SRF-Newsletter 07/2013

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

ARBEITSRECHT bekommen

Die Arbeitszeit bei AT-Angestellten

Ist in einem Arbeitsvertrag die Dauer der Arbeitszeit nicht ausdrücklich geregelt, gilt die betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart. Unterschreitet der Arbeitnehmer diese, so darf der Arbeitgeber die Vergütung entsprechend kürzen, so hat das Bundesarbeitsgericht am 15.05.2013 entschieden. Zu Grunde lag ein Fall einer außertariflich beschäftigten Mitarbeiterin, die als Referentin tätig war und in deren Arbeitsvertrag geregelt war, dass sie ein Jahresgehalt von ca. EUR 95.000,00 beziehe und sie verpflichtet sei auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit tätig zu werden. Mit der Vergütung sei die Tätigkeit der Arbeitnehmerin abgegolten. Weitere Regelungen zur Arbeitszeit fehlten.

Nachdem die Arbeitnehmerin ihre Tätigkeit sukzessive zurückgefahren hatte, wurde sie von Ihrer Arbeitgeberin aufgefordert, mindestens 7,6 Stunden täglich bzw. wöchentlich 38 Stunden zu arbeiten und ihr Arbeitszeitkonto auszugleichen. Dieses war immerhin mit 686 Stunden im Minus. Dass eine außertariflich angestellte Mitarbeiterin für sich in Anspruch nimmt, mehr oder weniger keine Mindestarbeitszeit zu schulden, solange sie ihre Aufgaben erfülle, war sicherlich ein mutiger Denkansatz, möglicherweise zu mutig, da die Arbeitgeberin auch außerordentlich und hilfsweise ordentlich gekündigt hat, wobei über diese Kündigung in einem noch nicht rechtskräftig entschiedenen weiteren Verfahren verhandelt wird.

BAG, Urteil vom 15.05.2013 - 10 AZR 325/12

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

BAURECHT bekommen

Mal wieder! Uberwachungspflichten der Architekten und Ingenieure

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Rahmenbedingungen für Inhalt und Reichweite der Über-wachungspflichten des mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten in einer Entscheidung vom 06.11.2012 wie folgt definiert:

1. Auch die Überwachung einfacher und gängiger Tätigkeiten darf sich nicht darauf beschränken, die von den Auftragnehmern vorgelegten Papiere zur Bauausführung am Schreibtisch durchzusehen und darauf zu überprüfen, ob sie mit der Planung übereinstimmen. Auch in diesen Bereichen muss die Überprüfung an Ort und Stelle des Bauvorhabens zumindest stichprobenhaft erfolgen.
2. Arbeiten des Bodenaustausches zur Gründung des Gebäudes ebenso wie das Betonieren und die Bewehrung der Sohlplatten gehören nach Einschätzung des Oberlandesgerichts zu den gefahren-trächtigen Arbeiten mit typischen Gefahrenquellen. Hier muss der Architekt mit besonderer Vorsicht und Umsicht agieren und besonders streng kontrollieren.
3. Besondere Anforderungen an die Überwachung können sich des Weiteren aus besonderen Mate-rialien oder besonderen Vorgaben an die Be- und Verarbeitung im Rahmen des Bodenaustausches ergeben, sowie dann, wenn der Unternehmer handschriftliche Änderungen im Leistungsverzeichnis durchgeführt hat!
4. Liegen Mängel vor, die typischerweise entdeckt werden müssen, liegt ein Anscheinsbeweis für eine Pflichtverletzung des Architekten vor.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.11.2012 - 23 U 156/11

Fälligkeit des Architektenhonorars

Der Bundesgerichtshof hat eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf in einer Architektenhonorarsache zurückgewiesen. Entschieden wurde dabei Folgendes:

Die Verjährung des Honoraranspruchs des Architekten beginnt an dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, also fällig wurde.

Die Fälligkeit des Honorars entsteht mit vertragsgemäßer Leistungserbringung und Erstellung einer prüfbaren Schlussrechnung. Die Abnahme des Architektenwerkes soll nicht Voraussetzung der Fälligkeit des Honorars sein! Dies gilt auch bei einem vorzeitig beendeten Architektenvertrag.

Stützt der Architekt seine Forderung auf eine nicht prüffähige Honorarschlussrechnung tritt Fälligkeit als Voraussetzung für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist ein, wenn die Prüffrist von zwei Monaten abgelaufen ist, ohne dass der Auftraggeber substantiierte Ein-

wendungen gegen die Prüffähigkeit vorgebracht hat.

Das Oberlandesgericht hat im Rahmen der Prüfung der Fälligkeit also die Rechtsprechung zur Begrenzung der Möglichkeit des Auftraggeber, Einwendungen gegen die Prüffähigkeit vorzubringen (Zweimonatsfrist) auch auf die Fälligkeit des Honorars übertragen. Im entschiedenen Fall besonders war, dass der Architekt bestritt, überhaupt eine Rechnung erstellt zu haben, die Auftraggeberseite auch eine Rechnung nicht vorlegen konnte, da sie dem Anwalt übergeben worden sei, der die Akte (und Rechnung) bis zum Zeitpunkt des Verfahrens bereits vernichtet hatte. Der Architekt hatte allerdings kurze Zeit nach dem von Auftraggeberseite behaupteten Datum der Rechnung Mahnbescheidsantrag gestellt. Dies hat dem Oberlandesgericht als Indiz dafür, dass es auch eine Rechnung gegeben haben muss, die die Fälligkeit begründete, ausgereicht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.10.2011 - 21 U 60/09

BGH, Beschluss vom 11.04.2013 - VII ZR 220/11

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

FAMILIENRECHT bekommen

Ausgleichsansprüche aus einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Durch den Bundesgerichtshof wurde mit einem Urteil vom 08.05.2013, Az: XII ZR 132/12 entschieden, dass zwar entsprechend der ständigen Rechtsprechung Ausgleichsansprüche bei Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in weitem Umfang nicht bestehen. Entgegen den Vorinstanzen wurde jedoch für bestimmte Leistungen im Zusammenhang mit einer Immobilie im Alleineigentum eines der beiden Partner ein Ausgleichsanspruch als begründet angesehen. Derartige Ausgleichsansprüche bei Beiträgen zum Erwerb/Erhalt/Umbau einer Immobilie im Alleineigentum eines Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wurden zwar auch in der Vergangenheit bereits als begründet angesehen. Die jetzige Entscheidung ist jedoch für eine Abgrenzung bei regelmäßigen Beiträgen durch Übernahme von Kreditraten sowie in Bezug auf Eigenleistungen von Bedeutung.

In dem zu entscheidenden Fall hatte die Frau ein erheblich renovierungsbedürftiges Haus erworben, welches über Kredit finanziert, renoviert und erweitert wurde. Seitens des Mannes wurden nach Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft seine Beiträge zur Kreditfinanzierung sowie Zahlungen aufgrund erheblicher Eigenleistungen als gelernter Schreiner geltend gemacht.

