SRF-Newsletter 01/2016

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

BAURECHT bekommen

Verweigerung der Zahlung trotz Verjährung der Mängelansprüche?

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 05.11.2015 einen zwar sicher seltenen aber doch immer wieder vorkommenden Fall zu entscheiden gehabt:

Der Unternehmer erbrachte Rohbauarbeiten für den Auftraggeber, die Abnahme wurde im Oktober 2008 unter Vorbehalt zahlreicher Mängel erklärt. Der Unternehmer verklagt den Bauherrn auf EUR 187.000,00 und der Rechtsstreit geht in die Instanzen. Im Berufungsverfahren machte der Auftraggeber im November 2013, also nach Ablauf der Gewährleistungsfrist neue Mängel wegen der Wölbung des Pflasterbelages geltend, das Berufungsgericht prüfte diesen Einwand nicht weiter, da sich der Unternehmer insoweit auf die Verjährung berufen hat und das Berufungsgericht angenommen hat, wegen der eingetretenen Verjährung bestehe auch kein Leistungsverweigerungsrecht des Bauherrn mehr.

Dieses Urteil hebt der Bundesgerichtshof auf. Er entscheidet, dass der Bauherr wegen eines Baumangels auch dann die Zahlung des Werklohns verweigern kann, wenn dieser Mangel vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist, ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht also in nicht verjährter Zeit geltend gemacht werden konnte, die Geltendmachung aber noch nicht erfolgt ist.

Er begründet dies mit der Regelung des § 215 BGB, der bestimmt, dass die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht ausschließt, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem er erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. Es kommt also nicht auf die Geltendmachung des Mangels, sondern nur auf dessen Vorliegen in unverjährter Zeit an.

Nicht zu vergessen ist in diesem Zusammenhang, dass grundsätzlich die bloße Geltendmachung von Rechten nicht geeignet ist, die Verjährung zu hemmen, sondern zumindest Verhandlungen über den geltend gemachten Anspruch geführt werden müssen oder aber gerichtliche Maßnahmen zur Hemmung der Verjährung ergriffen werden müssen. Die noch weitverbreitete Meinung, dass die Mahnung einer Rechnung/die Anmahnung einer Leistung die Verjährung hemmt, ist unzutreffend. Die große Ausnahme ist der nun vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall, dass ein Leistungsverweigerungsrecht/eine Aufrechnungssituation besteht.

BGH, Urteil vom 05.11.2015 - VII ZR 144/14

Konkludente Abnahme trotz ausdrücklich erfolgter Abnahme?

Das Oberlandesgericht München hat einen bemerkenswerten Fall entschieden. Es ging um folgenden Sachverhalt:

Der Auftragnehmer hat für eine Wohnungseigentümergemeinschaft (WEG) im Rahmen einer Sanierung Fenster ausgetauscht. Im Dezember 2006 beendet er seine Arbeiten und übersandte die Fertigstellungsmitteilung und Schlussrechnung. Der Architekt der WEG prüft die Rechnung und die WEG teilt dem Auftragnehmer sodann das Prüfergebnis mit, mit dem der Auftragnehmer nicht einverstanden ist. Der Architekt überprüft daraufhin die Einwendungen und die WEG zahlt entsprechende dem Prüfergebnis des Architekten den Schlussrechnungsbetrag abzüglich Skonto aus. Den Skontoabzug moniert der Auftragnehmer im März 2007 und am 13.04.2007 zahlt die WEG auch den Skontobetrag aus. Im Juli 2007 findet ein gemeinsamer Ortstermin statt, bei dem ein als Abnahmeniederschrift bezeichnetes Dokument erstellt wird. Im Juni 2012 leitet die WEG wegen Mängeln an den Fenstern ein selbstständiges Beweisverfahren ein, in dem die Mangelhaftigkeit der Fenster bestätigt wird. Nach Abschluss des Beweisverfahrens beruft sich der Auftragnehmer auf die eingetretene Verjährung, woraufhin er auf Zahlung verklagt wird. Die Klage bleibt in der Berufungsinstanz ohne Erfolg.

Das Oberlandesgericht begründete dies damit, dass die Auftraggeberin die Leistungen stillschweigend abgenommen habe, sie habe unter Mitwirkung ihres Architekten in einer mehraktigen Prüfung die Schlussrechnung geprüft und den fälligen Teil vollständig ausbezahlt. Die Auszahlung sei am 13.04.2007 erfolgt, spätestens eine Woche später habe der Auftragnehmer hiervon Kenntnis erlangt. Zu diesem Zeitpunkt seien mehr als 3 Monate seit der Fertigstellungsmitteilung und Schlussrechnung vergangen, so dass der Auftragnehmer davon habe ausgehen können, dass der vertragsgerechte Einbau der Fenster überprüft worden ist. Unter diesen Umständen konnte die Zahlung der WEG als stillschweigende Billigung des Werkes verstanden werden.

Dass nachträglich im Juli 2007 ein Ortstermin, bei dem die "Abnahmeniederschrift" erstellt

wurde, durchgeführt wurde, ändert daran nichts, da die bereits erklärte "stillschweigende Abnahme" nicht mehr nachträglich durch den Ortstermin infrage gestellt wird. Der Bundesgerichtshof wird die Gelegenheit bekommen, seine Meinung zu dieser Frage in diesem Fall ebenfalls mitzuteilen.

OLG München, Urteil vom 10.11.2015 - 9 U 4218/14 (nicht rechtskräftig)

FAMILIENRECHT bekommen

- **Grenzen des Ehevertrages**

Es ist bereits seit geraumer Zeit durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt, dass der Vertragsfreiheit, auch im Rahmen eines Ehevertrages/einer Scheidungsfolgenvereinbarung Grenzen gesetzt sind. Es besteht die Möglichkeit der richterlichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle.

Nunmehr hatte der Bundesgerichtshof über die Frage zu entscheiden, inwieweit Regelungen zum Trennungsunterhalt vertraglich überhaupt möglich sind, da ein Verzicht auf Trennungsunterhalt in der Zukunft gesetzlich, gemäß §§ 1361 Abs. 4 S. 4 ,1360 a Abs. 3 i.V.m. § 1614 BGB ausgeschlossen ist. Mit Beschluss vom 30.09.2015 - XII ZB 1/15 wurde durch den Bundesgerichtshof ausgeführt, dass ein echter Verzicht auf zukünftigen Trennungsunterhalt unwirksam ist.

Weiter wurde in dieser Entscheidung bestätigt, dass jedoch für eine vertragliche Regelung ein Gestaltungsspielraum verbleibt, welcher üblicherweise mit ca. 20 % in Ansatz gebracht wird. Dies bedeutet, bei geringerer Unterschreitung des gesetzlichen Unterhaltes, bis zu dieser Grenze, welche jedoch keine feste Größe darstellt, bleibt die vertragliche Regelung wirksam.

Bei einer weitergehenden Unterschreitung des gesetzlichen Unterhaltes, welcher bei gerichtlicher Überprüfung zunächst festgestellt werden muss, ist ein Verzicht auf Trennungsunterhalt jedoch unwirksam. Daran ändert nach Darstellung des Bundesgerichtshofes weder der Umstand etwas, dass der Unterhaltsberechtigte nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist, somit Dritte durch den Vertrag nicht beeinträchtigt werden. Ebenso sei unerheblich, ob der Unterhaltsberechtigte, welcher teilweise auf Trennungsunterhalt verzichtet, durch die vertragliche Regelung in anderer Hinsicht bessergestellt wird.

Die Entscheidung zeigt, dass trotz eines gewissen Bedürfnisses zu vertraglichen Regelungen im Falle eines zunächst erzielten Einvernehmens der Inhalt gerade einer Scheidungsfolgenvereinbarung sorgfältig zu prüfen und abzuwägen ist.

