SRF-Newsletter 9/2012

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

ARBEITSRECHT bekommen

- **Voraussetzungen des Annahmeverzugslohns und Bindung des Arbeitnehmers an eine Weisung des Arbeitgebers bis zur gerichtlichen Feststellung deren Unwirksamkeit**

  Das Bundesarbeitsgericht hat folgenden Sachverhalt entschieden:

  Ein Lehrer wurde zum 30.06.2007 gekündigt, nachdem er zuvor seit Oktober 2006 arbeitsunfähig krank war, im Nachgang zu einer ihm nicht gefallenden Versetzung. Im Jahr 2009 klagt der Arbeitnehmer Annahmeverzugslohn ein, nachdem seine Kündigungsschutzklage erfolgreich war und zwar für den Zeitraum vom 02.07.2007 bis 10.12.2008. Er machte dabei geltend, dass er mit Ablauf der Kündigungsfrist wieder arbeits- und leistungsfähig, darüber hinaus leistungswillig gewesen sei.

  Das Bundesarbeitsgericht hat dazu ausgeführt, dass das Zusammenfallen zwischen Ablauf der Kündigungsfrist und dem behaupteten Ende der Arbeitsunfähigkeit nach einer mehrmonatigen Erkrankung eine Indizwirkung dafür ergibt, dass die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich noch fortbestand. Der Arbeitgeber könne mehr als diesen äußeren Zusammenhang nicht vortragen, da ihm Wahrnehmungsmöglichkeiten und Erkenntnisse, die darüber hinausgehen, fehlen. Der Kläger hat es im Verfahren unterlassen, diese Indizien durch konkreten Sachvortrag, warum er gerade zum Ablauf der Kündigungsfrist genesen war, zu erschüttern, was dem Annahmeverzugslohn entgegenstand.

  Das Bundesarbeitsgericht führt in der Entscheidung weiterhin aus, dass die Frage, ob die vor der Kündigung ausgesprochene Versetzung des Lehrers wirksam oder unwirksam war, deswegen für die Frage der Leistungsfähigkeit dahinstehen kann, da der Lehrer auch bei einer nicht billigem Ermessen entsprechenden Versetzung die Weisung zunächst einmal zu befolgen hat und deren Unwirksamkeit gerichtlich feststellen lassen muss. Bis dahin ist die Versetzung aufgrund der das Arbeitsverhältnis prägenden Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers wirksam. Für die Frage des Annahmeverzugslohns selbst kann es deswegen auf die Wirksamkeit der Versetzung ankommen, da sich der Leistungswille des Arbeitnehmers auf die konkret geschuldete Tätigkeit beziehen muss.

  BAG, Urteil vom 22.02.2012 - 5 AZR 249/11

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

ERBRECHT bekommen

- **Änderung der Rechtsprechung zum Pflichtteilsergänzungsanspruch**

  Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung zum Pflichtteilsergänzungsanspruch mit Urteil vom 23.05.2012 (IV ZR 250/11) korrigiert und die bisherige Auffassung, wonach der Pflichtteilsergänzungsanspruch davon abhängt, ob Abkömmlinge vor oder nach der zur Ergänzung des Pflichtteils berechtigenden Schenkung geboren wurden, aufgegeben.

  Hintergrund der Entscheidung war der Anspruch eines pflichtteilsberechtigten Abkömmlings, der wegen einer Schenkungen vor seiner Geburt Auskunftsansprüche gegen den Erben geltend machte. Dieser Anspruch wurde dem pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge nach bisheriger Rechtsprechung mit der Begründung versagt, dass das Pflichtteilsrecht erst mit der Geburt entstehe und für davor liegende Vorgänge keine Rechte hergeleitet werden könnten. Hierin sieht der Bundesgerichtshof nunmehr eine Ungleichbehandlung, da das Bestehen eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs nur von dem zufälligen Umstand abhängig ist, ob die Abkömmlinge vor oder erst nach der Schenkung geboren werden. Tatsächlich komme es für den Pflichtteilsergänzungsanspruch allein darauf an, ob die Pflichtteilsberechtigung zum Zeitpunkt des Erbfalls bestehe und nicht darauf, wann die Schenkung veranlasst wurde.

  Die Korrektur der Rechtsprechung ist zu begrüßen, da die bisher vertretene "Theorie der Doppelberechtigung" nicht nachvollziehbar war und nunmehr eine größere Einzelfallgerechtigkeit besteht.