Die Klageabweisung wurde auch durch den Bundesgerichtshof bestätigt, soweit Kreditraten betroffen waren. Zur Abgrenzung wurde ausgeführt, dass bezüglich Kreditraten allenfalls die Tilgungsanteile von Bedeutung sein können. Die Vorinstanzen hatten jedoch festgestellt, dass die Höhe der Kreditraten nicht wesentlich von der marktüblichen Mietzahlung abgewichen ist, so dass die erfolgten Zahlungen lediglich der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft gedient haben, wofür kein Ausgleichsanspruch gewährt wird, nach Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

Die Vorinstanzen hatten auch Ausgleichsansprüche aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage/ungerechtfertigter Bereicherung abgelehnt, soweit behauptete Eigenleistungen des Mannes betroffen waren. Begründet wurde dies damit, dass verschiedene Personen aus dem Freundes- und Verwandtenkreis am Objekt gearbeitet hatten und durch Beweisaufnahme die Leistung des Mannes nicht festzustellen war. Der Bundesgerichtshof hat insoweit ausgeführt, dass aufgrund des Umstandes, dass unstreitig Arbeiten des Mannes erfolgt sind ein "Mindestanteil", auch durch Schätzung, festgestellt werden kann, für welchen ein Ausgleichsanspruch besteht, soweit hieraus noch eine Vermögensmehrung auf Seiten der Ehefrau, nach Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, besteht.

Nachdem im Falle des Scheiterns einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich keine Ausgleichsansprüche gewährt werden und selbst für den Fall, dass Ausgleichsansprüche in Betracht kommen, die diesbezügliche Ermittlung extrem schwierig/unsicher ist, kann nur dringend empfohlen werden, vor entsprechenden Investitionen in ein fremdes Objekt, gerade auch bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, vertragliche Regelungen zu treffen.

BGH, Urteil vom 08.05.2013 - XII ZR 132/12

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

IT-RECHT bekommen

Gewerbliches Handeln bei eBay

Wer bei eBay gewerblich tätig wird muss, anders als der Privatverkäufer, zahlreiche Verbraucherschutzvorschriften beachten und insbesondere den Käufern ein Widerrufsrecht einräumen. Die Abgrenzung zwischen gewerblicher und privater Tätigkeit ist dabei nicht immer ganz einfach. Ein Handeln im geschäftlichen

Verkehr setzt dabei eine auf gewisse Dauer angelegte, selbstständige wirtschaftliche Betätigung voraus, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben. Der Bundesgerichtshof hat hierzu bereits in der Vergangenheit entschieden, dass ein geschäftliches Handeln bei Fallgestaltungen nahe liegt, bei denen ein Anbieter wiederholt mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen handelt. Auch wenn der Verkäufer die zum Kauf angebotenen Produkte erst kurz zuvor erworben hat, spricht dies für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr, ebenso wie die Tatsache, dass der Verkäufer ansonsten gewerblich tätig ist. Weiter hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass auch die Konzentration der Angebote auf wenige Produktbereiche sowie eine Vielzahl von Bewertungen insoweit ein Anzeichen sind, wobei mehr als 25 Bewertungen im Monat einen solchen Rückschluss in der Regel. zulassen. Maßgeblich insoweit ist aber jeweils eine Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls, die gegeneinander abgewogen werden müssen.

Dem Oberlandesgericht Hamm lag nunmehr folgender Sachverhalt zur Bewertung einer gewerblichen Tätigkeit vor: Der Beklagte bot bei eBay 250 Akkus in verschiedenen Packungsgrößen an und wies dabei jeweils darauf hin, dass auch größere Mengen abgenommen werden können. Im Angebot fand sich zusätzlich der Hinweis "Nun noch das übliche: Privatverkauf: Keine Garantie bzw. Gewährleistung, kein Rückgaberecht." Verkauft wurden Neuwaren, die vom Beklagten über einen längeren Zeitraum in verschiedenen Packungsgrößen bei eBay angeboten wurden. Dies sowie eine Anzahl von 60 Bewertungen in einem Jahr wertete das OLG als gewerbliche Tätigkeit, da der Anschein einer dauerhaften gewerblichen Tätigkeit erweckt werde. Dem stünde auch nicht entgegen, dass der Beklagte die Akkus von seinem Arbeitgeber geschenkt bekam und es sich deshalb um Verkäufe aus seinem Privatvermögen gehandelt haben könnte. Selbst wenn bei der Überlassung der Akkus eine wirtschaftliche Verwertung noch nicht vorgesehen war, sei spätestens mit der Entscheidung, die Akkus bei eBay in kleinen Einheiten zu versteigern, die Grenze zum gewerblichen Handeln überschritten. Das OLG stellt dabei folgende Kontrollüberlegungen an: Bei Verneinung eines geschäftlichen Handelns könnten Unternehmen größerer Marken neue Handelsgegenstände, die von diesen nicht mehr benötigt werden, an Privatleute verschenken und von diesen dann in Konkurrenz zu den damit geschäftlich handelnden Unternehmen ohne Rücksicht auf die Verbraucherschutzrechte veräußert werden. Hierdurch werde Missbrauch einer solchen Warenüberlassung Tür und Tor geöffnet.

Wer bei eBay handelt sollte sich im Klaren darüber sein, dass er dann, wenn er die Grenze zur gewerblichen Tätigkeit überschreitet, die Verbraucherschutzvorschriften einhalten muss. Ansonsten drohen neben Abmahnungen von Wettbewerbern auch weitere erhebliche Rechtsnachteile, da z.B. Verbraucher ihre Verträge ohne wirksame Widerrufsbelehrung jederzeit rückgängig machen können. Außerdem ist gegebenenfalls mit einer Überprüfung durch das Finanzamt zu rechnen.

OLG Hamm, Urteil vom 17.01.2013 - 4 U 147/12

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Kick-Back Zahlungen und Kausalität**

  Es reicht nicht aus, der beratenden Bank eine Pflichtverletzung dahingehend vorzuwerfen, dass hinter dem Rücken des Anlegers aufklärungspflichtige Rückvergütungen (Kick-Backs) an die beratende Bank geflossen sind. Diese Pflichtverletzung muss vielmehr auch für den eingetretenen Schaden kausal, demnach ursächlich geworden sein. Steht somit eine Pflichtverletzung in Form der Kick-Backs fest, streiten sich die Parteien oft darüber, ob diese Pflichtverletzung überhaupt Auswirkungen gehabt hat. Denn nur in diesem Fall ist die Bank zum Schadensersatz verpflichtet.