BGH, Beschluss vom 30.09.2015 - XII ZB 1/15

IT-RECHT bekommen

- **Vorsicht bei der Verwendung sogenannter Disclaimer**

Auch die Verwendung von Disclaimer kann wettbewerbswidrig sein, wie das Landgericht Arnsberg mit Urteil vom 03.09.2015 (I-8 O 63/15) entschieden hat. Konkret ging es um einen Text, der so oder ähnlich häufig auf Internetseiten zu finden ist mit folgendem Inhalt: *"Der Autor übernimmt keinerlei Gewähr für die Aktualität, Korrektheit, Vollständigkeit oder Qualität der bereitgestellten Informationen".* Dieser Hinweis, mit dem sich der Seitenbetreiber eigentlich vor einer Haftung schützen will, ist aus Sicht des Landgerichts Arnsberg jedenfalls dann wettbewerbswidrig, wenn er vom Betreiber eines Online-Shops verwendet wird. Dies gilt zum einen dann, wenn die bereitgestellten Informationen, für die der Seitenbetreiber keine Gewähr übernehmen will, Garantieerklärungen enthalten, da die verwendete Klausel jedenfalls so verstanden werden kann, dass damit auch die Garantievereinbarung ausgeschlossen sein soll. Darüber hinaus ist die Klausel aus Sicht des Gerichts auch so zu verstehen, dass sich der Seitenbetreiber auch an Beschaffenheitsvereinbarungen nicht halten will, was gegen die gesetzlichen Vorschriften jedenfalls beim Verbrauchsgüterkauf verstößt. Abgesehen davon sei die Klausel in jedem Fall intransparent.

Der Sinn und Zweck vergleichbarer Disclaimer ist ohnehin fraglich, so dass auf einen solchen auch ohne weiteres verzichtet werden kann. Dies gilt insbesondere für Online-Shops, da nach der Entscheidung des LG Arnsberg damit zu rechnen ist, dass auch zu diesem Bereich vermehrt Abmahnungen ausgesprochen werden, auch wenn natürlich noch nicht feststeht, ob sich die Auffassung des Landgerichts durchsetzt.

LG Arnsberg, Urteil vom 03.09.2015 (I-8 O 63/15)

- **Bestätigungsmails mit Werbezusätzen sind unzulässig**

  Mit Urteil vom 15.12.2015 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass gegen den erklärten Willen eines Verbrauchers übersendete E-Mails mit werblichem Inhalt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen. Der klagende Verbraucher hatte sich mit der Bitte um Bestätigung einer von ihm ausgesprochenen Kündigung per E-Mail an die Beklagte, eine Versicherung, gewendet. Diese bestätigte den Eingang der E-Mail mit einer automatisierten Antwort, die am Ende zusätzlich einen Werbehinweis enthielt. Der Kläger antwortete auf diese E-Mail und teilte mit, dass er mit der darin enthaltenen Werbung nicht einverstanden sei. Auf diese E-Mail, sowie eine weitere Sachstandsanfrage erhielt der Kläger erneut eine automatisierte Empfangsbestätigung mit demselben Werbeinhalt. Der Kläger verlangte nunmehr von der Beklagten, es zu unterlassen, zum Zwecke der Werbung mit ihm ohne sein Einverständnis per E-Mail Kontakt aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen. Der Bundesgerichtshof hat dem Kläger Recht gegeben und bestätigt, dass dieser jedenfalls durch die Übersendung der letzten E-Mail in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt ist, weil die Übersendung der Bestätigungsmail mit Werbezusatz gegen seinen zuvor erklärten ausdrücklichen Willen erfolgt ist.

  Offen ist noch, ob bereits die erste E-Mail mit Werbeinhalten unzulässig war. Hiermit hat sich der Bundesgerichtshof zumindest nach der Pressemitteilung nicht auseinandergesetzt. Unabhängig hiervon ist aber davon abzuraten, Bestätigungsmails oder sonstige No-reply-Mails mit Werbeinhalten zu versehen, da ansonsten jedenfalls bei einem Widerspruch Abmahnungen drohen und es technisch kaum machbar sein wird, die Bestätigungs-E-Mail so einzurichten, dass auf einen Widerspruch so reagiert wird, dass dem Widersprechenden zukünftig keine Bestätigungsmails mit Werbeinhalten mehr zu gehen.

  BGH, Urteil vom 15.12.2015 - VI ZR 134/15

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Unzulässige Haftungsbeschränkungen im Emissionsprospekt**

  Der Kläger verlangt im Wege des Schadensersatzes die Rückabwicklung einer Beteiligung an einer in der Form einer Kommanditgesellschaft geführten Fondsgesellschaft von der Beklagten. Diese ist Gründungs- und Treuhandkommanditist der Beklagten. Die Zeichnung erfolgte am 10.02.2014. Dieser Zeichnung lag ein als "Informations-Memorandum" bezeichnetes Prospekt zugrunde, der unter anderem regelte, dass die Haftung der Vertragspartner und Verantwortlichen für unrichtige oder unvollständige Prospektangaben, soweit rechtlich zulässig, auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist und Ansprüche innerhalb von 6 Monaten nach Kenntniserlangung, spätestens 3 Jahre nach Beitritt verjähren, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften oder abweichende vertragliche Regelungen dem entgegenstehen.

  Der Kläger ist der Ansicht, dass der Prospekt in verschiedener Hinsicht nicht zutreffend und vollständig über die Risiken einer Beteiligung aufklärt, weshalb er von der Beklagten Schadensersatz in Höhe der Zeichnungssumme sowie Freistellung von sämtlichen Verbindlichkeiten aus der Beteiligung Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung verlangt. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Ansprüche verjährt seien. Dieser Ansicht folgt der Bundesgerichtshof nicht, denn die Klausel verstößt gegen das Freizeichnungsverbot nach § 309 Nr. 7 b BGB. Denn auch eine generelle Verkürzung der Verjährungsfrist stellt eine unzulässige Haftungsbeschränkung dar. Die Regelung erfasst alle Ansprüche unabhängig von der Art des Verschuldens. Die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes kann schon gemäß § 202 Abs. 1 BGB nicht im Voraus verkürzt werden. Auch der Zusatz "soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften... entgegenstehen" vermag der Klausel schon deshalb nicht zur Wirksamkeit zu verhelfen, weil diese inhaltlich nicht verständlich ist und im wesentlichen die Funktion übernimmt die Folgen einer unwirksamen Klauseln zu umgehen.

  In Prospekten sind oft verjährungsverkürzende Klauseln enthalten. Diese sind häufig unwirksam, da diese zugleich die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken.

  BGH, Urteil vom 22.09.2015 - II ZR 340/14

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

MIETRECHT bekommen

- **Bedarf die Genehmigung zur Untervermietung der Schriftform?**

  Mit Urteil vom 18.09.2015 - 1 U 28/15 - befasste sich das Oberlandesgericht Köln mit der Frage, ob die Genehmigung des Vermieters zur

Untervermietung der Schriftform bedarf. Obgleich ich Zweifel habe, dass auch der Bundesgerichtshof in einem entsprechenden Fall wie das Oberlandesgericht Köln argumentieren würde, soll die Entscheidung dennoch besprochen werden. Erforderlich ist aber der einleitende Warnhinweis, dass man sich keinesfalls darauf verlassen darf, dass die Auffassung des Oberlandesgerichts Köln vom Bundesgerichtshof geteilt würde. Im konkreten Fall wird es allerdings keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs geben, da das Oberlandesgericht Köln die Revision mit der (zweifelhaften) Begründung nicht zugelassen hat, die Sache habe keine grundsätzliche Bedeutung.

Gegenstand des bis 14.10.2020 befristeten schriftlichen Mietvertrages ist eine Tanzgaststätte. Im schriftlichen Mietvertrag wurde vereinbart, dass das Recht des Mieters zur Untervermietung ausgeschlossen ist. Der Mietvertrag enthält ferner eine salvatorische Klausel (eine unwirksame Regelung soll durch eine wirksame ersetzt werden) und die Verpflichtung zur Heilung von Schriftformmängeln. Im Jahr 2012 fragte der Mieter den Vermieter schriftlich an, ob er eine Untervermietung an den Untermieter U gestatte. Mit einem Schreiben vom 20.06.2012 sprach der Vermieter die Genehmigung zur Untervermietung an Herrn U aus. Mit Schreiben vom 17.11.2014 kündigte der Vermieter sodann zum 30.06.2015 mit der Begründung, der Mietvertrag sei wegen eines Schriftformmangels ordentlich kündbar, weil die Gestattung zur Untervermietung nicht die gesetzliche Schriftform wahre. Das Landgericht Köln hatte den Mieter zur Räumung verurteilt. Das Oberlandesgericht Köln war anderer Auffassung und wies die Räumungsklage ab, obgleich die Genehmigung zur Untervermietung nicht die gesetzliche Schriftform wahrte, denn hierzu wäre ein schriftlicher Mietvertragsnachtrag erforderlich gewesen.