  BGH, Urteil vom 23.05.2012 - IV ZR 250/11

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Unterhaltsrechtfertigung durch ehebedingten Nachteil**

  Durch die Reform des nachehelichen Unterhalts mit Wirkung ab 1.1.2008 wurde die Eigenverantwortung gestärkt. Zentrale Änderung war jedoch die Möglichkeit der Begrenzung sowie auch die Befristung nachehelichen Unterhalts

gemäß § 1578 b BGB. Eine Befristung tritt insbesondere dann nicht ein, soweit eine Ehe von langer Dauer vorliegt sowie der Unterhaltsberechtigte in den eigenen Einkommensmöglichkeiten ehebedingte Nachteile erlitten hat. Eine Ehe von langer Dauer liegt bei mehr als 20 Jahren, gerechnet von der standesamtlichen Heirat bis zur Zustellung des Scheidungsantrages, vor. Durch den Bundesgerichtshof wurde jedoch mehrfach entschieden, dass das Kriterium eines ehebedingten Nachteils in den eigenen Einkommensmöglichkeiten stärker zu gewichten ist.

Nunmehr war durch den Bundesgerichtshof in einem Urteil v. 7.3.2012, Az. XII ZR 25/10, NJW 2012, 1506, über ein Berufungsurteil des OLG Schleswig zu entscheiden, in welchem letztendlich längere Kinderbetreuungszeiten der unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehefrau aus einer Zeit nicht ehelicher Lebensgemeinschaft der Ehedauer zugerechnet wurden. Der Bundesgerichtshof hat, nach dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift konsequent, eine solche „Einbeziehung“ einer vor Heirat bestehenden nicht ehelichen Lebensgemeinschaft, diesbezüglichen Rollenverteilung, abgelehnt. Es wurde lediglich deutlich gemacht, dass die Fortsetzung einer solchen Rollenverteilung nach Heirat, welche zu beruflichen Nachteilen führt, für sich einen ehebedingten Nachteil begründen kann. Damit wurde dem Argument eine Absage erteilt, die bereits bei Heirat nicht mehr ausgeübte Berufstätigkeit, wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes, habe generell nicht zu einem ehebedingten Nachteil geführt, wegen „Erwerbslosigkeit bei Heirat“.

Dies deckt sich mit einer generellen Handhabung, dass nur die objektive Gestaltung von Haushaltsführung und Berufstätigkeit betrachtet wird, ohne darauf einzugehen, aus welchen Gründen die eheliche Lebensgemeinschaft so gestaltet wurde.

Die neue Unterhaltsregelung sucht nach einer Einzelfallgerechtigkeit. Nach der durch den BGH beanstandeten Entscheidung des OLG Schleswig führt dies manchmal jedoch zu einer Argumentation, welche nicht mehr durch die gesetzliche Regelung gedeckt ist.

BGH, Urteil vom 7.3.2012 - XII ZR 25/10

- **Anforderungen an den die Beanstandung einer Mobilfunkrechnung**

Das Landgericht Heidelberg hat mit Urteil vom 27.06.2012 (1 S 54/11) zu den Anforderungen an die Beanstandung einer Mobilfunkrechnung Stellung genommen. Im zur Entscheidung vorliegenden Fall hatte der Nutzer die in Rechnung gestellten Beträge lediglich pauschal sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach bestritten und die monatlichen Rechnungen nicht bezahlt. Daraufhin klagte das Mobilfunkunternehmen die rückständigen Beträge ein. Das Landgericht Heidelberg hat dem Mobilfunkunternehmen recht gegeben. Zwar seien nach § 45i TKG an die Beanstandung einer Mobilfunkrechnung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Der Nutzer müsse seine Beanstandung aber zumindest schlüssig darlegen, dies unter Angabe nachvollziehbarer Gründe bestreiten und dürfe sich nicht darauf beschränken die Rechnung insgesamt pauschal zu beanstanden. Da eine nähere Darlegung der Einwendungen gegen die Rechnungen auch im gerichtlichen Verfahren nicht erfolgt ist, wurde der Nutzer zur Zahlung der in Rechnung gestellten Beträge verurteilt.

