SRF-Newsletter 11/2016

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

ARBEITSRECHT bekommen

- **Elternzeitverlangen muss schriftformgemäß erfolgen**

  Das Bundesarbeitsgericht hat die Kündigung eines Rechtsanwalts, der seiner Rechtsanwaltsfachangestellten am 15.11.2013 gekündigt hat, für wirksam gehalten, obwohl diese per Telefax am 10.06.2013 mitgeteilt hat, dass sie nach der Geburt ihrer Tochter 2 Jahre Elternzeit in Anspruch nehme.

  Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass die Geltendmachung der Elternzeit der strengen Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB unterliege und damit eine Geltendmachung per Telefax nicht ausreiche, die Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB fordere, dass die Urkunde, mit der das Elternzeitverlangen geltend gemacht wird, die eigenhändige Namensunterschrift oder ein notariell beglaubigtes Handzeichen benötigt, dem entspricht das Telefax nicht, da es sich nur um eine Fernkopie handelt.

  BAG, Urteil vom 10.05.2016 - 9 AZR 145/15

- **Bundesarbeitsgericht hält die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifsvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe für unwirksam.**

  Das Bundesarbeitsgericht hat, allerdings bezogen auf die Zeiträume Oktober 2007 - 2011 und 2014, die vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales ausgesprochene Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe für unwirksam erklärt.

  Das Bundesarbeitsgericht stellt dabei fest, dass in allen Fällen, die nach dem damaligen § 5 TVG erforderliche 50 %-Quote (die tarifgebundenen Arbeitgeber müssen mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen) noch nicht einmal vom Ministerium überprüft wurde bzw. die Überprüfung so nachlässig erfolgte, dass sie ohne konkrete Ermittlungen bejaht wurde.

  Über das Urteil liegt bisher nur eine Pressemitteilung vor, das Bundesarbeitsgericht hat wohl nicht entschieden, ob die von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern bezahlten Beträge zurückzuzahlen sind und wie es sich auch mit der Einrede der Verjährung für die Beiträge 2007 bis 2011 verhält. Für Handwerksunternehmen, die Sozialkassenbeiträge bezahlt haben, aber nicht tarifgebunden sind, kann sich eine Überprüfung lohnen.

  BAG, Beschluss vom 21.09.2016 - 10 ABR 48/15 und 10 ABR 33/15

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

BAURECHT bekommen

- **Gilt Vertragsstrafenvereinbarung bei der einverständlichen Verschiebung der Vertragstermine fort?**

  Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat am 07.04.2016 einen sehr komplexen Sachverhalt zu entscheiden gehabt, zu dem nachfolgend nur die Vertragsstrafenproblematik beleuchtet werden soll:

  Der ursprüngliche Fertigstellungstermin war für den 15.06.2005 zwischen den Parteien vereinbart, in einer Vereinbarung vom 10.02.2005. Es gab zwischen den Parteien unstreitig Zusatzaufträge, die unter anderem im Januar, März und Oktober 2006 erteilt wurden, die Fertigstellung verzögerte sich um ca. 18 Monate. Der Auftraggeber machte im Rahmen der Abrechnung dann auch die volle Vertragsstrafe geltend.

  Das Oberlandesgericht führt in rechtlicher Hinsicht aus wie folgt:

  - Selbst eine wirksam vereinbarte Vertragsstrafe wird nicht verwirkt, im Hinblick auf den ursprünglichen Fertigstellungszeitpunkt, wenn die Fertigstellungstermine einvernehmlich verschoben werden.
  - Die Vertragsstrafe gilt grundsätzlich nur fort, wenn sie ausdrücklich auch für diesen verschobenen Termin gesondert oder durch Bezugnahme auf den Ursprungsvertrag vereinbart wird oder zumindest bei der Veränderung der Ausführungsfrist festgelegt wurde, dass im Übrigen die vertraglichen Bestimmungen (insbesondere zur Vertragsstrafe) fortgelten sollen.
  - Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird insgesamt hinfällig, wenn durch den Auftraggeber bedingte Verzögerungen den Zeitplan völlig aus dem Takt gebracht haben und der Auftragnehmer dadurch zu einer durchgreifenden Neuordnung gezwungen ist im Hinblick auf den Baustellenab-

lauf (wobei eine solche auftraggeberbedingte Verzögerung auch die Erteilung von Zusatzaufträgen sein kann).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.04.2016-5U 81/15

- **Erbeinsetzung durch Vollmacht**

Die Auslegung von letztwilligen Verfügungen beschäftigen die Gerichte immer wieder. Das OLG München hatte in einem Beschluss vom 31.03.2016 (31 Wx 413/15) über die Frage zu entscheiden, ob auch eine Vollmacht als Erbeneinsetzung ausgelegt werden kann. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hatte die Erblasserin an einen nicht an der gesetzlichen Erbfolge beteiligten Dritten am 20.10.1975 folgendes Schreiben versendet:

"*Habe mich entschlossen nach meinem Tod mein Vermögen (Bar und Wertpapiere; C. Bank; A.) dem [...] zur Verfügung zu stellen. Sollte mir unerwartet etwas zustoßen, dann erhalten Sie dieses Schreiben als Vollmacht!"*

Das Schreiben war mit Ort und Datum versehen und von der Erblasserin unterzeichnet. Im Verfahren streiten sich nunmehr die drei gesetzlichen Erben mit dem Dritten, wem ein Erbschein zu erteilen ist.

