SRF-Newsletter 3/2018

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

ARBEITSRECHT bekommen

- **Anrechnung von Feiertagsvergütung, Nachtarbeitszuschlag und Urlaubsgeld auf Mindestlohn?**

  Das Bundesarbeitsgericht hat am 20.09.2017 weitere Teilbereiche zum Mindestlohn geklärt. Zugrunde lag ein Sachverhalt, in dem der Arbeitgeber das tarifliche Urlaubsgeld auf den Mindestlohnanspruch anrechnen wollte, des Weiteren in Frage stellte, an gesetzlichen Feiertagen den Mindestlohn zahlen zu müssen und schließlich den Nachtarbeitszuschlag nicht auf Grundlage des Mindestlohns berechnen wollte.

  Das Bundesarbeitsgericht beantwortet die Fragen wie folgt:

  (Tarifliches) Urlaubsgeld ist nicht auf den Mindestlohnanspruch anzurechnen, da dieses nur an das Bestehen des Anspruchs auf Erholungsurlaub anknüpfe und keine Gegenleistung für geleistete Arbeit sei. Damit können auch Mindestlohnansprüche durch die Zahlung des Urlaubsgelds nicht erfüllt werden.

  Auch die Entgeltfortzahlung an gesetzlichen Feiertagen habe mindestens in Höhe des Mindestlohns zu erfolgen, auch wenn keine Gegenleistung für erbrachte Arbeit vorliege. Die Höhe des Entgelts ergibt sich hier zwar nicht aus dem Mindestlohngesetz sondern aus § 2 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (Entgeltausfallsprinzip). Nachdem aber ein Entgelt in Höhe des durch den Feiertag entfallenden Verdienstes bezahlt werden muss, und dieses mindestens den Mindestlohn erreichen muss, ist dies auch als Mindestbemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung an Feiertagen anzusetzen.

  Schließlich seien auch Nachtzuschläge auf der Basis des gesetzlichen Mindestlohns zu ermitteln (es sei denn der Lohn ist höher). Hintergrund dieser Frage war, dass nach dem Tarifvertrag es auf den tatsächlichen Stundenverdienst und nicht auf die vertraglichen Vereinbarungen für die Ermittlung des Nachtarbeitszuschlags ankam. Der maßgebliche Stundenlohn darf aber nicht unterhalb des Mindestlohns liegen, so dass auch hier der Mindestlohn greift.

  Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.09.2017 - 10 AZR 171/16

- **Diskriminierungsfreie Stellenausschreibungen und das dritte Geschlecht**

  Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Oktober 2017 entschieden hat, dass es neben dem männlichen und dem weiblichen ein drittes Geschlecht gibt, stellt sich auch die Frage, wie zukünftig bei Ausschreibungen vorzugehen ist, um die Zugehörigen zum dritten Geschlecht (intersexuell) nicht zu diskriminieren.

  Hat man bisher insofern geschlechtsneutral ausgeschrieben, dass man entweder die männliche und die weibliche Berufsbezeichnung oder aber die Kürzel (m/w) verwendet hat, so kommt in Betracht, dass man intersexuelle Personen, wenn man nur männliche/weibliche Bewerber anspricht, bereits dadurch diskriminiert bzw. einen Tatbestand schafft, der eine Diskriminierung nahe legt. Man müsste, um hier auf der sicheren Seite zu sein, zukünftig in Stellenausschreibungen wohl sowohl die Bewerber, die intersexuell sind wie auch diejenige, die transsexuell sind, erwähnen. Diskutiert werden insoweit folgende Optionen:

  1. Option (m/w/i/t), wobei damit gemeint ist männlich, weiblich, intersexuell und transsexuell oder aber

  2. Option (m/w/d), um klarzumachen, dass auch Zugehörige eines dritten Geschlechts willkommen sind, sich zu bewerben

  In der Konsequenz müsste man sich dann auch bei Online-Bewerbungsformularen überlegen, ob die Anrede Herr/Frau insgesamt gestrichen wird und die Geschlechtskennzeichnung insoweit ebenfalls erweitert wird und nicht nur männlich/weiblich zur Auswahl steht.

  Für den Zeitraum vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt es wohl noch Vertrauensschutz für Arbeitgeber, seitdem ist bei Ausschreibungen und der Verwendung von Formularen aber sicherlich besondere Vorsicht erforderlich, um keinen Anschein der Diskriminierung von Menschen mit drittem Geschlecht zu setzen.

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

BAURECHT bekommen

- **Rechtsprechungsänderung: Kein Ersatz fiktiver Mangelbeseitigungskosten mehr**

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 22.02.2018 eine weitreichende Änderung seiner Rechtsprechung vollzogen:

Im zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte die Bauherrin Schadensersatz vom Außenanlagenbauer und Planer verlangt, da Naturstein-, Fliesen- und Abdichtungsarbeiten mangelhaft ausgeführt worden waren. Die Bauherrin hat - durch ein Sachverständigengutachten festgestellte - Mangelbeseitigungskosten von etwa EUR 90.000,00 geltend gemacht und in zwei Instanzen auch zugesprochen bekommen. Während des Rechtsstreits hat die Bauherrin das Gebäude, ohne den Mangel beseitigt zu haben, weiterveräußert. Sie klagte gleichwohl weiterhin auf die Zahlung der Mangelbeseitigungskosten als Schadensersatz.