  Die Beweislast für die fehlende Kausalität einer Pflichtverletzung durch unterlassene Aufklärung trifft die beratende Bank, wie der Bundesgerichtshof bereits am 8.5.2012 entschieden hat (XI ZR 262/10). Die Bank kann demnach Tatsachen vortragen, die dafür sprechen, dass auch bei gehöriger Aufklärung die Zeichnung der Anlage erfolgt wäre. Der Bundesgerichtshof hat nunmehr geklärt, dass Einzelheiten oder Erläuterungen für einen derartigen Vortrag zur Substantiierung des Beweisantrages grundsätzlich nicht erforderlich sind. Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt nur dann vor, wenn die Bank ohne greifbare Anhaltspunkte willkürlich Behauptungen ins Blaue hinein oder aufs Geratewohl aufstellt. Sofern zumindest in der Gesamtschau Anhaltspunkte vorgetragen werden, dass der Anleger auch in Kenntnis der Rückvergütungen die Anlage gezeichnet hätte, liegt ein derartiger Ausforschungsbeweis nicht vor. Zu diesen Anhaltspunkten gehören das behauptete Anlageziel, dass es dem Anleger allein auf die Steuerersparnis und allenfalls noch Renditechancen und das Sicherungskonzept der Schuldübernahme ankam. Als weiteren Anhaltspunkt hat die Bank eine Beteiligung an weiteren Filmfonds in Kenntnis von Provisionszahlungen an die beratende Bank vorgetragen. In diesem Fall kann eine Behauptung ins Blaue

hinein nicht angenommen werden. Zwar entfällt aus dem Umstand, dass ein Anleger eine steueroptimierte Anlage wünscht, für sich genommen die Kausalitätsvermutung nicht. Wird die gewünschte Steuerersparnis aber nur mit dem empfohlenen Produkt oder anderen Kapitalanlagen mit vergleichbaren Rückvergütungen zu erzielen sein, ist ein Schluss darauf zulässig, dass die Rückvergütungen für die Anlageentscheidung nicht maßgeblich waren. Auch können sich Indizien für die fehlende Kausalität sowohl aus dem vorangegangenen als auch aus den nachfolgenden Anlageverhalten des Anlegers ergeben. Insbesondere die Kenntnis des Anlegers von Rückvergütungen, die die beratende Bank bei vergleichbaren früheren Anlagegeschäften erhalten hat, stellt ein Indiz dafür dar, dass ein Anleger die empfohlene Kapitalanlage auch in Kenntnis der Rückvergütung erworben hätte. Auch kann sich ein Indiz für eine fehlende Kausalität daraus ergeben, dass der Anleger an vergleichbaren Kapitalanlagen festhält und nicht unverzüglich Rückabwicklung wegen eines Beratungsfehlers begehrt.

Nachdem der Bundesgerichtshof kürzlich am 8.5.2012 (XI ZR 262/10) feststellte, dass die Beweislastumkehr bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung eingreift, werden sich die Berater vermehrt mit der Widerlegung der Kausalitätsvermutung verteidigen, wonach der Anleger auch bei Kenntnis der Rückvergütung die Anlage gezeichnet hätte. Hier wird eine ganze Bandbreite von Umständen zu berücksichtigen sein, insbesondere die Anlageziele und das Verhalten vor und nach Zeichnung der Anlage. Dabei sind an den Vortrag keine hohen Anforderungen an die Substantiierung zu stellen. Lediglich Vortrag ins Blaue hinein wird dem Berater nicht helfen.

BGH, Urteil vom 26.02.2013 - XI ZR 318/10

- **Wirksamkeit einer Schriftformvorsorgeklausel**

Mit Urteil vom 26.04.2013 hat das Oberlandesgericht Hamm - 30 U 82/12 - unter anderem zu der höchstrichterlich noch nicht entschiedenen Frage der Wirksamkeit einer so genannten Schriftformvorsorgeklausel Stellung genommen.

Die Klägerin ist durch Grundstückserwerb als Vermieterin in einen Mietvertrag eingetreten, den die Rechtsvorgängerin der Klägerin und die Beklagte (= Mieterin) am 28.03.2002 über ein im Bau befindliches Hotelgebäude mit einer monatlichen Nettokaltmiete von EUR 115.440,00 geschlossen haben. Vereinbart war eine Vertragsdauer bis zum 01.09.2022.

Unter dem 29.03.2006/19.04.2006 schlossen die ursprüngliche Vermieterin und die Mieterin einen 1. Nachtrag zum Mietvertrag, wobei auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug genommen wurde. Mit diesem Nachtrag wurde die genaue Mietzeit festgelegt und unter anderem eine Untervermietung genehmigt. In Nr. 12 des 1. Nachtrages heißt es des Weiteren:

"Soweit vorstehend keine abweichende/ergänzende Regelung getroffen ist, bleiben im Übrigen die Bestimmungen des Mietvertrages vom 28.03.2002 einschließlich der zugehörigen Anlagen gültig ...".

Unter dem 19.06.2006 schlossen die Rechtsvorgängerin der Klägerin und die Mieterin einen 2. Nachtrag zum Mietvertrag, wobei erneut auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug genommen wurde. Nummer 12 des 2. Nachtrags lautet:

"Soweit vorstehend keine abweichende/ergänzende Regelung getroffen ist, bleiben im Übrigen die Bestimmungen des Mietvertrages vom 28.03.2002 in der Fassung des Nachtrages Nr. 1 vom 29.03.2006, jeweils einschließlich der zugehörigen Anlagen, gültig....".

In Art. 16 Abs. 1 MV heißt es:

"Mündliche Nebenabreden neben diesem Vertrag bestehen nicht. Alle Änderungen und Ergänzungen des Vertrages sowie sämtliche rechtsgestaltenden Erklärungen (z. B. Kündigung des Mietverhältnisses, Rücktritt u. ä.) bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform unter Bezugnahme auf diesen Vertrag. Dies gilt auch für eine eventuelle Aufhebung des Erfordernisses der Schriftlichkeit. Vertragliche Zusatz- und Nebenabsprachen sollen mit dem Vertrag verbunden werden. Den Vertragspartnern sind die besonderen Formerfordernisse der §§ 578, 550, 126 BGB bekannt. Sie verpflichten sich gegenseitig, auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis Genüge zu tun und bis zu diesem Zeitpunkt den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen."

Die Mieterin kündigte das Mietverhältnis am 29.04.2009 zum 31.12.2009 mit der Begründung, die gesetzliche Schriftform sei nicht gewahrt, so dass der Mietvertrag ordentlich kündbar sei.

Die Mieterin macht geltend, die notwendige Schriftform sei nicht eingehalten, weil der Umfang des Mietgegenstandes im Mietvertrag nicht hinreichend bestimmbar umschrieben sei. Außerdem seien nach Mietvertragsabschluss

mündliche Abreden zu einer wesentlichen Änderung des Mietvertrages getroffen worden, die ebenfalls zu einem Schriftformmangel geführt hätten.

Das Oberlandesgericht Hamm führt aus, dass aus seiner Sicht keine Schriftformmängel bestehen, dass zumindest aber etwaige Formmängel, soweit sie sich aus einer unzureichenden Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben hätten, durch die Nachträge aus dem Jahr 2006 geheilt wurden. Darüber hinaus könne sich die Mieterin wegen der Schriftformvorsorgeklausel auch nicht auf einen etwaigen Schriftformmangel berufen.

Es ist allgemein anerkannt, dass bei Unklarheiten über den Umfang des Mietgegenstandes die tatsächliche Nutzung zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsabschlusses ein außerhalb der Urkunde liegender Umstand ist, auf den zur Bestimmung des Mietgegenstandes zurückgegriffen werden darf (BGH NZM 2009, 198). Ebenso ist allgemein anerkannt, dass durch einen der gesetzlichen Schriftform genügenden Nachtrag zu einem schriftlichen, von den Vertragspartnern unterzeichneten Grundstücksmietvertrag ein insgesamt formwirksamer Mietvertrag auch dann entstehen kann, wenn die ursprüngliche Urkunde nicht alle wesentlichen Tatbestandsmerkmale eines Mietvertrags enthält (BGH NJW-RR 1988, 201), ohne dass eine verkörperte Urkundeneinheit des Nachtrages mit dem Mietvertrag dabei erforderlich wäre, solange ausreichend auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug genommen wird (BGH NJW 2009, 2195). Grundsätzlich ist insoweit erforderlich, dass der Nachtrag die geänderten Regelungen aufführt und erkennen lässt, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Mietvertrages verbleiben soll (BGHZ 176, 301).

