SRF-Newsletter 8/2012

Aktuelles Urteil

Entgeltklausel für einen Eintrag im Internet-Branchenverzeichnis überraschend und damit unwirksam

Am 26.7.2012 hat der Bundesgerichtshof ein Urteil zu einem brandaktuellen Thema verkündet. Gewerbetreibende werden zur Zeit von dubiosen Betreibern von Branchenverzeichnissen im Internet meist mit Faxen überschüttet, die die Aufforderung zum Inhalt haben, die persönlichen Daten kurz zu bestätigen, damit diese im Internet veröffentlicht werden können. Die Betreiber erwecken durch die Gestaltung der jeweiligen Schriftstücke den Eindruck, dass es sich um ein kostenloses Verzeichnis handelt. Die Entgeltklauseln werden unauffällig in das Gesamtbild der Schriftstücke eingefügt, so dass die Faxempfänger die Entgeltpflicht nicht erwarten und nicht auf Anhieb entnehmen können. Der Bundesgerichtshof hatte über eines der vielen im Umlauf befindlichen Angebote zu entscheiden, ob ein entgeltlicher Vertrag zustande gekommen ist. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall wurde dies unter Verweis auf § 305c Abs. 1 BGB verneint. Der Bundesgerichtshof hat eine überraschende Klausel angenommen, nachdem nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck kam, dass es sich um ein Angebot zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrages handelte. Aufgrund der Gestaltung des Schriftstückes wurde die Aufmerksamkeit des gewerblichen Adressaten durch Hervorhebung im Fettdruck und Formulargestaltung auf die linke Spalte gelenkt, so dass die Kenntnisnahme der in der rechten Spalte mitgeteilten Entgeltpflicht von durchschnittlich aufmerksamen Adressaten nicht zu erwarten war. Demnach wurde die Klausel mit der Entgeltpflicht nicht Vertragsinhalt. Die Betreiber von Branchenverzeichnissen haben damit erstmals vor dem Bundesgerichtshof einen Rückschlag erlitten. Trotzdem ist weiterhin größte Aufmerksamkeit geboten, nachdem die Betreiber sicherlich aus dem Urteil ihre Lehren ziehen und ihre Angebote anpassen werden. Zudem hat der Bundesgerichtshof nur über eine Angebotsgestaltung von vielen entschieden, so dass die dubiosen Betreiber dieser Seiten sich sicherlich darauf berufen werden, dass das BGH-Urteil ihre Angebotsgestaltung nicht betrifft.

BGH, Urteil vom 26.7.2012 - VII ZR 262/11

Skontoabzug nur bei vollständiger und rechtzeitiger Zahlung?!

Eine bei der Abrechnung von Bauvorhaben sich immer wieder stellende Frage hat nun das Oberlandesgericht Stuttgart in Teilbereichen entschieden. Wie häufig hatte der Auftraggeber auf Abschlagsrechnungen nicht die Summe der Abschlagsrechnung sondern nur einen Teilbetrag bezahlt. Für diesen Teilbetrag nahm er den Skontoabzug in Anspruch. Der Auftragnehmer wollte sich das nicht gefallen lassen.

Randthemen der Entscheidung waren darüber hinaus, wann bei Einlegung in ein Postfach eine Rechnung zugeht und ob bei Zahlung mit einem Scheck der Scheckeingang für die Wahrung der Skontofrist ausreicht.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat zur Berechtigung zum Skontoabzug entschieden, dass eine Klausel wonach *"bei allen Abschlagszahlungen innerhalb von 12 Werktagen und bei der Schlusszahlung innerhalb von 12 Werktagen nach Rechnungseingängen jeweils 2 % Skonto"* gewährt werden, so zu verstehen ist, dass der Skontoabzug nur dann durchgeführt werden kann, wenn der Auftraggeber die angeforderten Abschlagszahlung in tatsächlich geschuldeten Umfang vollständig bezahlt. Dabei stellt das Oberlandesgericht klar, dass im Falle von schwer zu gewichtenden Zurückbehaltungsrechten ein Einbehalt durchaus unschädlich für den Skontoabzug sein kann, da die Skontofrist in diesen Fällen erst mit Wegfall des Zurückbehaltungsrechts zu laufen beginnt. Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber aufgrund eigener buchhalterischer Fehler zu geringe Beträge innerhalb der Skontofrist angewiesen. Dann steht ihm der Skontoabzug insgesamt nicht zu

Die Auftraggeberin hat darüber hinaus den "HIN+WEG-Service" der Deutschen Post AG in Anspruch genommen und eingehende Post morgens zwischen 8 Uhr und 9 Uhr angeliefert bekommen. Nach dieser Uhrzeit ins Postfach eingelegte Sendungen wurden ihr erst am nächsten Tag gebracht. Das Oberlandesgericht hat entschieden, dass die Post gleichwohl an dem Tag, an dem sie in das Postfach eingelegt wird, zugeht.

Bei Zahlung mit einem Scheck werde die Skontofrist noch dann gewahrt, wenn der Scheck am letzten Tag der Skontofrist versandt wird. Damit setzt sich das Oberlandesgericht zwar teilweise in Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der auf die Verfügungsmöglichkeit des Gläubigers und nicht auf die Zahlungshandlung des Schuldners abgestellt hat, begründet dies aber damit, dass im Rahmen von Skontovereinbarungen der Parteiwille entscheidet und diesen sieht das Oberlandesgericht auch dann als gewahrt an, wenn die Zahlungshandlung, die zu einem schnellen und unstreitigen Zahlungszufluss führte, noch innerhalb der Skontofrist durchgeführt wird.