Gemäß § 550 BGB müssen Mietverträge mit einer Vertragsdauer von mehr als einem Jahr schriftlich geschlossen werden. Wird die Formvorschrift nicht eingehalten, gilt der Vertrag für unbestimmte Zeit und kann als solcher ordentlich gekündigt werden. Der Formvorschrift des § 550 BGB, die gemäß § 578 Abs. 1, Abs. 2 BGB für gewerbliche Mietverträge entsprechend gilt, unterliegt grundsätzlich der gesamte Vertragsinhalt, soweit er mietvertragliche Regelungen enthält, für die § 566 BGB (der Erwerber des Grundstücks tritt kraft Gesetzes in den Mietvertrag ein, es gilt der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete") gilt. Mindestinhalt sind die wesentlichen Bedingungen eines Mietverhältnisses, nämlich Vertragspartner, Mietgegenstand, Mietpreis und Dauer (Palandt, BGB, § 550 Rn. 10). Die Vorschrift des § 550 BGB will in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann. Darüber hinaus dient § 550 BGB dazu, die Beweiskraft langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sicherzustellen und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen (BGH NJW 2014, 1087, 1089). Maßgebender Normzweck ist der Schutz des Grundstückserwerbers zum Ausgleich für dessen Bindung an den Mietvertrag nach § 566 BGB (Münchner Kommentar, BGB, § 550 Rn. 2). Es gibt indes zahlreiche Fallgestaltungen, in denen § 550 BGB den Zweck, einem späteren Grundstückserwerber letzte Klarheit über die Geltung eines langfristigen Mietvertrags zu verschaffen, nicht umfassend gewährleisten kann. Sinn und Zweck der Schriftform ist es nicht, ihm Gewissheit zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustandegekommen ist und im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch besteht oder etwa von den Mietvertragsparteien mündlich aufgehoben wurde (BGH NJW 2014, 1087, 1089). Das aus § 550 S. 1 BGB folgende Erfordernis der Schriftform gilt für sämtliche wesentlichen Abreden der Parteien, aus denen sich nach ihrem Willen der Vertrag zusammensetzen soll. Deshalb bedürfen grundsätzlich Ergänzungen oder Änderungen des Mietvertrags gleichfalls der Schriftform, wenn sie für die Parteien wesentliche Punkte betreffen. Es spielt dabei grundsätzlich keine Rolle, ob die Pflichten der Parteien verschärft oder erleichtert werden. Der Formmangel eines Änderungsvertrags zu einem Miet- oder Pachtvertrag führt dazu, dass der zunächst unter Beachtung der Form geschlossene ursprüngliche Vertrag nunmehr gleichfalls der Schriftform entbehrt und als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt (BGH NJW 1994, 1649, 1651). Von dem Formerfordernis ausgenommen werden nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs so genannte unwesentliche Änderungen. Abreden, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind, unterliegen nicht diesen strengen Anforderungen (BGH NJW 1999, 3257, 3258; BGH NJW 2000, 1105, 1106; BGH NJW 2008, 365, 366; Kammergericht Berlin NZM 2005, 457, 458).

Ebenso wie bereits der Bundesgerichtshof in der Entscheidung NJW 2013, 1082 in anderer Sache lässt es auch das Oberlandesgericht Köln offen, ob die nachträgliche Gestattung der Untervermietung eines schriftlichen Mietvertragsnachtrages bedarf. Dies wird damit begründet, dass die Erlaubniserteilung des Vermieters zur Untervermietung keine den ursprünglichen Mietvertrag abändernde Vereinbarung, sondern eine einseitige Willenserklärung des Vermieters sei. Hierin liege keine nachträgliche Abänderung der im Mietvertrag vereinbar-

ten Unzulässigkeit einer Untervermietung. Die Erklärung zielte erkennbar nicht darauf ab, auch künftige Fälle von der mietvertraglichen Abrede auszunehmen, dass das Recht des Mieters zur Untervermietung ausgeschlossen ist. Das Oberlandesgericht Köln stellt darauf ab, dass es kein allgemeines Recht zur Untervermietung gibt. Die Überlassung des selbstständigen Gebrauchs an Dritte bedarf vielmehr der Erlaubnis des Vermieters. Der Mieter kann diese Erlaubnis grundsätzlich nicht erzwingen. Wird die Erlaubnis verweigert, so hat der Mieter allerdings ein Sonderkündigungsrecht, sofern nicht in der Person des Untermieters ein wichtiger Grund vorliegt, § 540 Abs. 1 S. 2 BGB. Die mietvertragliche Regelung, wonach das Recht des Mieters zur Untervermietung ausgeschlossen ist, schließt daher kein allgemeines Recht des Mieters zur Untervermietung aus, sondern beschränkt allenfalls sein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 540 Abs. 1 S. 2 BGB. Vor diesem Hintergrund ist der Anwendungsbereich des § 550 BGB nach Auffassung des Oberlandesgerichts Köln vorliegend schon nicht eröffnet.

Die Auffassung des Oberlandesgerichts Köln, dass die Genehmigung zur Untervermietung in einem derartigen Fall keines schriftlichen Mietvertragsnachtrags bedarf, ist gut vertretbar. Es wird abzuwarten sein, ob der Bundesgerichtshof dem in einem entsprechenden Fall folgen wird, wofür einiges spricht. Auf außerordentlich dünnes Eis begibt sich das Oberlandesgericht Köln aber mit seiner Hilfsbegründung, selbst wenn die Schriftform nicht gewahrt worden wäre, könne sich der Vermieter hierauf nicht berufen, weil er ansonsten treuwidrig handelte, § 242 BGB. Grundsätzlich darf sich jede Partei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die Nichtigkeit des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, sich auf den Formmangel zu berufen. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre (BGH NJW 2007, 3202, 3203). Darüber hinaus sind im Einzelfall Ausnahmen möglich, wenn besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, dass die Berufung auf den Schriftformmangel zu schlechterdings untragbaren Ergebnissen führen würde. Derartige besondere Umstände können etwa dann angenommen werden, wenn sich die Parteien vertraglich zur Nachholung der Form verpflichtet haben. Eine solche Sonderkonstellation lag nach Auffassung des Oberlandesgerichts Köln auch im entschiedenen Fall vor, weil der Mietvertrag eine salvatorische Klausel und eine Schriftformheilungsklausel enthielt. Deshalb soll es nach Auffassung des Oberlandesgericht Köln bei derartigen Sachverhaltsgestaltungen treuwidrig sein, wenn sich eine Vertragspartei auf den Schriftformmangel beruft. Diese Begründung überzeugt allerdings nicht. Eine salvatorische Klausel, also die Verpflichtung, eine unwirksame Regelung durch eine wirksame zu ersetzen, stellt keine wirksame Verpflichtung zur Nachholung der Schriftform dar. Nach jüngerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verstoßen ferner Schriftformheilungsklauseln gegen die zwingende Vorschrift des § 550 BGB und sind daher unwirksam (BGH NJW 2014, 1087 und BGH NJW 2014, 2102). Wie eine salvatorische Klausel, die nicht zur Heilung von Schriftformmängeln verpflichtet, und eine unwirksame Schriftformheilungsklausel dazu führen können, dass die Berufung auf einen Schriftformmangel treuwidrig sein soll, erschließt sich zumindest mir nicht. Ich halte diese Begründung des Oberlandesgerichts Köln deshalb für rechtsdogmatisch falsch. Dies ändert aber nichts daran, dass die Entscheidung im Ergebnis dennoch richtig sein könnte, wenn man nämlich der gut vertretbaren Auffassung folgt, dass die Genehmigung zur Untervermietung ohnehin nicht der Schriftform bedarf.