Was die Frage der Heilung einer hinsichtlich der Bestimmbarkeit des Vertragsobjekts formunwirksamen Vereinbarung angeht, entspricht es der Rechtsprechung des BGH, dass eine Nachtragsvereinbarung, die ausdrücklich auf das bestehende Mietverhältnis verweist und alle übrigen Bedingungen des vorherigen Mietvertrages unverändert bestehen lässt, ohne weiteres dahin auszulegen ist, dass die zum Zeitpunkt des Nachtrages tatsächlich ausgeübte Nutzung als vertragsgemäß angesehen und fortgesetzt werden soll (BGH NJW 1999, 3259). Wird - jedenfalls durch die ausdrückliche Bezugnahme auf sämtliche (sonstigen) Regelungen des Ausgangsvertrages - mit der Nachtragsvereinbarung eine Abrede getroffen, die sämtliche essentialia eines Mietvertrags enthält, ist das Mietobjekt jedenfalls aufgrund der feststellbaren Nutzung zum Zeitpunkt der Nachtragsvereinbarung nunmehr hinreichend bestimmbar bezeichnet und eine aus der fehlenden Bestimmbarkeit abzuleitende Formunwirksamkeit des Ausgangsvertrags geheilt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - die Nutzung nicht im Widerspruch zu den dokumentierten schriftlichen Vereinbarungen steht oder eine wesentliche Abweichung hiervon darstellt.

So liegen die Dinge auch im Streitfall. Denn vorliegend gab es zum Zeitpunkt der Nachträge eine langjährige einvernehmliche und sämtliche Unklarheiten beseitigende Nutzung des Mietobjekts. Weiter nehmen beide Nachträge nicht nur eindeutig auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug, sondern stellen ausdrücklich klar, dass es im Übrigen bei den Regelungen des ursprünglichen Mietvertrages bzw. des 1. Nachtrages bleiben soll. Die Nachträge bilden mithin mit dem ursprünglichen Mietvertrag einen einheitlichen Mietvertrag unter Fortgeltung der nicht abgeänderten Regelungen, der so alle essentialia eines Mietvertrags enthält. In diesem Fall ist die tatsächliche Nutzung wie bei einem ursprünglichen Vertragsschluss ein Umstand zur Bestimmung des Mietgegenstandes, auf den in den Grenzen des einheitlichen Vertrages zurückgegriffen werden kann, und der der Annahme, das in den Nachtragsvereinbarungen angesprochene Mietobjekt sei nicht hinreichend bestimmbar im Sinne des § 550 BGB, eindeutig entgegensteht.

Noch interessanter als die Ausführungen des Oberlandesgerichts zum Umfang der Heilung von Schriftformverstößen durch Abschluss von Nachträgen zum Mietvertrag ist die Rechtsmeinung des Gerichts zur Wirksamkeit der so genannten Schriftformvorsorgeklausel des Mietvertrages. Das Gericht meint, selbst wenn von einer Formunwirksamkeit des Mietvertrages wegen eines Schriftformmangels auszugehen sein sollte, wäre die Kündigung der Mieterin jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Hinblick auf die wirksame Schriftformvorsorgeklausel des Mietvertrags treuwidrig, weil die Vermieterin einen Anspruch auf Abschluss eines formgültigen Vertrages hätte.

Die Schriftformvorsorgeklausel des Artikels 16 Abs. 1 S. 6 MV ist aus Sicht des Oberlandesgerichts Hamm wirksam. Das gilt selbst dann, wenn es sich nicht um eine Individualvereinbarung, sondern um eine Formularklausel handeln würde.

Nach wohl überwiegender Auffassung werden vorliegende oder ähnliche Schriftformvorsorgeklauseln für wirksam erachtet (vgl. Lindner-Figura, Geschäftsraummiete, Kap. 6 Rn. 62 und Fußnote 157; KG NZM 2007, 402; OLG Köln GuT 2006,14; OLG Naumburg NJW 2012, 3587; OLG Düsseldorf ZMR 2004, 749; Palandt, § 550 Rn. 12; Schmidt-Futterer-Blank , Mietrecht, § 550 Rn. 66; Kreikenbohm/Niederstetter NJW 2009, 406; Jud

NZM 2006, 913 (9107); Wichert ZMR 2006, 257 (257 f., 259); Disput/Wortberg ZflR 2009, 57 (59-61); Sternel, Mietrecht aktuell, Rn. I 145).

Teilweise wird eine entsprechende Klausel - insbesondere im Hinblick auf den Erwerberfall - grundsätzlich für unwirksam gehalten (so Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, Rn. 136). Jedenfalls sei sie gegenüber einem Erwerber unwirksam (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2012, 10 U 34/12 und Münchner Kommentar, BGB, § 550 Rn. 20). Begründet wird diese abweichende Auffassung damit, dass die Klausel wegen des offenkundigen Widerspruchs zu dem Zweck und dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 550 BGB gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sei. In jedem Falle könne eine solche Klausel keine Wirkung im Verhältnis Erwerber und Mieter entfalten.

Der Bundesgerichtshof hat sich mit der vorliegenden oder einer ähnlichen Klausel noch nicht befasst.

Die vorliegende Klausel ist aus Sicht des Oberlandesgerichts Hamm, der zuzustimmen ist, wirksam, da sie weder überraschend ist noch die Beteiligten unangemessen benachteiligt.

Die Schriftformvorsorgeklausel ist jedenfalls im gewerblichen Bereich nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB. Denn sie ist einerseits im Hinblick auf die Probleme um das Schriftformerfordernis sowie auf die Folgerungen bei deren Nichteinhaltung und das damit entstehende Regelungsbedürfnis für beide Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, zu dem noch Einvernehmen besteht, jedenfalls im gewerblichen Bereich wie hier nicht ungewöhnlich. Sie ist letztlich eine Fortentwicklung einer allgemeinen salvatorischen Klausel.

Die Schriftformvorsorgeklausel ist auch nicht unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen einer Umgehung des zwingenden Charakters des § 550 BGB.

Denn es ist anerkannt, dass die Parteien eines mündlich geschlossenen Mietvertrages vereinbaren können, dass ein Mietvertrag später schriftlich geschlossen wird. Eine solche Beurkundungsabrede ist wirksam (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, beispielsweise NZM 2005, 219 und NZM 2007, 445). Da eine solche Beurkundungsabrede trotz des doppelten Schutzzwecks des § 550 BGB - nämlich im Schwerpunkt Schutz des Erwerbers einerseits sowie Beweis- und Übereilungsschutz andererseits - nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm zulässig ist, kann trotz des zwingenden Charakters des § 550 BGB auch in einer Schriftformvorsorgeklausel ein Anspruch auf Abschluss eines formwirksamen Mietvertrages vereinbart werden. Der Anspruch als solcher berührt § 550 BGB nicht.