OLG Stuttgart, Urteil vom 06.03.2012 - 10 U 102/11

- **Verzugszinsen auf Nachtragsforderungen auch ohne Einigung auf einen Preis?**

Der Bundesgerichtshof hat durch ein Urteil vom 25.05.2012 entschieden, dass der Auftragnehmer auch dann Verzugszinsen auf noch nicht (vollständig) bezahlte Abschlagsrechnungen verlangen kann, wenn die Parteien im Zeitpunkt der Stellung der Abschlagsrechnung sich noch nicht auf einen Preis für die Nachtragsleistung geeinigt haben. Er begründet dies damit, dass der Vergütungsanspruch mit der Anordnung des Auftraggebers, zusätzliche Leistungen zu erbringen, entsteht und nicht von der Preisvereinbarung abhängig ist. Insbesondere bei der bei Bauherren nicht unbeliebten Beauftragung von Nachträgen "dem Grunde nach" kann der Auftragnehmer also seine erbrachten Leistungen in die Abschlagsrechnungen aufnehmen und, werden sie nicht bezahlt, daraus später Verzugsansprüche geltend machen. Etwas anderes gilt möglicherweise dann, wenn der Auftragnehmer einen völlig überhöhten und falschen Preis, der sich mit der Vertragskalkulation nicht in Übereinstimmung bringen lässt, in Ansatz bringt

Nicht ausdrücklich entschieden ist, ob der Auftragnehmer bei fortdauernder Nichtzahlung dieser Abschlagsforderungen weitere verzugsbedingte Ansprüche, z.B. auf Zurückhaltung seiner Leistung, geltend machen kann.

Für Bauherren ist dringend zu beachten, dass die Nichtzahlung von unstreitig zusätzlich beauftragten Leistungen auch bei fehlender Einigung über den Preis Verzugsfolgen haben kann.

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.05.2012 - VII ZR 34/11

- **Kaufmännische Rügepflicht bei Lieferung von Betonfertigteilen**

Das OLG Brandenburg hat in einer Entscheidung vom 22.02.2012 einen in der baurechtlichen Gerichtspraxis immer bedeutender werdenden Umstand zu beurteilten gehabt. Im entschiedenen Fall hat eine ARGE, die aus 2 Vollkaufleuten bestand, Betonfertigteile bestellt und geliefert erhalten. Im Vergütungsprozess für die Teile macht sie geltend, sie hätten erhebliche Mängel aufgewiesen. Dieser Einwand wird ihr vom OLG abgeschnitten, unter anderem mit der Begründung, die Betonfertigteile seien nicht rechtzeitig untersucht und gerügt worden. Dabei entscheidet das OLG nicht die Frage, ob eine ARGE, wenn sie aus Vollkaufleuten besteht, selbst Kaufmann ist (wofür viel spricht), da eine der Gesellschafterinnen auch direkte Bestellerin war.

Das Gericht führt aus, dass die von Auftraggeberseite selbst als erheblich bezeichneten Toleranzabweichungen zugleich den Schluss zulassen, dass es sich dabei nicht um versteckte Mängel handelt, da erhebliche Toleranzüberschreitungen, die zur Begründung der Mangelhaftigkeit durchaus geeignet sind, zugleich natürlich auch ohne weiteres erkennbar sind, wenn eine Prüfung erfolgt.

Weiter interessant am Urteil ist, dass das Oberlandesgericht auch statuiert, dass der Lieferant keine Verpflichtung hat, die Tragwerksplanung, die der Fertigung und Bestellung der Teile zu Grunde gelegt wurde, zu überprüfen und auf Bedenken hinzuweisen. Eine solche Verpflichtung treffe den Werkunternehmer sehr wohl, nicht aber den Lieferanten/Verkäufer.

Für unternehmerische Bauherren bedeutet dieses Urteil ein weiteres Mal einen klaren Hinweis darauf, dass sie auf die Baustelle geliefertes Material unverzüglich und sorgfältig prüfen müssen. Lieferanten von Baumaterialien müssen, wenn ihnen gegenüber Schadensersatzansprüche/ Minderungsansprüche geltend gemacht werden, die kaufmännische Rügepflicht zur Verteidigung ihrer Position im Auge behalten.

OLG Brandenburg, Urteil vom 22.02.2012 - 4U 69/11

- **Mangel trotz einwandfreier Verlegung DIN-gemäßer Fliesen?**

Das Oberlandesgericht Hamm hat in einer Entscheidung vom 08.05.2012 einen Fliesenleger für Schadensersatzansprüche haftbar erklärt, die dem Bauherrn dadurch entstanden sind, dass der Fliesenleger Natursteinplatten, die sich in den DIN-Toleranzen bewegt haben, verlegt hat. Zur Begründung verweist das Oberlandesgericht darauf, dass die Parteien die genauen Maße der Platten vertraglich vereinbart hätten. Diese Maße waren, wie nicht unüblich, mit 50/50/1,2 cm angegeben. Der Fliesenleger hat nicht darauf hingewiesen, dass genauere Maßhaltigkeit dadurch erreicht werden kann, dass man - teurere - kalibrierte Fliesen verwendet. Das Oberlandesgericht hat nach Beweisaufnahme angenommen, dass für den Fliesenleger erkennbar war, dass ein besonders hoher optischer Anspruch bestand und er deshalb zur Beratung verpflichtet war, dass gegen einen Mehrpreis eine höhere Maßgenauigkeit der Natursteinplatten erreicht werden kann. Insbesondere bei der Auswahl hochpreisiger und hochwertiger Materialien sei der Fachhandwerker verpflichtet, seine Kunden über Möglichkeiten der Verlegung und Materialauswahl, die zu höherwertigen Ergebnissen führen, umfassend zu beraten.