Das OLG München hat entschieden, dass der den gesetzlichen Erben erteilte Erbschein nicht eingezogen werden darf. Denn auch ein Brief kann zwar grundsätzlich als Testament ausgelegt werden, wenn er vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist und den letzten Willen des Erblassers enthält. Voraussetzung dafür ist, dass dieser auf einem ernstlichen Testierwillen des Erblassers beruht. Es muss daher außer Zweifel stehen, dass der Erblasser die von ihm erstellte Urkunde als rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen hat, oder zumindest das Bewusstsein hatte, die Urkunde könne als Testament angesehen werden. An den Nachweis des Testierwillens sind bei einem so genannten Brieftestament strenge Anforderungen zu stellen. Diese Voraussetzungen erfüllt das Schreiben aus Sicht des OLG München nicht. Dabei spielt es noch nicht einmal eine Rolle, dass es nicht als "Testament" oder "letzter Wille" überschrieben wurde, denn nicht die Überschrift, sondern der sich aus dem Schriftstück ergebende Inhalt sind maßgebend, also insbesondere der Umstand, dass der Wille des Erblassers, die Folgen seines Todes ernsthaft und umfassend zu regeln aus dem Schreiben hervorgeht. Dies war aus Sicht des OLG nicht der Fall, weil insbesondere auch aus Umständen außerhalb der Urkunde ein Testierwillen zweifelhaft war. Denn die Erblasserin hatte vor dem Schreiben bereits ein (später widerrufenes) Testament errichtet, in dem sie den Dritten bedacht hat. Demnach lässt sich das Schreiben auch so verstehen, dass nur der Inhalt des Testaments mitgeteilt werden sollte. Maßgeblich ist, dass es in dem Schreiben in erster Linie darum ging, eine Vollmacht zu erteilen. Ein Erbe braucht aber keine Vollmacht, sondern kann vielmehr kraft des Erbrechts über den Nachlass verfügen. Der OLG macht deutlich, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass das Schreiben tatsächlich als Erbeneinsetzung anzusehen ist, es hat hieran aber erhebliche Zweifel. Solche Zweifel bewirken, dass das Schreiben nicht als gültiges Testament angesehen werden kann und zwar zulasten desjenigen, der Rechte aus dem Schriftstück herleitet.

Demgemäß bleibt es bei dem zu Gunsten der gesetzlichen Erben erteilten Erbschein. Was die Erblasserin tatsächlich wollte, lässt sich heute nicht mehr feststellen. Wer demgemäß sicherstellen will, dass sein Wille nach seinem Tod auch umgesetzt wird, sollte diesen klar und eindeutig formulieren um spätere Streitigkeiten zu verhindern.

OLG München, Beschluss vom 31.03.2016 - 31 Wx 413/15

- **Verwirkung im Elternunterhalt**

Es verstärkt sich in den letzten Jahren die gerichtliche Auseinandersetzung hinsichtlich einer Verpflichtung zur Leistung von Elternunterhalt. So war nunmehr durch das OLG Frankfurt/M. in einem Beschluss vom 22.03.2016 - 2 UF 15/16 (FamRZ 2016,1855) auf Unterhaltsforderung seitens des Sozialamtes gegenüber dem Sohn der Bedürftigen über die Grundlagen eines Unterhaltsausschlusses, insbesondere auch bezüglich der Darlegungs-und Beweislast, zu entscheiden.

Nach den gesicherten Grundlagen war der Sohn der Bedürftigen leistungsfähig, dies in einer Größenordnung von monatlich ca. EUR 600,00. Durch den Sohn wurde gegen die Unterhaltsforderung jedoch eingewandt, dass die

Bedürftige, seine Mutter, in seiner Kindheit eine eigene Unterhaltsverpflichtung gröblich vernachlässigt habe. Seitens des Sohnes wurden schwerste Verfehlungen hinsichtlich der Versorgung in der Kindheit, bis zur Scheidung der Eltern, dargestellt sowie auch körperliche Misshandlungen und zumindest ein einmaliger sexueller Übergriff. Bei Vorliegen der Verfehlungen ist das Oberlandesgericht auch in 2. Instanz vom Ausschluss des Elternunterhalts ausgegangen.

Seitens des Sozialamtes wurden die Vorwürfe mit Nichtwissen bestritten und lediglich pauschal geltend gemacht, es werde aufgrund der psychischen Verfassung der Bedürftigen davon ausgegangen, dass diese keine Angaben mehr machen könne. Durch das Oberlandesgericht Frankfurt/M. wurde hierzu darauf verwiesen, dass der Sozialhilfeträger als Rechtsnachfolger sich grundsätzlich in zumutbarer Weise um die notwendigen Erkenntnisse, insbesondere beim früheren Rechtsinhaber, bemühen müsse, dies wurde unterlassen, ein bloßes Bestreiten mit Nichtwissen genüge nicht. Darüber hinaus wurde angeführt, dass auf eine frühere Forderung wegen einer Heimunterbringung aufgrund psychischer Erkrankung der diesbezügliche Sozialhilfeträger den Ausschluss des Unterhaltes akzeptiert hat, was schriftlich belegt wurde. Hieraus ergab sich für das OLG Frankfurt/M. die Rechtfertigung dafür, dass von Seiten des Sohnes nicht versucht wurde weitere Belege für das Fehlverhalten zu sichern, zum Beispiel durch eidesstattliche Versicherungen des eigenen Vaters, welcher mittlerweile verstorben war. Es konnten jedoch das frühere Scheidungsurteil und auch Gutachten zur Mutter vorgelegt werden sowie auch eine Bestätigung einer Nachbarin.

Soweit ein Ausschluss des Elternunterhalts geltend gemacht werden soll, was mutmaßlich hauptsächlich im Falle einer eigenen Unterhaltspflichtverletzung des betroffenen Elternteils relevant werden dürfte, zeigt die Entscheidung, dass es auch auf den Nachweis der maßgeblichen Umstände ankommt. Es muss deshalb letztlich weit im Voraus daran gedacht werden, entsprechende Unterlagen wie das Scheidungsurteil, Urkunden wegen Titulierung von Kindesunterhalt und Belege zu (fehlgeschlagenen) Vollstreckungsversuchen zu sichern.

OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 22.03.2016 - 2 UF 15/16

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

IT-RECHT bekommen

- **Neue Informationspflichten ab Februar 2017**

  Unternehmer, die online Kauf- oder Dienstleistungsverträge mit Verbrauchern abschließen, müssen schon seit Beginn des Jahres auf die Europäische Schlichtungsstelle, die OS-Plattform hinweisen (siehe SRF-Newsletter 2/2016). Ab dem 01.02.2017 treten nunmehr ergänzende Informationspflichten nach dem so genannten Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) hinzu. Danach muss ein Unternehmer leicht zugänglich, klar und verständlich darüber informieren, inwieweit er bereit oder verpflichtet ist, an Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen und gegebenenfalls auf die zuständige Verbraucherschlichtungsstelle hinweisen (§ 36 Abs. 1 VSBG). Dies gilt nicht für Unternehmer, die am 31.12. des vorangegangenen Jahres 10 oder weniger Personen beschäftigt haben (§ 36 Abs. 3 VSBG). Die Information ist im Übrigen auf der Internetseite zu veröffentlichen und/oder im Zusammenhang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 36 Abs. 2 VSBG).