Dies war nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch mit Aussicht auf Erfolg versehen, der Bundesgerichtshof entscheidet nun aber in dem Urteil, dass er an der bisherigen Rechtsprechung nicht festhalte und führt folgende Kernsätze aus:

„Der Besteller, der keine Aufwendungen zur Mangelbeseitigung tätigt, hat keinen Vermögensschaden in Form und Höhe dieser (nur fiktiven) Aufwendungen. Sein Vermögen ist im Vergleich zu einer mangelfreien Leistung des Unternehmers nicht um einen Betrag in Höhe solcher (fiktiven) Aufwendungen vermindert. Erst wenn der Besteller den Mangel beseitigen lässt und die Kosten hierfür begleicht, entsteht ihm ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewandten Kosten. … Auf den Gesichtspunkt der Überkompensation hat der Senat bereits in den Entscheidungen … hingewiesen und im Hinblick darauf eine Ersatzpflicht jedenfalls in Höhe der Umsatzsteuer verneint, wenn diese wegen nicht durchgeführter Mangelbeseitigung nicht anfällt. … In Fortführung dieser Rechtsprechung hält es der Senat für notwendig, den Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB noch stärker daran auszurichten, welche Dispositionen der Besteller tatsächlich zur Mangelbeseitigung trifft. … Ersatz fiktiver Kosten für nicht getroffene Dispositionen scheidet danach aus.

Diese Erwägungen gelten im VOB/B-Vertrag entsprechend."

Insbesondere Bauherren, die die mangelbehaftete Immobilie veräußern oder anderweitige Dispositionen treffen, aus denen klar wird, dass sie den Mangel tatsächlich nicht beseitigen lassen (zum Beispiel wegen eines Umbaus), werden zukünftig ihren Schaden durch einen Mangel also anders berechnen müssen. Der Bundesgerichtshof legt dar, dass dies z.B. in einem Vergleich der Vermögenssituationen (Wert des mangelfreien Gebäudes im Vergleich zum Wert des mit einem Mangel behafteten Gebäudes) geschehen kann. Dieser Wert ist gegebenenfalls sachverständig zu ermitteln.

Eine weitere Berechnungsmöglichkeit eröffnet der Bundesgerichtshof insoweit, dass er dem Besteller auch die Möglichkeit einräumt, den Schaden so zu bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer/Architekten vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks ermittelt und eine entsprechende Vergütungskürzung errechnet und diese als Schaden verlangt.

Die Rechtsprechungsänderung bedeutet indes nicht, dass der Bauherr keinen Vorschuss für die Mangelbeseitigung mehr verlangen kann, der Vorschuss für die Ersatzvornahme ist neben dem Schadensersatzanspruch weiterhin und uneingeschränkt möglich, über den Vorschussanspruch muss allerdings dann zeitnah abgerechnet werden, die Arbeiten sind also dann auch tatsächlich auszuführen. Nach der jetzigen Entscheidung kann auch im Rahmen des Schadensersatzanspruchs ein Vorschuss verlangt werden (was insbesondere für Ersatzansprüche der Bauherrn gegenüber Architekten von Bedeutung ist.

Der Bundesgerichtshof spricht ausdrücklich aus, dass auch der Schadensersatzanspruch des Bauherrn gegenüber seinem Architekten dann nicht auf die Mangelbeseitigungskosten gerichtet ist, wenn eine Mangelbeseitigung tatsächlich nicht geplant ist

Die Entscheidung kann in Einzelfällen also dazu führen, dass Bauherrn auch im laufenden Verfahren ihre Schadensersatzansprüche anpassen/reduzieren müssen, für Handwerker/Architekten begrenzt die Entscheidung in gewissen Konstellationen ihr Schadensersatzrisiko (erheblich).

Bundesgerichtshof, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Auskunft im Zugewinnausgleich/Endvermögen**

  Im Falle des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft ist wesentlicher Teil einer Ausgleichsberechnung das so genannte Endvermögen. Für den Scheidungsfall wird insoweit nicht der Tag der Beendigung des Güterstandes (regelmäßig durch die rechtskräftige Scheidung) als Termin herangezogen sondern gemäß § 1384 BGB der Tag der Zustellung des Scheidungsantrages. Es hatte nunmehr der Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom 13.12.2017 - XII ZB 488/16 (NJW 2018, 610 ff.) darüber zu entscheiden, ob eine Verschiebung des Stichtages, mit entsprechenden Auskunftsansprüchen, in Betracht kommt.

  Zwar wurde durch den Bundesgerichtshof eine solche Verschiebung des Stichtages nicht völlig ausgeschlossen. Allerdings wurde insoweit die Anforderung gestellt, dass die Durchführung des Zugewinnausgleiches mit den gesetzlichen Stichtagen zu einem "grob unbilligen Ergebnis, welches dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde" führen müsste, damit eine solche Verschiebung in Betracht kommt.

  In dem zu entscheidenden Fall bestand Streit über den Trennungszeitpunkt. Nach den Feststellungen des Familiengerichts hatte der Ehemann ca. acht Monate vor Ablauf des Trennungsjahres bereits den Scheidungsantrag eingereicht, und damit, festgestellt, deutlich zu früh. Nach den Ausführungen des BGH genügt dies jedoch alleine nicht, um den Stichtag zum Endvermögen zu verschieben oder einen Auskunftsanspruch im Rahmen des Zugewinnausgleichs zu begründen. Es wäre zumindest weitere Voraussetzung gewesen, dass durch die Ehefrau Anhaltspunkte dafür dargelegt werden, dass eine bewusste Verschiebung zum Zwecke der Benachteiligung im Zugewinnausgleich erfolgen sollte. Nach den weiteren Ausführungen ist jedoch ein möglicher Anwendungsfall für die Verschiebung des Stichtages, soweit nach Stellung des Scheidungsantrages die eheliche Lebensgemeinschaft zunächst weiter fortgesetzt wird, ohne dass es zur Beendigung des Scheidungsverfahrens kommt, so dass formal bei erneuter Trennung und Anrufung des Familiengerichts das alte Verfahren, mit den früheren Stichtagen, fortgesetzt werden müsste.