Das Oberlandesgericht hat insofern die Feststellungen des Sachverständigen nicht entlastend bewertet. Dieser hatte festgestellt, dass die Fliesen zu über 95 % innerhalb der Toleranz verlegt waren! Auch insoweit ist es für den Handwerker nicht nur wichtig, die Bauherren umfassend zu beraten, die Beratung muss auch dokumentiert werden.

OLG Hamm, Urteil vom 08.05.2012 - 21 U 89/11

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

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Wie viele bezahlte Übergangszeiten sind begründet?**

Die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung gegenüber einem Kind besteht bis zum Abschluss einer Erstausbildung, welche der Eignung und dem Leistungswillen sowie dem eigenen Wunsch des Kindes entspricht. Dagegen besteht der Grundsatz der Eigenverantwortung soweit nicht eine allgemeinbildende Schule besucht oder eine Berufsausbildung betrieben wird. Das volljährige Kind muss auch als ungelernte Kraft einer Berufstätigkeit nachgehen, um seinen Lebensbedarf zu decken.

Es ist allerdings anerkannt, dass in einer kürzeren Phase von circa drei Monaten zwischen Abschluss der allgemeinbildenden Schule und dem Beginn einer Berufsausbildung, einem Studium, weiter ein Unterhaltsanspruch, ohne Erwerbsobliegenheit, besteht. Das OLG Karlsruhe hatte sich jetzt mit einem Beschluss v. 8.3.2012, Az. 2 WF 174/11 (NJW 2012, 1599) mit einem Fall zu befassen, in welchem das volljährige Kind nach einem freiwilligen sozialen Jahr eine „Übergangszeit“ von drei Monaten bis zum Beginn einer dreijährigen Ausbildung zum Krankenpfleger hatte, für welche weiter Unterhalt gefordert wurde.

Das OLG Karlsruhe hat entschieden, dass eine „Phase der Erholung und Orientierung“ dem volljährigen Kind grundsätzlich nur nach Abschluss der allgemeinbildenden Schule, nicht in jeder „Übergangszeit“ zwischen zwei Ausbildungsphasen zusteht. Da das unterhaltsberechtigte volljährige Kind eine Erwerbsobliegenheit vor Beginn der Ausbildung hatte, wurde der Unterhaltsanspruch versagt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8.3.2012 - 2 WF 174/11

Stefan Frütsche
Fachanwalt für
Informationstechnologierecht
07131/59412-60
fruetsche@srf-hn.de

IT-RECHT bekommen

- **Handel mit gebrauchter Software**

Mit Urteil vom 03.07.2012 hat der EuGH zur Zulässigkeit des Handels mit gebrauchten Softwarelizenzen Stellung genommen. Hintergrund war eine Klage des Softwareentwicklers Oracle gegen das Unternehmen UsedSoft, das mit gebrauchten Softwarelizenzen handelt.

Der EuGH hat zunächst entschieden, dass der Verkauf gebrauchter Lizenzen grundsätzlich zulässig ist und zwar unabhängig davon, ob die Software auf einem Datenträger (CD oder DVD) vermarktet wurde oder ob ein Download von einer Internetseite erfolgt. Durch das Zurverfügungstellen zum Herunterladen sei ebenso wie beim Verkauf einer verkörperten Kopie eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eingetreten, so dass ein Weiterverkauf der Kopie nicht untersagt werden kann. Allerdings darf im Falle eines Weiterverkaufs der ursprüngliche Erwerber keine Kopie der Software mehr für sich behalten. Soweit die Software heruntergeladen wurde bedeutet dies demnach, dass beim Weiterverkauf die erstellte Kopie auf dem Computer unbrauchbar gemacht werden muss.

Der EuGH stellt weiterhin klar, dass sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auf die Programmkopie in der vom Verkäufer/Hersteller verbesserten und aktualisierten Fassung erstreckt. D.h. beim Weiterverkauf gebrauchter Lizenzen darf die Software in ihrer aktualisierten Version weiterverkauft werden.

Soweit der Erwerber ein Paket mit mehreren Lizenzen erwirbt hat der EuGH allerdings einen Weiterverkauf nicht benötigter Lizenzen untersagt. Eine Aufspaltung der erworbenen Lizenzen sei nicht zulässig, so dass das Lizenzpaket nur insgesamt veräußert werden kann.