  Nach Entstehen einer Streitigkeit muss zudem jeder Unternehmer (also unabhängig von der Zahl der Mitarbeiter) in Textform über eine für ihn theoretisch zuständige deutsche Verbraucherschlichtungsstelle und darüber, ob er bereit bzw. verpflichtet ist, an einem Streitbeilegungsverfahren teilzunehmen informieren (§ 37 VSBG).

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

KAPITALMARKTRECHT bekommen

- **Zu Verpflichtungen des Verkäufers bei Erwerb einer Eigentumswohnung als Kapitalanlage**

  Der Kläger und seine Frau kauften von der Beklagten im Jahr 2008 eine Eigentumswohnung zu einem Kaufpreis von EUR 117.519,00. Die Beklagte hatte mit der die Wohnanlage aufteilenden Eigentümerin eine Vereinbarung über die Veräußerung der Wohnungen getroffen und eine GmbH mit dem Vertrieb beauftragt. Ein Finanzberater der GmbH, den der Kläger ken-

nengelernt hat, empfahl die Wohnung als Anlageobjekt und vermittelte dem Kläger ein Annuitätendarlehen über einen Nominalbetrag von EUR 118.710,00. Der Kläger macht unter anderem als Beratungsfehler geltend, dass er unrichtig über die Höhe der monatlichen Zuzahlung, nämlich der Differenz zwischen den Finanzierungsausgaben und den Mieteinnahmen aufgeklärt worden sei.

Der Kläger verlangt aus eigenem und abgetretenem Recht Schadensersatz und die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für weitere Vermögensschäden. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Der Bundesgerichtshof hebt dieses Urteil auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurück. Denn das Berufungsgericht hat zunächst rechtsfehlerhaft angenommen, dass der Pflichtverstoß verjährt sei. Die kenntnisabhängige regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Nach diesen Maßstäben ist es unrichtig, dass diese Kenntnisse bereits im Jahr 2008 vorlagen. Zwar wusste der Kläger schon im Jahr 2008, dass die Differenz zwischen den Finanzierungsausgaben und den Mietausschüttungen nicht wie im Rahmen der Beratung errechnet EUR 168,00 sondern EUR 255,38 betrug. Doch dies stellt noch kein Wissen und damit keine Kenntnis von einer fehlerhaften Beratung in diesem Punkt dar. Denn die Ursachen für die höheren monatlichen Zahlungen können vielfältiger Natur sein und brauchen nicht notwendigerweise auf Beratungsfehler zurückzuführen sein. Sie können auch auf Zahlungsverzug des Mieters oder einer Mietminderung wegen eines neu aufgetretenen Mangels beruhen. Auch kann ein Auseinanderfallen von versprochener und erzielter Miete von einer unvorhergesehenen schlechten Entwicklung des Mietpools infolge unerwartet hoher Leerstände nach Vertragsschluss beruhen. Von einer solchen Kenntnis, die zum Beginn der Verjährung führt, kann daher nur dann ausgegangen werden, wenn der Käufer nachvollziehen kann, worauf die höhere Zahlung zurückzuführen ist. Das ist regelmäßig erst nach Erhalt der Jahresabrechnung der Wohnungseigentümergemeinschaft bzw. des Mietpools möglich.

Rechtsfehlerhaft hat das Oberlandesgericht einen Schadensersatzanspruch auch deshalb verneint, nachdem der Kläger vorgetragen hat, ihm sei eine Wiederverkaufsmöglichkeit der Wohnung nach 10 Jahren mit einem Gewinn von EUR 23.000,00 in Aussicht gestellt worden. Denn der Beratungsvertrag verpflichtet den Verkäufer zu richtiger und vollständiger Information über die tatsächlichen Umstände, die für den Kaufentschluss des Interessenten von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können. Wenn als Kaufanreiz die wirtschaftliche Rentabilität des Erwerbs herausgestellt wird, muss der Käufer auch über die hierfür bedeutsamen tatsächlichen Umstände richtig und vollständig informiert werden. Beratungspflichten werden verletzt, wenn ein in tatsächlicher Hinsicht unzutreffendes, ein zu positives Bild der Ertragserwartung der Immobilie gegeben wird und dies den Interessenten zum Vertragsschluss veranlasst. Demnach muss darüber aufgeklärt werden, wenn ein gewinnbringender Verkauf der Wohnung nach dem in dem Beratungsgespräch angegebenen Zeitraum wegen eines überhöhten Erwerbspreises von vornherein ausgeschlossen ist oder gänzlich unwahrscheinlich erscheint.

Ist der dargestellte gewinnbringende Verkauf einer Wohnung nach 10 Jahren wegen eines überhöhten Erwerbspreises von vornherein ausgeschlossen oder unwahrscheinlich hat der Verkäufer falsche Vorstellungen über die Werthaltigkeit Immobilie geweckt. Er verletzt seine Verpflichtungen, über alle Umstände aufzuklären, die für eine von ihm als Kaufanreiz ausgestellte Rentabilität des Erwerbs von Bedeutung sind oder sein können.

Der Bundesgerichtshof stellt auch klar, dass den Verkäufer auch eine Beratungspflicht über den bei Annuitätendarlehen permanent abnehmenden Steuerspareffekt getroffen hatte. Wenn Gegenstand der Beratungspflichten des Verkäufers eine Immobilie zu Anlagezwecken ist, ist die Ermittlung des Eigenaufwands das Kernstück der Beratung. Die Beratung soll den Käufer von der Möglichkeit überzeugen, mit seinen finanziellen Mitteln das Objekt zu erwerben und zu halten. Wenn bei der Beratung auf Steuervorteile hingewiesen wird, müssen die Voraussetzungen für deren Eintritt zutreffend dargestellt werden. Wenn die staatlichen Vergünstigungen mit der Folge entfallen, dass sie die Belastung des Käufers erhöhen, muss darüber aufgeklärt werden. Wird demnach eine langfristige Finanzierung mit damit einhergehenden Steuervorteilen und zugleich ein Annuitätendarlehen vorgeschlagen, muss über eintretende negative Auswirkungen des sich Jahr für Jahr verringernden Zinsanteils der Darlehensraten auf den Steuervorteil aufgeklärt werden.