OLG Köln, Urteil vom 18.09.2015 - 1 U 28/15

- **Anspruch auf Nutzungsentschädigung umfasst auch Betriebskostenvorauszahlungen**

Mit Urteil vom 06.10.2015 - 6 U 7/14 - hat das Oberlandesgericht Brandenburg in Übereinstimmung mit der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur entschieden, dass der Anspruch auf Nutzungsentschädigung bei Beendigung des Mietverhältnisses auch die Betriebskostenvorauszahlung umfasst, allerdings nur solange noch keine Abrechnungsreife eingetreten ist. Obgleich es um Selbstverständlichkeiten geht, sollen diese dennoch dargestellt werden, da es sich um praxisrelevante Themen handelt.

Der Vermieter kündigt wegen Zahlungsrückständen wirksam fristlos zum 16.03.2010. Der Mieter gibt die Mietsache erst am 21.12.2011 zurück. Der Mietvertrag endete am 16.03.2010 und damit entfällt auch der vertragliche Anspruch auf Zahlung von Miete und Betriebskostenvorauszahlung. Für die Zeit vom 17.03.2010 bis zur Räumung am 21.12.2011 schuldet der Mieter jedoch eine Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a Abs. 1 BGB. Diese Nutzungsentschädigung erfasst die bei Beendigung des Mietverhältnisses zu zahlende Miete einschließlich Betriebskostenvorauszahlungen. Nach Eintritt der Abrechnungsreife, in aller Regel nach Ablauf eines Jahres nach Ende des Abrechnungszeitraums, kann der Vermieter eine Nut-

zungsentschädigung wegen der Betriebskosten allerdings nur noch aufgrund einer Betriebskostenabrechnung verlangen. Er hat keinen Anspruch mehr auf Nebenkostenvorauszahlungen.

Wie häufig bei Mietern, die die Miete nicht mehr zahlen können, brachte der Mieter auch im vom Oberlandesgericht Brandenburg entschiedenen Fall erfolglos einige Scheinargumente vor. Da Abrechnungsreife vorlag, hatte der Vermieter ordnungsgemäß über die Betriebskosten auch für die Zeit ab Beendigung des Mietverhältnisses bis zum Zeitpunkt der Räumung abgerechnet. Der Mieter machte zunächst erfolglos geltend, die Abrechnungen seien formell nicht wirksam, weil in ihr Soll-Vorauszahlungen eingestellt wurden, die nicht geleistet worden sind. Das Oberlandesgericht Brandenburg entscheidet, dass der Umstand, dass die Abrechnungen auf der Basis der Soll-Vorschüsse erstellt sind, mithin die vereinbarten Vorauszahlungen zugrundegelegt wurden, obgleich der Mieter Vorauszahlungen nicht geleistet hat, die formelle Wirksamkeit nicht beeinträchtigt (so auch BGH NJW 2009, 3575). Erfolglos war auch der Einwand des Mieters, der Vermieter habe keine Belege für die in den Betriebskostenabrechnungen angesetzten Kosten vorgelegt. Den Vermieter trifft nämlich regelmäßig keine sekundäre Darlegungslast für die tatsächlichen Grundlagen seines Betriebskostenansatzes, denn der Mieter hat das Recht, die für die Betriebskostenabrechnung maßgebenden Belege einzusehen (BGH NJW 2011, 3028). Folglich obliegt es zunächst dem Mieter, den Betriebskostenansatz des Vermieters und die zugehörigen Einzelkosten aufgrund einer Einsichtnahme in die Belege in konkreter Weise substantiiert zu bestreiten (OLG Düsseldorf ZMR 2012, 542). Dem war der Mieter aber nicht nachgekommen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 06.10.2015 - 6 U 7/14

- **Schriftformmangel infolge mündlicher Vertragsänderung**

Das Oberlandesgericht Dresden behandelte mit Beschluss vom 25.08.2015 - 5 U 1057/15 - einen weiteren Fall, bei dem eine mündliche Vertragsvereinbarung zur ordentlichen Kündbarkeit eines langjährigen Mietvertrages führte. Mietsache sind in Leipzig am Fluss Weiße Elster gelegene Räume, in denen ein griechisches Restaurant betrieben wurde. In den am 27.08.2005 geschlossenen, bis 31.08.2025 befristeten Mietvertrag trat der Kläger statt des ursprünglichen Vermieters durch Erwerb des Grundstückseigentums ein. Nach Abschluss des schriftlichen Mietvertrages über die Nutzung der Restauranträume vereinbarten der Mieter und der ursprüngliche Vermieter, dass der Mieter auch berechtigt ist, eine etwa 900 m² große Fläche um das Gebäude herum zu nutzen. Der Mieter legte daraufhin einen gepflasterten Biergarten als Freisitz und eine weitere Fläche als Zugangsbereich mit Bepflanzungen und Skulpturen an. Seitlich des Gebäudes wurde ein Gastank und ein Container aufgestellt. Auf dem Fluss Weiße Elster installierte der Mieter vor dem Gebäude ein Boot als weiteren Freisitz. Der Kläger trat durch Grundstückserwerb kraft Gesetzes (§ 566 BGB: Kauf bricht nicht Miete) auf Vermieterseite in das Mietverhältnis ein und kündigte mit Schreiben vom 16.07.2014 zum 31.03.2015 mit der Begründung, der Mietvertrag leide an einem Schriftformmangel und sei deshalb nach §§ 578 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 550 S. 1 BGB ordentlich kündbar. Sowohl das Landgericht Leipzig als auch das Oberlandesgericht Dresden teilen die Meinung des Vermieters. Aufgrund der mündlichen Vereinbarung über die Nutzung einer Fläche von etwa 900 m² außerhalb der im schriftlichen Mietvertrag geregelten Mietsache sei die gesetzliche Schriftform des § 550 S. 1 BGB nicht eingehalten. Zur Wahrung der Schriftform ist es grundsätzlich erforderlich, dass sich die wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses, aus der Vertragsurkunde ergeben (BGH NJW 2013, 3361). Infolge einer mündlichen Vertragsänderung nutzte der Mieter weitere, im schriftlichen Mietvertrag nicht geregelte Flächen auf dem Grundstück, die einen Umfang von etwa 900 m² ausmachten. Eine derartige Abweichung der vereinbarungsgemäß genutzten Mietfläche von der im schriftlichen Mietvertrag niedergelegten Mietfläche ist wesentlich und führt zu einem Verstoß gegen die gesetzliche Schriftform aus § 550 S. 1 BGB. Zwar kann im Einzelfall die Vereinbarung über die Nutzung von Nebenflächen oder Nebenräumen nicht beurkundungsbedürftig sein, wenn diese von untergeordneter Bedeutung für den Mietzweck sind (BGH NJW 2008, 1661 für die Nutzung eines bestimmten Kellerraumes im Rahmen eines Wohnraummietvertrages). Voraussetzung für eine solche Annahme ist aber, dass festgestellt werden kann, dass die Nutzung der Räume oder Flächen im Rahmen des konkreten Mietverhältnisses nur eine untergeordnete Bedeutung hat, was auch für einen Kellerraum nicht generell angenommen werden kann. Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist die im Verhältnis zum schriftlichen Mietvertrag zusätzliche Flächennutzung schon wegen ihres beträchtlichen Umfanges wesentlich. Hinzu kommt, dass es sich nicht lediglich um Nebenflächen handelt, sondern um Bereiche, die für die Durchführung des Mietzwecks von erheblicher Bedeutung waren.