Bestehen Einwendungen gegen die Telefonrechnung, reicht es demnach nicht aus, seinen Anbieter zu kontaktieren und auf einen Fehler zu verweisen. Vielmehr ist konkret darzulegen, woraus sich ein entsprechender Fehler der Rechnung aus Sicht des Nutzers ergibt, um dem Anbieter insoweit eine Überprüfung zu ermöglichen.

LG Heidelberg, Urteil vom 27.06.2012 - 1 S 54/11

- **Verantwortlichkeit des Anbieters für Wettbewerbsverstöße bei Amazon**

Das Landgericht Bremen hat entschieden, dass der Anbieter von Waren auf einer Verkaufsplattform wie Amazon verpflichtet ist, zu prüfen, ob der Betreiber der Plattform von ihm verlangte Änderungen auch tatsächlich vornimmt.

Hintergrund der Entscheidung war, dass der Anbieter von einem Dritten wegen der Verwendung urheberrechtlich geschützter Bilder abgemahnt wurde. Die Nutzung der Bilder wurde gerichtlich unter Androhung eines Ordnungsgeldes untersagt. Der Anbieter hat sodann telefonisch mit Amazon Kontakt aufgenommen und die Entfernung der Bilder verlangt. Die Löschung ist aber offensichtlich unterblieben.

Nach Auffassung des Landgerichts Bremen ist damit das Ordnungsgeld verwirkt. Es liege im Verantwortungsbereich des Anbieters, nach einer gerichtlichen Untersagung dafür zu sorgen, dass die urheberrechtswidrigen Inhalte entfernt werden. Hierfür reiche es nicht aus, Amazon telefonisch zur Entfernung aufzufordern. Vielmehr sei zusätzlich zu prüfen, ob diese Anweisung auch befolgt wird. Gegen diese Kontrollpflicht habe der Anbieter verstoßen, sodass das Ordnungsgeld verwirkt sei.

LG Bremen, Beschluss vom 08.12.2011 - 7 O 1139/11

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **100 % Tochter braucht nicht über Provisionen aufzuklären**

  Eine Anlegerin nimmt eine hundertprozentige Tochter einer Sparkasse auf Schadensersatz in Anspruch, nachdem diese im Zusammenhang mit dem Beitritt zu einem Medienfonds beraten hat. Unter anderem wurde damit argumentiert, dass die Beklagte nicht über so genannte Rückvergütungen aufgeklärt hat. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass im Gegensatz zu einer Bank ein freier, nicht bankmäßig gebundener Anlageberater nicht verpflichtet ist, den Anleger ungefragt über den Umstand der Zahlung einer Provision aufzuklären (III ZR 245/10). Die unterschiedliche Behandlung des freien Beraters im Gegensatz zur Bank folgt aus der unterschiedlichen Erwartungshaltung, die ein Anleger hat. Bei einem freien Anlageberater kann der Anleger nicht berechtigterweise annehmen, dass ein solcher die Leistungen kostenlos erbringen würde. Nunmehr hatte der Bundesgerichtshof über die Fallgestaltung zu beurteilen, in welcher eine hundertprozentige Tochter einer Bank als selbstständiges Unternehmen die Beratung durchführte. Der Bundesgerichtshof entscheidet dahingehend, dass die auf die Banken zugeschnittene Rechtsprechung über eine Offenbarungspflicht nicht anwendbar ist. Genauso wie die freien Berater ist auch eine hundertprozentige Tochter ein selbstständiges Unternehmen, zu dessen Haupttätigkeit wie bei den freien Anlageberatern auch die Beratung bei der Geldanlage gehört. Einem Anleger ist daher bei der Anlageberatung durch diese Tochtergesellschaft bewusst, dass diese Provisionen seitens der Kapitalsuchenden erhält, da keine Vergütung für die Anlageberatung selbst, die Verwaltung von Konten oder sonstige Dienstleistungen vom Anleger gefordert wird. In diesem Fall liegt kein schützenswertes Vertrauen darauf vor, dass das Tochterunternehmen kein Geld seitens der Kapitalsuchenden für die Vermittlung des Anlageproduktes vereinnahmt. Im Ergebnis hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die strenge Rechtsprechung über die Aufklärungspflicht bezüglich der Rückvergütungen nur auf Kreditinstitute anwendbar ist.