BGH, Urteil vom 17.06.2016 - V ZR 134/15

- **Anlagevermittler/Anlageberater zur Aufklärung über Innenprovisionen von über 15 % bei Erwerb einer Eigentumswohnung als Kapitalanlage verpflichtet**

Der Kläger erwarb 1992 auf Empfehlung der Beklagten eine Eigentumswohnung für DM 97.020,00 die er vollständig fremdfinanzierte. Da die Mieteinnahmen nicht die prognostizierte

Höhe erreichten, wurde das Darlehen gegenüber dem Kläger gekündigt und die Zwangsversteigerung der Wohnung eingeleitet, die einen Erlös von lediglich EUR 7.000,00 erbrachte. Der Kläger behauptet, die Beklagte hätte vom Verkäufer eine Innenprovision erhalten, die bei etwa 15 % des Kaufpreises lag, worauf nicht hingewiesen wurde, so dass die Immobilie allenfalls nur DM 82.000,00 wert war anstatt des bezahlten Kaufpreises. Hätte der Kläger hiervon gewusst, hätte er die Wohnung nicht gekauft. Der Kläger begehrt Schadensersatz und Freistellung von weiteren Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag, den er zur Finanzierung der Eigentumswohnung aufgenommen hat.

Der Kläger hat vor dem Bundesgerichtshof Erfolg. Der Bundesgerichtshof stellt zunächst fest, dass ein Anlagevermittler oder ein Anlageberater den Erwerber einer von ihm vermittelten Anlage unaufgefordert über Vertriebsprovisionen aufzuklären hat, wenn diese 15 % des von den Anliegern einzubringen Kapitals übersteigen. Begründet wird dies damit, dass Vertriebsprovisionen in dieser Höhe Rückschlüsse auf eine geringe Werthaltigkeit und Rentabilität der Kapitalanlage eröffnen. Dies stellt einen für die Kapitalanlageentscheidung wesentlichen Umstand dar über welchen der Anlageinteressent informiert werden muss. Das gilt unabhängig davon, welche Art der Kapitalanlage vermittelt wird. Insbesondere gilt dies für eine Kapitalanlage in Form einer Eigentumswohnung. Denn auch bei solchen Eigentumswohnungen lassen Vertriebsprovisionen von über 15 % auf eine geringere Werthaltigkeit schließen. Hierüber muss der Anlageinteressent aufgeklärt werden.

Der Verkäufer einer Immobilie ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, den Interessenten über die Zahlung einer Innenprovisionen an den von ihm beauftragten Vertrieb aufzuklären, wenn das Objekt nicht mittels eines Prospektes vertrieben wird, sondern durch mündliche Beratung anhand eines konkreten Berechnungsbeispiels. Die Erwägungen, die zu dieser Sicht führen gelten aber nicht für die Aufklärungspflicht des Anlageberaters oder Anlagevermittlers. Denn der Käufer einer Immobilie hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, das Objekt zu dessen Verkehrswert zu kaufen, so dass für den Verkäufer keine Pflicht zur Offenlegung über den Wert des Kaufobjektes besteht, dies selbst dann nicht, wenn dieser erheblich unter dem geforderten Preis liegt. Die Pflichten eines Anlagevermittlers oder Anlageberaters aus dem Vertragsverhältnis mit dem Anlageinteressenten unterscheiden sich aber von den Pflichten eines Verkäufers gegenüber dem Käufer. Anlagevermittler/Anlageberater sind nämlich keine Vertragspartner des Kaufvertrages. Vielmehr ergeben sich die Verpflichtungen des Anlageberaters/Anlagevermittlers gegenüber dem Anleger aus dem zwischen diesen bestehendem Vertragsverhältnis. Hieraus folgt, dass dem Anleger eine richtige und vollständige Information über diejenigen tatsächlichen Umstände zu erteilen ist, die für dessen Anlageentscheidung von besonderer Bedeutung sind. Die Werthaltigkeit des Anlageobjektes ist für die Anleger von besonderer Bedeutung, so dass über die Umstände wie die Innenprovision von über 15 %, die einen Einfluss auf die Werthaltigkeit und Rentabilität der Anlage eröffnen, aufzuklären ist.

Es kommt dabei auch nicht darauf an, ob die Anlage mittels eines Prospektes vertrieben wurde. Denn der Anlageberater bzw. Anlagevermittler ist stets zur richtigen und vollständigen Information über diejenigen tatsächlichen Umstände verpflichtet, die für die Anlageentscheidung von besonderer Bedeutung sind. Er kann sich zur Aufklärung zwar Prospekten bedienen, muss es aber nicht.

Damit durfte das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung nicht mit der Begründung ablehnen, dass vorliegend eine Eigentumswohnung ohne Prospekt vermittelt wurde. Als rechtsfehlerhaft beanstandet der Bundesgerichtshof auch, dass kein Beweis darüber erhoben wurde, obwohl der Kläger einen solchen Beweis für seinen Vortrag, dass 20 % des Kaufpreises an Innenprovisionen bezahlt worden sind, angetreten hat. Das Berufungsgericht hat nämlich zu Unrecht den Vortrag und Beweisangebot als "ins Blaue hinein" dargestellt. Die Ablehnung eines Beweises ist nur zulässig, wenn die Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann oder wenn sie ins Blaue hinein aufgestellt worden und demnach aus der Luft gegriffen sind. Beides trifft aber nicht zu. Denn der Kläger hat konkret vorgetragen, dass die Zahlung einer Innenprovision i.H.v. 20 % des Kaufpreises durch die Verkäufer an die Beklagte bezahlt worden ist und dies unter Zeugenbeweis gestellt. Weiter hat er vorgetragen dass der Vertriebsmitarbeiter der Beklagten die Höhe der Innenprovision durch Rückrechnung der ihm persönlich zugeflossen Provision bestätigt hat. Hieraus wird deutlich, dass es sich um keine Behauptung ins Blaue hinein handelt. Weiterer Vortrag und weitere Plausibilisierung von Behauptungen sind zur Substantiierung nicht erforderlich. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, als der Kläger keine weiteren Umstände vorbringen könnte, nachdem die Höhe der Innenprovision eine im Kenntnisbereich der Beklagten und nicht des Klägers liegende Tatsache ist. Im Ergebnis hat damit das Berufungsgericht die Substantiierungsanforderungen überspannt und damit gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen.

