SRF-Newsletter 12/2013

Achtung! Verjährung zum Jahresende 2013!

Zum 31.12.2013 verjähren die im Laufe des Jahres 2010 fällig gewordenen Forderungen. Die Verjährung kann nur durch Einleitung gerichtlicher Maßnahmen gehemmt werden, sofern nicht eine Verjährungsverzichtsvereinbarung mit dem Schuldner getroffen wurde.

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

ARBEITSRECHT bekommen

Nochmals: Pflichten bei der Stellenbesetzung

Aus aktuellem Anlass möchten wir Sie nochmals darauf hinweisen, dass vor jeder Einstellung, wobei dazu auch alle Arten von innerbetrieblichen Stellenbesetzungen (Versetzung oder Umsetzung) gehören, und auch vor der Besetzung einer freien Stelle mit einem Leiharbeitnehmer die Arbeitgeber prüfen müssen - in Zusammenarbeit mit der Bundesagentur für Arbeit, ob dort arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldete schwerbehinderte Menschen für die Stelle in Betracht kommen, § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX.

Ein Verstoß dagegen kann dazu führen, dass im mitbestimmten Betrieb dem Betriebsrat ein Recht zusteht, die Zustimmung zur Einstellung zu verweigern.

Wird die Bundesagentur nicht frühzeitig eingeschaltet, besteht außerdem ein Indiz für eine Diskriminierung, was dann zu Schadensersatzansprüchen gegen den Ausschreibenden führen kann, wenn schwerbehinderte Bewerber eine Absage bekommen.

Zu empfehlen ist insoweit, dass eine Woche, bevor die Stelle ausgeschrieben wird, die Bundesagentur für Arbeit oder der dortige Integrationsfachdienst informiert wird, in Betrieben, in denen es eine Schwerbehindertenvertretung gibt, auch diese. Auch im Umgang mit entsprechenden Bewerbungen ist, insbesondere wenn die Beschäftigungsquote für die Beschäftigung von Schwerbehinderten nicht erfüllt wird, besondere Vorsicht erforderlich. Auch insoweit empfiehlt es sich ein standardisiertes, an den Vorschriften des § 81 SBG IX orientiertes Verfahren für die Stellenbesetzung allgemein zu installieren.

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

BAURECHT bekommen

Übergangsvorschriften der HOAI

Das Oberlandesgericht Koblenz hat zum Übergangsrecht bei Einführung der HOAI 2009 am 06.12.2013 eine Entscheidung getroffen, die auch im Hinblick auf die HOAI 2013 und deren Anwendungsbereich von Bedeutung ist. Die Entscheidung ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

Immer wieder streitig ist zwischen Bauherr und Architekt bei einer so genannten stufenweisen Beauftragung, nach welcher Honorarordnung sich die Vergütung richtet, wenn die 2. Stufe der Beauftragung erst nach Inkrafttreten der neuen, geänderten HOAI abgerufen/beauftragt wird. Im zu entscheidenden Fall wurden die Leistungsphasen 1-4 in der Phase 1 beauftragt, die Beauftragung der Leistungsphase 5-8 behielt sich der Auftraggeber vor. Der Auftragnehmer war verpflichtet, die Leistungen auszuführen, wenn sie ihm innerhalb von 24 Monaten nach Fertigstellung der Leistungsphase 1 übertragen wurden. Im entschiedenen Fall wurde der Architekt mit der Leistungsphase 2 nach Inkrafttreten der HOAI 2009 aber innerhalb der Zweijahresfrist beauftragt, so dass er die Arbeiten durchführen musste. Der Architekt hat bei der Honorarermittlung für die Leistungsphase 2 die HOAI 2009 zu Grunde gelegt, die Mehrkosten beliefen sich bei einem abgerechneten Honorar von EUR 89.000,00 auf EUR 27.000,00!

Der Architekt hat in beiden Instanzen voll obsiegt, das Oberlandesgericht erteilt auch der insoweit bestehenden Verwaltungsanweisung des Bundesministeriums für Bau eine Absage, die die Behörden anweist, auch bei der stufenweisen Beauftragung immer nach dem Datum des ursprünglichen Vertragsschlusses die anwendbare HOAI zu bestimmen.

Das Oberlandesgericht führt aus, dass der Stufen- oder Rahmenvertrag für die 2. Stufe noch keine vertragliche Vereinbarung der später beauftragten Leistungen beinhaltet, sondern nur Einzelheiten des zukünftigen Vertrages festlegt. Im entschiedenen Fall hatten sich dazu noch die Anforderungen an den Architekten aufgrund Leistungsänderungen, die nach Inkrafttreten der neuen HOAI gewünscht wurden, geändert. Ob die Frage, welche HOAI anwendbar ist, oh-

ne die Leistungsänderungen auch so beurteilt worden wären, steht nicht eindeutig fest.

OLG Koblenz, Urteil vom 06.12.2013 - 10 U 344//13

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

ERBRECHT bekommen

- **Das nicht auffindbare Testament**

Wie wichtig es ist, ein Testament sorgfältig aufzubewahren, zeigt eine aktuelle Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 16.08.2013 (I-3 Wx 134/13). In dem Rechtsstreit ging es um die Erteilung eines Erbscheins. Einzige gesetzliche Erbin der Erblasserin war deren Tochter. Die Enkelin der Erblasserin behauptete, es gebe ein Testament, nach dem sie neben der Tochter als Erbin eingesetzt sei. Dies habe die Erblasserin wiederholt auf Familienfeiern erklärt.