EuGH, Urteil vom 03.07.2012 - C-128/11

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Anforderungen an eine arglistige Täuschung**

Der Kläger erwarb 1993 durch einen Anlagevermittler eine Eigentumswohnung zu Steuersparzwecken. Im Verkaufsprospekt war eine gezahlte Innenprovision von 18,24 % nicht ausgewiesen. Der Prospekt enthält lediglich die Information, dass für das Grundstück, Gebäude inklusive Vertrieb und Marketing 76,70 % des Gesamtaufwandes verbraucht werden. Verschwiegen wurde, dass eine Innenprovision i.H.v. 18,24 % darin eingepreist wurde. Im Verkaufsgespräch wurde ein Berechnungsbeispiel durchgeführt, in welchem eine an den Vermittler zu zahlende Bearbeitungsgebühr i.H.v. 3 Prozent zuzüglich Umsatzsteuer ausgewiesen war. Die Kläger sind der Ansicht, dass diese gegen die finanzierende Bank Schadensersatzansprüche wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung haben und wenden sich gegen die Rückzahlung des Darlehens. Zunächst

weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass die Kläger ihre Schadensersatzansprüche nicht beziffern müssen, um einzuwenden, dass die finanzierende Bank die Rückzahlung des Darlehens nicht durchsetzen kann. Denn der Schadensersatzanspruch der Kläger ist darauf gerichtet, die Kläger so zu stellen, wie sie ohne die schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung stünden. Ohne diese Pflichtverletzung wäre jedoch der Darlehensvertrag nicht geschlossen worden, so dass der von den Klägern geltend gemachte Anspruch auf die vollständige Rückabwicklung des Anlagegeschäftes gerichtet ist. Ob bei den Klägern irgendwelche Vorteile verbleiben (Steuervorteil, Mieteinnahmen) ist unerheblich, denn unabhängig dieser Vorteilsausgleichung kann bei Bestehen des Schadenersatzanspruches keine Rückzahlung der Darlehensvaluta erfolgen.

Eine finanzierende Bank ist bei steuersparenden Modellen nur unter engen Voraussetzungen verpflichtet, über die Risiken des finanzierenden Anlagegeschäftes zu informieren. Dies ist dann der Fall, wenn die Bank in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem der Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann. Auf eine im Kaufpreis enthaltene und an den Vertrieb gezahlte versteckte Innenprovision muss die finanzierende Bank, mit welcher kein Anlageberatungsvertrag geschlossen wurde, nicht hinweisen. Etwas anderes gilt erst dann, wenn es zu einer so wesentlichen Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert kommt, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss. Hierzu wurde im konkreten Fall jedoch nichts festgestellt. Auch verneint der Bundesgerichtshof eine arglistige Täuschung, da die Käufer auf eine weitere Provision hingewiesen wurden. Im Verkaufsprospekt heißt es nämlich, dass in dem Anteil von 76,70 % für Grundstück, Gebäude inklusive Vertrieb und Marketing ein nicht weiter aufgeschlüsselter Teil für Vertrieb und Marketing enthalten war. Eine arglistige Täuschung war auch dem vorformulierten Berechnungsbeispiel nicht zu entnehmen. Dieses weist lediglich die vom Anleger direkt an den Vermittler zu zahlende Vergütung aus. Unzutreffende oder abschließende Erklärungen enthält dieses nicht. Im Gegenteil, es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass verschiedene Vermittler mit dem Vertrieb der Kapitalanlage vertraut sind und diese zusätzlich für eine zwischengeschaltete Vertriebsbeauftragte tätig werden. Schon daraus wird deutlich, dass neben der offenen Gebühr von 3 % zuzüglich Umsatzsteuer weitere Provisionen anfallen. Da keine falschen Angaben gemacht worden sind, schied eine arglistige Täuschung aus.

Der Anleger, der Schadensersatzansprüche geltend macht, wird sauber herausarbeiten müssen, ob der Anspruchsgegner tatsächlich eine Aufklärungspflicht trifft. Dies ist bei Banken nur in engen Grenzen der Fall. Auch die Hürde einer arglistigen Täuschung ist hoch und schwer zu beurteilen, wie die Divergenz zwischen den Entscheidungen des BGH und des Berufungsgerichtes zeigt.

BGH, Urteil vom 5.6.2012 - XI ZR 175/11

- **Betriebskostenabrechnung: Kosten des Hauswarts und Verwaltungskosten**

Die Vertragsparteien streiten darüber, ob die Mieterin verpflichtet ist, im Rahmen der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2005 Kosten für den Hauswart in Höhe von EUR 90.094,59 und Verwaltungskosten in Höhe von EUR 72.343,63 zu zahlen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 21.7.2011 (24 U 153/10) entschieden, dass dem Vermieter diese Kosten nicht zustehen.

Kosten des Hauswarts

Nach dem Mietvertrag war die Mieterin verpflichtet, die Kosten des Hauswarts anteilig zu tragen. Der Hauswart, genauer: die von der Vermieterin angestellten Hausmeister, übten aber auch Tätigkeiten aus, deren Kosten nicht umlagefähig sind, nämlich Tätigkeiten bei der Verwaltung, Instandhaltung und Instandsetzung. Dem Vermieter war es nicht gelungen, diese nicht umlagefähigen Kosten für Haus-warttätigkeiten bei der Verwaltung, Instandhaltung und Instandsetzung des Grundstücks nachvollzieh-bar aufzuschlüsseln. Aus diesem Grunde hat das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden, dass die gesamte Position Kosten des Hauswarts von der Mieterin nicht bezahlt werden muss. Das Oberlandesgericht führt aus, umlagefähige Kosten des Hauswarts müssten gegen nicht umlagefähige Kosten für dessen Tätigkeiten bei der Verwaltung, Instandhaltung und Instandsetzung des Grundstücks abgegrenzt und nachvollziehbar aufgeschlüsselt werden, wobei den Vermieter die Darlegungs- und Beweislast trifft (vgl. BGH NJW 2008, 1801, 1802). Findet, wie im Streitfall, eine solche detaillierte Abgrenzung nicht statt, können die nicht umlagefähigen Kosten aus den ausgewiesenen Gesamtkosten dieser Position nicht herausgerechnet werden, was zu deren kompletter Unschlüssigkeit führt. Der Vermieter kann also die gesamte Position Kosten des Hausrats nicht auf den Mieter umlegen.