  BGH, Urteil vom 19.7.2012 - III ZR 308/11

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

MIETRECHT bekommen

- **Aufrechnung mit einem Guthaben aus einer Nebenkostenabrechnung in der Vermieterinsolvenz**

Vermieterinsolvenzen waren früher eher selten, in letzter Zeit nehmen Insolvenzen von Vermietern aber signifikant zu.

Ein Problem, das sich bei einer Vermieterinsolvenz regelmäßig ergibt, ist die Frage, ob der Mieter gegen Ansprüche der Masse mit Gegenforderungen aufrechnen darf.

Ein vertragliches Aufrechnungsverbot wird mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinfällig, so dass der Mieter unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr an einer Aufrechnung gehindert ist.

§ 94 InsO schützt vor Verfahrenseröffnung begründete Aufrechnungslagen mit Ausnahme der in anfechtbarer Weise begründeten (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Hingegen schließt § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Aufrechnung aus, soweit der Aufrechnende etwas nach der Verfahrenseröffnung "zur Masse schuldig" wird. Zulässig bleibt demnach die Aufrechnung des Mieters gegen die nach Verfahrenseröffnung fällige Miete mit Ansprüchen, die die Masse zu erfüllen hat. Ebenso kann er gegen die vor Verfahrenseröffnung rückständig gebliebene Miete mit Ansprüchen gegen den Vermieter aufrechnen.

Die einschlägigen Normen lauten:

§ 94 InsO – Erhaltung einer Aufrechnungslage

Ist ein Insolvenzgläubiger zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes oder aufgrund einer Vereinbarung zur Aufrechnung berechtigt, so wird dieses Recht durch das Verfahren nicht berührt.

§ 96 InsO – Unzulässigkeit der Aufrechnung

(1) Die Aufrechnung ist unzulässig,

1. wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist,

2. wenn ein Insolvenzgläubiger seine Forderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens von einem anderen Gläubiger erworben hat,

3. wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit einer Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat,

4. …….

Probleme bereitet die Aufrechnung, wenn eine Forderung vor, die andere nach Verfahrenseröffnung entstanden ist. Dies soll an folgendem Beispielsfall erläutert werden:

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters wird am 7.8.2012 eröffnet. Wenige Tage vor Verfahrenseröffnung geht dem Mieter die Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2010 zu, die mit einem erheblichen Guthaben des Mieters endet. Zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung am 7.8.2012 war die Miete für August 2012 bereits bezahlt. Es stellt sich die Frage, ob der Mieter mit seinem Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung 2010 gegen die Miete für September 2012 aufrechnen kann.

<u>§ 110 Abs. 3 InsO ist nicht einschlägig</u>

§ 110 Abs. 3 InsO gestattet die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen des Mieters gegen die Mietforderungen in dem Monat, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde bzw. gegen die Mietforderungen des Folgemonats, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach dem 15. Tag des Monats erfolgt. Da im Beispielsfall das Insolvenzverfahren vor dem 15. Tag des Monats eröffnet wurde, war eine Aufrechnung nach § 110 Abs. 3 InsO nur gegen die Miete für August 2012 zulässig, nicht aber gegen die Miete für den Monat September 2012.

<u>Unzulässigkeit der Aufrechnung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO</u>

Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausgeschlossen. Das Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung 2010 betrifft einen Zeitraum vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Folglich handelt es sich um eine Insolvenzforderung. Die Miete für September 2012 ist nach der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden. § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO verbietet eine Aufrechnung von Insolvenzforderungen gegen Ansprüche für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

<u>Urteil des BGH vom 21.12.2006 – IX ZR 7/06</u>

Mit Urteil vom 21.12.2006 hatte der BGH noch eine andere Rechtsauffassung vertreten. In dieser Entscheidung führte der Bundesgerichtshof aus, der Mieter könne gegen nach Verfahrenseröffnung fällige Mietforderungen mit einer Gegenforderung aufrechnen, die in dem Mietverhältnis begründet ist. Dem Mieter, der vor Verfahrenseröffnung zu hohe Betriebskostenvorauszahlungen geleistet hat, gestattet er, mit seinem Rückzahlungsanspruch gegen die nach Verfahrenseröffnung fällige Miete aufzurechnen. Wie schon im Urteil vom 11.11.2004 (NZM 2005, 342 zur Aufrechnung im Mieterinsolvenzverfahren) betont der Senat den aus § 95 Abs. 1 S. 1 InsO folgenden vorrangigen Schutz des Gläubigers, dessen Forderung in ihrem rechtlichen Kern bereits gesichert ist und ohne weiteres Zutun des Forderungsinhabers fällig wird. Mit dem Hinweis, die Mietforderung entstehe befristet im Sinne der §§ 163 BGB, 95 Absatz 1 S. 1 InsO, erlaubt der Bundesgerichtshof nach Verfahrenseröffnung die Aufrechnung, sofern die zur Aufrechnung gestellte Forderung ebenfalls in ihrem Kern vor Verfahrenseröffnung entstanden ist.