Der Mieter konnte auch nicht mit dem Einwand gehört werden, der Vermieter handle treuwidrig, wenn er sich auf den Schriftformmangel berufe. Der Behauptung des Mieters, die Folgen der

Kündigung seien für ihn existenzvernichtend, ging das Oberlandesgericht Dresden nicht nach. Es führt aus, es könne zwar ausnahmsweise gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn eine Partei geltend macht, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Voraussetzung dafür ist, dass die vorzeitige Beendigung des Vertrages zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde. Das kommt in Betracht, wenn sich der Vertragspartner einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat oder bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre (BGH NJW 2014, 2102). Diese Voraussetzungen sind im vorliegend zu beurteilenden Fall aber schon deshalb nicht gegeben, weil es sich bei dem Kläger, der durch Grundstückserwerb kraft Gesetzes in den Mietvertrag eintrat, nicht um denjenigen Vertragspartner des Mieters handelt, durch dessen mündliche Vereinbarung mit dem Mieter die gesetzliche Schriftform aus § 550 S. 1 BGB verletzt wurde. Der Kläger ist als Grundstückserwerber gemäß §§ 566, 578 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB auf Vermieterseite in das bestehende Mietverhältnis eingetreten. Der Einwand der Treuwidrigkeit kann deshalb dem neuen Vermieter und Kläger gegenüber nicht geltend gemacht werden, da sich der Kläger auch dann auf den Formmangel berufen kann, wenn dies dem ursprünglichen Vermieter nach § 242 BGB verwehrt wäre (OLG Düsseldorf NZM 2005, 147). Andernfalls würde der Schutzzweck des § 550 S. 1 BGB, der zwingendes Recht enthält, unterlaufen werden.

OLG Dresden, Beschluss vom 25.08.2015 - 5 U 1057/15

- **Wirksame Minderungsbeschränkung durch Formularklausel**

Mit Beschluss vom 13.07.2015 - 8 W 45/15 - behandelte das Kammergericht Berlin einen Sachverhalt, der nicht wegen komplizierter Rechtsfragen, sondern deshalb interessant ist, weil es sich um einen Fall handelt, der in der Praxis häufig vorkommt. Viele Leser werden sich deshalb an ähnliche Konstellationen erinnern.

Der Mieter von Gewerberäumen kommt in Zahlungsrückstand. Das Mietverhältnis wird wirksam mit einer am 10.07.2013 zugegangenen außerordentlichen fristlosen Kündigung beendet. Der Mieter hält die Kündigung für unbegründet. Nach vorangegangenem Räumungsrechtsstreit, den der Mieter verliert, wird die Mietsache am 31.07.2014 geräumt und herausgegeben. Der Klage des Vermieters auf Zahlung rückständiger Miete und einer Nutzungsentschädigung in Höhe der vertraglich vereinbarten Miete für die Zeit ab Zugang der fristlosen Kündigung bis zur Räumung tritt der Mieter entgegen. Er wendet ein, er sei zur Minderung der Miete wegen Mängeln befugt gewesen, insbesondere wegen zu geringer Innentemperaturen von "teilweise unter 20°". Er macht ferner geltend, er habe die Mietsache umfassend umgebaut und deshalb stünden ihm Wertersatzansprüche von EUR 59.000,00 zu. Die Verteidigung des Mieters ist aber ohne Erfolg. Mit seiner Behauptung, die Mietsache sei mangelhaft, wird er aus mehreren Gründen nicht gehört. Zum einen reicht es für einen substantiierten Vortrag nicht aus, sich pauschal auf zu geringe Innentemperaturen von "teilweise unter 20°" zu berufen. Bei so genannten temporären Mängeln muss nämlich konkret dargelegt werden, zu welchen Zeiträumen angeblich zu geringe Innentemperaturen herrschen. Denn nur zu diesen Zeiträumen, in denen die Innentemperaturen tatsächlich unzumutbar gering sind, kommt eine Minderung in Betracht (BGH NJW 2011, 514 Tz. 13). Hinzu kommt, dass der Mietvertrag eine dahingehende Formularklausel enthielt, dass eine Minderung der Mietzahlungen und Aufrechnung mit Gegenforderungen nur möglich ist bei anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Ansprüchen. Der Vermieter hat die Minderung nicht "anerkannt". Das Kammergericht führt aus, dass der Mieter deshalb nicht durch Abzug von der Miete mindern könne, da die Formularklausel wirksam sei. Zwar ist die Beschränkung der Aufrechnung nur auf "anerkannte" (und nicht auch unbestrittene) Gegenforderungen unwirksam (BGH NJW 2007, 3421 Tz. 21), jedoch gilt dies nicht für die Minderungsbeschränkung. In Geschäftsraummietverträgen stellt die Beschränkung des Minderungsrechts des Mieters in der Form, dass ihm nur der Abzug von der Mietzahlung versagt und er wegen des Minderungsbetrages auf einen Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB verwiesen wird, keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB dar (BGH NJW 2008, 2497, 2498 Rn. 18 und 19). Daran ändert nichts, dass vorliegend die Minderungsbeschränkung nur dann ohne weiteres entfallen soll, wenn die Minderung "ausdrücklich vom Vermieter zugestanden" ist, und nicht bereits dann, wenn sie "unbestritten" ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung durch eine Klausel, die die Aufrechnung nur mit rechtskräftig festgestellten oder "anerkannten" Gegenforderungen erlaubt (BGH NJW 2007, 3421, 3422), lässt sich auf den Fall einer entsprechend formulierten Minderungsklausel nicht übertragen. Denn nur das (aktive) Zugestehen, also das "Anerkenntnis" der Minderung auch der Höhe nach entspricht dem Unstreitigsein einer Aufrechnungsforderung im Sinne von § 309 Nr. 3 BGB. Die Minderung erfordert keine Bezifferung durch den Mieter, vielmehr ist diese vom Gericht grundsätzlich ohne Bindung an die Angaben des Mieters festzusetzen (vgl. Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. VIII 271 ff.). Das

Nichtbestreiten des Vermieters kann daher nur die Tatsachengrundlage der Minderung erfassen, nicht aber den Umfang des Rechts. Dementsprechend sind Klauseln, die die sofortige Minderung von der Zustimmung oder dem Anerkenntnis des Vermieters abhängig machen, in der obergerichtlichen Rechtsprechung ohne weiteres als wirksam angesehen worden (OLG Düsseldorf ZMR 1999, 23, 24 und Urteil vom 08.06.2006, 10 U 159/05 sowie Kammergericht Berlin GE 2001, 345 zur Wirksamkeit der Klausel "anerkannt, mithin unstreitig"). Die Unwirksamkeit des Klauselteils betreffend die Aufrechnungsbeschränkung erfasst vorliegend nicht die Klausel betreffend die Minderungsbeschränkung, da beide Teile sprachlich teilbar sind (sogenannter blue-pencil-Test, BGH NJW 1989, 3215 und Palandt, BGB, § 306 Rn. 7). Das Kammergericht legt ferner dar, dass die Klausel über die Beschränkung des Minderungsrechts auch nach Mietvertragsende fortwirkt. Nicht anders als ein Aufrechnungsverbot (BGH NJW-RR 2000, 530) entfällt auch die Minderungsbeschränkung nicht mit Mietvertragsende und Herausgabe, da das schützenswerte Interesse des Vermieters an pünktlicher Liquiditätserzielung durch diese Umstände nicht berührt wird und zudem ein Wegfall der Minderungsbeschränkung den vertragsuntreuen Mieter, der etwa Miete in Kenntnis der anstehenden Nutzungsaufgabe unberechtigt mindert, privilegieren würde.