Zwar wird der Schutzzweck des § 550 BGB durch die Schriftformvorsorgeklausel berührt, weil insoweit entgegen der gesetzlichen Regelung die Kündigung eines nicht formwirksam abgeschlossenen Mietverhältnisses ausgeschlossen wird. Allerdings normiert die Schriftformvorsorgeklausel nur den allgemeinen Treuwidrigkeitseinwand des § 242 BGB, trägt damit anerkannter Rechtsprechung Rechnung und kann deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als mit wesentlichen Grundgedanken der einschlägigen gesetzlichen Regelung unvereinbar bewertet werden.

Dass der Treuwidrigkeitseinwand im Sinne des § 242 BGB einer auf § 550 BGB gestützten Kündigung - wenn auch nur in eng umgrenzten Fällen bei untragbaren Ergebnissen - entgegengehalten werden kann, ist allgemein anerkannt. Dabei entspricht es der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Auffassung, dass eine unter Berufung auf einen Schriftformverstoß ausgesprochene Kündigung eines befristeten Vertrages unwirksam ist, wenn der Kündigende zum Abschluss einer formwirksamen Vereinbarung verpflichtet ist (BGH NZM 2005, 502 zur Herstellung eines formwirksamen Vertrages durch Heftung).

Die Schriftformvorsorgeklausel, die weder unklar noch unverständlich ist, stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als für den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligend dar.

Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB der ursprünglichen Parteien ist im gewerblichen Bereich nicht zu erkennen, da beide Parteien bei Vertragsschluss gleichermaßen daran interessiert sind, den Vertrag entsprechend ihrer schriftlichen Vereinbarung zu befristen und an dieser Befristung unabhängig von etwaigen Formverstößen festzuhalten, und dies durch die Vereinbarung zum Ausdruck bringen.

Auch soweit der Vertragspartner des Verwenders verpflichtet sein soll, im weiteren Verlauf des Vertragsverhältnisses getroffene Vereinbarungen in einer dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB genügenden Weise festzuhalten, erscheint dies in Anbetracht der Bedeutung der langfristigen vertraglichen Bindung, die regelmäßig nicht durch spätere Vereinbarungen infrage gestellt werden soll, nicht als unangemessen.

Aber auch eine Gefährdung des von § 550 BGB beabsichtigten Schutzes des Erwerbers ist nicht gegeben. Denn soweit aus der Klausel abzuleiten wäre, dass der Erwerber verpflichtet ist, von ihm selbst mit dem Mieter getroffene Abreden formgerecht niederzulegen, ist die Schriftform-

vorsorgeklausel aus den vorstehend dargelegten Gründen ebenso wenig unangemessen wie im Verhältnis des Voreigentümers und des Mieters. Soweit der Erwerber aus der Schriftformvorsorgeklausel einen Anspruch darauf ableiten könnte, dass der Mieter mit dem Voreigentümer getroffene bindende Vereinbarungen formgerecht niederlegt, geht die Klausel nicht zu seinen Lasten und ist mithin nicht aus diesem Grund unangemessen.

Allerdings ist auch das Oberlandesgericht Hamm der Auffassung, dass eine Klausel, die den Erwerber verpflichtete, von dem Voreigentümer und dem Mieter getroffene Vereinbarungen, die dem Schriftformerfordernis nicht genügen, nachträglich formgerecht abzuschließen, nicht angemessen sein kann, schon weil sie dem Schutzzweck des § 550 BGB zuwiderliefe. Jedoch hat die Klausel diese Wirkung nicht, weil der Anspruch des Mieters auf Herstellung eines formwirksamen Vertrages nur gegen denjenigen gerichtet ist, der mit ihm die jeweils in Rede stehende formlose Vertragsabrede getroffen hat. Der Erwerber kann deshalb aus ihr nicht verpflichtet sein, eine von ihm selbst gar nicht veranlasste Vereinbarung nunmehr formwirksam abzuschließen.

Allerdings tritt der Erwerber gemäß § 566 Abs. 1, § 578 Abs. 1 und Abs. 2 BGB anstelle des veräußernden Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Es entsteht ein neues, mit dem alten inhaltsgleiches Mietverhältnis (BGH NJW-RR 2010, 1309). Dies gilt auch für die vereinbarte Schriftformvorsorgeklausel, die wie der gesamte Vertrag auf den Erwerber übergeht und damit im Verhältnis zwischen Erwerber und Mieter volle Geltung beansprucht.

Existierte der Schriftformmangel allerdings bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs, so geht es - was die Angemessenheit der Klausel angeht - nicht um die Fortgeltung der Schriftformvorsorgeklausel als solcher im neuen Mietverhältnis, sondern um die Frage, ob der bereits mit Abschluss der formunwirksamen Abrede gegen den Vertragspartner (Voreigentümer) fällig gewordene Anspruch auf Herstellung eines formwirksamen Vertrages übergeht. Dies ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm zu verneinen.

Insoweit ist allgemein das Fälligkeitsprinzip anerkannt, wonach der Erwerber in bisherige Ansprüche, also solche, die in der Zeit vor der Veräußerung entstanden und fällig geworden sind, nicht eintritt, weil sie nicht in "die Dauer seines Eigentums" fallen. Hierfür haftet nur der Veräußerer und bisherige Vermieter (BGH NZM 2006, 696).

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm ist die Schriftformvorsorgeklausel selbst dann wirksam, wenn sie eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt. Somit hat die Klägerin einen Anspruch auf Abschluss eines formgültigen Vertrages. Sie kann daher der Mieterin den dolo-agit-Einwand aus Art. 16 Abs. 1 S. 6 Halbsatz 2 MV i.V.m. § 242 BGB entgegenhalten, weshalb die von der Beklagten unter Berufung auf die Unwirksamkeit des Vertrages erklärte Kündigung unwirksam ist.

Das Oberlandesgericht Hamm führt im Einzelnen aus, dass der Anspruch aus der Schriftformvorsorgeklausel der Klägerin als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Vermieterin zusteht.

Zwar hat das Oberlandesgericht wie vorstehend wiedergegeben die Auffassung vertreten, dass nicht nur die vor dem Erwerb bestehenden Pflichten, sondern auch die korrespondierenden Rechte aufgrund der Schriftformvorsorgeklausel nicht auf den Erwerber gemäß § 566 Abs. 1, § 578 Abs. 1 und Abs. 2 BGB übergegangen sind. Insoweit nimmt das Oberlandesgericht jedoch an, dass im Streitfall von einer konkludenten Abtretung der sich aufgrund der Schriftformvorsorgeklausel ergebenden Ansprüche auf die Klägerin auszugehen sei. Für die Annahme einer konkludenten Abtretung eines Anspruchs wird es im Einzelfall bereits als ausreichend angesehen, dass der Abtretungserfolg den Zwecken und Absichten der Beteiligten entspricht, sogar wenn die Beteiligten insoweit keine ausdrücklichen Absprachen getroffen haben (BGH NJW 1997, 729; BGH NJW 1986, 977). Unter diesen Voraussetzungen besteht auch im Streitfall nach Auffassung des Oberlandesgerichts Veranlassung, für den Zeitraum ab dem Eigentumsübergang von einer konkludenten Abtretung der sich aufgrund der Schriftformvorsorgeklausel ergebenden Ansprüche aus der vorherigen Zeit bereits anlässlich des Abschlusses des Kaufvertrages zwischen der früheren Vermieterin und der Klägerin als Erwerberin auszugehen. Nur diese Annahme entspricht den Zwecken und Absichten der Kaufvertragsparteien, wenn es um den Erwerb eines an einen Dritten aufgrund eines Geschäftsraummietvertrages überlassenen Grundstücks geht, wenn dieser Geschäftsraummietvertrag eine Schriftformvorsorgeklausel enthält.