Tatsächlich ist es grundsätzlich auch möglich bei einem nicht auffindbaren Testament dessen Existenz durch Zeugen zu belegen. Diese müssen aber nicht nur bezeugen können, dass ein Testament existiert, sondern auch welchen Inhalt es hat und dass der Erblasser dieses in der gesetzlichen Form errichtet hat, es also selbst geschrieben und unterschrieben hat. Daran hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf vorliegend Zweifel. Die benannten Zeugen könnten allenfalls bestätigen, dass die Erblasserin von der Existenz eines Testaments gesprochen habe, hätten das Testament aber selbst nicht gesehen und könnten daher auch nicht bestätigen, ob das Testament formgerecht erstellt wurde. Abgesehen davon entsprächen Angaben eines Erblassers über angeblich errichtete Testamente erfahrungsgemäß oft nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Vor diesem Hintergrund war das OLG Düsseldorf nicht von der Existenz eines Testaments überzeugt und hat den Antrag der Enkelin auf Erteilung eines Erbscheins zurückgewiesen.

Um vergleichbare Streitigkeiten zu vermeiden sollte sichergestellt werden, dass das Testament nach dem Versterben auch aufgefunden wird. Am einfachsten gelingt dies, wenn das Testament beim zuständigen Nachlassgericht hinterlegt wird.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.08.2013 - I-3 Wx 134/13

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Der frühe Wegzug bringt Nachteile**

In der Praxis hat sich immer wieder gezeigt, dass im Falle der räumlichen Trennung (unabhängig davon, ob eine eheliche oder nicht eheliche Lebensgemeinschaft betroffen ist) derjenige Partner erhebliche praktische und auch finanzielle Nachteile hat, welcher zuerst aus der bisher gemeinsamen Wohnung auszieht. Durch den Auszug aus einer bisher gemeinsam genutzten Wohnung geht der Zugriff auf Gegenstände und Dokumente verloren, soweit diese nicht mit dem Auszug mitgenommen werden.

Diese Erfahrung wird bestätigt durch ein Urteil des OLG München vom 04.07.2013, Az.: 23 U 3950/12 (NJW 2013, 3525 ff.). In II. Instanz war durch das OLG München zu entscheiden, wer Eigentümer eines (wertvollen) Pkw ist, nachdem es zur Trennung nicht ehelicher Lebensgefährten gekommen ist. Es war die Frau aus der zunächst gemeinsamen Wohnung ausgezogen, der Pkw ist in einer durch den Mann angemieteten Garage verblieben. Mit der Behauptung, der Pkw sei mit Übergabe eines Schlüssels durch den Mann an die Frau geschenkt worden, hat diese auf Herausgabe als Eigentümerin geklagt und in I. Instanz gewonnen.

Das OLG München hat jedoch anders entschieden und die Klage abgewiesen. Begründet wurde dies damit, dass zwar unterstellt werden kann, dass zum genannten Termin gemäß Beweisaufnahme ein Schlüssel an die Frau übergeben wurde mit der Anmerkung, der Pkw werde ihr geschenkt. Nachdem der Pkw einvernehmlich weiter durch den Mann zumindest mitbenutzt wurde und in einer durch diesen angemieteten Garage (nach Trennung) verblieben ist, hat es jedoch nach Würdigung des OLG München an einer notwendigen Übergabe des Pkw, zur Eigentumsverschaffung, gefehlt, ein Schenkungsversprechen bedarf dagegen der notariellen Beurkundung, welche unstreitig nicht vorlag. Ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis, als Ersatz für die Übergabe, wurde für den Fall der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft abgelehnt.

Hätte die Frau den Pkw spätestens mit dem Auszug mitgenommen, anderweitig untergestellt, wäre das Verfahren mutmaßlich anders ausgegangen.

OLG München, Urteil vom 04.07.2013 - 23 U 3950/12

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

IT-RECHT bekommen

- **Ansprüche bei rechtswidrigen Wikipedia-Einträgen**

Das OLG Stuttgart hat in einem aktuellen Urteil vom 02.10.2013 (4 U 78/13) zur Haftung der Wikimedia-Foundation, die die Online-Enzyklopädie Wikipedia betreibt, Stellung genommen. Der Kläger wehrte sich vor Gericht gegen Veröffentlichungen zu seiner Person auf der Seite Wikipedia, dies nach Auffassung des OLG Stuttgart überwiegend zu Recht.

Zwar träfen den Betreiber einer vergleichbaren Plattform keine proaktiven Prüfungspflichten. Demnach sei die Wikimedia-Foundation insbesondere nicht verpflichtet, Beiträge vorab auf deren Rechtmäßigkeit zu kontrollieren. Spätestens dann, wenn der Betreiber einer solchen Plattform über rechtsverletzende Inhalte in Kenntnis gesetzt werde und er nicht reagiere, hafte er aber als Störer nach den vom Bundesgerichtshof für den so genannten Host-Provider entwickelten Grundsätzen und kann wegen des Verstoßes abgemahnt oder, wenn er auch dann nicht reagiert, verklagt werden.

Im vorliegenden Fall hatte sich die Wikimedia-Foundation zudem auf die Privilegierung von Pressearchiven berufen und argumentiert, die Zulässigkeit der Abrufbarkeit älterer Artikel in Online-Archiven sei auf den vorliegenden Rechtsstreit übertragbar. Auch dem ist das OLG Stuttgart entgegengetreten und hat darauf hingewiesen, dass aufgrund der andauernden Aktualisierung der Einträge bei Wikipedia eine Vergleichbarkeit mit Pressearchiven gerade nicht gegeben sei.