Ohne Erfolg war auch die Aufrechnung des Mieters mit einem behaupteten Wertersatzanspruch wegen von ihm in die Mietsache getätigter Investitionen. Ein Anspruch auf Ersatz des Zeitwerts von nützlichen Umbauten könnte sich aus § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 683 ff. BGB ergeben. Nach § 539 Abs. 1 BGB kann der Mieter vom Vermieter Aufwendungen auf die Mietsache nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen. § 539 Abs. 1 BGB enthält eine so genannte Rechtsgrundverweisung auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (BGH NJW 2009, 2590, 2591 Tz. 16), d.h., dass geprüft werden muss, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen einer GoA vorliegen, denn nur dann kommt ein Wertersatzanspruch in Betracht. Im konkreten Fall hatte der Mieter aber die Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs nach § 683 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) nicht schlüssig vorgetragen. Dieser Anspruch setzt nämlich einen Fremdgeschäftsführungswillen des Mieters voraus und somit, dass er auch für den Vermieter und um der Mietsache willen tätig geworden ist, sowie dass die Baumaßnahme dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vermieters entspricht oder von ihm nachträglich genehmigt wird. An das Vorliegen der Voraussetzungen des § 683 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH NZM 1999, 19). Der Fremdgeschäftsführungswille wird nur bei einem objektiv fremden Geschäft vermutet, welches jedoch nicht daraus folgt, dass die Maßnahme zu einer Wertsteigerung führt. Ist etwa nicht ein mangelhafter Zustand behoben worden, sondern vom Mieter (zumal nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen) eine Verbesserung oder eine Veränderung der Mietsache im Interesse des eigenen Betriebs vorgenommen worden, ist eher von einem neutralen Geschäft auszugehen und liegt ein Fremdgeschäftsführungswillen zudem fern (BGH NJW-RR 2006, 294 Tz. 23). Gegen das Interesse des Vermieters an der Baumaßnahme spricht, wenn wie offenbar hier ihr Umfang vom Mieter bestimmt werden kann und die Kosten nicht absehbar sind (BGH NJW-RR 1903 90, 522). Nach alledem kam ein Zahlungsanspruch des Mieters nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht in Betracht.

Keinen Erfolg hatte der Mieter auch mit der Behauptung, ihm stünde ein Anspruch auf Entschädigung für Einrichtungen, mit denen er die Mietsache versehen habe zu, weil der Mieter die Wegnahme dieser Einrichtungen dadurch vereitelt habe, dass er sich auf sein Vermieterpfandrecht berief. Der Mieter stellt darauf ab, dass er nach § 539 Abs. 2 BGB berechtigt ist, eine Einrichtung wegzunehmen, mit der er die Mietsache versehen hat. Der Vermieter kann das Wegnahmerecht durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden, wenn nicht der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme hat (§ 552 Abs. 1 BGB). Hier liegt in der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts aber keine Abfindung des Wegnahmerechts. Darüber hinaus entsteht ein Anspruch des Mieters auf Entschädigungszahlung erst, wenn er die Wegnahme verlangt und der Vermieter erklärt, dass er die Wegnahme abwenden will (BGH NJW-RR 2006, 294). Diese Voraussetzungen waren vorliegend aber nicht gegeben. Ein konkretes Wegnahmeverlangen des Mieters war nicht dargetan. Die Erklärung, das Vermieterpfandrecht auszuüben, ist zudem einer Abfindungserklärung nicht gleichzusetzen.

Sehr interessant ist die Entscheidung des Kammergerichts insoweit, als es ausführt, dass ein Anspruch auf Wertersatz auf Ersatz der Kosten wegnehmbarer Einrichtungen ohnehin verjährt sei und dass die Verjährung vor der Rückgabe der Mietsache eintrat. Das Mietverhältnis endete aufgrund fristloser Kündigung am 10.07.2013. Obgleich die Räumung und Herausgabe der Mietsache erst am 31.07.2014 erfolgte, war der Wegnahmeanspruch und damit auch der darauf beruhende Wertersatzanspruch auf Ersatz der Kosten wegnehmbarer Einrichtungen bereits am 10.01.2014 verjährt. Das ist (nur) auf den ersten Blick erstaunlich und wert, sich diese Rechtslage zu merken, da

derartige Sachverhalte in der Praxis nicht selten vorkommen. Nach der Rechtsprechung des BGH beschränkt das Gesetz den Mieter in Bezug auf die von ihm geschaffenen Einrichtungen nach Beendigung des Vertrages auf den Anspruch, ihre Wegnahme gemäß § 539 Abs. 2 BGB zu dulden (BGH NJW 1991, 2564, 2565 unter II.2). Mit Verjährung des Wegnahmerechts entsteht ein dauerndes Besitzrecht des Vermieters und gesetzliche Zahlungsansprüche, gleich aus welchem Rechtsgrund, sind ausgeschlossen (BGH NJW 1987, 2861, 2862 unter IV.3 und Palandt, § 539 Rn. 4). Die Verjährung von sechs Monaten beginnt gemäß § 548 Abs. 2 BGB nicht erst mit der Rückgabe der Mieträume, sondern mit der rechtlichen Beendigung des Mietverhältnisses (BGH NJW 2008, 2156, 2257 Tz. 15). Das Wegnahmerecht verjährt daher auch, wenn sich der Mieter gegen eine berechtigte Kündigung verteidigt und es daher zunächst nicht zur Räumung kommt. Die Frage der rechtlichen Beendigung falsch zu beurteilen, ist sein Risiko (OLG Bamberg NZM 2004, 342). Die materiellrechtlichen Wirkungen des Verjährungseintritts sind von Amts wegen zu berücksichtigen, so dass es nicht darauf ankommt, ob sich der Vermieter auf Verjährung berufen hat (OLG Düsseldorf NJW-RR 2004, 734). Die Ausübung des Vermieterpfandrechts, das sich auch auf im Eigentum des Mieters verbliebene Einrichtungen erstreckt, hemmt die Verjährung nicht (BGH NJW 1987, 2881, 2862). Dies ergibt sich jetzt bereits aus § 205 BGB, der anordnet, dass eine Hemmung nur eintritt, wenn das Leistungsverweigerungsrecht auf einer Verjährung beruht. Danach ist ein etwaiger Wegnahmeanspruch vorliegend mit Ablauf des 10.01.2014 verjährt. Gleichzeitig verjährte jeglicher Wertersatzanspruch auf Ersatz der Kosten wegnehmbarer Einrichtungen.

Ohne Erfolg war auch die Argumentation des Mieters, ihm stünde ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aufgrund der von ihm vorgenommenen Investitionen zu, die den Wert der Mietsache erhöht hätten. Grundsätzlich kann ein Bereicherungsanspruch des Mieters gegeben sein, wenn der Vermieter - etwa wegen seiner fristlosen Kündigung - vorzeitig und nicht erst mit Ablauf der vertraglich vorgesehenen Mietzeit in den Genuss von wertsteigernden Investitionen des Mieters gekommen ist. Der Umfang der Bereicherung richtet sich nicht nach der Höhe der Aufwendungen des Mieters und nicht nach dem Zeitwert der Investitionen oder der Verkehrswertsteigerung des Mietobjekts bei Rückgabe, sondern allein nach der Erhöhung des Ertragswerts (BGH NJW 2009, 2374 Tz. 8 und Tz. 10). Maßgeblich ist nicht die tatsächliche Vermietung, sondern die konkrete Vermietbarkeit zu einem höheren als dem bisherigen Mietzins. Nur wenn der Vermieter mehr erlösen kann, als er nach dem bisherigen Vertrag erhalten hat, ist er bereichert (BGHZ 180, 293 Tz. 12 und 14; BGH NJW-RR 2010, 86 Tz. 14; BGH NZM 1999, 19). Wie in der Praxis häufig hat der Mieter im entschiedenen Fall auch nur Vortrag zur Höhe seiner Aufwendungen und zum angeblichen Zeitwert seiner Investitionen sowie zur Verkehrswertsteigerung des Mietobjekts gehalten, aber kein Wort darüber verloren, dass der Vermieter durch die Investitionen eine höhere Miete erzielt oder erzielen kann als die bisher erhaltene. Deshalb war der Verteidigungsvortrag des Mieters bereits unschlüssig.

KG Berlin, Beschluss vom 13.07.2015 - 8 W 45/15

- **Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl des Subunternehmers gegenüber der Versicherung**

Mit Urteil vom 10.02.2015 (13 HK O 5832/14) hat das Landgericht München entschieden, dass ein Spediteur seine vorvertragliche Obliegenheit gegenüber seiner Transportversicherung verletzt, wenn er seine betrieblichen Abläufe nicht so organisiert und zweckmäßige Anweisungen erteilt, dass die Auswahl von Subunternehmern sorgfältig erfolgt und wenn er nicht durch eine hinreichende dichte, häufige und konkrete Kontrolle der Angestellten sicherstellt, dass die vorgegebenen Arbeitsabläufe eingehalten werden.