Das Oberlandesgericht führt weiter aus nicht zu verkennen, dass die Annahme, es sei ein Anspruch stillschweigend abgetreten worden, dann Bedenken ausgesetzt sein kann, wenn es an einem Bewusstsein der Abtretenden fehlt, dass die Abtretung möglicherweise erforderlich ist (BGH LM Nr. 20 zu § 398 BGB). Hierzu ist aber - da das Bewusstsein der Vertragsparteien, in deren Verhältnis es an ausdrücklichen Erklärungen fehlt, ohnehin im Regelfall nicht offen zu Tage tritt - nur Veranlassung, wenn Anzeichen dafür sprechen, dass die in Rede ste-

henden Personen keinesfalls von der Notwendigkeit einer Abtretung ausgegangen sind. Hiervon ist in vergleichbaren Fällen und im Streitfall nicht auszugehen, weil regelmäßig die Kaufvertragsparteien wegen der konkreten Rechtsfolgen der Schriftformvorsorgeklausel keine vertiefenden Rechtsauskünfte einholen werden bzw. eingeholt haben und eine Überzeugung davon, dass es keiner Abtretung bedarf, auch nicht anderweitig offenkundig geworden oder aus bestimmten Gründen zu unterstellen ist. Insbesondere liegt die Annahme fern, die betroffenen Parteien hätten nicht jedenfalls hilfsweise (für den Fall etwa, dass ein unterstellter gesetzlicher Forderungsübergang nicht greift) die Abtretung vereinbaren wollen. Dem entspricht es, dass der in BGH im Urteil vom 21.11.1996 (NJW 1997, 729) von einer konkludenten Abtretung selbst in einem Fall ausgegangen ist, in dem die begünstigte Partei nachhaltig die Auffassung vertreten hat, der fragliche Anspruch stehe ihr bereits aufgrund eines gesetzlichen Forderungsübergangs (cessio legis) zu.

Da sich das Oberlandesgericht Hamm nur hilfsweise darauf stützte, dass zumindest wegen der Schriftformvorsorgeklausel keine vorzeitige Kündigung des befristeten Mietvertrages zulässig war, musste die Revision nicht zugelassen werden.

OLG Hamm, Urteil vom 26.04.2013 - 30 U 82/12

- **Konkludente einvernehmliche Mieterhöhung verletzt das Schriftformerfordernis**

Eine interessante Variante der Schriftformproblematik hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 19.03.2013 - 24 U 103/12 - zu beurteilen.

Die Parteien schlossen am 18.10.1990 einen Mietvertrag, der eine Laufzeit bis 31.12.2019 vorsieht. § 4 MV sieht eine Anpassung des Mietzinses im Falle der Veränderung des Lebenshaltungskostenindex bzw. Verbraucherkostenindex vor, wenn sich der Index um mehr als 10 Punkte verändert hat. Die Vermieterin fordert mehrfach Mieterhöhungen, bevor der Schwellenwert von 10 Punkten erreicht ist. So wurden Mieterhöhungen gefordert, nachdem sich der Index nur um 1,8 Punkte, 3,5 Punkte, 4,7 Punkte, 1,0 Punkte, 1,2 Punkte sowie 2,1 Punkte erhöhte. Die Mieterin hat nach Zugang des schriftlichen Mieterhöhungsverlangens jeweils Zahlung geleistet.

Die Mieterin erklärte mit Schreiben vom 10.12.2010 die ordentliche Kündigung des Mietvertrages zum 30.06.2011. Das Oberlandesgericht Düsseldorf geht von der Wirksamkeit der Kündigung wegen einer Verletzung der Schriftform nach § 550 BGB aus.

Zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB ist grundsätzlich erforderlich, dass sich die wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietvertrages aus der Vertragsurkunde ergeben. Für Abänderungen gelten dieselben Grundsätze wie für den Ursprungsvertrag, so dass sie ebenfalls der Schriftform bedürfen, es sei denn, es handele sich um unwesentliche Abänderungen.

Haben die Vertragsparteien wie hier Mieterhöhungen vorgenommen, die zu dem jeweiligen Zeitpunkt nach dem schriftlichen Mietvertrag gar nicht hätten verlangt werden können (hier: weil eine Anpassung des Mietzinses nur dann möglich sein sollte, wenn sich der Verbraucherpreisindex bzw. Lebenshaltungskostenindex um mehr als 10 Punkte verändert hat), lag eine wesentliche Änderung des Mietvertrags vor, die der Schriftform bedurft hätte. Die Parteien hatten sich konkludent über eine Änderung des ursprünglichen Mietvertrages geeinigt. Diese schlüssige Vereinbarung wahrte die Schriftform nicht, so dass die Mieterin berechtigt war, das Mietverhältnis vorzeitig ordentlich zu kündigen.

Zwar haben sich die Parteien nicht ausdrücklich auf eine Änderung von § 4 MV geeinigt. Aufgrund der schriftlichen Erhöhungsverlangen der Vermieterin und der nachfolgenden entsprechenden Mietzahlungen der Mieterin kann jedoch von einer konkludenten Einigung der Mietvertragsparteien über die Höhe des künftigen Mietzinses ausgegangen werden.

Die Übersendung der jeweiligen Mietanpassungsverlangen stellt ein Angebot auf Abschluss einer Mieterhöhungsvereinbarung dar, das durch die jeweiligen unbeanstandeten Zahlungen konkludent angenommen wurde.

Ein Schriftformmangel läge nur dann nicht vor, wenn die Änderung des Mietvertrages unwesentlich gewesen wäre. Das Oberlandesgericht Düsseldorf meint, bei der Frage der Wesentlichkeit sei nicht nur auf die prozentuale Abweichung des neuen von dem alten Mietzins abzustellen. Vielmehr sei auch zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls in welchem Rahmen nach dem schriftlichen Mietvertrag und damit den erkennbaren Vorstellungen der Vertragsparteien eine Mietanpassung möglich sein sollte. Da in dem zu beurteilenden Fall sämtliche im Zeitraum vom 01.03.1997 bis 31.12.2012 vorgenommenen Mieterhöhungen den in § 4 MV vereinbarten Rahmen überschritten, ging das Oberlandesgericht Düsseldorf von einer wesentlichen Vertragsänderung aus, weil Mieterhöhungen vorgenommen wurden, die zu dem jeweiligen Zeitpunkt nach dem schriftlichen Vertrag gar nicht hätten verlangt wer-den können.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2013 - 24 U 103/12 -

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

TRANSPORTRECHT bekommen

- **Zu den Anforderungen eines qualifizierten Verschuldens des Frachtführers**

  Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 13.12.2012 (I ZR 236/11) zu den Anforderungen an ein qualifiziertes Verschulden des Frachtführers Stellung genommen. Im Streitfall hatte der beauftragte Frachtführer das Fahrzeug über das Wochenende in einem unbewachten Gewerbegebiet abgestellt. Bei Fortsetzung der Fahrt wurde festgestellt, dass der Auflieger während der Standzeit geöffnet und ein Teil der geladenen Tabakwaren mit einem Wert von über EUR 25.000,00 entwendet worden waren.