Verwaltungskosten

Nach dem Mietvertrag war die Umlage der "Kosten für das Management" vereinbart. Der Vermieter rechnete Verwaltungskosten in Höhe von EUR 72.143,63 ab. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat entschieden, dass auch diese Kostenposition nicht von der Mieterin getragen werden muss.

Zwar scheitert die Umlage der Verwaltungskosten nicht an fehlender Bestimmtheit dieses Kostenbe-

griffs, der auch im gewerblichen Mietrecht im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Betriebskostenverordnung auszulegen und deshalb auch ohne zusätzliche Erläuterung hinreichend bestimmt ist (vgl. BGHZ 183, 299). Die Umlage von Verwaltungskosten scheitert aber daran, dass sie mietvertraglich gar nicht vereinbart worden ist. Vereinbart worden ist vielmehr die Umlage der "Kosten für das Management". Die-ser Kostentitel ist intransparent sowie nach Grund und Höhe unbestimmt (vgl. BGH NZM 2010, 279). Denn er erfasst begrifflich sogar die Kosten der steuerlichen und rechtlichen Beratung des Vermieters. Die Klausel benachteiligt den gewerblichen Mieter unangemessen, weshalb sie gemäß § 307 BGB unwirksam ist (vgl. BGH NZM 2005, 863 und NZM 2006, 775).

Die Anwendung der unwirksamen Klausel ("Kosten für das Management") kann nicht auf einen wirksamen Teil (Verwaltungskosten) reduziert werden. Das wäre nur möglich, wenn unter Streichung des unwirksamen Teils der Klausel eine sinnvolle anwendbare Restregelung verbliebe. Das trifft im Streit-fall nicht zu, weil nach der Streichung des Begriffs "Management" nur noch ein sinnloses Klauselfragment übrig bliebe. Einen Sinn würde die Klausel nur dann ergeben, wenn der Begriff "Management" nicht nur gestrichen, sondern durch den Begriff "Verwaltungskosten" ersetzt würde. Das ist indes im Zuge der Klauselkontrolle nicht zulässig.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.7.2011 - 24 U 153/10

- **Nichtzustandekommen eines Miet- oder Nutzungsvertrages wegen offenen Einigungsmangels**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf musste mit Beschluss vom 10.1.2012 (24 U 96/11) einen Sachverhalt beurteilen, der in der Praxis des gewerblichen Mietrechts nicht selten auftritt.

Die Mieterin betrieb ein Fitnessstudio. Sie wurde insolvent und verkaufte das Inventar an die Beklagte. Die Beklagte betrieb das Fitnessstudio mit dem erworbenen Inventar in den Räumen der Klägerin mit deren Einverständnis fort. Es wurden Verhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrages geführt. Die Klägerin erstellte den Entwurf eines Mietvertrages, der Gegenstand von Verhandlungen war. Bei einer Besprechung am 14.7.2007 kam es nicht zur Unterzeichnung eines Mietvertrages, weil auf Wunsch der Beklagten noch in den Vertrag aufgenommen werden sollte, welche konkreten Reparaturarbeiten von der Klägerin bis zu welchem Termin noch durchgeführt werden sollten. Nach der Besprechung vom 14.7.2007 wurde zur weiteren Klärung zwar vereinbarungsgemäß eine gemeinsame Begehung des Objekts durchgeführt. Anlässlich dieser Begehung wurde jedoch eine genaue Festlegung der durchzuführenden Reparaturarbeiten nicht vorgenommen. Es wurde lediglich "im wesentlichen Übereinstimmung" darüber erzielt, welche Arbeiten vorzunehmen waren, und es wurde "grob ins Auge" gefasst, dass diese Arbeiten etwa in einem halben Jahr erledigt sein sollten. Eine abschließende Einigung darüber, welche konkreten Reparaturarbeiten von der Klägerin bis zu welchem Termin durchgeführt werden sollten, wurde damit aber nicht erzielt.

Ein schriftlicher Mietvertrag wurde nicht unterzeichnet. Auch kam keine Einigung über die noch offene Frage der Mängelbeseitigung zustande. Die Verhandlungen der Parteien gerieten in der Folgezeit nämlich ins Stocken, nachdem die Beklagte die im Vertragsentwurf vorgesehenen Entgelte teils verspätet, teils gar nicht zahlte und die Klägerin daraufhin ihre Absicht, bestimmte Mängel der Räume zu beseitigen, zurückstellte. Mit Schreiben vom 22.1.2007 brach die Klägerin die Vertragsverhandlungen schließlich ab, wobei sie mitteilte, dass sie endgültig dazu entschlossen sei, "vom Abschluss des vorgesehenen Mietvertrags abzusehen".

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat entschieden, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten kein Mietvertrag zustande gekommen ist. Rechtsfolge ist, dass der Klägerin auch die im Vertragsentwurf vorgesehene "Miete" nicht zusteht und auch keine Nutzungsentschädigung in Höhe der vorgesehenen Miete. In Betracht kommen allenfalls bereicherungsrechtliche Ansprüche, über die das Ober-landesgericht Düsseldorf aber nicht zu entscheiden hatte.