Im streitgegenständlichen Fall hatte der Spediteur einen Frachtauftrag über eine Frachtbörse an einen ihm bislang unbekannten Frachtführer vergeben. Die Ware wurde geladen, kam aber nie am Empfangsort an. Für die Vergabe von Aufträgen an neue Subunternehmer hatte der Kläger dabei interne Richtlinien in den Geschäftsräumen ausgehängt, in denen es pauschal heißt, dass die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden ist. Eine Definition, was diese Sorgfalt ist und welche gültigen und bekannten Richtlinien zu beachten sein sollen, enthielt die Anweisung nicht. Dass darüber hinaus interne Richtlinien mit näheren Anforderungen bestanden, konnte der klagende Spediteur ebenso wenig nachweisen wie dass er für die Einhaltung dieser Richtlinien Sorge getragen hat. Außerdem hatte der Spediteur entgegen aller veröffentlichten Empfehlungen den Einsatz von unbekannten Subunternehmern für kurzfristige Transporte, die sich über eine Frachtbörse melden, nicht untersagt. Der Spediteur muss sich aus Sicht des LG München dabei auch das Handeln des zuständigen Disponenten zurechnen lassen. Dieser sei Repräsentant des Spedi-

teurs, weil er in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, aufgrund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist.

Aufgrund grob fahrlässiger Herbeiführung des Schadensfalls war die Versicherung des Spediteurs daher nicht eintrittsverpflichtet und musste den entstandenen Schaden nicht erstatten, so dass die Klage des Spediteurs auf Zahlung gegenüber seiner Versicherung abgewiesen wurde.

LG München, Urteil vom 10.02.2015 (13 HK O 5832/14)

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Ersatzansprüche für Schäden durch Kraftfahrzeuge**

Es besteht für Schäden, welche durch den Betrieb eines Kraftfahrzeugs herbeigeführt werden, eine verschuldensunabhängige Haftung gemäß § 7 Abs. 1 StVG. Dabei ist, aufgrund einer Vielzahl von Urteilen, anerkannt, dass diese Anspruchsnorm für Ersatzleistungen sehr weit auszulegen ist. Es ist grundsätzlich ausreichend, soweit eine von einem Kraftfahrzeug ausgehende Gefahr am Schadenfall mitgewirkt hat (beispielsweise BGH, Urteil vom 21.01.2014-VI ZR 253/13).

Im Rahmen eines Verfahrens wegen Bewilligung von Prozesskostenhilfe hatte nunmehr das Oberlandesgericht Karlsruhe über einen Sachverhalt zu entscheiden, wonach der PKW des Antragstellers/zukünftigen Klägers, welcher geparkt stand, durch einen angrenzenden Fahrzeugbrand erheblich beschädigt wurde. Das ausgebrannte andere Fahrzeug stand bereits längere Zeit und in erster Instanz wurde eingewandt, es könne auch ein Marderbiss den technischen Defekt, welcher zum Brand geführt hat, ausgelöst haben und für derartige Ursachen bestünde keine Haftung.

Seitens des Oberlandesgerichts Karlsruhe wurde anders entschieden. Mit Verweis auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH VersR 2014, 396) soll es nicht auf die „Erstursache" eines technischen Defektes, welcher zum Brand geführt hat, ankommen. Wesentlich ist, dass ein technischer Defekt vorlag, hierfür besteht nach Auffassung des OLG Karlsruhe dann die Haftung gemäß § 7 Abs. 1 StVG.

Letztlich ist bei jeder Beteiligung eines Kraftfahrzeuges an einem Schaden zu überprüfen, ob nicht eine Schadenersatzverpflichtung seitens der Kfz-Haftpflichtversicherung besteht.

BGH, Urteil vom 21.01.2014 - VI ZR 253/13

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

WEG-RECHT bekommen

- **Anforderungen an eine Beschlussprotokollierung**

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft, wobei die Beklagte zu 1 die Mehrheit der Miteigentumsanteile auf sich vereinigt und auch Verwalterin der Gemeinschaft ist. In der Teilungserklärung ist festgelegt, dass die Wohnungseigentümerversammlung beschlussfähig ist, wenn mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile vertreten sind. Des Weiteren regelt diese, dass zur Gültigkeit eines Beschlusses die Protokollierung erforderlich ist und das Protokoll vom Verwalter und von zwei von der Eigentümerversammlung bestimmten Wohnungseigentümern zu unterzeichnen ist.

Am 16.08.2011 fand eine Eigentümerversammlung statt, wobei in der Versammlung nur die Beklagte zu 1 als Mehrheitseigentümerin und Verwalterin anwesend war. Daher unterschrieb sie das Protokoll allein. Dagegen wurde eine Beschlussmängelklage durch die Kläger eingereicht und die Ungültigerklärung mehrerer in der Versammlung gefasster Beschlüsse beantragt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes ist der Bundesgerichtshof der Ansicht, dass die in der Eigentümerversammlung vom 16.08.2011 gefassten Beschlüsse nicht bereits deshalb ungültig sind, weil das Protokoll nur von der Beklagten zu 1 als Verwalterin und Mehrheitseigentümerin nicht aber von zwei von der Eigentümerversammlung bestimmten Wohnungseigentümern unterzeichnet worden ist. Die in der Teilungserklärung enthaltene so genannte qualifizierte Protokollierungsklausel ist wegen des berechtigten Interesses der Wohnungseigentümer an einer effektiven Kontrolle und an der sicheren Feststellung der gefassten Beschlüsse wirksam. Sie bezweckt, dass das Protokoll - zusätzlich zu der Unterschrift des Verwalters - von zwei Personen unabhängig voneinander gelesen und auf seine Vollständigkeit und inhaltliche Richtigkeit hin überprüft wird und so Fehler eher auffallen. Der Zweck wäre verfehlt, wenn bei der Unterzeichnung des Protokolls eine Vertretung von mehreren Wohnungseigentümern durch eine einzige natürli-

che Person möglich wäre. Daher muss das Protokoll von zwei verschiedenen natürlichen Personen unterzeichnet werden, die entweder selbst Wohnungseigentümer sind oder für sich oder andere Wohnungseigentümer handeln.

Etwas anderes gilt dann, wenn in der Versammlung nur eine Person anwesend ist, die zugleich als Mehrheitseigentümerin und Verwalterin fungiert. Denn dies ergibt sich aus der ergänzenden Auslegung der Teilungserklärung. An die im Streit stehende Konstellation wurde bei der Errichtung der Teilungserklärung nicht gedacht, so dass eine planwidrige Unvollständigkeit vorliegt. Vielmehr setzt die Teilungserklärung voraus, dass in der Versammlung neben dem Verwalter mindestens zwei Wohnungseigentümer anwesend sind. Eine Unterschriftsleistung durch diese Personen kann nur erfolgen, wenn diese Personen auch an der Versammlung teilgenommen haben. Nach dem hypothetischen Willen des teilenden Eigentümers ist darauf abzustellen, welche Regelung er bei einer angemessenen Abwägung der berührten Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise getroffen hätte, wenn er an den Fall gedacht hätte. Nachdem die Teilungserklärung regelt, dass die Eigentümerversammlung beschlussfähig sein soll, wenn mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile in der Versammlung vertreten sind, würde das Erfordernis der Unterschriftsleistung von zwei von der Eigentümerversammlung zu bestimmenden Wohnungseigentümern eine weitere, faktische Voraussetzung für die Beschlussfähigkeit der Versammlung schaffen, nachdem vorliegend bereits ein Eigentümer über mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile verfügt. Dies stünde mit der ausdrücklichen und als abschließend zu verstehenden Regelung zur Beschlussfähigkeit nicht im Einklang. Auch aus dem Zweck der Protokollierung ist nichts anderes abzuleiten. Diese soll eine Gewähr dafür schaffen, dass das im Protokoll Niedergelegte dem tatsächlichen Ablauf der Versammlung entspricht. Wenn mehrere Personen unabhängig voneinander die Richtigkeit des Protokolls bestätigen, wird die Richtigkeitsgewähr erhöht. Wenn aber neben dem Verwalter nicht zusätzlich zwei weitere Wohnungseigentümer in der Versammlung anwesend sind, ist es sinnwidrig, weitere Unterschriften zu verlangen. Denn mangels Anwesenheit in der Versammlung und eigener Anschauung könnten die Wohnungseigentümer den Ablauf der Versammlung nicht bestätigen. Demnach war die Unterschriftsleistung der Beklagten zu 1 als Verwalterin und Mehrheitseigentümerin genügend, weil andere Wohnungseigentümer nicht anwesend waren.