<u>Urteil des BGH vom 20.10.2011 – IX ZR 10/11</u>

Mit diesem Urteil hat der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung vom 21.12.2006 aufgegeben.

Mit dem Urteil vom 20.10.2011 kehrt der Bundesgerichtshof zu dem vor der Entscheidung vom 21.12.2006 geltenden Grundsatz zurück, dass Leistungen der Insolvenzmasse (im Beispielsfall also die Zurverfügungstellung der Mietsache) nur so abzugelten sind, dass die Masse nicht verkürzt wird.

Demzufolge ist die Aufrechnung gegen Forderungen des Vermieters aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausgeschlossen. Guthaben für Abrechnungszeiträume vor Verfahrenseröffnung sind aber vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden, auch wenn sie erst nach Verfahrenseröffnung fällig werden, sofern die Abrechnung dem Mieter erst nach der Insolvenzeröffnung zugeht (vergleiche Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 3374).

Demzufolge muss im Beispielsfall die Miete für September 2012 in voller Höhe bezahlt werden. Die Forderung auf Rückzahlung des Guthabens aus der Nebenkostenabrechnung 2010 muss zur Insolvenztabelle angemeldet werden.

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Europa rückt näher zusammen**

  Längst sind grenzüberschreitende Fahrten mit Kraftfahrzeugen, insbesondere innerhalb der Europäischen Union, beruflich und privat, alltäglich. Damit erhöht sich jedoch auch die Wahrscheinlichkeit, dass es im Ausland zu Verkehrsunfällen kommt mit besonderen Problemen bei der Unfallregulierung. Es wurde insoweit durch europäisches Recht die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erheblich vereinfacht und vereinheitlicht. Nach der Richtlinie 2000/26/EG muss ein Kfz-Haftpflichtversicherer für den Geschädigten in einem anderen Lande der Europäischen Union einen so genannten Schadenregulierungsbeauftragten benennen, wobei es sich in der Praxis oft um verbundene inländische Versicherer handelt. Darüber hinaus muss jeweils eine zu-

ständige Regulierungsstelle geschaffen werden, welche zuständig ist, soweit der inländische Schadenregulierungsbeauftragte nicht innerhalb von drei Monaten nach Bezifferung eine Regulierungsentscheidung vorlegt.

Die Möglichkeiten zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bei Auslandsunfällen in der Europäischen Union wurden dann noch erheblich verbessert, indem sowohl durch den Bundesgerichtshof (NJW 2007,71) als auch den Europäischen Gerichtshof mit Urteil vom 13.12.2007 (C-463/06) entschieden wurde, dass die Direktklage am Wohnsitz des Geschädigten gegen die ausländische Versicherung zulässig ist, soweit am Sitze der ausländischen Versicherung ebenfalls die direkte Klage möglich ist.

Nunmehr wurde jedenfalls durch das Landgericht Saarbrücken mit Beschluss vom 22.6.2012 (13 S 12/12) entschieden, dass der Schadensregulierungsbeauftragte direkt als Zustellbevollmächtigter des letztendlich haftenden ausländischen Versicherers benannt werden kann, auch ohne dessen Zustimmung. Damit ist für die allermeisten Fälle die gerichtliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beim Auslandsunfall nicht komplizierter als beim Unfall im Inland.

Es verbleibt bei all diesen Erleichterungen jedoch dabei, dass für die Abwicklung und die Klärung der "Schuldfrage" das Recht am Unfallort maßgeblich ist.

LG Saarbrücken, Beschluss vom 22.6.2012 13 S 12/12

Die UG kann Verwalterin einer WEG werden

Im Jahr 2008 wurde das GmbH-Gesetz geändert und als eine so genannte "kleine" GmbH die Unternehmergesellschaft (UG haftungsbeschränkt) eingeführt. Im Gegensatz zur GmbH braucht diese über kein Mindeststammkapital von EUR 25.000,00 zu verfügen, sondern kann auch ein Stammkapital von EUR 1,00 aufweisen. Insbesondere über die Frage, ob die Bestellung einer solchen Unternehmergesellschaft anfechtbar ist, hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden.