Da im Streitfall zur Regelung aller wesentlichen Punkte mit einer Vertragslaufzeit von mehr als einem Jahr und zahlreichen Nebenbestimmungen der Abschluss eines schriftlichen Mietvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten beabsichtigt und zur Absicherung der beiderseitigen Interessen gemäß § 550 BGB ("Wird der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen, so gilt er für unbestimmte Zeit. Die Kündigung ist jedoch frühestens zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung der Mietsache zulässig.") gesetzlich auch geboten war, ein Mietvertrag aber mangels Einigung über alle von den Parteien als regelungsbedürftig angesehenen Punkte nicht zu Stande gekommen ist, kann auch nicht angenommen werden, dass stattdessen aufgrund eines bei Nutzungsbeginn herrschenden Einverständnisses über einen Teil der beabsichtigten vertraglichen Regelung ein mündlicher Vertrag in Form eines entgeltlichen Nutzungsvertrages geschlossen wurde. Für jeden Vertrag, gleich welcher Art, somit auch für einen entgeltlichen Nutzungsvertrag, ist die Einigung über die auch nur von einer Partei als wesentlich angesehenen Vertragspunkte gemäß § 154 Abs. 1 BGB unabdingbare Voraussetzung. Daran fehlte es aber hier. Denn für die Beklagte war ins-besondere die Frage der Mängelbeseitigung wesentlich.

Der Beklagten sind die Räume vielmehr nur vorläufig überlassen worden in der Erwartung, dass

ein Mietvertrag zu noch endgültig auszuhandelnden Konditionen zustande kommen werde. Eine vertragliche Bindung entstand auch nicht dadurch, dass die Beklagte einen Teil der Entgelte in der Höhe, wie sie vertraglich vereinbart werden sollte, jedenfalls zum Teil bezahlt hatte.

Von einem mündlich zustande gekommenen Mietvertrag könnte bei vollzogener Gebrauchsüberlassung nur dann ausgegangen werden, wenn die Parteien letztlich übereinstimmend weitere Vertragsverhandlungen eingestellt hätten, verbunden mit dem beiderseitigen Willen, den Vertrag nun zu den Konditionen durchzuführen, über die Einvernehmen erzielt werden konnte und im Übrigen zu den gesetzlichen Bedingungen (so BGH NJW 2009, 433). Nur unter solchen Umständen wäre die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB ("Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.") nicht anwendbar. Ein solches Einverständnis haben die Parteien im Streitfall indes niemals erzielt. Sie sind beide davon ausgegangen, dass noch eine Regelung über die offene Frage der Mängelbeseitigung getroffen werden musste, welche für die Beklagte erkennbar wesentliche Bedeutung hatte. Es hat hier deshalb bei der Auslegungsregel des § 154 Absatz 1 S. 1 BGB zu bleiben, derzufolge ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen ist, solange die Parteien sich noch nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf musste nicht entscheiden, welche Ansprüche der Klägerin zustehen. Diese Frage war also nicht Gegenstand des Rechtsstreits, muss aber für den interessierten Leser natürlich dennoch beantwortet werden.

Überlässt der Vermieter einem Mietinteressenten, mit dem er in Vertragsverhandlungen steht, das Mietobjekt im Vorgriff auf den angestrebten Vertrag zum Gebrauch, so begründet die faktische Gebrauchsüberlassung im Regelfall kein eigenständiges Vertragsverhältnis. Die Nutzung fremden Eigentums ist bei dieser Sachlage nicht rechtswidrig, so dass Ansprüche wegen unerlaubter Handlung nicht entstehen. Auch Ansprüche auf Nutzungsentschädigung oder Schadensersatz aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff. BGB) greifen nicht ein, weil die gewollte Besitzüberlassung dem in Aussicht genommenen Mieter dem Vermieter gegenüber so lange ein Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 BGB) gibt, bis das Scheitern des Vertragsschlusses feststeht.

Da aber nach der Vorstellung der Beteiligten bei solcher Art Gebrauchsüberlassung der Rechtsgrund hierfür durch Abschluss eines Mietvertrages später geschaffen werden soll, werden Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung begründet, wenn es, der Erwartung zuwider, nicht zum Vertragsschluss kommt (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB).

Die ungerechtfertigte Bereicherung, die der vorgesehene Mieter danach im Verhältnis zum Vermieter auszugleichen hat, besteht in der Ersparnis der Mietaufwendungen, die die Nutzung eines Mietobjektes vergleichbarer Größe, Beschaffenheit und Lage normalerweise erfordern würde (BGHZ 44, 241).