Die Wikimedia-Foundation wurde demnach vom OLG Stuttgart verurteilt, die vom Kläger beanstandeten Inhalte zu entfernen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.10.2013 - 4 U 78/13

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auch bei einer so genannten mehrgliedrigen stillen Gesellschaft anwendbar**

Die Kläger beteiligten sich neben einer Vielzahl anderer Anleger als atypisch stille Gesellschafter an einer Aktiengesellschaft. Sie beriefen sich auf eine fehlerhafte Aufklärung im Zusammenhang mit ihren Beitrittserklärungen und verlangten in erster Linie im Wege des Schadensersatzes die Rückzahlung ihrer Einlagen. Die Vorinstanzen haben im Wege des Schadensersatzes einen Anspruch auf Rückabwicklung der Beteiligung und Rückzahlung der geleisteten Einlagen mit dem Argument verneint, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar sind, so dass es in diesem Fall den Gesellschaftern verwehrt ist, die Rückzahlung der geleisteten Einlagen geltend zu machen. Vielmehr ist der Gesellschafter in diesen Fällen auf sein Abfindungsguthaben verwiesen. Hintergrund dieser Überlegung sind die schützenswerten Interessen der Mitgesellschafter. Diese Mitgesellschafter, die im Hinblick auf die Umstände ihres Beitritts ähnliche Rechte geltend machen könnten, wären einem Wettlauf um das Gesellschaftsvermögen ausgesetzt.

Der Bundesgerichtshof folgt zwar ebenfalls der Ansicht der Vorinstanzen, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft im Grundsatz anzuwenden sind. Zwingend schließt dies jedoch einen Schadensersatzanspruch eines fehlerhaft beigetretenen Anlegers jedoch von vornherein nicht aus. Denn der fehlerhaft beigetretenen Anleger kann die Gesellschaft unter Berufung auf den Vertragsmangel durch sofort wirksame Kündigung mit der Folge beenden, dass ihm ein nach den gesellschaftsvertraglichen Regeln zu berechnender Anspruch auf ein Abfindungsguthaben zusteht. An der Geltendmachung eines etwaigen weitergehenden Schadens ist der Anleger nur dann gehindert, wenn und soweit das Vermögen des Geschäftsinhabers zur Befriedigung der (hypothetischen) Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der anderen stillen Gesellschafter nicht ausreicht. Denn nur dann werden die schutzwürdigen Belange der übrigen Mitgesellschafter gefährdet. Liegt eine derartige Gefährdung nicht vor, gibt es keinen Grund für die Beschränkung der Ansprüche des stillen Gesellschafters.

BGH, Urteil vom 19.11.2013 - II ZR 320/12

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

MIETRECHT
bekommen

- **Hohe Heizkosten wegen Einfachverglasung sind kein Mangel der Mietsache**

Mit Urteil vom 08.05.2013 (2 U 3/13) beschäftigte sich das Saarländische Oberlandesgericht mit einer Rechtsfrage, die zur kalten Jahreszeit passt. Es ging nämlich darum, ob die Einfachverglasung in einem Friseurladen einen Mietmangel dargestellt und ein Minderungsrecht des Mieters begründet, wenn die Einfachverglasung zu einem vergleichsweise hohen Heizkostenaufwand führt. Das OLG Saarbrücken kam zum Ergebnis, dass kein Mietmangel gegeben ist, wenn eine Isolierverglasung mietvertraglich nicht geschuldet ist.

Zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestand für ein die Dauer von 5 Jahren abgeschlossener Mietvertrag über ein Friseurgeschäft. Das Mietverhältnis begann am 01.03.2007. Nach der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2007 entfielen auf die Mieterin Heizkosten in Höhe von etwa EUR 3.400,00 im Jahr 2008 betrugen die Kosten für die Beheizung etwa EUR 4.400,00 und im Jahre 2009 etwa EUR 3.000,00. In einem auf Antrag der Mieterin durchgeführten selbstständigen Beweisverfahren gelangte der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass sich der Heizwärmebedarf des Ladenlokals durch den Einbau einer Isolierverglasung anstelle der vorhandenen Einfachverglasung um ca. 42 % reduzieren ließe. Die Mieterin forderte den Vermieter deshalb vergeblich zum Einbau doppelt verglaster Schaufensterscheiben auf.

Die Mieterin klagt auf Feststellung, dass die Bruttomiete für das Ladenlokal ab dem 01.03.2007 um 40 % gemindert ist. Der Vermieter verlangt widerklagend Begleichung einer Nachforderung aus den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007 bis 2009 in Höhe von etwa EUR 11.400,00.

Die Mieterin argumentierte, dass die vertraglich vereinbarte Nutzung des Mietobjekts als Friseursalon durch den mit der Einfachverglasung verbundenen Wärmeverlust erheblich beeinträchtigt werde. Deshalb sei eine Mietminderung von 40 % gerechtfertigt. Zudem stehe ihr ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen in Höhe von mindestens 40 % der Miete zu.

Der Vermieter ist der Klage mit der Begründung entgegengetreten, dass die Einfachverglasung den bei der Errichtung des Gebäudes geltenden Vorschriften entsprochen habe und die Höhe der Heizkosten für sich genommen keinen Mangel begründe. Eine Mietminderung sei zudem im Hinblick darauf ausgeschlossen, dass die vorhandene Einfachverglasung für die Mieterin unschwer erkennbar gewesen sei.

Das Oberlandesgericht Saarbrücken entschied, dass die Klage unbegründet und die Miete nicht gemindert ist. Der Widerklage des Vermieters hinsichtlich der Betriebskostenabrechnungen wurde stattgegeben.