  Bundesgerichtshof, Beschluss vom 13.12.2017 - XII ZB 488/16

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

IT-RECHT bekommen

- **BGH verpflichtet jameda zur Löschung von Arzt-Profilen**

  Noch im Jahr 2014 hat der BGH entschieden, dass jameda Ärzte auch ohne deren Zustimmung auf der Plattform veröffentlichen darf, dies nebst Bewertung durch Kunden. Von dieser Entscheidung ist der BGH nunmehr mit Urteil vom 20.02.2018 (VI ZR 30/17) teilweise abgerückt und hat jameda aufgrund einer Änderung des Geschäftsmodells zur Löschung eines Ärzte-Profils verpflichtet.

  Hintergrund der Rechtsprechungsänderung war, dass sich jameda anders als im Jahr 2014 nicht mehr neutral verhalten hat, sondern mit seinem Geschäftsmodell die für Werbung bezahlenden Ärzte begünstigt. Denn beim Aufruf des Profils eines nichtzahlenden Arztes wurden daneben als "Anzeige" gekennzeichnete Profilbilder unmittelbarer Konkurrenten gleicher Fachrichtung im örtlichen Umfeld mit Entfernungsangaben und Noten eingeblendet. Bei Ärzten, die sich kostenpflichtig registriert und ein "Premium-Paket" gebucht haben wurden demgegenüber keine Konkurrenten eingeblendet. Da jameda damit nicht mehr neutraler Informationsmittler sei, kann nach dem Urteil der Betreiber der Plattform die auf das Grundrecht der Meinungs- und Medienfreiheit gestützte Rechtsposition gegenüber dem Recht der klagenden Ärztin auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten nur noch mit geringerem Gewicht geltend machen. Im vorliegenden Fall führt dies aus Sicht des BGH zu einem Überwiegen der Grundrechtsposition der klagenden Ärztin, so dass ihr ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung ihrer Daten zuzubilligen sei.

  Jameda hat nach dem Urteil angekündigt, zu reagieren und das Geschäftsmodell wieder zu ändern, so dass abzuwarten bleibt, ob künftig tatsächlich ein Löschanspruch für Ärzte rechtlich durchgesetzt werden kann. Insoweit wird voraussichtlich nur ein weiteres Gerichtsverfahren Klarheit bringen.

  BGH, Urteil vom 20.02.2018 - VI ZR 30/17

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

MIETRECHT
bekommen

- **Vermieterpfandrecht und Insolvenz des Mieters**

  Der Bundesgerichtshof befasste sich mit Urteil vom 06.12.2017 - XII ZR 95/16 - mit der Frage, wie es sich mit dem Vermieterpfandrecht hinsichtlich von Fahrzeugen des Mieters verhält, die immer wieder vom vermieteten Grundstück entfernt werden. Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass das Vermieterpfandrecht erlischt, wenn das Fahrzeug für die Durchführung einer Fahrt von dem Mietgrundstück - auch nur vorübergehend - entfernt wird. Es entsteht neu, wenn das Fahrzeug später wieder auf dem Grundstück abgestellt wird. Im Falle der Insolvenz des Mieters ist demnach entscheidend, ob sich Fahrzeuge zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung, die sich minutengenau aus der Insolvenzakte entnehmen lässt, auf dem vermieteten Grundstück befanden.

  Der Insolvenzverwalter des Mieters kündigt das Mietverhältnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Zum Kündigungsstichtag standen noch Forderungen des Vermieters offen. Der Insolvenzverwalter hat zwei auf dem Betriebsgrundstück vorgefundene Lkw und einen Anhänger verwertet. Der Vermieter verlangt abgesonderte Befriedigung aus dem Erlös im Hinblick auf ein ihm zustehendes Vermieterpfandrecht. Der Bundesgerichtshof kann nicht abschließend entscheiden, weil der Sachverhalt nicht hinreichend geklärt war. Die Sache wird an das Oberlandesgericht zurückverwiesen, das feststellen muss, ob sich die beiden Lkw nebst Anhänger in der Minute der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf dem Betriebsgrundstück befunden haben, denn dies ist entscheidend dafür, ob ein Vermieterpfandrecht und somit ein Absonderungsrecht am durch den Verkauf der Lkw und des Anhängers erzielten Erlös besteht.