Nachdem die Beweisaufnahme demnach nachzuholen war, hat der Bundesgerichtshof die Sa-

che zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

BGH, Urteil vom 23.06.2016 - III ZR 308/15

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

MIETRECHT bekommen

- **Nutzungsentschädigung nach Ausübung des Vermieterpfandrechts**

Das Kammergericht Berlin hatte mit Urteil vom 18.07.2016 - 8 U 234/14 - einen in der Praxis nicht selten vorkommenden, ziemlich "verzwickten" Sachverhalt zu beurteilen. Der Mieter von Gewerberäumen war mit Zahlungen in Rückstand geraten, die eine fristlose Kündigung des Vermieters rechtfertigten. Der Mieter war rechtskräftig zur Räumung und Herausgabe verurteilt worden. Nach Zustellung der Räumungsklage gab er einen Schlüssel der Mietsache heraus, die übrigen Schlüssel behielt der Mieter aber, weil er noch das Inventar aus den Räumen entfernen wollte. Der Vermieter machte aber sein Vermieterpfandrecht an dem Inventar (Registrierkasse, Getränkekühlschrank, Grillplatte mit Unterbau, Gasherd, Hähnchengrill, Kühltheke, Grillstation u. a.) geltend. Der Vermieter hatte nicht aus dem Räumungsurteil vollstreckt. Nachdem der Mieter sämtliche Schlüssel herausgegeben hatte, klagte der Vermieter auf Nutzungsentschädigung in Höhe der vertraglich vereinbarten Miete bis zum Zeitpunkt der Herausgabe sämtlicher Schlüssel. Die Klage war im Wesentlichen erfolgreich. Der Mieter wurde zur Zahlung verurteilt, allerdings nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Inventars.

Das Mietverhältnis endete mit Zugang der fristlosen Kündigung. Damit entfällt der Anspruch des Vermieters auf die Miete. Gibt der Mieter die Mietsache aber nach Zugang der wirksamen fristlosen Kündigung nicht zurück, so kann der Vermieter nach § 546 a Abs. 1 BGB für die Dauer der Vorenthaltung (also bis zur Räumung und Herausgabe) als Entschädigung die vereinbarte Miete oder die Miete verlangen, die für vergleichbare Mietsachen ortsüblich ist. Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546 a BGB setzt voraus, dass der Mieter dem Vermieter die Mietsache vorenthält. Dies setzt wiederum einen Rücknahmewillen des Vermieters voraus. Hierfür reicht der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters aus. Der Umstand, dass der Vermieter nicht die Zwangsvollstreckung aus dem Räumungsurteil betrieben hat, steht dem Anspruch auf Nutzungsentschädigung nicht entgegen. Allein dem Zuwarten des Vermieters mit der Räumungsvollstreckung kann nicht entnommen werden, dass er die Rückgabe nicht mehr ernsthaft wünschte. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Vermieter eine Nutzung der Räume beabsichtigt hat. Denn ein Nutzungswillen ist neben dem generellen Rückerlangungswillen nicht erforderlich, da es im Verhältnis zum bisherigen Mieter die freie Entscheidung des Vermieters ist, wie er im Falle der Rückgabe mit der Mietsache verfährt oder verfahren würde (so auch OLG München, Urteil vom 02.04.1993 - 21 U 4750/92). Auch steht die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts an dem Inventar der Räume dem Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung nicht entgegen. Die Ausübung des Vermieterpfandrechts hindert nämlich lediglich die vollständige Räumung der Mietsache durch den Mieter, lässt also die Räumungspflicht entfallen (so Schmidt-Futterer/Streyl, Mietrecht, § 546 Rn. 40; Münchener Kommentar/Bieber, BGB, § 546 BGB, Rn. 8), ändert aber nichts an der Verpflichtung des Mieters, die Mietsache an den Vermieter herauszugeben (so Kammergericht Berlin, Beschluss vom 06.12.2012 - 8 U 220/12). Vorliegend war eine Herausgabe der Räume durch den Mieter noch nicht erfolgt, da er nicht alle Schlüssel zu den Mieträumen an den Vermieter herausgegeben hat. Eine Herausgabe setzt aber grundsätzlich voraus, dass sämtliche Schlüssel zu den Mieträumen abgegeben werden (OLG Hamm, Urteil vom 26.06.2002 - 30 U 29/02 und Streyl, a. a. O., § 546 Rn. 28 sowie Palandt, BGB, § 546 Rn. 4). Zwar steht auch der Einbehalt eines Schlüssels einer Herausgabe nicht entgegen, wenn aus der Rückgabe der übrigen Schlüssel der Wille des Mieters zur vollständigen und endgültigen Besitzaufgabe unzweideutig hervortritt (BGH, Urteil vom 19.11.2003 - XII ZR 68/00). Dies war aber vorliegend nicht der Fall. Denn der Mieter hat den Schlüssel zurückbehalten, weil er das Inventar noch aus den Räumen entfernen wollte. Der Mieter hat dem Vermieter daher nur einen Mitbesitz an den Räumen eingeräumt, indem er (nur) einen Schlüssel zurückgab. Damit lag eine Besitzaufgabe gerade nicht vor. Für den Willen zur Besitzaufgabe des Mieters ist insoweit unerheblich, ob das Vermieterpfandrecht an dem Inventar tatsächlich bestand. Zwar kann eine dauerhafte Besitzentziehung, die den Anspruch auf Nutzungsentschädigung entfallen lässt, auch dann vorliegen, wenn der Vermieter dem Mieter den Zugang zu den Mieträumen verweigert und dieses Verbot auch tatsächlich umgesetzt wird. Dies war in dem streitgegenständlichen Sachverhalt aber nicht der Fall. Dem Mieter wurde lediglich die Wegnahme des Inventars verweigert. Der Zugang zu den Mieträumen wurde jedoch nicht untersagt.