Nach der zutreffenden Meinung des Oberlandesgerichts Saarbrücken liegt kein Mangel der Mietsache vor, weil das gemietete Ladenlokal lediglich mit einer Einfachverglasung ausgestattet ist. Ein Mangel ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich vereinbarten Zustand, der ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt. Maßgeblich für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, sind somit vorrangig die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen und nicht die Einhaltung bestimmter technischer Normen. Letztere können gleichwohl für die dem Mieter zustehenden Gewährleistungsrechte Bedeutung erlangen, da der Vermieter für den Fall, dass es an einer ausdrücklichen Parteiabrede zur Beschaffenheit der Mietsache fehlt, jedenfalls die Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen schuldet (so BGH NJW 2005, 218, 219).

Im Mietvertrag steht zur Verglasung des Ladenlokals nichts. Folglich schuldete der Vermieter auch keine Isolierverglasung. Im Mietvertrag heißt es vielmehr, dass der Mietgegenstand in dem Zustand gemietet wird, "wie er steht und liegt", d.h. mit der vorhandenen Einfachverglasung.

Ein Mangel ist auch nicht deshalb begründet, weil die vorhandene Einfachverglasung eine stärkere Beheizung der Räume erfordert, um den im Vergleich zu einer Isolierverglasung deutlich höheren Wärmeverlust auszugleichen. Denn der Umstand, dass die Beheizung des Mietobjekts einen vergleichsweise hohen Kostenaufwand erfordert, begründet für sich genommen keinen Mangel (so auch KG Berlin MDR 2012, 1154). Etwas anderes käme allenfalls dann in Betracht, wenn die Glasscheiben etwa nicht fachgerecht eingebaut wären und sich dadurch ein zusätzlicher Wärmeverlust ergäbe.

Die Mieterin berief sich ohne Erfolg darauf, das Ladenlokal sei zum dem vertraglich vorausgesetzten Betrieb eines Friseurgeschäfts ungeeignet, weil die Einfachverglasung zu Zugluft und Tauwasserausfall an den Scheiben führe, was sich mit Hinblick darauf, dass die Kund-

schaft regelmäßig mit nassen Haaren in dem Laden sitze und es in einem Friseurgeschäft ohnehin zu einer erhöhten Feuchtigkeitsentwicklung komme, als gebrauchsbeeinträchtigend erweise. Das Oberlandesgericht Saarbrücken weist zutreffend darauf hin, dass die Behauptung der Ungeeignetheit des Mietobjekts zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch bereits dadurch wiederlegt ist, dass die Mieterin die Mietsache über mehrere Jahre hinweg als Friseurgeschäft nutzte. Darüber hinaus können die mit der Einfachverglasung verbundenen Nachteile durch die Herstellung entsprechend höherer Raumlufttemperaturen kompensiert werden.

Die Ausführung der Scheiben als Einfachverglasung verstößt auch nicht gegen das einschlägige technische Regelwerk. Anzulegen ist der bei der Errichtung des Gebäudes zu Beginn der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts geltenden Maßstab (so BGH NJW 2005, 218, 219). Zu diesem Zeitpunkt erwies sich die Einfachverglasung zwar bereits als unüblich, sie war jedoch durch die seinerzeit gültige Wärmeschutzverordnung gedeckt.

Die erstrebte Mietminderung kann auch nicht auf einen Schadensersatzanspruch gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB (Verschulden bei Vertragsverhandlungen) geschützt werden. Eine Minderung der Miete kann nämlich nicht Inhalt eines Schadensersatzanspruches wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen sein.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 08.05.2013 - 2 U 3/13

- **Einstweilige Verfügung gegen Betriebspflichtverstoß im Einkaufszentrum**

Das Kammergericht Berlin hat am 28.01.2013 einen erst jetzt in der Fachliteratur veröffentlichten Beschluss zum Eilrechtsschutz gegen einen Betriebspflichtverstoß im Einkaufszentrum erlassen, der von allgemeinem Interesse ist.

Der Mieter hat mit Mietvertrag vom 7./19.04.2011 ein Juweliergeschäft in einem Einkaufszentrum gemietet. In dem Formularvertrag wurde geregelt, dass der Mieter verpflichtet ist, das Ladenlokal von Montag bis Samstag von 10:00 Uhr bis 20:00 Uhr zu betreiben. Zeitweise Schließungen während der geltenden Öffnungszeiten (z.B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) sind ohne Zustimmung des Vermieters nicht gestattet. Der Konkurrenzschutz wurde ausgeschlossen. Der Mieter ist nur mit Zustimmung des Vermieters zur Untervermietung berechtigt.

Der Mieter erwirtschaftet lediglich Verluste. Deshalb erklärte er die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung und dessen fristlose Kündigung. Er stellte den Betrieb ein.

Der Vermieter beantragte beim Landgericht Berlin den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Wiederaufnahme des Betriebes. Das Landgericht wies den Antrag mit der Begründung ab, eine einstweilige Verfügung könne nicht erlassen werden, weil dies gegen das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache verstoße. Die Beschwerde des Vermieters gegen den Beschluss des Landgerichts war erfolgreich. Das Kammergericht Berlin legte dem Mieter auf, das Juweliergeschäft wieder zu eröffnen und von Montag bis Samstag von 10:00 Uhr bis 20:00 Uhr zu betreiben. Ferner ist dem Mieter unter Androhung von Ordnungsgeld bis zu EUR 250.000,00 untersagt worden, das Geschäftslokal während dieser Öffnungszeiten zu schließen, den Betrieb einzustellen oder zu unterbrechen, das Geschäftslokal ganz oder teilweise ungenutzt oder leer stehen zu lassen oder durch das Ausräumen von Inventar oder Waren, entsprechende Beschilderung oder auf sonstige Weise den Eindruck zu vermitteln, das Geschäft werde nicht mehr betrieben.