  Ein bestehendes Vermieterpfandrecht berechtigt den Vermieter in der Insolvenz des Mieters zur abgesonderten Befriedigung aus den Pfandgegenständen (§ 50 Abs. 1 InsO). Der Insolvenzverwalter darf diese Gegenstände infolge seines unmittelbaren Besitzes verwerten (§ 166 Abs. 1 InsO) und hat danach den Gläubiger aus dem Erlös abzüglich Feststellungs- und Verwertungskosten zu befriedigen (§ 170 Abs. 1 InsO). An dem noch unterscheidbar vorhandenen Erlös setzen sich die Rechte des Vermieters fort. Zieht der Insolvenzverwalter den Erlös zur Masse und erlischt dadurch das Absonderungsrecht, so tritt an seine Stelle eine Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO (BGH, Urteil vom 12.07.2001 - IX ZR 374/98). Der Kläger und Vermieter war aufgrund des bestehenden Mietverhältnisses Inhaber eines Vermieterpfandrechts an den eingebrachten Sachen des Mieters (§ 562 Abs. 1 BGB). Dem steht nicht entgegen, dass sich das Vermieterpfandrecht gemäß § 562 Abs. 1 S. 2 BGB nicht auf die Sachen erstreckt, die der Pfändung nicht unterliegen. Der Pfändung nicht unterworfen sind zwar bei Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, die zur Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände (§ 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Dieser Pfändungsschutz bezieht sich jedoch grundsätzlich nur auf persönlich zu erbringende Arbeitsleistungen, nicht hingegen auf den durch eine Kapitalgesellschaft unter Einsatz von Erwerbsgehilfen zu erzielenden Gewinn (vgl. Zöller/Herget ZPO, § 811 Rn. 25). Zu den Gegenständen, auf die sich das Vermieterpfandrecht erstreckte, gehören grundsätzlich auch die regelmäßig auf dem Mietgrundstück abgestellten Kraftfahrzeuge. Eingebracht sind nämlich alle Sachen, die während der Mietzeit willentlich und wissentlich in die Mieträume oder auf das Mietgrundstück verbracht werden (Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, § 50 Rn. 86; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, Rn. 750). Bei Sachen, die nur vorübergehend in der Absicht alsbaldiger Wiederentfernung eingestellt werden, ist danach zu unterscheiden, ob der vorübergehende Verbleib der bestimmungsgemäßen Nutzung der Mietsache entspricht (Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, § 50 Rn. 86; Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, § 562 Rn. 40). Ein Kraftfahrzeug, das auf dem vermieteten Grundstück geparkt wird, ist dementsprechend eingebracht. Denn seine regelmäßige vorübergehende Einstellung gehört zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache. Die beiden Lkw und der Anhänger waren nachts jeweils auf dem Betriebsgrundstück bestimmungsgemäß abgestellt.

  Die noch vor der Insolvenzeröffnung entstandenen Forderungen des Vermieters und Klägers waren durch das Vermieterpfandrecht insolvenzfest gesichert, sofern sich die Fahrzeuge und der Anhänger im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung am 10.04.2013 um 13:20 Uhr auf dem Betriebsgelände befanden, nachdem sie im Anschluss an die letzte Ausfahrt dort wieder eingebracht waren. Wären sie hingegen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vom Grundstück entfernt gewesen und erst nach

der Insolvenzeröffnung wieder eingebracht worden, führte das dadurch neu entstandene Vermieterpfandrecht nur zur Sicherung von Masseschulden des Mieters aus dem nach der Insolvenzeröffnung fortbestehenden (§§ 108, 109 InsO) Mietverhältnis; es sicherte dann nicht die Forderungen aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung, die einfache Insolvenzforderungen sind (Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, § 50 Rn. 86 b). Da das Oberlandesgericht keine Feststellungen dazu traf, wo sich die Fahrzeuge und der Anhänger im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung befanden, wurde die Sache zur weiteren Sachverhaltsklärung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Der Bundesgerichtshof teilt die vom Oberlandesgericht vertretene Auffassung nicht, Feststellungen zur Frage, wo sich die Fahrzeuge und der Anhänger zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung befanden, seien deshalb entbehrlich, weil das Vermieterpfandrecht an den Fahrzeugen nicht erlösche, wenn sie von Mitarbeitern bewegt würden und das Grundstück für Kundenbesuche oder Auslieferungen vorübergehend verließen. Der Bundesgerichtshof weist darauf hin, dass das Pfandrecht des Vermieters gemäß § 562 a S. 1 BGB mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück erlischt, außer wenn dies ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt. Nach S. 2 der Vorschrift kann der Vermieter nicht widersprechen, wenn die Entfernung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen. Waren die Fahrzeuge und der Anhänger zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung für Zwecke von Kundenbesuchen oder Auslieferungen im Gebrauch, so waren sie in dem Augenblick vom vermieteten Grundstück tatsächlich räumlich entfernt. Dem konnte der Vermieter bis zur Insolvenzeröffnung auch unter Fortsetzung des Geschäftsbetriebs durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht widersprechen, solange die dem Fahrzeug zweckentsprechende Ausfahrt jeweils "den gewöhnlichen Lebensverhältnissen" entsprach. Bei der Gewerbemiete ist damit eine Entfernung von Sachen im regelmäßigen Geschäftsbetrieb gemeint, auch soweit der vorläufige Insolvenzverwalter ihn fortführt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs führt jede auch nur vorübergehende Entfernung der Sachen zu einem Erlöschen des Vermieterpfandrechts. Bei Wiedereinbringen entsteht das Vermieterpfandrecht neu. Dies ist auch die herrschende Literaturmeinung (etwa Palandt, § 562 a Rn. 4). Zur Begründung dieser Auffassung stellt der Bundesgerichtshof auf den Wortlaut von § 562 a BGB ab. Der Gesetzestext spricht ohne Einschränkung von einer "Entfernung" und legt damit ein Wort zu Grunde, dem schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kein Zeitmoment innewohnt und das auch keine bestimmten Begleitumstände fordert. Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des Begriffs "Entfernung" enthält der Gesetzeswortlaut somit nicht.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 06.12.2017 - XII ZR 95/16

- **Wirksamkeit einer Betriebspflichtklausel**

Immer wieder wird über die Wirksamkeit von Formularklauseln gestritten, mit denen Mietern eine Betriebspflicht auferlegt wird. Gerade in Einkaufszentren ist es häufig unabdingbar, den Mietern eine Betriebspflicht in Verbindung mit Regelungen zum zu führenden Sortiment aufzuerlegen. Festzustellen ist eine Tendenz der Rechtsprechung, derartige Klauseln zum Vorteil des Vermieters großzügig zu behandeln und im Zweifel als wirksam anzusehen.