Dieser Betrag kann höher oder niedriger sein als die Miete, die die Vertragsparteien in Aussicht genommen hatten. Sie gibt zwar einen Anhaltspunkt für die Höhe der angemessenen Nutzungsvergütung. Der Wert der Bereicherung muss jedoch unter Berücksichtigung aller Umstände ermittelt werden. Eine kurzfristige Nutzung kann wertlos sein, wenn eine langfristige Nutzung in Aussicht genommen war (so OLG Rostock OLGR 2000, 245).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.1.2012 - 24 U 96/11

- **Verjährung einer Frachtforderung bei Aufrechnung trotz Aufrechnungsverbot**

Das Landgericht Krefeld hat mit Urteil vom 03.07.2012 zur Frage der Verjährung einer Frachtforderung im Falle der Aufrechnung des Auftraggebers mit Schadensersatzansprüchen trotz Aufrechnungsverbot gemäß Ziffer 19 ADSp Stellung genommen. Hintergrund der Entscheidung war die Klage eines Frachtführers auf restliche Transportvergütung. Der Auftraggeber hatte gegen die Forderung mit eigenen Ansprüchen die Aufrechnung erklärt. Mit Urteil vom 22.04.2010 (I ZR 31/08) hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass im Falle der Nichtzahlung einer berechtigten Forderung die dreijährige Verjährungsfrist gelte, da die Nichtzahlung auf vorsätzlichem Verhalten beruhe. Diese Grundsätze sind aber aus Sicht des Landgerichts nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Ein qualifiziertes Verschulden sei dem Auftraggeber dann vorzuwerfen, wenn er entgegen besseren Wissens die Existenz eines Anspruchs abstreitet oder wider besseren Wissens behauptet, dass der gegen ihn gerichtete Anspruch nicht in der geltend gemachten Höhe entstanden sei. Hiervon könne aber nur ausgegangen werden, wenn es auf der Hand liege, dass die für die Leistungsverweigerung genannten Gründe nur vorgeschoben sind. Diese Voraussetzungen seien aber nicht erfüllt,

wenn wie im vorliegenden Fall die Forderung an sich unstreitig war und der Auftraggeber lediglich aufgrund einer Aufrechnung, mag diese auch wegen eines Aufrechnungsverbots unwirksam sein, die Zahlung verweigert hat.

LG Krefeld, Urteil vom 03.07.2012 - 12 O 23/12

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

VERKEHRSRECHT bekommen

Die ewige Auseinandersetzung um den Steinschlagschaden

Eine ebenso häufig vorkommende wie ersatzlose Fahrzeugbeschädigung ist der Steinschlagschaden. Unabhängig von Ersatzansprüchen gegen die eigene Teil-Kaskoversicherung scheitern Ansprüche gegen andere Verkehrsteilnehmer/deren Kfz-Haftpflichtversicherung entweder bereits am Nachweis, dass die Schädigung von einem bestimmten anderen Fahrzeug ausgegangen ist, zumindest jedoch an der Haftungsbefreiung durch den Nachweis der Unabwendbarkeit seitens des anderen Fahrers. Wird nämlich ein auf der Straße liegender Stein durch ein Fahrzeug beim Überfahren aufgewirbelt und hierdurch ein nachfolgendes Fahrzeug beschädigt, ist dies für den vorausfahrenden Fahrer unabwendbar, so dass dieser gemäß § 17 Abs. 2, 3 StVG nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Dies gilt allerdings nicht, soweit es sich beim schadenverursachenden Stein um verlorene Ladung handelt. Das Landgericht Heidelberg hat in einem Urteil vom 21.10.2011 (DAR 2012, 337) nunmehr über die Entscheidung zur Beweislast einem Geschädigten die Durchsetzung von Ansprüchen ermöglicht, obwohl sich nicht nachweisen ließ, ob ein Stein der Ladung den Schaden verursacht hat, oder ob ein auf der Straße liegender Stein aufgewirbelt wurde. Die I. Instanz hatte die Klage noch abgewiesen mit der Begründung, der Geschädigte habe die genaue Unfallursache (herabgefallene Ladung/aufgewirbelter Stein) nachzuweisen und dies sei nicht gelungen.

Dagegen hat das Landgericht Heidelberg als Berufungsinstanz entschieden, dass der Nachweis, hier durch eine Beifahrerin als Zeugin, dass der schadenverursachende Stein vom vorausfahrenden Lkw stammt genüge, um die Haftung nach § 7 StVG (Verursachung eines Sachschadens beim Betrieb eines Kfz) zu begründen. Die weitere Klärung, ob es sich um einen herabgefallenen oder aufgewirbelten Stein handelte, betreffe die Entlastungsmöglichkeit durch Nachweis eines unabwendbaren Ereignisses, dieser sei jedoch durch den Lkw-Fahrer/dessen Haftpflichtversicherung zu führen. Da der Entlastungsbeweis nicht gelungen ist, erhielt der Kläger die Scheibe ersetzt.

Es ist zwar unwahrscheinlich, dass diese Sichtweise sich "flächendeckend" durchsetzt. Bei entsprechender Unfallsituation lässt sich mit einem solchen Urteil jedoch jedenfalls außergerichtlich möglicherweise eine Zahlung der Versicherung erreichen.