Das Kammergericht führt zunächst aus, dass die Vereinbarung einer Betriebspflicht in einem Mietvertrag über Gewerberäume zulässig ist, auch wenn es sich bei den Bestimmungen des Mietvertrages um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Der Wirksamkeit der im Mietvertrag geregelten Betriebspflicht stehe auch nicht entgegen, dass dem Mieter kein Konkurrenzschutz gewährt wird. Nach herrschender Meinung ist die Vereinbarung einer Betriebspflicht mit einem gleichzeitigen Ausschluss jeglichen Konkurrenzschutzes zulässig und wirksam.

Ebenso steht der Umstand, dass im Mietvertrag eine Untervermietung oder sonstige Gebrauchsüberlassung an Dritte dem Mieter nur mit vorheriger Zustimmung des Vermieters gestattet ist, der Wirksamkeit der im Mietvertrag geregelten Betriebspflicht nicht entgegen, da die Zustimmung zur Untervermietung gemäß der mietvertraglichen Vereinbarung nur verweigert werden darf, wenn ein berechtigter Grund für die Weigerung besteht.

Auch die mietvertragliche Regelung, wonach zeitweise Schließungen während der geltenden Öffnungszeiten (z.B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) ohne Zustimmung des Vermieters nicht zulässig sind, steht nach Auffassung des Kammergerichts der Wirksamkeit der formularmäßig vereinbarten Betriebspflicht ebenfalls nicht entgegen. Zum einen sei das Verbot zeitweiser Schließungen wohl wirksam (eine endgültige Entscheidung trifft das Kammergericht aber nicht und lässt diese Frage wegen Unbeachtlichkeit im Ergebnis offen), da die

zeitweise Schließung jedenfalls mit Zustimmung des Vermieters zulässig sei. Darüber hinaus hätte eine etwaige Unwirksamkeit dieses Verbotes der zeitweisen Schließung nicht die Unwirksamkeit der übrigen Vereinbarungen zur Betriebspflicht zur Folge.

Darüber hinaus sei das Mietverhältnis auch nicht wirksam beendet worden. Es lägen weder die Voraussetzungen für eine wirksame Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung noch die Voraussetzungen für eine wirksame fristlose Kündigung des Vertrages vor. Nach einhelliger Meinung sei die Betriebspflicht nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass sich das Geschäft des Gewerbemieters als unwirtschaftlich herausstellt und der erwartete Gewinn ausbleibt. Denn die fehlende Rentabilität fällt stets in den Risikobereich des Unternehmers und ist demgemäß unbeachtlich (anders verhielte es sich allerdings im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Mieters, so OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2007, 5).

Entgegen der Meinung des Landgerichts bejaht das Kammergericht auch das Vorliegen eines Verfügungsgrundes. Zwar nimmt die einstweilige Verfügung jedenfalls für die Zeit bis zu einer Entscheidung des Rechtsstreits in der Hauptsache diese vorweg. Eine derart eingeschränkte Vorwegnahme der Hauptsache durch eine Leistungsverfügung ist jedoch nach allgemeiner Ansicht dann zulässig, wenn der Gläubiger darlegt und glaubhaft macht, dass er auf die Erfüllung dringend angewiesen ist. Das war im vorliegenden Fall anzunehmen. Denn der Sinn der Vereinbarung einer Betriebspflicht, der darin liegt, das Einkaufszentrum durch ein möglichst großes und vielfältiges Angebot an Geschäften für Kunden attraktiv zu halten, würde unterlaufen, wenn der Vermieter darauf verwiesen werden würde, mit der Durchsetzung der Betriebspflicht bis zum Abschluss eines Verfahrens in der Hauptsache zu warten. Nach dem glaubhaft gemachten Vortrag des Vermieters droht ein nicht unerheblicher Schaden, wenn das angemietete Juweliergeschäft bis zur Durchführung des Hauptverfahrens leer stünde. Es sei gerichtsbekannt, dass ein erhebliches wirtschaftliches Interesse aller Mieter eines Einkaufszentrums besteht, keine Leerstände in der Nachbarschaft hinzunehmen, weil sich dies auch auf die Umsätze der übrigen Geschäfte niederschlägt. Demgemäß ist der Vermieter auch anderen Mietern gegenüber gehalten, die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht durchzusetzen. Der Vermieter hat auch ein eigenes Interesse an der Fortsetzung des Geschäftsbetriebs, weil davon auszugehen ist, dass die Weitervermietung eines nicht betriebenen Ladens schwieriger ist, als diejenige eines in Betrieb befindlichen. Schon aus diesem Grund greife das Argument des Landgerichts Berlin nicht, der Vermieter sei hinreichend dadurch geschützt, dass ihm Schadensersatzansprüche bei einer Verletzung der Betriebspflicht zustünden. Dies gelte insbesondere deshalb, weil der Schadensnachweis - insbesondere was die Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden angeht - große Probleme mit sich bringt.

Einer einstweiligen Verfügung fehlt es nach zutreffender Auffassung des Kammergerichts - anderer Auffassung nur das zumindest hinsichtlich dieses Rechtsproblems eigenwillige Oberlandesgericht Naumburg, beispielsweise in NJW-RR 1998, 873 - auch nicht an der Vollstreckbarkeit mit der Folge, dass ihr Erlass unzulässig wäre. Die Betriebspflicht kann nämlich gemäß § 888 ZPO mittels eines Zwangsgeldes durchgesetzt werden.