Das Oberlandesgericht Hamm hatte mit Urteil vom 09.08.2017 - 30 U 53/17 - im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zu entscheiden. Die Verfügungsklägerin (im weiteren: Klägerin) ist Eigentümerin des Einkaufszentrums X. Sie vermietete der Beklagten mit Vertrag vom August 2012 eine Teilfläche für die Dauer von 10 Jahren. Hinsichtlich des Mietzwecks, einer Betriebspflicht der Beklagten, ihrer Sortimentsbindung und schließlich eines Konkurrenz- oder Sortimentsschutzes enthalten der Mietvertrag sowie die Allgemeinen Mietbedingungen der Klägerin (AMB) folgende Regelungen, bei denen es sich unstreitig um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt:

"Der Mieter ist berechtigt und verpflichtet, im Mietobjekt ein Lebensmitteldiscountergeschäft nach dem Konzept und unter der Bezeichnung "M" zu betreiben. Im Randsortiment dürfen, auf max. 15 % der Ladenfläche, Non-Food-Artikel geführt werden. Das Mietobjekt darf nur zu diesem vertraglichen Zweck genutzt werden.

Der Mieter ist berechtigt, das übliche Sortiment des vorgenannten Geschäftes zu führen. Die Führung anderer Artikel bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters.

Der Mieter ist verpflichtet, das Mietobjekt während der gesamten Mietzeit seiner Zweckbestimmung entsprechend ununterbrochen zu nutzen; er wird das Mietobjekt weder ganz noch teilweise ungenutzt oder leer stehen lassen (Betreibungspflicht).

Die Vertragsschließenden sind sich darüber einig, dass der Mieter für die Dauer des Mietverhältnisses keinen Konkurrenz- oder Sortimentsschutz irgendwelcher Art für sich in Anspruch nehmen kann. Der Vermieter haftet nicht dafür, dass im Objekt bestimmte Mieter oder Branchen vertreten sind.

Der Mieter wie die laufenden Schönheitsreparaturen, Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten innerhalb des Mietobjektes auf seine Kosten vornehmen.

Das Geschäftslokal ist im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen so lange offen zu halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihr Geschäft offen hält. Die Öffnungszeiten können durch Beschluss der Geschäftsführung der Werbegemeinschaft mit Zustimmung des Vermieters verbindlich für alle Mieter festgelegt oder geändert werden. Aus einer bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (z.B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) sind nicht zulässig."

Nachdem sich der Betrieb der Filiale der Beklagten in dem Einkaufszentrum wirtschaftlich nicht so entwickelte, wie diese sich das vorgestellt hatte, teilte die Beklagte der Klägerin mit Mail vom 24.01.2017 mit, die Filiale im Einkaufszentrum aus wirtschaftlichen Gründen Ende Februar 2017 zu schließen. Die Klägerin verwies mit Schreiben vom 08.02.2017 darauf, dass eine Schließung gegen die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht verstoße und sie, die Klägerin, diese notfalls auch gerichtlich durchsetzen werde. Nachdem die Beklagte ihre Filiale am 20.02.2017 geschlossen hatte, hat die Klägerin Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt und beantragt, der Beklagten bei Meidung eines Zwangsgeldes - und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft - zu gebieten, die von ihr im Einkaufszentrum betriebene Filiale, im Rahmen der bislang eingehaltenen Öffnungszeiten montags bis donnerstags von 9:00 Uhr bis 21:00 Uhr, freitags von 9:00 Uhr bis 22:00 Uhr sowie samstags von 9:00 Uhr bis 21:00 Uhr geöffnet zu halten und zu betreiben durch Anbieten des üblichen Warensortiments einer M-Filiale.

Das Landgericht Bochum hat die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Die hiergegen erhobene Berufung war erfolglos. Da die Oberlandesgerichte in einstweiligen Verfügungssachen letztinstanzlich entscheiden, ist es demnach nicht zulässig, im Eilverfahren den Bundesgerichtshof anzurufen. Dies ist gegebenenfalls in einem nachfolgenden Hauptsacheverfahren möglich.

Das Oberlandesgericht führt aus, dass der Vermieter gegen den Mieter einen Verfügungsanspruch auf Betrieb des Ladengeschäfts hat. Die hierzu getroffenen vertraglichen Abreden der Parteien sind nach Auffassung des Oberlandesgerichts wirksam. Dass eine Betriebspflicht auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden kann, entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung (z. B. BGH NJW-RR 2010, 1017 Rn. 13). Entgegen der Ansicht des Mieters wird er durch die vorliegenden vertraglichen Regelungen auch nicht unangemessen benachteiligt, so dass diese Abreden nicht nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam sind. Eine solche unangemessene Benachteiligung ergibt sich zunächst nicht daraus, dass der Beklagte eine zeitweise Schließung des Geschäftslokals auch zur Durchführung der ihr nach dem Mietvertrag obliegenden Instandhaltungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen untersagt wäre. Eine solche weitreichende Betriebspflicht lässt sich nach Auffassung des Oberlandesgerichts den Formularklauseln nicht entnehmen. Selbst wenn man dies aber anders sähe, könnte allein diese zu weitreichende Betriebspflicht gestrichen werden, ohne dass die Wirksamkeit der weiteren Regelungen zur Betriebspflicht hierdurch beeinträchtigt würden. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts erstreckt sich die Betriebspflicht nicht auch auf Zeiten der Durchführung von Schönheitsreparaturen und der Vornahme von Instandhaltungsmaßnahmen. Zwar ließe sich aufgrund dessen, dass Ausnahmen von dem Verbot zeitweiser Schließungen in der Regelung nicht aufgeführt sind, zunächst annehmen, dass solche auch nicht vereinbart sein sollen. Auch allgemeine Geschäftsbedingungen sind jedoch nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen (BGH NJW-RR 2016, 526 Rn. 17). Ein verständiger und redlicher Vertragspartner wird nach - meines Erachtens durchaus sehr zweifelhafter - Auffassung des Oberlandesgerichts der mietvertraglichen Regelung jedoch keinen Bedeutungsgehalt der Gestalt beimessen, dass auch aus Gründen, die aus der Sphäre eines Vermieter stammen, eine zeitweise Schließung nicht zulässig sein soll. Die darin exemplarisch angeführten Gründe, die eine auch nur zeitweise Schließung nicht rechtfertigen sollen, fallen nämlich allein in die Betriebssphäre eines gewerblichen Mieters. Instandhaltungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen obliegen hingegen gesetzlich dem Vermieter und sind von dem Mieter vorliegend lediglich vertraglich übernommen worden. Sie unterscheiden sich somit nach Auffassung des Oberlandesgerichts deutlich von den exemplarisch angeführten Gründen, so dass ein verständiger und redlicher Vertragspartner nach Meinung des Oberlandesgerichts nicht annehmen wird, dass sich das Verbot zeitweiser