  Anders als das Oberlandesgericht Oldenburg hat der Bundesgerichtshof ein qualifiziertes Verschulden bei diesem Sachverhalt abgelehnt. Das Tatbestandsmerkmal der Leichtfertigkeit erfordere einen besonders schweren Pflichtenverstoß, bei dem sich der Frachtführer oder seine Leute in krasser Weise über die Sicherheitsinteressen des Vertragspartners hinweg setzten. Das für ein qualifiziertes Verschulden ebenfalls erforderliche Bewusstsein von der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sei erst dann anzunehmen, wenn das leichtfertige Verhalten nach seinem Inhalt und nach den Umständen unter denen es aufgetreten ist, diese Folgerung rechtfertigt. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt. Insbesondere gäbe es keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass es dem Fahrer hätte bewusst sein müssen, es könnte zu einem Diebstahl des Transportgutes kommen, wenn er das Fahrzeug in dem nicht bewachten Gewerbegebiet abstellt. Es sei insoweit nichts dafür ersichtlich, dass es in dem Gebiet zuvor zu Diebstählen gekommen sei. Es habe auch keine konkreten Weisungen seitens des Auftraggebers für die Durchführung des Transportes gegeben, ebenso wenig habe der Frachtführer konkrete Sicherungsvorkehrungen bei Durchführung des Transportes zugesagt. Auch nach Art des Transportfahrzeugs (Kastenauflieger) und dessen äußeren Erscheinungsbild spreche nichts dafür, dass von einem qualifizierten Verschulden auszugehen sei. Schließlich seien auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es dem Frachtführer möglich und zumutbar war, das beladene Transportfahrzeug über das Wochenende auf einem bewachten Parkplatz oder sichereren Platz ab-zustellen.

  Der Bundesgerichtshof hat die Sache daher an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat nunmehr über die Frage zu entscheiden, ob der Anspruch gegebenenfalls in Höhe der begrenzten Haftung besteht, was maßgeblich davon abhängen wird, ob Verjährung eingetreten ist. Insoweit hat der Bundesgerichtshof nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es für die Frage der Hemmung der Verjährung nicht ausreichend ist, die Haftbarhaltung per Fax zu übersenden, da insoweit vielmehr das Schriftformerfordernis gewahrt sein muss.

  BGH, Urteil vom 13.12.2012 - I ZR 236/11

- **Abweichung von der CMR durch Parteivereinbarung**

  Die Regelungen der CMR sind zwingendes Recht. Art. 41 CMR bestimmt, dass jede Vereinbarung, die unmittelbar oder mittelbar von den Bestimmungen der CMR abweicht, nichtig und ohne Rechtswirkung ist. Parteivereinbarungen sind damit grundsätzlich nur für solche Punkte möglich, zu denen die CMR keine explizite Regelung enthält. Soweit ansonsten von der CMR abweichende Regelungen getroffen werden, sind diese regelmäßig unwirksam.

  Etwas anderes gilt, wie der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 28.02.2013 (I ZR 180/11) entschieden hat, wenn die CMR nicht kraft Gesetzes sondern kraft Parteivereinbarung gilt. Die CMR ist nämlich grundsätzlich nur im internationalen (grenzüberschreitenden) Straßengüterverkehr anwendbar. Nur für diesen Fall stellt die CMR zwingendes Recht dar. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall galt die CMR allerdings nicht kraft Gesetzes sondern wurde zwischen den Vertragsparteien einvernehmlich zum Gegenstand der Transportvereinbarung gemacht. Für diesen Fall hat der Bundesgerichtshof nunmehr bestätigt, dass die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit selbstverständlich auch Regelungen treffen können, die von der CMR abweichen. Damit steht es den Parteien, deren Trans-portvertrag nicht unter den Regelungsgehalt der CMR fällt, frei, die CMR ihrem Transportvertrag zugrundezulegen, in diesem aber abweichende Regelungen, die unter zwingender Geltung der CMR nicht möglich wären, zu vereinbaren.

  BGH, Urteil vom 28.02.2013 - I ZR 180/11

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Die Kürzungsversuche der Versicherer**

Die Regulierung von Kfz-Unfallschäden ist ein Massengeschäft. Sicher auch deshalb sind die beteiligten Versicherungsunternehmen fortwährend damit beschäftigt neue Argumente für die Kürzung von Zahlungen und seien die Beträge im Einzelfall noch so gering, zu suchen und diese in Gerichtsverfahren bestätigt zu erhalten.

Dieses Bestreben der Versicherungsunternehmen hat nunmehr zu einem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 19.02.2013, Az: VI ZR 69/12 (DAR 2013,257) geführt, in welchem zu entscheiden war, ob bei fiktiver Abrechnung auf Grundlage eines Gutachtens nicht nur der Mehrwertsteueranteil (gemäß § 249 Abs. 2 BGB) gekürzt werden darf, sondern auch Sozialabgaben und Lohnnebenkosten (im vorliegenden Fall ein Betrag von EUR 15,58).

Durch den Bundesgerichtshof wurde entschieden, dass zwar den Gerichten die Ausgestaltung der Regulierungspraxis im Einzelnen überlassen wurde. Da der Gesetzgeber jedoch mit § 249 Abs. 2 BGB nur die fehlende Erstattungsfähigkeit des Mehrwertsteueranteils (bei fiktiver Abrechnung) geregelt habe, bestehe kein Anlass dafür, dies auch auf Sozialabgaben und Lohnnebenkosten zu erstrecken. Im Ergebnis ist es bei der bisherigen Regulierungspraxis verblieben. Die Versicherungswirtschaft ist mit einem neuen Kürzungsversuch gescheitert.

BGH, Urteil vom 19.02.2013 - VI ZR 69/12

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

WEG-RECHT bekommen

- **Wann entspricht eine Sanierung ordnungsgemäßer Verwaltung?**

Die Klägerin ist Eigentümerin einer früher als Trockenboden genutzten Einheit (Nr. 22). Nach der Teilungserklärung ist diese befugt, diesen Bereich auf eigene Kosten zu Wohnzwecken auszubauen. Zur Beteiligung an Instandsetzungskosten der Anlage ist diese erst nach Fertigstellung des Dachgeschosses bzw. nach Einzug verpflichtet. In der Eigentümerversammlung vom 22.9.2009 haben die Eigentümer einen Beschluss gefasst, wonach der Eigentümer der Einheit Nr. 22 sicherzustellen hat, dass der Ausbau unter einheitlicher Leitung und innerhalb einer maximalen Bauzeit für das gesamte Dachgeschoss von 18 Monaten durch ein Fachunternehmen unter seiner Koordination erfolgt.