Im Ergebnis konnten aus diesem Grund allein die Beschlüsse nicht aufgehoben werden. Die Sache wurde an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit sich dieses mit den weiteren von den Klägern erhobenen Anfechtungsgründen befassen konnte.

BGH, Urteil vom 25.09.2015 - V ZR 203/14

- **Erstmalige Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums**

Die Gerichte beschäftigen sich immer wieder mit dem Thema der erstmaligen Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums. Denn oft werden die Wohnungseigentumsanlagen anders gebaut, als in den Aufteilungsplänen vorgesehen. Oft liegt die Erstellung des Gebäudes Jahrzehnte zurück. In dem vom Bundesgerichtshof am 20.11.2015 entschiedenen Fall wurde das Wohngebäude 1972 errichtet. Dabei wurde beim Bau des Kellergeschosses von der Baugenehmigung zugrunde gelegten Bauplänen abgewichen, um einen Fensterzugang für den innen liegenden Kellerraum Nr. 7 zu schaffen. Hierfür wurde die Verlegung einer Innenwand erforderlich, so dass sich der nach den Plänen 8,43 m² große Kellerraum Nr. 3 um eine Fläche von 3,94 m² verringerte. Im Jahr 1984 erfolgte dann die Aufteilung in Wohnungseigentum, wobei auf die ursprünglichen, der Baugenehmigung zugrunde liegenden Baupläne verwiesen wurde, die damit mit der Realität nicht übereinstimmten. Im Jahr 2011 erwarb der Kläger nach vorheriger Besichtigung das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 3 sowie den Kellerraum Nr. 3. Der Kellerraum Nr. 3 grenzt an den Kellerraum Nr. 7. Vom Aufteilungsplan nahm er erst nach Erwerb Kenntnis.

In der Versammlung vom 17.04.2013 wurde der Antrag des Klägers, den Kellerraum Nr. 3 in den aus dem Aufteilungsplan ersichtlichen Grenzen herzustellen mehrheitlich abgelehnt. Hiergegen wendet er sich mit der Anfechtungsklage und verlangt festzustellen, dass die dem Aufteilungsplan entsprechende Herstellung des Kellerraums Nr. 3 auf Kosten der Wohnungseigentümergemeinschaft und die Erteilung des Auftrags an den günstigsten Anbieter beschlossen ist.

Die Anfechtungsklage hat Erfolg, da der angefochtene Negativbeschluss nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, nachdem der Kläger die plangerechte Herstellung des Kellerraums Nr. 3 von den Beklagten verlangen kann. Der Anspruch folgt aus § 21 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 Nr. 2 WEG. Demnach kann jeder Wohnungseigentümer von den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergemeinschaft verlangen, dass das Gemeinschaftseigentum plangerecht erstellt wird. Denn unter der Instandsetzung ist auch die erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums zu verstehen.

Vorliegend gibt es eine planwidrige Ausführung. Denn für die Feststellung der Planwidrigkeit ist der Aufteilungsplan und nicht die tatsächliche Bauausführung maßgeblich. Der Aufteilungs-

plan stellt sicher, dass dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen wird, in dem die Aufteilung, die Lage und Größe des Sondereigentums klar ersichtlich gemacht werden. Es kommt auch nicht darauf an, ob eine Abweichung wesentlich ist oder nicht. Für die Aufteilung eines bestehenden Gebäudes gilt auch nichts anderes als bei der Errichtung von Bauwerken. Es gibt keine gesetzliche Differenzierung dahingehend.

Der Bundesgerichtshof stellt auch fest, dass der Kläger zu Recht die Mitwirkung an der erstmaligen Herstellung des Gemeinschaftseigentums von den Beklagten verlangt und nicht etwa nur von dem benachbarten Sondereigentümer des Kellerraums Nr. 7. Denn die erstmalige plangerechte Herstellung einer Wand, die 2 Sondereigentumseinheiten voneinander abgrenzt ist unabhängig von der dinglichen Zuordnung Aufgabe aller Wohnungseigentümer. Denn die erstmalige Verwirklichung der sachenrechtlichen Abgrenzung nach Maßgabe des Aufteilungsplans ist von allen Wohnungseigentümern gleichermaßen zu gewährleisten.

Der Anspruch gegen die übrigen Eigentümer auf erstmalige Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustands ist nicht nach Treu und Glauben ausgeschlossen. Dies wäre nur der Fall, wenn dies im Einzelfall den übrigen Wohnungseigentümern nicht zuzumuten ist. Vorliegend sind nämlich keine tiefgreifenden Eingriffe in das Bauwerk erforderlich. Auch werden nicht Kosten verursacht, die unter Berücksichtigung der berechtigten Belange unverhältnismäßig wären. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, weil das Kellerabteil Nr. 3 nicht nur geringfügig verkleinert, sondern fast halbiert wurde. Treuwidrig kann des Weiteren im Einzelfall eine Verfolgung des Anspruches sein, wenn ein von der Abweichung nicht unmittelbar betroffener Eigentümer einen solchen Anspruch geltend macht, obwohl sich die eigentlich betroffenen Wohnungseigentümer diesem Anspruch widersetzen. Dies trifft vorliegend nicht zu, da der Kläger von der abweichenden Bauausführung unmittelbar betroffen ist, nachdem er auch das Sondereigentum an dem planwidrig abgetrennten Teil des Kellerraums Nr. 3 erworben hat.

Auch eine Verwirkung ist nicht eingetreten. Denn die Beklagten konnten sich nicht darauf verlassen, dass der fortwährende Widerspruch zwischen tatsächlicher Bauausführung und Grundbuchinhalt auch in der Zukunft von allen Seiten hingenommen werden würde. Sie hatten es in der Vergangenheit in der Hand gehabt, die Situation durch eine einvernehmliche Anpassung des Aufteilungsplans an die tatsächlichen Verhältnisse zu beheben.

In diesem Zusammenhang ist die so genannte Beschlussersetzung im wesentlichen begründet. Demnach konnte der Kläger die Feststellung verlangen, dass die Herstellung des Kellerraums Nr. 3 auf Kosten der Wohnungseigentümergemeinschaft vorgenommen wird. Allerdings sieht der Bundesgerichtshof keinen Bedarf dafür, den Auftrag an den günstigsten Anbieter zu erteilen. Im Rahmen der Beschlussersetzung dürfen nur Maßnahmen angeordnet werden, als dies zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes unbedingt notwendig ist, nachdem sie in die Privatautonomie der Wohnungseigentümer eingreifen. Ist wie im vorliegenden Fall nur das "Ob" der Maßnahme umstritten und ist nichts dafür ersichtlich, dass die Wohnungseigentümer nach rechtskräftiger Klärung dem nicht nachkommen werden, genügt es in der Regel, wenn das Gericht nach § 21 Abs. 8 WEG die entscheidende Richtung vorgibt. Daran gemessen ist die Beschlussfassung über die Durchführung der Maßnahme ausreichend. Dann ist der Verwalter gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG verpflichtet, den Beschluss umzusetzen, indem er Vergleichsangebote einholt, diese prüft und den Auftrag erteilt. Es ist aber nicht zwingend, dass der günstigste Anbieter gewählt wird. Es kann nämlich im Einzelfall triftige Gründe geben, einen teureren Anbieter zu beauftragen.

BGH, Urteil vom 20.11.2015 - V ZR 284/14