Dem Anspruch auf Nutzungsentschädigung stand auch nicht entgegen, dass der Mieter die

Rückgabe der Mietsache unter Entfernung des Inventars anbot. Richtig ist zwar, dass dem Vermieter keine Nutzungsentschädigung zusteht, wenn er sich im Annahmeverzug der Rückgabe befindet (Palandt, § 546 a Rn. 9 und OLG Köln, Urteil vom 27.11. 1992 - 19 U 114/92 - sowie OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.05.2002 - 24 U 133/01). Vorliegend trat aber kein Annahmeverzug ein, weil der Mieter mit dem Angebot, die Mietsache unter Entfernung des Inventars herauszugeben, die Herausgabe nicht so angeboten hat, wie sie zu bewirken war (§ 294 BGB), denn der Vermieter hatte ein Vermieterpfandrecht an dem in den Mieträumen befindlichen Inventar des Mieters geltend gemacht und dieses Vermieterpfandrecht stand dem Vermieter gemäß § 562 BGB auch zu, so dass der Vermieter nach § 562 b Abs. 1 BGB die Entfernung der Sachen verhindern durfte. Ob sich der Vermieter hierbei ausdrücklich auf sein Vermieterpfandrecht berufen hat, war unerheblich. Es genügt nämlich jede Meinungsäußerung oder Handlung, aus der sich für den Mieter erkennbar ergibt, dass der Vermieter nicht mit der Entfernung der Sachen einverstanden ist. Ohne Erfolg wandte der Mieter auch eine, der angebliche Wert der Sachen von etwa EUR 80.000,00 habe die Forderungen des Vermieters von knapp EUR 20.000,00 so deutlich überschritten, dass eine Übersicherung vorgelegen habe. Dieser Argumentation folgt das Kammergericht nicht und meint, für die Anwendung des Übermaßverbotes des § 803 Abs. 1 S. 2 ZPO (*die Zwangsvollstreckung darf nicht weiter ausgedehnt werden, als es zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist*) sei kein Raum, weil § 562 a S. 2 2. Halbsatz BGB eine spezielle Regelung enthält (Palandt, § 562 Rn. 17). Danach kann der Vermieter aber nur dann der Entfernung von Gegenständen nicht widersprechen, wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen. "Offenbar" bedeutet in diesem Zusammenhang, dass es auch ohne genauere Prüfung für den Vermieter offensichtlich klar sein muss, dass die zurückbleibenden Sachen zu seiner Sicherung genügen (Palandt, § 562 a Rn. 10). Die zu sichernden Forderungen des Vermieters waren gemäß § 562 Abs. 2 BGB die Nutzungsentschädigungen für die zurückliegende Zeit, die sich auf knapp EUR 20.000 beliefen. Dass es für den Vermieter ohne weiteres ersichtlich gewesen wäre, dass der Wert des Inventars diese Summe übersteigt, ergab sich aus dem Vortrag des Mieters jedoch nicht. Ferner handelt es sich um eine Einrede des Mieters, mit der er den Vermieter auf bestimmte, zur Sicherung ausreichende Sachen verweist. Dies erfordert eine Konkretisierung durch den Mieter dahin, welche Sachen er entfernen und welche er zurücklassen will. Eine solche Konkretisierung durch den Mieter ist in der vom Kammergericht entschiedenen Sache aber nicht erfolgt.

Im Mietvertrag war geregelt, dass der Mieter berechtigt ist, einen Nachmieter zu stellen und dass er in diesem Falle aus dem Mietverhältnis zu entlassen ist. Das Kammergericht entscheidet, dass der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Nutzungsentschädigung auch nicht dadurch entfallen ist, dass der Vermieter den Mieter nicht wegen der Stellung eines Nachmieters aus dem Mietverhältnis entlassen hat, obgleich dieser vor Zugang der fristlosen Kündigung, als aber bereits ein Zahlungsrückstand von zwei Monatsmieten bestand, einen Ersatzmieter angeboten hatte. Wenn ein Vermieter einen vom Mieter benannten Ersatzmieter vertragswidrig ablehnt, ist der Mieter ab diesem Zeitpunkt so zu stellen, als ob er aus dem Mietverhältnis entlassen worden wäre (so Schmidt-Futterer-Blank, nach § 542 Rn. 34 und Bub/Treier/Fischer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, II Rn. 2586). In der vom Kammergericht zu beurteilenden Angelegenheit hatte der Vermieter aber eine Pflicht zur Zustimmung nicht verletzt. Die Verpflichtung, einen Nachmieter zu akzeptieren, entfiel nämlich deshalb, weil der Mieter mit der Zahlung des Mietzinses in einer Höhe in Verzug war, die eine fristlose Kündigung rechtfertigte. Deshalb war der Vermieter nach Treu und Glauben nicht verpflichtet, einen Ersatzmieter zu akzeptieren. Zwar gibt es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhält. Rechtsverletzungen führen nur ausnahmsweise zu einem Wegfall eigener Ansprüche (so Palandt, § 242 Rn. 46). Vielmehr muss durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (BGH, Urteil vom 28.10.2009 - IV ZR 140/08). So lag der Fall nach Meinung des Kammergerichts hier. Der Mieter hat mit der Nichtzahlung des Mietzinses seine Hauptpflicht aus dem Mietvertrag verletzt. Zum Zeitpunkt der endgültigen Ablehnung des Nachmieters befand sich der Mieter mit zwei Monatsmieten in Verzug. Es lag mithin ein Zahlungsrückstand in einer Höhe vor, die nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages darstellt. Nach der Wertung des Gesetzgebers handelt es sich hierbei somit um eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung des Mieters aus dem Mietvertrag. Das Interesse des Mieters an der Zustimmung zu dem Mieterwechsel lag darin, nicht mehr primär für die Mietzahlungspflicht zu haften, da er die Mieträume selbst nicht mehr nutzen wollte und damit auch selber keinen Ertrag aus der Nutzung der Mieträume mehr erzielen würde. Dieses Interesse ist aber vor dem Hintergrund der

eigenen Pflichtverletzung des Mieters nicht schutzwürdig. Nachdem aufgrund des Verzuges des Mieters mit Mieten in einer Höhe, die eine fristlose Kündigung rechtfertigten, ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Mietvertrags vorlag, wäre es daher nach Auffassung des Kammergerichts mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, den Vermieter durch Eintritt des Nachmieters in den Mietvertrag an der Fortführung des Mietvertrages festzuhalten, obwohl dieser fristlos kündbar war. Im Übrigen stand dem Vermieter aufgrund des Zahlungsverzugs des Mieters ein Zurückbehaltungsrecht an der Zustimmung zu dem Mieterwechsel nach § 273 BGB zu, das der Vermieter auch konkludent geltend gemacht hat. Insoweit ist von Bedeutung, dass Zurückbehaltungsrechte nur dann Wirkung entfalten, wenn sie nicht nur bestehen, sondern auch geltend gemacht werden. Der Berechtigte muss sich also auf das Zurückbehaltungsrecht berufen. Das war vorliegend geschehen. Somit konnte der Vermieter die Zustimmung zu einem Mieterwechsel verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird, also die rückständigen Mieten bezahlt werden. Ohne Erfolg war darüber hinaus die Argumentation des Mieters, er sei aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten zur Zahlung nicht in der Lage gewesen. Die Zahlungsfähigkeit ist rechtlich ohne Bedeutung. Denn der Mieter trägt grundsätzlich das Verwendungsrisiko und bleibt auch dann zur Mietzahlung verpflichtet, wenn er die Räume nicht nutzen kann oder will. Ferner gilt der allgemein (abgesehen von einigen Insolvenzverwaltern, das ist aber ein Sonderfall vergleichbar dem Linksaußen im Fußball) anerkannte Rechtsgrundsatz, dass dem Mieter bei Geldschulden das Beschaffungsrisiko obliegt und er für seine finanzielle Leistungsfähigkeit verschuldensunabhängig einzustehen hat, auch für die Miete (Schmidt-Futterer-Blank, § 543 Rn. 96). Diese Grundsätze sind Bestandteil des allgemeinen Wertungssystems des Zivilrechts, wie es in § 537 Abs. 1 BGB und in § 276 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt. Den Mieter hieran festzuhalten kann daher grundsätzlich nicht gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßen.