Betriebsschließungen auch auf diese Gründe erstrecken soll, nur weil für sie nicht explizit Gegenteiliges zum Ausdruck gebracht wird.

Nachdem das Oberlandesgericht selbst merkt, dass man über vorstehende Begründung trefflich streiten kann, stützt es die Entscheidung hilfsweise noch auf weitere Gedanken. Es führt aus, dass die vereinbarte Betriebspflicht auch noch aus einem anderen Grunde wirksam sei. Selbst wenn man nämlich annähme, aufgrund der fehlenden Aufführung von Ausnahmen des Verbots zeitweiser Schließungen erfasse die Formularklausel auch Zeiten zur Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen oder Schönheitsreparaturen, würde dies nicht zu einer Unwirksamkeit der gesamten Regelung zur Betriebspflicht führen. Vielmehr wäre dann allein das Verbot der zeitweisen Betriebsschließung unwirksam, nicht aber die zwischen den Parteien vereinbarte generelle Betriebspflicht. Auch diese Argumentation des Oberlandesgerichts ist meines Erachtens durchaus gewagt und höchst zweifelhaft, da sie gegen das Verbot geltungserhaltender Reduktion unwirksamer Klauseln verstößt. Zwar meint das Oberlandesgericht, seine Rechtsansicht verstoße nicht gegen den Grundsatz, dass die Unwirksamkeit eines Teils einer Klausel grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Klausel im Ganzen führt. Die Begründung des Oberlandesgerichts ist aber nicht sonderlich überzeugend. Das Gericht meint, hier liege ein Fall vor, in dem eine Gesamtklausel in inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen teilbar sei, wobei in solchen Fällen jeder einzelne teilbare Teil einer eigenständigen Wirksamkeitsprüfung unterliegt. Nur dann, wenn der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrags nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (sogenannter blue-pencil-Test, BGH NJW 2015, 930 Rn. 23). Das Oberlandesgericht meint nun, in der Formularklausel zur Betriebspflicht sei zunächst nur geregelt, dass eine allgemeine Betriebspflicht für den Mieter besteht. Ein Satz der Klausel beschäftige sich dann mit der Frage, ob zeitweise Schließungen aus betriebsbedingten Gründen zulässig sind. Würde dieser Satz gestrichen, bliebe als sinnvoller Regelungsteil die allgemeine Betriebspflicht des Mieters zu bestimmten Öffnungszeiten, ohne dass auch zeitweise Schließungen aus betriebsbedingten Gründen untersagt wären, und mithin ein Regelungsgehalt, der in sich verständlich wäre und dem Vertrag keinen anderen Charakter verleiht. Ein Verbot von zeitweisen Schließungen für Inventuren führe jedenfalls nicht zu einer Unwirksamkeit der vertraglich vereinbarten Betriebspflicht insgesamt. Dies kann man allerdings auch anders sehen und annehmen, eine Betriebspflicht könne nur dann wirksam vereinbart werden, wenn sie unabdingbare Schließungen ausnehme und dem Mieter gestattet. Somit spricht einiges dafür, dass der Regelungsteil, der eine allgemeine Betriebspflicht des Mieters ausnahmslos vorsieht, unangemessen benachteiligend und unwirksam ist. Demnach wird man mit Spannung erwarten dürfen, wie der Bundesgerichtshof die Rechtsproblematik in einem Hauptsacheverfahren entscheiden wird, sobald ihm ein geeigneter Fall vorliegt.

Auf weniger dünnes Eis begibt sich das Oberlandesgericht, wenn es in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs meint, eine unangemessene Benachteiligung des Mieters ergebe sich auch nicht aufgrund eines Summierungseffekt der Regelungen zur Betriebspflicht, des fehlenden Wettbewerbs- und Konkurrenzschutzes und der Sortimentsbindung. Formularklauseln, die den Mieter an ein bestimmtes Sortiment binden (BGH, Urteil vom 03.03.2010 - XII ZR 131/08 - Rn. 14) oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellen (BGH, a.a.O., Rn. 14) begründen grundsätzlich keine unangemessene Benachteiligung des Mieters von Gewerberäumen. Auch wenn einem Mieter von Verkaufsräumen in einem Einkaufszentrum eine Betriebspflicht auferlegt, zugleich aber die Gewährung von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch den Vermieter ausgeschlossen wird, begründet dies keine unangemessene Benachteiligung des Mieters (OLG Rostock NZM 2004, 460 Rn. 65).

