Betriebskosten gehören. Sofern von dieser gesetzlichen Regelung abgewichen wird, muss im Mietvertrag eine klare und eindeutige Vereinbarung zu entnehmen sein. Es bedarf einer ausdrücklichen, inhaltlich bestimmten Regelung, aus der sich ergibt, dass der Mieter neben der Miete ganz oder anteilig Betriebskosten zu tragen hat. Die Betriebskosten müssen der Art nach konkretisiert werden, um dem Mieter zu ermöglichen, sich zumindest ein grobes Bild davon zu machen, welche Kosten auf ihn zukommen. Grundsätzlich genügt zur Umlage der Betriebskosten eine Verweisung auf die Betriebskostenverordnung, da dann bezüglich der im § 2 Nr. 1 – 16 Betriebskostenverordnung genannten Kosten Klarheit darüber besteht, mit welchen Nebenkosten dem Grunde nach der Mieter zu rechnen hat. Vorliegend gab es einen derartigen Verweis nicht. Im Mietvertrag war lediglich von „Nebenkosten“, „Betriebskostenvorschuss“ und von „Nebenkosten für Betriebskosten in Form von monatlichen Abschlagszahlungen“ die Rede. Der Bundesgerichtshof lässt leider die Frage offen, ob die Verwendung des Begriffs „Betriebskosten“ ausreichend ist, um auf § 2 der Betriebskostenverordnung und die dort genannten Kosten zu verweisen. Denn im Mietvertrag war auch ein Vorschuss auf die Heizkosten genannt. Die formularvertraglich vorgesehene Stelle wurde jedoch nicht durch eine Zahl ergänzt, sodass sich der vereinbarte Betriebskostenvorschuss von DM 232,50 jedenfalls nicht auf die Heizkosten bezogen hat. Auch waren in der streitgegenständlichen Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2007 keine Heizkosten enthalten. Daraus folgerte der Bundesgerichtshof, dass die Vertragsparteien den Begriff der Betriebskosten im Mietvertrag gerade anders verstanden haben, als denjenigen im § 2 Betriebskostenverordnung, wo unter Ziff. 4 gerade die Heizkosten genannt sind. Welchen anderen Inhalt die Vertragsparteien dem Begriff beigelegt haben, ist durch die Auslegung des Mietvertrages nicht erkennbar gewesen. Der BGH verweist darauf, dass insbesondere die Höhe der Vorauszahlungen ein Indiz für den Umfang der Betriebskostenumlegung sein kann. Da im vorliegenden Fall die Vorauszahlung sich auf rund 40 % der Miete belaufen hat, obwohl Heizkosten, die in der Regel einen beträchtlichen Anteil an den Betriebskosten ausmachen, nicht in dem Betrag enthalten sind, konnte nicht ausgeschlossen werden, dass die Parteien mit dem Begriff der Betriebskosten auch Positionen gemeint haben, die gerade in der Betriebskostenverordnung nicht enthalten sind. Hieraus hat der Bundesgerichtshof geschlossen, dass infolge der bestehenden Unklarheit eine inhaltlich bestimmte Vereinbarung über die Umlage von Betriebskosten nicht zustande gekommen ist. Eine konkludente Vereinbarung der Umlage von Betriebskosten konnte der Bundesgerichtshof ebenfalls nicht erkennen, da die Mieterin bei einem über 15 Jahre bis zur Erhebung der Klage laufenden Mietverhältnis nur die streitgegenständliche Nebenkostenabrechnung 2007 sowie die Jahre 1997/1998 abgerechnet hat.

Der BGH kommt schließlich zu dem Schluss, dass im zu entscheidenden Fall durch schlüssiges Verhalten eine Änderung der Mietstruktur im Sinne einer Bruttomiete bzw. einer Teilinklusivmiete erfolgt ist, da die Parteien bereits im Jahr 2000 einen Rechtsstreit geführt haben und dort Einvernehmen darüber herrschte, dass eine Umlegung von Betriebskosten nicht vereinbart worden ist. Daher war den Vertragsparteien jedenfalls seit dem Jahr 2000 die fehlende Umlagevereinbarung bewusst. Da die Mieterin weiterhin Vorauszahlungen geleistet hat, ohne dass die Betriebskosten abgerechnet wurden, war jedenfalls durch schlüssiges Verhalten eine Änderung der Mietstruktur im Sinne einer Bruttomiete bzw. Teilinklusivmiete erfolgt, die damit eine Nebenkostenabrechnung und Nachforderung ausgeschlossen hat.

Bei der Nutzung von Formularmietverträgen ist daher auf sehr sorgsames Ausfüllen zu achten und das Augenmerk darauf zu richten, ob eine Umlage der Betriebskosten erfolgt ist. Denn geht dies nicht

ausreichend klar aus der Vereinbarung hervor, so bleibt es beim Grundsatz, dass der Vermieter die Betriebskosten nach § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB zu tragen hat. Auch noch nach Jahren kann es dann zu einem bösen Erwachen kommen, wenn der Mieter die Nachzahlungen verweigert und möglicherweise auch die Vorauszahlungen der vergangenen Jahre zurückfordert. Denn die Zahlung allein führt nach einer Entscheidung des BGH vom 10.10.2007 (Az.: VIII ZR 279/06) noch nicht zu einer stillschweigenden Vertragsänderung dahingehend, dass eine Teilinklusivmiete vereinbart wird. Der Vermieter muss besondere Umstände darlegen, die auf eine Vertragsänderung schließen lassen. Hieran wird es häufig fehlen, so dass ein erhebliches Rückforderungsrisiko besteht.

BGH, Urteil vom 2.5.2012 – XII ZR 88/10

Südstraße 65
74072 Heilbronn
Telefon (07131) 59 412 - 20
Telefax (07131) 59 412 - 99
E-Mail hier@recht-bekommen.hn
Internet www.recht-bekommen.hn