KG Berlin, Beschluss vom 28.01.2013 - 8 W 5/13

- **Haftung des Frachtführers beim Warenverlust im Multimodaltransport**

Mit Urteil vom 09.10.2013 (I ZR 115/12) hatte der Bundesgerichtshof über die Haftung eines Frachtführers für einen im Multimodaltransport von Containern auf Schienen und Straße entstandenen Warenverlust zu entscheiden. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall klagte die Transportversicherung des Frachtführers gegen den Auftragnehmer wegen des Verlusts von Waren in einem verplombten Container auf einem Transport von Istanbul nach Nürnberg, wobei der Container zunächst mit dem Zug und sodann mit dem LKW zum Lager des Auftraggebers transportiert wurde.

Der Bundesgerichtshof hatte sich in seiner Entscheidung zunächst mit der Frage zu beschäftigen, welches Recht auf den vorliegenden Fall Anwendung findet. Im Falle einer internationalen Beförderung, die Gegenstand eines einzigen Vertrages ist, findet nach Art. 1 § 3 CIM die CIM (einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern) u. a. dann Anwendung, wenn in Ergänzung der grenzüberschreitenden Beförderung auf der Schiene eine Beförderung auf der Straße erfolgt. Das OLG Nürnberg hatte als Vorinstanz noch entschieden, dass das Tatbestandsmerkmal "in Ergänzung" erfordere, dass der Übernahme- oder der Ablieferungsort nicht auf der Schiene erreicht werden könne, so dass im vorliegenden Fall, in dem das Lager des Auftraggebers auch mit dem Zug hätte erreicht werden können, die CIM keine Anwendung findet. Dem ist der Bundesgerichtshof

nicht gefolgt und hat vielmehr ausgeführt, dass der Wortlaut von Art. 1 § 3 CIM keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bietet, dass diese Vorschrift nur Hilfstransporte auf der Straße erfasst, die deshalb erfolgen, weil der Übernahme- oder der Ablieferungsort auf der Schiene nicht erreicht werden kann. Auch wenn der Absender oder der Empfänger über einen Gleisanschluss verfüge und daher grundsätzlich auf der Schiene zu erreichen sei, könne aus Wirtschaftlichkeits- oder Zweckmäßigkeitsgründen eine Beförderung auf der Straße bevorzugt werden. Auch auf solche Fälle müsse die CIM Anwendung finden, dies schon aus Gründen der Rechtssicherheit aber auch nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, den Anwendungsbereich der einheitlichen Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern auszuweiten.

Neben der Frage des anwendbaren Rechts hatte sich der Bundesgerichtshof zudem mit der Frage der Haftung beim Verlust von Waren aus einem verplombten Container zu befassen. Das OLG Nürnberg hatte seiner Entscheidung die Grundsätze des Bundesgerichtshofs zur Beweislast beim Verlust von Paketen zu Grunde gelegt, wonach sich der Tatrichter die Überzeugung von der Richtigkeit des angegebenen Inhalts anhand eines Lieferscheins und einer dazu korrespondierenden Rechnung bilden kann (BGH im Urteil vom 23. 10. 1009 - I ZR 119/07). Diese Grundsätze sind aber, wie der Bundesgerichtshof nunmehr entschieden hat, auf die vorliegende Konstellation eines verplombten Containers nicht ohne weiteres übertragbar. Das Verpacken von Waren in Kartons könne nicht gleichgesetzt werden mit dem Beladen eines LKW, einer Wechselbrücke oder eines Containers. Bei der Versendung von Paketen sei eine in Täuschungsabsicht vorgenommene Fehlbestückung durch den Versender oder seine Bediensteten im Allgemeinen eher unwahrscheinlich, weil nicht vorausgesehen werden könne, ob gerade dasjenige Paket verloren geht, dass nur unzureichend bestückt wurde. Bei einem vom Versender selbst vorgeladenen und verplombten Transportcontainer, dessen Inhalt vom Frachtführer bei der Übernahme nicht überprüft werden könne, bestehe dagegen die Möglichkeit, gerade diesen Container gezielt entwenden zu lassen. Der Anreiz für eine Fehlbeladung eines vom Versender selbst verschlossenen und verplombten Transportcontainers sei daher deutlich größer als bei einem Paket.

Der Bundesgerichtshof hat daher die Entscheidung des OLG aufgehoben und zur weiteren Tatsachenfeststellung zurückverwiesen. Insbesondere wurde dem OLG aufgegeben, die von der klagenden Versicherung benannten Zeugen für den Inhalt des Containers zu vernehmen.

BGH, Urteil vom 09.10.2013 - I ZR 115/12

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Schaden durch Nachlässigkeit**

Im Rahmen der Fahrzeugversicherung kann die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles zu einer Leistungskürzung der Versicherung führen. Das Landgericht Berlin hatte in einem Urteil vom 09.01.2013, Az.: 42 O 397/11 (r + s 2013, 488) im Rahmen einer Teilkaskoversicherung über eine eingewandte Leistungskürzung wegen grober Fahrlässigkeit beim Fahrzeugdiebstahl zu entscheiden. Im Ergebnis wurde die Versicherungsleistung um 25 % gekürzt, wegen der Feststellung einer groben Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers.

Die Entscheidung ist deshalb interessant, da ein relativ alltäglicher Fall zu Grunde lag. Der Versicherungsnehmer hat einen Sportkurs in einer Sporthalle besucht. Der Fahrzeugschlüssel befand sich ohne gesonderte Sicherung in der Umkleidekabine. Nach der Feststellung des Gerichts wurde die Sporthalle erst 15 bis 20 Minuten nach Beginn des Sportkurses abgeschlossen, der Zugang wurde nicht kontrolliert, weder zur Sporthalle noch zur Umkleidekabine. Es befanden sich auch noch andere Personen in der Halle, z.B. das Reinigungspersonal. Nach Überzeugung des Landgerichts Berlin hat der Versicherungsnehmer dadurch den Eintritt des Versicherungsfalls grob fahrlässig herbeigeführt. Definition insoweit ist nach dem Bundesgerichtshof (r + s 1989, 62), dass der Versicherungsnehmer "die verkehrserforderliche Sorgfalt in hohem Maße außer Acht lässt und das Nächstliegende, das jedem in der gegebenen Situation einleuchtet, nicht beachtet."