Der Beschluss von Wohnungseigentümern über die Verwalterbestellung ist am Maßstab einer ordnungsgemäßen Verwaltung zu messen. Ein Wohnungseigentümer war nicht damit einverstanden, dass eine Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital von lediglich EUR 500,00 zur Verwalterin bestellt worden ist. Die Anfechtungsklage hatte in der Berufungsinstanz Erfolg. Der Bundesgerichtshof bestätigte die Entscheidung des Landgerichtes. Der Beschluss über die Bestellung eines Verwalters widerspricht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn ein wichtiger Grund gegen die Bestellung spricht. Wann ein solcher Grund gegeben ist, bestimmt sich in Anlehnung an § 26 Abs. 1 S. 3 WEG nach den für die Abberufung des Verwalters geltenden Grundsätzen. Demnach verpflichtet ein solcher wichtiger Grund die Wohnungseigentümer nicht dazu, den Verwalter abzuberufen. Vielmehr verfügen die Eigentümer über einen Beurteilungsspielraum und können von einer solchen Abberufung absehen, wenn dies objektiv vertretbar ist. Gleiche Grundsätze gelten bei der Bestellung des Verwalters. Von einem Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung kann daher erst dann gesprochen werden, wenn dieser Beurteilungsspielraum überschritten wird und es daher objektiv nicht mehr vertretbar erscheint, den Verwalter zu bestellen. Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall wurde dieser Beurteilungsspielraum überschritten. Eine Überschreitung dieses Beurteilungsspielraumes ist jedoch nicht darauf zurückzuführen, weil nur ein Alternativangebot zur Auswahl gestanden hat. Auch liegt eine Überschreitung des Beurteilungsspielraumes nicht vor, weil die Eigentümer nicht das preisgünstigste Angebot gewählt haben. Denn es gibt keine Verpflichtung nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung, das preisgünstigste Angebot auszuwählen. Es kann durchaus ein Verwalter bestellt werden, der teurer ist, mit dem die Wohnungseigentümer jedoch gut zurecht kommen oder beispielsweise Zusatzqualifikationen dafür sprechen, die erhöhte Vergütung zu zahlen. Der Beurteilungsspielraum ist auch nicht deshalb überschritten, weil die Wohnungseigentümer nicht zugleich die Eckpunkte des Verwaltervertrages beschlossen haben. Denn eine getrennte Beschlussfassung über die Bestellung und den Verwaltervertrag ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn die Wohnungseigentümer über den Abschluss des Verwaltervertrages selbst entscheiden und wenn sie beide Beschlüsse in derselben Wohnungseigentümerversammlung erörtern und fassen. Ein Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung kann auch nicht damit begründet werden, dass eine Unternehmergesellschaft zur Verwalterin gewählt worden ist. Denn die Besonderheiten der Unternehmergesellschaft rechtfertigen es nicht, dieser die Fähigkeit abzusprechen, eine für den Geschäftsbetrieb als Verwalterin einer Wohnungseigentümergemeinschaft erforderliche finanzielle Ausstattung aufzubringen. Ob der Verwalter zudem die Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt, bestimmt sich nicht nach der Rechtsform, sondern nach den finanziellen Mitteln. Auch eine haftungsbeschränkte Gesellschaft kann über eine ausreichende Bonität verfügen, wenn sie über ausrei-

chende Mittel verfügt oder sich beispielsweise der Geschäftsführer verbürgt.

Der Bundesgerichtshof hat jedoch die Überschreitung des Beurteilungsspielraumes der Eigentümer deshalb angenommen, weil sie die Unternehmergesellschaft auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage gewählt haben. Demnach müssen sich die Wohnungseigentümer Gewissheit verschaffen, ob der Verwalter über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt um seiner Aufgabe zu genügen. Demnach dürfen die Wohnungseigentümer eine Unternehmergesellschaft nicht aufs Geratewohl bestellen und sich über die Prüfung der Bonität ohne Weiteres hinwegsetzen. Wenn begründeter Anlass besteht, die Bonität zu prüfen, so müssen die Wohnungseigentümer ihre Entscheidung auf eine Tatsachengrundlage stellen und Unterlagen, Auskünfte oder andere Erkenntnisse heranziehen. Erst dann können sie überprüfen, ob eine nachhaltig ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung zu erwarten ist. Da dies im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall nicht gegeben war, wurde die Entscheidung des Landgerichtes bestätigt und der Bestellungsbeschluss aufgehoben.