Dem Mieter stand gegenüber der Zahlungsforderung des Vermieters aber ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB aufgrund seines Anspruchs auf Rückgabe von Inventar zu. Insoweit war der Mieter gemäß § 274 Abs. 1 BGB nur Zug um Zug gegen Herausgabe der betreffenden Gegenstände zur Zahlung zu verurteilen. Dem Zurückbehaltungsrecht des Vermieters stand nicht entgegen, dass der Vermieter an dem Inventar des Mieters sein Vermieterpfandrecht geltend gemacht hat. Gemäß § 1223 Abs. 2 BGB kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen (so Sörgel/Habersack, BGB, § 1223 Rn. 8). § 1223 BGB ist gemäß § 1257 BGB auf das Vermieterpfandrecht entsprechend anwendbar. Zwar ist der Pfandgläubiger nach § 1223 Abs. 1 BGB erst nach dem Erlöschen des Pfandrechts zur Rückgabe des Pfandes verpflichtet. Eine Vorleistungspflicht des Schuldners folgt hieraus aber nicht. Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB setzt nicht voraus, dass der Gegenanspruch schon vor Leistung des Schuldners besteht und fällig ist. Es genügt vielmehr, wenn der Gegenanspruch mit der Erbringung der geschuldeten Leistung entsteht und fällig wird (BGH, Urteil vom 14.02.1979 - VIII ZR 284/78 und Palandt, § 273 Rn. 7).

KG Berlin, Urteil vom 18.07.2016 - 8 U 234/14

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

VERKEHRSRECHT bekommen

Erstattungsfähige Sachverständigenkosten

Im Falle der unfallbedingten Beschädigung eines Kraftfahrzeuges hat der Eigentümer Anspruch auf Erstattung des notwendigen Aufwandes zur Beseitigung des Schadens. Anerkannt ist, dass bei Schäden mit einem gewissen Umfang, jedenfalls ab kalkulierten Reparaturkosten von EUR 1.000,00, hierzu auch die Erstattung von Kosten wegen gutachterlicher Einschätzung des Reparaturaufwandes/Fahrzeugschadens gehört. Die diesbezüglichen Kosten sind nach der Haftungsquote durch den Schädiger bzw. dessen Versicherer zu erstatten.

In letzter Zeit wird durch die Haftpflichtversicherer im Schadenfall verstärkt die Begründetheit von Kosten einer Begutachtung überprüft und insoweit auch Kürzungen vorgenommen. Betroffen sind überwiegend die Nebenkosten des Gutachters. In einem Rechtsstreit aus abgetretenem Recht, betrieben durch einen Gutachter wegen Erstattung restlicher Kosten für die Erstellung des Schadengutachtens, hatte nunmehr der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 26.04.2016 - VI ZR 50/15 zu entscheiden.

Zunächst wurde festgestellt, dass die Preisgestaltung von Gutachtern für den Geschädigten nicht durchsichtig ist, dieser deshalb letztlich die Preise der Gutachter nicht miteinander vergleichen kann. Es ist ein Geschädigter auch nicht zur Überprüfung des Marktes, zur Ermittlung des günstigsten Sachverständigen, verpflichtet, dies wurde in der Entscheidung bestätigt. Ohne gesonderte Erkundigungen wurde gleichwohl darauf verwiesen, dass der Geschädigte gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB nur An-

spruch auf Erstattung des erforderlichen Herstellungsaufwandes hat. Weiter wurde auf das Wirtschaftlichkeitsgebot verwiesen.

In Bezug auf die Nebenkosten zum Gutachten, insbesondere Fahrtkosten, Foto- und Kopierkosten, wurde seitens des Bundesgerichtshofes auf das Entschädigungsgesetz für Zeugen und Sachverständigen (Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz JVEG) verwiesen mit dem Hinweis, dass dies allgemein zugänglich sei. An diesem Entschädigungsgesetz orientiert wurde sodann letztlich die Höhe der Nebenkosten durch den Bundesgerichtshof im Einzelnen überprüft, teilweise bestätigt und teilweise gekürzt bzw. die diesbezüglichen Überprüfungen des Berufungsgerichts bestätigt.

Soweit es im Rahmen einer Schadenregulierung hinsichtlich der Kosten für ein Schadengutachten zu Kürzungen der gegnerischen Versicherung kommt, ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofes dafür heranzuziehen, ob durch den Versicherer Kürzungen zu Unrecht erfolgt sind, oder der Gutachter die Rechnungen reduzieren muss.

BGH, Urteil vom 26.04.2016 - VI ZR 50/15

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

WEG-RECHT bekommen

- **Darf die Wohnungseigentümerversammlung für ein Mandantengespräch unterbrochen werden?**

Die Parteien des Rechtsstreits sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft. In der Eigentümerversammlung vom 17.07.2013 wurde ein Beschluss über die Wiederbestellung der Verwalterin gefasst, wobei der Beschluss auf Anfechtungsklage der Kläger für ungültig erklärt worden ist. Die Verwalterin hat das Urteil angefochten.