Wird in einem Formularvertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz verbunden, wird in der Rechtsprechung hingegen zum Teil eine unangemessene Benachteiligung des Mieters angenommen (zum Meinungsstand BGH, Urteil vom 03.03.2010 - XII ZR 131/08 - Rn. 15). Denn hierdurch werde der Mieter, der ohnehin das Rentabilitätsrisiko zu tragen habe, trotz Verweigerung jeglichen Konkurrenzschutzes auch noch die Möglichkeit des Ausweichens in eine andere Geschäftsausrichtung genommen und eine (gegebenenfalls kostensparende) Geschäftsaufgabe schlechthin versagt (OLG Schleswig, Beschluss vom 02.08.1999 - 4 W 24/99 - Rn. 3). Unabhängig von der Frage, ob sich aus der Summierung der Regelungen einer Betriebspflicht mit einer Sortimentsbindung und zeitgleichem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz eine unangemessene Benachteiligung des Mieters ergeben kann, ist dies jedoch nach der Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs jedenfalls dann nicht der Fall, wenn dem Mieter nicht eine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung, sondern allenfalls eine vage Zweck- und Sortimentsbestimmung auferlegt wird (BGH NJW-RR 2010, 1017 Rn. 16). Eine solche hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung der Beklagten ist in dem vorliegenden Fall nicht gegeben. Sie folgt entgegen der Ansicht der Beklagten nicht daraus, dass sie überwiegend (auf 85 % ihrer Ladenfläche) auf das Sortiment von Lebensmitteln beschränkt ist. Der Begriff bzw. das Sortiment von Lebensmitteln selbst ist nämlich vielschichtig und weist eine umfänglich kaum begrenzbare Reichweite auf. So kann zwischen hochwertigen Lebensmitteln (Feinkost) und einfachen, zwischen Fleisch, Gemüse, Obst, Backwaren, Süßwaren etc. unterschieden werden und gibt es auch Geschäftstypen unterschiedlichster Ausrichtungen im Lebensmittelbereich. Eine Begrenzung auf diesen Bereich erweist sich daher gleichfalls als lediglich vage. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Bezeichnung des Geschäftszwecks eines "Lebensmitteldiscountgeschäfts" im Mietvertrag. Dabei mag dahinstehen, ob der Begriff des "Lebensmitteldiscounter" eine weitere Begrenzung der möglichen Angebotspalette beinhaltet. Gleichwohl bleibt diese nämlich noch immer derartig vielfältig, dass sich hieraus eine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung noch nicht ergibt.

Das Oberlandesgericht meint ferner, dass die Regelungen zur Betriebspflicht der Beklagten auch nicht aufgrund einer Intransparenz nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam sind. Das Transparenzgebot von § 307 Abs.1 S. 2 BGB verpflichtet Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechen den Grundsätzen von Treu und Glauben, die Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen, wobei auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist (BGH NJW 2007, 2176 Rn. 14). Dazu gehört nicht nur, dass die einzelnen Regelungen für sich genommen klar formuliert sind, sondern sie müssen auch im Kontext mit dem übrigen Klauselwerk verständlich sein. Dem Vertragspartner muss klar sein, was gegebenenfalls auf ihn zukommt. Gemessen an diesen Voraussetzungen erweisen sich die streitgegenständlichen vertraglichen Klauseln nach Auffassung des Oberlandesgerichts als hinreichend transparent. Eine Intransparenz folge insbesondere nicht daraus, dass die Klausel auf die Öffnungszeiten der "überwiegenden Anzahl der Mieter" abstellt. Da von der überwiegenden Anzahl der Mieter und nicht von Geschäftsflächen, Größe der Ladengeschäft oder ähnlichem die Rede ist, kann bei verständiger Würdigung der Regelung diese nur so verstanden werden, dass es auf die Anzahl der Ladengeschäfte unabhängig von deren Größe und der Frage ankommt, ob ein Mieter ausnahmsweise mehrere Ladengeschäfte betreibt. Eine Intransparenz ergäbe sich auch nicht daraus, dass bei Abschluss des Mietvertrags noch nicht feststehe und für den Mieter nicht erkennbar sei, zu welchen Zeiten die überwiegende Anzahl der Mieter ihr Geschäft geöffnet halten werde. Dabei könne dahinstehen, ob eine solche Regelung dann nicht hinreichend transparent ist, wenn der Mietvertrag ein neu gegründetes und noch nicht in Betrieb befindliches Einkaufszentrum beträfe. Jedenfalls dann, wenn wie vorliegend das Einkaufszentrum schon lange besteht und betrieben wird, nämlich in der entschiedenen Sache seit Anfang der sechziger Jahre, ist eine solche Regelung hinreichend transparent. Für den neuen Mieter sei dann nämlich schon vor bzw. bei Vertragsschluss diese Zeiten ermittelbar, so dass er feststellen kann, was mit dem Vertragsschluss auf ihn zukommt. Ob es für die Ermittlung dabei eines größeren Aufwandes oder lediglich einer einfachen Nachfrage oder eines einfachen Blicks in das Internet bedarf, ist für die Frage der hinreichenden Transparenz nicht von Bedeutung. Entscheidend ist allein, dass die vertragliche Bestimmung damit den Mieter nicht im Unklaren über seine mit dem Vertragsschluss begründeten Pflichten lässt.