Der Bundesgerichtshof gibt dem Wohnungseigentümer eine Richtschnur zur Hand, wann dieser eine Aufhebung des Bestellungsbeschlusses verlangen kann. Denn nicht jede Ungereimtheit in der Auswahl des Verwalters führt dazu, dass der Beurteilungsspielraum der Eigentümer überschritten wird.

BGH, Urteil vom 22.6.2012 - V ZR 190/11

- **Vorsicht bei Mietminderung**

  Nachdem im Mietobjekt Schimmel und Kondenswasser aufgetaucht sind, hatten die Mieter eine um 20 % geminderte Miete überwiesen. Der Vermieter wies die Mietminderung mit dem Argument zurück, dass das Heizungs- und Lüftungsverhalten der Mieter für die Schimmel- und Kondenswasserbildung verantwortlich ist. Nachdem ein Zahlungsrückstand von mehr als zwei Monatsmieten erreicht wurde, wurde das Mietverhältnis fristlos gekündigt und Räumungsklage erhoben. Es wurde ein Sachverständigengutachten eingeholt, welches zum Ergebnis kam, dass zur Mietminderung berechtigende Mängel nicht vorlagen. Daraufhin wurden die Rückstände von den Mietern ausgeglichen. Der Vermieter verlangte jedoch weiterhin Räumung des Objektes. Der BGH gibt dem Vermieter Recht. Denn zum Zeitpunkt der Kündigung bestand tatsächlich ein Verzug mit der Zahlung von mehr als zwei Monatsmieten. Insbesondere lag ein für den Verzug notwendiges Verschulden der Mieter vor. Während das Berufungsgericht noch die Ansicht vertrat, dass es an diesem Verschulden fehlt, da die von den Mietern vorgenommene Mietminderung nicht offensichtlich unberechtigt und nicht unangemessen gewesen war, erteilte der Bundesgerichtshof dieser Sichtweise eine Absage. Denn an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Schuldner kommt bereits dann in Verzug, wenn die Leistung aufgrund eines Umstandes unterbleibt, der auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Diese Fahrlässigkeit ist auch dann anzunehmen, wenn der Mieter die Zahlung der Miete teilweise einstellen möchte, weil er der Ansicht ist, der Schimmelbefall sei auf einen Baumangel zurückzuführen. Denn ansonsten würde die Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, wofür kein Anlass besteht. Der Mieter ist auch ausreichend dadurch geschützt, indem er den vollen Betrag unter dem einfachen, die Wirkung des § 814 BGB ausschließenden Vorbehalt der Rückforderung zahlt und notfalls die Rückzahlung gerichtlich durchsetzt. In diesem Fall ist er der Gefahr einer fristlosen Kündigung nicht ausgesetzt.

  Nachdem die Mieter nichts dazu vorgetragen haben, dass sie selbst bei Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt nicht hätten erkennen können, dass die Ursache der Schimmelpilzbildung in ihrem eigenen Wohnverhalten lag, war ein Verschulden und damit Verzug zu bejahen. Auch hätte sich den Mietern selbst aufdrängen müssen, dass sie wegen der Haltung von zwei Aquarien sowie eines Terrariums zur erhöhten Luftfeuchtigkeit beigetragen haben. Zudem können sich die Mieter nicht darauf berufen, dass ihnen dieses Vorgehen vom eigenen Prozessbevollmächtigten empfohlen worden ist, da sie sich dessen Verschulden nach § 278 BGB zurechnen lassen müssen. Nachdem die Nachzahlung der Mieten später als zwei Monate nach Rechtshängigkeit des Räumungsanspruches erfolgte, konnten sich die Mieter auch nicht auf die Schutzvorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB berufen, welche bestimmt, dass eine Kündigung unwirksam wird, wenn die Rückstände innerhalb von zwei Monaten nach Rechtshängigkeit des Räumungsanspruches entrichtet werden.

  BGH, Urteil vom 11.7.2012 - VIII ZR 138/11