LG Heidelberg, Urteil vom 21.10.2011 – 5 S 30/11

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

WEG-RECHT bekommen

Zahlungen des Wohnungseigentümers mindern das Quotenvorrecht nicht

Der Bundesgerichtshof hat bereits mit Beschlüssen vom 4.2.2010 (Az. V ZB 129/09) und 24.6.2010 (V ZB 17/10) entschieden, dass der der Wohnungseigentümergemeinschaft nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 S. 3 ZVG zustehende Höchstbetrag des Vorrangs im Zwangsversteigerungsverfahren von max. 5 % des festgesetzten Verkehrswertes von dieser im selben Zwangsversteigerungsverfahren nur einmal beansprucht werden kann. Mit dieser Grenze sollen nämlich die Belastungen für die nachrangigen Real-kreditgläubiger kalkulierbar gemacht werden und auf ein angemessenes Maß beschränkt bleiben. Diesen Gläubigern geht somit maximal ein Betrag von 5 % des festgesetzten Verkehrswertes vor. Könnte dieser Vorrang mehrfach in Anspruch genommen werden, widerspräche dies dem Zweck dieser Vorschrift, die nachrangigen Gläubiger nur mit 5 % des Verkehrswertes zu belasten. Werden die Hausgeldansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft von anderen Gläubigern abgelöst, gehen diese nach § 268 Abs. 3 S. 1 BGB auf diese über. Der Gläubiger wird Inhaber dieser Ansprüche. Nach §§ 401, 412 BGB tritt dieser in vollem Umfang in die Rechtsstellung des bisherigen Gläubigers im Zwangsversteigerungsverfahren ein und erwirbt auch dessen Rangstelle. Dieser Gläubiger kann daher die Zwangsversteigerung auch gegen den Willen des Schuldners und anderer Gläubiger in der Rangklasse 2 weiterbetreiben. Wäre es der Wohnungseigentümergemeinschaft erlaubt, weitere Ansprüche der Rangklasse 2 geltend zu machen, so würden den nachrangigen Gläubigern nicht nur der abgelöste Anspruch, sondern auch weitere Ansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft, die wiederholt geltend gemacht werden, vorgehen. Damit würde die Grenze von 5 % des festgesetzten Verkehrswertes überschritten, was vermieden werden soll.

Wenn der Schuldner auf die angemeldeten Hausgeldansprüche zahlt, stellt sich die Sachlage je-

doch anders dar. Zahlungen des Schuldners, die dieser auf die Hausgeldzahlungen leistet, berühren das Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht. Denn seine Zahlungen führen dazu, dass das Schuldverhältnis gemäß § 362 Abs. 1 BGB erlischt. Dieser erfüllte Anspruch besteht nicht mehr und geht auch nicht auf einen anderen Gläubiger über. Aus diesem Anspruch kann keine Zwangsverstei-gerung betrieben werden. Es ist deshalb ausgeschlossen, dass die nachrangigen Gläubiger mit bevorrechtigten Hausgeldansprüchen von insgesamt mehr als 5 % des Verkehrswertes ausfallen oder mehr als 5 % aufwenden müssen, um eine Ablösung zu leisten. Daher darf eine Wohnungseigentümergemeinschaft mehr als 5 % des Verkehrswertes an Hausgeldforderungen geltend machen, wenn der Schuldner Zahlungen auf diese erbracht hat.

BGH, Beschluss vom 14.6.2012 - ZB 194/11

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

Kurze Verjährungsfrist bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel

Der Mieter einer Wohnung zahlte an den Vermieter einen Ausgleichsbetrag für nicht durchgeführte Schönheitsreparaturen. Kurz vor Ablauf von drei Jahren nach dieser Zahlung erhob der Mieter Klage auf Rückzahlung dieses Betrages mit dem Argument, dass die Schönheitsreparaturklausel unwirksam war und der Vermieter daher ungerechtfertigt bereichert ist. Das Berufungsgericht gab der Klage mit dem Argument statt, dass die kurze sechsmonatige Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB nicht auf Abgeltungsbeträge anwendbar ist, die für nicht ausgeführte Schönheitsreparaturen zu zahlen sind, da der Zustand der Mietsache bei Beendigung des Mietverhältnisses keine Rolle spiele, so dass das zentrale Argument des § 548 Abs. 2 BGB entfällt.

Der Bundesgerichtshof teilt diese Rechtsansicht nicht. Denn sämtliche Ansprüche, die der Mieter wegen der Durchführung von Schönheitsreparaturen gegen den Vermieter erhebt, unterliegen der kurzen Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 2 BGB und damit auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Es macht insbesondere keinen Unterschied, ob der Mieter in Verkennung der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel diese selbst durchführt und hierfür den aufgewendeten Betrag fordert oder der Mieter an den Vermieter einen Abgeltungsbetrag für nicht durchgeführte Schönheitsreparaturen bezahlt. Bei beiden Leistungen handelt es sich um Aufwendungen auf die Mietsache im Sinne des § 548 Abs. 2 BGB. Auch trifft es nicht zu, dass bei Rückforderung eines Abgeltungsbetrags es sich um einen Anspruch handelt, der vom Zustand der Mietsache nicht abhängt. Denn auch der Bereicherungsanspruch nach Durchführung der Schönheitsreparaturen ist vom Zustand der Mietsache unabhängig. Bei beiden Fallgestaltungen handelt es sich um Ansprüche, die im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache stehen. Leistungen werden nämlich im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache erbracht, so dass alsbald nach Beendigung des Mietverhältnisses Klarheit über derartige Ansprüche herrschen soll. Es gibt auch keinen Rechtfertigungsgrund, die beiden Fallgestaltungen unterschiedlich zu behandeln.

Sofern Mieter den Verdacht hegen, dass die Schönheitsreparaturen zu Unrecht erbracht wurden oder Abgeltungsbeträge zu Unrecht entrichtet worden sind, müssen sie schnell handeln. Denn ihre Ansprüche verjähren nach § 548 Abs. 2 BGB innerhalb von sechs Monaten nach Rückgabe der Mietsache.

BGH, Urteil vom 20.6.2012 - VIII ZR 12/12