Die Klägerin hat zudem ein Gutachten eingeholt, aus welchem sich ergibt, dass die Dach- und Deckenkonstruktion über dem 4. Obergeschoss mit "echtem Hausschwamm" und sonstigen holzzerstörenden Pilzen befallen ist. Der Sachverständige empfiehlt eine Sanierung nach DIN 68800. Der von der Wohnungseigentümergemeinschaft beauftragte Sachverständige kommt zum Ergebnis, dass allenfalls leichte Schäden der Deckenkonstruktion vorlägen und die vom Sachverständigen der Klägerin empfohlenen Maßnahmen nicht notwendig seien.

Demzufolge haben die Eigentümer in der Versammlung vom 22.9.2009 beschlossen, die Sanierung gemäß den Vorgaben des Sachverständigen der Wohnungseigentümergemeinschaft durchzuführen. Unter anderem dieser Tagesordnungspunkt wurde durch Klage angefochten.

Auf einer weiteren Eigentümerversammlung vom 7.7.2010 wurde ein gestellter Antrag der Klägerin abgelehnt, eine Instandsetzung und Sanierung der Geschossdecke nach den von ihrem Sachverständigen eingeführten DIN-Normen durchzuführen. Die Klägerin hat dagegen Anfechtungsklage erhoben und diese mit dem Antrag verknüpft, die Beklagten zu verurteilen, die Sanierung gemäß der DIN 68800 durchzuführen.

Auf einer im September 2011 durchgeführten Versammlung haben die Eigentümer einen weiteren Beschluss gefasst, wonach nicht eine generelle Abweichung von der DIN 68800 gemeint war, sondern eine regelkonforme Sanierung der Decke über dem 4. Obergeschoss unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalles. Auch dieser Beschluss wurde durch die Klägerin angefochten.

Das Berufungsgericht hat die Beschlüsse beanstandet und die Auffassung vertreten, dass im Blick auf die Werterhaltung und die Verkäuflichkeit von Eigentumswohnungen nur eine den allgemein anerkannten Stand der Technik sowie die Regeln der Baukunst beachtende Sanierung den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht. Der Bundesgerichtshof teilt diese Auffassung jedenfalls bei Vorliegen gravierender Mängel der Bausubstanz und bejaht diesen bei der im vorliegenden Fall festgestellten Dachkonstruktionsfäule. Die DIN-Normen tragen auch die Vermutung, dass sie den Stand der allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben. Diese Vermutung kann allerdings entkräftet werden. Sofern dies gelingt, verbleibt Raum für eine von DIN-Normen abweichende Sanierung. Die DIN-Normen stellen private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter dar, die hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleiben können, weil technische Entwicklung und wissenschaftliche Erkenntnisse einem ständigen Wandel unterliegen. Gibt es neue Erkenntnisse,

die andere geeignet erscheinende Methoden empfehlen, treten sie an die Stelle der DIN-Normen. Dies kann zur Verteuerung aber auch zur Verbilligung von Sanierungen führen. Ob dies tatsächlich zutrifft, kann nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden. Im vorliegenden Fall haben die Beklagten vorgetragen, dass die DIN-Norm nicht die allgemein anerkannten Konstruktionsgrundsätze wiedergibt und dies unter Sachverständigenbeweis gestellt. Da das Gericht ein solches nicht eingeholt hat, musste der Rechtstreit zurückverwiesen werden. Dort wird dann geklärt werden müssen, ob die DIN 68800 tatsächlich den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Eigentümer, die sich mit einer Sanierungsmaßnahme nicht einverstanden erklären, können gesondert überprüfen, ob die DIN-Norm tatsächlich den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist dies nicht der Fall und handelt es sich um gravierende Mängel der Bausubstanz, verstößt der Beschluss, eine DIN-gerechte Sanierung durchzuführen, gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung gemäß § 21 Abs. 3 WEG.

BGH, Urteil vom 24.05.2013 - V ZR 182/12

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

- **Wirksamkeit einer Parkettversiegelungsklausel**

In einem Wohnraummietvertrag wurde unter "Schönheitsreparaturen" vereinbart, dass der Mieter verpflichtet ist, den Parkettboden zu versiegeln. Dieser Regelung schloss sich eine salvatorische Klausel des Inhalts an: "sofern dies die Gesetzeslage bzw. die Rechtsprechung erlauben." Des Weiteren ent-hält die Klausel folgende weitere Formulierung: "Was nach dem heutigen Stand nicht der Fall ist, so dass der Mieter die Versiegelung momentan auch nicht schuldet. Hintergrund dafür, dass dieser Satz dennoch in den Vertrag aufgenommen wird, ist folgendes: Zunächst ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Gesetzeslage oder die Rechtsprechung ändern könnte..."

Das Berufungsgericht hat diese salvatorische Klausel zutreffend wegen Verstoßes gegen das Verständlichkeitsgebot als unwirksam angesehen, so der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss, in welchem die Revision gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückgewiesen wurde. In der Rechtsprechung und Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann nicht wirksam vereinbart werden können, wenn die Rechtslage, was im Hinblick auf den Fall der Parkettklausel zutrifft, nicht zweifelhaft ist. Salvatorische Klauseln mit dem Inhalt, wonach die Regelung zu gelten hat "soweit gesetzlich zulässig" bzw. "soweit das Gesetz nicht etwas anderes zwingend vorschreibt" sind ihrerseits unwirksam, weil sie gegen das Verständlichkeits-gebot verstoßen (BGH NJW 1996, 1107).

Der Vermieter wendete zusätzlich ein, dass es sich bei dieser Regelung um keine allgemeine Geschäftsbedingung sondern um eine Individualvereinbarung handelt. Begründet wurde dies damit, dass in §§ 2 und § 11 der Endfassung des Mietvertrages Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Vertragsentwurf vorgenommen worden sind.

Der BGH erteilt dieser Sichtweise eine Absage. Sowohl aus der Erscheinungsform des Textes des streitgegenständlichen Mietvertrages als auch aus dem Inhalt ergibt sich ein erster Anschein für das Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen. Auch ein Aushandeln liegt nicht vor. Die vom Vermieter angebotene Zeugin brauchte nicht vernommen zu werden, da der unter Zeugenbeweis gestellte Vor-trag nicht geeignet war, den ersten Anschein des Vorliegens von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu widerlegen. Die Änderungen im § 2 und § 11 sind nicht geeignet, ein Aushandeln der Parkettversiegelungsklausel zu begründen. Die Änderung bezüglich der Schönheitsreparaturen stellt keine Änderung des wesentlichen Inhalts der Klausel dar, sondern hierin ist lediglich eine unselbstständige Ergänzung in Gestalt einer Änderung der Formulierung zu sehen, die den Charakter der Klausel als AGB nicht infrage stellt. Der Bundesgerichtshof hat auch das Argument des Vermieters nicht gelten lassen, wonach der Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB nicht eingreift, da es sich beim Mieter um einen Richter handelt. Auch dann gelten die strengen Voraussetzungen für ein Aushandeln von Vertragsbestimmungen.

BGH, Beschluss vom 05.03.2013 - VIII ZR 137/12