Am 21. 3. 2014 fand eine Eigentümerversammlung statt, in der unter dem TOP 4 eine Erörterung und gegebenenfalls Beschlussfassung über das weitere Vorgehen in dem anhängigen Rechtsstreit sowie die Abstimmung über einen Antrag auf einen Zweitbeschluss zur Wiederbestellung der Verwalterin vorgesehen war, wobei an der Versammlung auch der Kläger teilnahm. Nachdem der Geschäftsführer der Verwalterin als Versammlungsleiter über den Stand des gerichtlichen Verfahrens berichtet hatte, rief er den Prozessbevollmächtigten, der die übrigen Wohnungseigentümer (demnach nicht die Kläger) - in dem Anfechtungsverfahren vertrat in den Versammlungsraum, um ein Mandantengespräch mit den anwesenden Eigentümern zu führen. Dabei forderte der Rechtsanwalt den Kläger (den er im Vorprozess nicht vertrat) zum Verlassen des Versammlungsraumes auf. Die Versammlung wurde daraufhin unterbrochen, woraufhin der Kläger unter Protest den Raum verließ. Nach Beendigung des Mandantengespräches wurde die Versammlung in Anwesenheit des Klägers fortgeführt und nach erneuter Diskussion die Wiederbestellung der Verwalterin beschlossen.

Dieser Beschluss wurde angefochten, die Begründung, der Kläger sei zu Unrecht von der Versammlung aufgrund der Unterbrechung für das Mandantengespräch ausgeschlossen worden, aber erst im Berufungsverfahren vorgebracht.

Die Klage blieb in allen drei Instanzen ohne Erfolg. Zunächst stellt der Bundesgerichtshof fest, dass der Beschluss über die Wiederbestellung der Verwalterin nicht nichtig ist, da die Unterbrechung der Wohnungseigentümerversammlung für die Unterredung der Wohnungseigentümer mit ihrem Prozessbevollmächtigten nicht als Teil der Eigentümerversammlung zu qualifizieren ist. Daher sind die Kläger nicht in ihrem Recht auf Teilnahme an der Wohnungseigentümerversammlung beschnitten worden.

Der Bundesgerichtshof führt aber weiter aus, dass die Entscheidung des Versammlungsleiters über die Vornahme einer Unterbrechung ermessensfehlerhaft war. Denn die Unterbrechung einer Wohnungseigentümerversammlung zu dem Zweck, den von einem Beschlussanfechtungsverfahren betroffenen Wohnungseigentümern ein Informationsgespräch mit ihrem Prozessbevollmächtigten zu ermöglichen, entspricht regelmäßig nicht einer ordnungsmäßigen Durchführung der Wohnungseigentümerversammlung. Es ist zwar den beklagten Wohnungseigentümern zuzugestehen, sich durch ihren Prozessbevollmächtigten über einen laufenden Rechtsstreit zu informieren und sich beraten zu lassen. Zu einer sachgerechten Beratung erfordert es aber nicht, das Mandantengespräch auf den Zeitpunkt einer bereits laufenden Eigentümerversammlung zu legen. Zumutbar ist es den Wohnungseigentümern Informationsgespräche zeitlich so zu legen, dass die Eigentümerversammlung nicht tangiert wird. Als ermessensfehlerhaft rügt der Bundesgerichtshof ebenfalls, dass die Unterbrechung nicht auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt wurde, sondern ausgeschlossene Eigentümer über die Fortsetzung der Versammlung völlig im Ungewissen geblieben sind. Eine Unterbrechung der Eigentümerversammlung ohne eine zumindest ungefähre vorherige Festlegung der Unterbrechungsdauer ist mit einer ordnungs-

mäßigen Versammlungsführung nicht vereinbar.

Der anfechtende Eigentümer konnte jedoch mit seinem Vortrag im Ergebnis nicht durchdringen, da er den Fehler nicht innerhalb der Anfechtungsbegründungsfrist (§ 46 Abs. 1 S. 2 WEG) gerügt hat. Demnach darf eine Eigentümerversammlung zum Zwecke der Führung eines Mandantengespräches nur bei besonderen Umständen unterbrochen werden, wenn demnach ein sachlicher Grund vorliegt. Nachdem es sich hierbei um einen dehnbaren Begriff handelt, empfiehlt es sich Mandantengespräche so zu legen, dass die Abhaltung der Eigentümerversammlung hiervon unberührt bleibt.

BGH, Urteil vom 08.07.2016 - V ZR 261/15

- **Wo ist der Betriebsstrom der Heizungsanlage in der Jahresabrechnung berücksichtigt?**

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft, wobei der für die zentrale Heizungsanlage erforderliche Betriebsstrom über den Allgemeinstromzähler erfasst wird, da ein Zwischenzähler nicht installiert worden ist. In der Eigentümerversammlung vom 18.07.2013 wurden die Jahresabrechnungen sowie die Einzelabrechnungen für das Jahr 2012 beschlossen. Der Betriebsstrom ist dabei nicht in der Heizkostenabrechnung sondern in der Position Allgemeinstrom berücksichtigt. Demzufolge wird der Betriebsstrom nach Miteigentumsanteilen verteilt. Die Kläger haben den Beschluss angefochten und beantragt, die Gesamtjahresabrechnung einschließlich der Einzelabrechnungen hinsichtlich der Heizkostenabrechnungen für ungültig zu erklären. Hiermit haben sie vor dem Bundesgerichtshof Erfolg. Denn die vorgenommene Verteilung der Kosten des Betriebsstroms nach Miteigentumsanteilen gemäß § 16 Abs. 2 WEG widerspricht ordnungsgemäßer Verwaltung. Die Kosten des Betriebsstroms müssen nämlich nach Maßgabe der Heizkostenverordnung verteilt werden. Dies gilt auch, wenn der Betriebsstrom nicht über einen Zwischenzähler sondern über einen allgemeinen Stromzähler erfasst wird. Es muss dann geschätzt werden, welcher Anteil an dem Allgemeinstrom auf den Betriebsstrom entfällt. Dabei sind die Wohnungseigentümer in der Schätzmethode frei, solange sie einen offenkundig nicht ungeeigneten Maßstab wählen. Gemäß § 7 Abs. 1 HeizkV müssen somit die Kosten des Betriebes der zentralen Heizungsanlage teilweise verbrauchsabhängig verteilt werden. Dazu zählen gemäß § 7 Abs. 2 HeizkV unter anderem die Kosten des Betriebsstroms. Damit ist es nicht zulässig, die den Heizkosten zuzuordnenden Stromkosten für die Heizungsanlage als Teil des Allgemeinstroms abzurechnen.

BGH, Urteil vom 03.06.2016 - V ZR 166/15