Die Entscheidung gibt zum einen Anstoß eigene mögliche Nachlässigkeiten zu vermeiden. Zum anderen kann davon ausgegangen werden, dass die Fahrzeugversicherung außergerichtlich einen weit höheren Abzug oder gar die Verweigerung einer Leistung vorgenommen hat, auch wenn dies im Urteil nicht wiedergegeben wird.

LG Berlin, Urteil vom 09.01.2013 - 42 O 397/11

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

WEG-RECHT
bekommen

- **Wann ist eine Hausgeldabrechnung ordnungsgemäß?**

  Der Bundesgerichtshof hat am 11.10.2013 ein weiteres Urteil zum Inhalt einer Hausgeldabrechnung verkündet. Die anfechtenden Wohnungseigentümer haben unter anderem moniert, dass eine nähere Aufschlüsselung der Hausgeldzahlungen gefehlt hat. In den Jahresabrechnungen waren auf der Einnahmeseite Hausgeldzahlungen verzeichnet. Eine Aufschlüsselung, welche dieser Beträge den Vorjahreszeitraum betreffen, fehlte. Der Bundesgerichtshof bestätigt die Ordnungsgemäßheit der Abrechnung. Bei der Jahresabrechnung handelt es sich um eine geordnete und übersichtliche Einnahmen- und Ausgabenrechnung. Die Darstellung der Jahresabrechnung muss die Wohnungseigentümer in die Lage versetzen, die Vermögenslage der Wohnungseigentümergemeinschaft zu erfassen und auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Es muss nachvollzogen werden, was mit den eingezahlten Mitteln geschehen ist und ob sie insbesondere entsprechend den Vorgaben des Wirtschaftsplans eingesetzt worden sind. Demzufolge ist es richtig, dass auch Einnahmen des Vorjahres in die Jahresabrechnung einfließen, da sie im Abrechnungsjahr tatsächlich eingegangen sind. Eine Aufschlüsselung, welchen Abrechnungszeitraum die Einnahme betrifft, ist aber rechtlich nicht zwingend, so dass auch ohne diese Angabe die Jahresabrechnung nicht zu beanstanden ist.

  Der Bundesgerichtshof hat auch der Ansicht der anfechtenden Kläger eine Absage erteilt, dass der Ausweis eines Guthabens in der Gesamtabrechnung eine Verteilung und damit Auszahlung dieses Guthabens auf alle Wohnungseigentümer zur Folge habe. Denn ein Guthaben in der Gesamtabrechnung kann auch entstehen, wenn die bestehenden Verbindlichkeiten erst im Folgejahr beglichen werden sollen. Ein solches Guthaben als Ergebnis der Gesamtabrechnung begründet damit keinen Anspruch der einzelnen Wohnungseigentümer auf Auskehrung. Das Guthaben kann vielmehr zur Deckung der laufenden Kosten verwendet, der Instandhaltungsrücklage zugeführt oder an die Wohnungseigentümer ausgekehrt werden.

  Zudem stellt der Bundesgerichtshof nochmals fest, dass ein Vermögensstatus weder Gegenstand der Jahresabrechnung noch des Genehmigungsbeschlusses ist. Es ist demnach nicht die Aufgabe der Gesamtabrechnung aufzuzeigen, ob die im Abrechnungsjahr entstandenen Kosten durch die laufenden Hausgeldzahlungen gedeckt werden. Vielmehr sorgt für eine laufende Kostendeckung der Wirtschaftsplan. In diesem müssen Hausgeldzahlungen festgelegt werden, die es der Verwaltung ermöglichen, die voraussichtlich entstehenden Kosten zu begleichen.

  BGH, Urteil vom 11.10.2013 - V ZR 271/12

- **Wohnungseingangstüren stehen im gemeinschaftlichen Eigentum**

  In der Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentümergemeinschaft ist bestimmt, dass zum Sondereigentum auch die Türen zum Treppenhaus hin gehören, wobei Veränderungen an der Außenseite dieser Türen nur mit Mehrheitsbeschluss der Eigentümerversammlung vorgenommen werden dürfen. Die Eigentümerversammlung vom 15.6.2011 beschloss mehrheitlich, dass die an den Laubengängen gelegenen, neu einzubauenden Wohnungseingangstüren der einzelnen Einheiten mit einem Glasscheibeneinsatz versehen werden. Die Klägerin erhob Anfechtungsklage.

  Im Ergebnis wurde die Anfechtungsklage abgewiesen. Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass die Wohnungseigentümer gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG befugt sind, generelle Vorgaben zu der Gestaltung der Wohnungseingangstüren zu beschließen, da hierdurch nur Gemeinschaftseigentum betroffen ist. Denn Wohnungseingangstüren stehen stets insgesamt im gemeinschaftlichen Eigentum. Es handelt sich zwingend um Gemeinschaftseigentum und zwar unabhängig davon, ob Wohnungseingangstüren innerhalb des Gebäudes oder an dessen Außenseite (in den Laubengängen) gelegen sind. Sie dienen stets der räumlichen Abgrenzung von Gemeinschafts- oder Sondereigentum. Sofern sie damit räumlich und funktional (auch) zum Gemeinschaftseigentum gehören, steht die gesamte Tür als einheitliche Sache im gemeinschaftlichen Eigentum.

  Damit hat der Bundesgerichtshof einen langen Streit beendet und klargestellt, dass zwingendes Gemeinschaftseigentum aller Wohnungseigentümer besteht. Offen bleibt aber, ob den Wohnungseigentümern eine abweichende farbliche Gestaltung der Innenseite der Wohnungseingangstür gestattet ist.

  BGH, Urteil vom 25.10.2013 - V ZR 212/12

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

WOHNRAUMMIETRECHT
bekommen

- **Wann verjähren Ersatzansprüche des Vermieters?**

Nach § 548 Abs. 1 BGB verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in 6 Monaten, wobei die Verjährung in dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall sind die Mieter aus der Wohnung ausgezogen und übergaben am 20.12.2009 die Wohnungsschlüssel an eine im gleichen Hause wohnende Hauswartsfrau. Diese war nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme berechtigt, die Schlüssel von den Mietern entgegenzunehmen, jedoch nicht die Abnahme der Wohnung zu vollziehen. Offengelassen wurde von den Vorinstanzen, ob die Hauswartsfrau konkret zur Entgegennahme der Schlüssel bevollmächtigt war. Die Vermieter machten mit am 30.6.2010 beim Mahngericht eingegangenen Mahnbescheidsanträgen Schadensersatz wegen Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache geltend. Die Mieter haben die Verjährungseinrede erhoben.

Der Bundesgerichtshof hatte zu entscheiden, ob am 20.12.2009 die Sache zurückgegeben war, so dass die Verjährungsfrist an diesem Tag zu laufen begann. Der Bundesgerichtshof stellt zunächst fest, dass für den Beginn der Verjährungsfrist es nicht darauf ankommt, wann der Vertrag endet, sondern wann die Rückgabe erfolgt, wobei der Vermieter auch nicht auf Zuruf des Mieters verpflichtet ist, die Mietsache jederzeit zurückzunehmen, wenn der Mieter kurzfristig ausziehen und den Schlüssel zur Wohnung an den Vermieter zurückgeben will.

Eine Rückgabe im Sinne von § 548 BGB liegt vielmehr dann vor, wenn der Vermieter in die Lage versetzt wird, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen. Auch ist es erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und eindeutig aufgibt, wobei der Vermieter hiervon Kenntnis erlangen muss. Ohne eine solche Kenntnis von der Besitzaufgabe des Mieters an der Wohnung, etwa durch Rückgabe der Wohnungsschlüssel an den Vermieter oder seinen Bevollmächtigten, ist der Vermieter grundsätzlich nicht in der Lage, den Zustand der Wohnung zu prüfen. Die Rückerlangung der Mietsache gemäß § 548 Absatz 1 S. 2 BGB setzt demnach außer der Übertragung des Besitzes an der Wohnung vom Mieter an den Vermieter die Kenntnis des Vermieters von der Besitzaufgabe voraus.

Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall haben die Mieter zwar ihren Besitz durch die Rückgabe der Schlüssel an die Hauswartfrau abgegeben. Durch die Rückgabe am 20.12.2009 hatten die Vermieter nach den bisherigen Feststellungen der Vorinstanzen jedoch noch keine Kenntnis von dieser Besitzaufgabe. Damit sind die Vermieter noch nicht in die Lage versetzt worden, sich durch die nunmehr erlangte unmittelbare Sachherrschaft - vermittelt durch die Hauswartfrau als so genannte Besitzdienerin - ein Bild vom Zustand der Wohnung zu machen. Die Kenntnis der Hauswartfrau müssen sich die Vermieter auch nicht zurechnen lassen, da die Hauswartfrau nicht zur Wohnungsabnahme bevollmächtigt war. Auch der Hilfserwägung, wonach sich die Vermieter nach § 166 Abs. 1 BGB analog die Kenntnis spätestens zu dem Zeitpunkt zurechnen lassen müssen, zu dem üblicherweise davon auszugehen ist, dass die Hauswartfrau ihre Kenntnis von der Besitzaufgabe an die Vermieter weiterzugeben hatte, folgt der Bundesgerichtshof nicht.

Die Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB setzt nämlich voraus, dass die Hauswartfrau als eine so genannte "Wissensvertreterin" eingesetzt ist, was nicht ohne weiteres anzunehmen ist. Demnach ist die Kenntnis des Hauswarts von der Rückgabe der Wohnungsschlüssel dem Vermieter nur dann zuzurechnen, wenn der Hauswart <u>konkret</u> damit beauftragt ist, die Wohnungsschlüssel zum Zweck der Übergabe der Wohnung entgegenzunehmen. Ansonsten erhält der Vermieter durch die Schlüsselrückgabe an den Hauswart zwar die Sachherrschaft über die Wohnung zurück, ist jedoch mangels Kenntnis davon noch nicht in der Lage, sich daraufhin ein umfassendes Bild vom Zustand der Wohnung zu machen. Da hierzu Feststellungen der Vorinstanzen gefehlt haben, wurde die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgabe der Wohnung kann demnach strittig werden. Werden die Räume nicht direkt an den Vermieter zurückgegeben, wird der Mieter dem Vermieter gesondert über die Besitzaufgabe in Kenntnis setzen müssen, will er die sechsmonatige Verjährungsfrist beginnen lassen. Der Vermieter dagegen sollte sich erkundigen, wann der Mieter die Schlüssel zurückgegeben hat und damit die Besitzaufgabe vollzog, um vorsorglich die Verjährungsfrist bereits ab diesem Zeitpunkt zu berechnen und sich nicht auf die Unsicherheiten einzulassen, ob und wann er sich eine Kenntnis über die Besitzaufgabe zurechnen lassen muss.

BGH, Urteil vom 23.10.2013 - VIII ZR 402/12