OLG Hamm, Urteil vom 09.08.2017 - 30 U 53/17

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Fahrverbot trotz verkehrspsychologischer Schulung**

Es stellt sich immer wieder die Frage, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen von einem Regelfahrverbot im Bußgeldbereich abgesehen werden kann. Es hatte das OLG Bamberg in einem Beschluss vom 02.01.2018 - 3 Ss OWi 1704/17 in II. Instanz aufgrund Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft über die Verhängung eines Regelfahrverbotes aufgrund Geschwindigkeitsüberschreitung zu entscheiden.

Grundlage der Entscheidung war eine Geschwindigkeitsüberschreitung auf der Autobahn um 34 km/h. Vorangegangen war, rechtskräftig geworden erst 4 Tage zuvor, eine Geschwindigkeitsüberschreitung um 41 km/h.

Aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs war nach dem Bußgeldkatalog ein Regelfahrverbot, aufgrund Beharrlichkeit, zu verhängen. Es waren auch noch zwei weitere Eintragungen wegen Geschwindigkeitsüberschreitung zu berücksichtigen.

Zwar wurde durch das OLG Bamberg betont, dass auch die Verhängung eines Regelfahrverbotes kein Automatismus darstellt, vielmehr dem Richter ein Ermessensspielraum zusteht. Hier wurde jedoch in erster Instanz allein aufgrund des Umstandes der Ableistung einer verkehrspsychologischen Schulung, im Urteil darauf gestützte Annahme einer positiven Entwicklung der Einstellung der Autofahrerin, vom Fahrverbot abgesehen. Dies genügte dem OLG Bamberg nicht. Es wurde betont, dass eine Vielzahl verschiedener Umstände, welche sich günstig in der Bewertung auswirken, vorliegen müsse, um von einem Fahrverbot abzusehen.

Aufgrund des erheblichen finanziellen und zeitlichen Aufwandes für eine entsprechende verkehrspsychologische Schulung ist sorgsam abzuwägen, wann eine solche Maßnahme, jedenfalls mit der Zielrichtung einer günstigeren Entscheidung in einem Bußgeldverfahren, in Anspruch genommen wird.

OLG Bamberg, Beschluss vom 02.01.2018 - 3 Ss OWi 1704/17

- **Pflichten des Hausverwalters bei Zwangsversteigerungen**

Wenn von Dritten eine Zwangsversteigerung in das Sondereigentum eines Wohnungseigentums betrieben wird, ist der Verwalter grundsätzlich verpflichtet, die gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten Hausgeldansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft im Zwangsversteigerungsverfahren anzumelden.

§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG regelt ein Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft für Hausgeldansprüche i.H.v. 5 % des Verkehrswertes. Diese Ansprüche werden vor den Ansprüchen der Inhaber der dinglichen Belastungen (Grundschuld, Hypothek) befriedigt. Hierzu muss man aber diese Ansprüche anmelden. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall gab es rückständige Hausgelder in Höhe von Eur 7.932,64 für die Einheiten 14 und 15. Mit Beschluss vom 06.11.2017 wurden die Einheiten 14 und 15 in einem von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren beschlagnahmt. Eine Anmeldung der offenen Haus-geldforderungen ist nicht erfolgt, so dass die Ansprüche im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht berücksichtigt worden sind. Aus diesem Grund wurde die Hausverwaltung auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass der Verwalter gegen seine Verpflichtungen verstößt, wenn er die gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten Hausgeldansprüche nicht anmeldet. Eine dahingehende Pflicht folgt aus § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG, wonach der Verwalter unter anderem berechtigt und verpflichtet ist, Lasten- und Kostenbeiträge anzufordern. Das erfasst auch die Verpflichtung, für eine Anmeldung der bevorrechtigten Hausgeldansprüche zu sorgen, wenn von Dritten die Zwangsversteigerung in das Wohnungseigentum des Schuldners betrieben wird. Denn durch die Anmeldung entstehen keine Kosten und es besteht kein wirtschaftliches Risiko. Die Anmeldung kann auch ohne einen Vollstreckungstitel erfolgen und ist einfach ausgestaltet. Einer außerordentlichen Eigentümerversammlung, auf welcher die Eigentümer über einen derartigen Schritt zu entscheiden hätten, bedarf es demnach nicht.

Nicht zu verwechseln ist die Anmeldung mit dem Antrag auf Einleitung eines Zwangsversteigerungsverfahrens oder eines Beitrittes zur Zwangsversteigerung. Denn für den Fall eines eigenen Antrages oder eines Beitrittes bedarf es eines Vollstreckungstitels. Es entstehen Gerichtsgebühren und Sachverständigenkosten. Vorbehaltlich von vertraglichen Abreden kann der Verwalter in diesen Fällen nicht eigenmächtig diese Anträge stellen. Er ist aber regelmäßig verpflichtet, die Wohnungseigentümer über diese Möglichkeit zu informieren und eine Beschlussfassung über das weitere Vorgehen bzw. über das Einholen von Rechtsrat herbeizuführen.

Nachdem vorliegend selbst die Anmeldung unterblieben ist, hat die Beklagte die Pflichten aus der Verwalterstellung verletzt und ist daher grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 08.12.2017 - V ZR 82/17

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

WOHNRAUMMIETRECHT
bekommen

- **Eine Fristsetzung ist nicht immer nötig**

  Der Bundesgerichtshof hatte die strittige Frage zu entscheiden, ob ein Vermieter von seinem Mieter Ersatz der Schäden an der Mietsache nur verlangen kann, wenn er ihm zuvor eine angemessene Frist zur Schadensbeseitigung gesetzt hat. Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall war der Beklagte für mehr als sieben Jahre Mieter einer Wohnung. Das Mietverhältnis wurde einvernehmlich beendet und die Räume zurückgegeben. Der Kläger verlangte vom Beklagten Schadensersatz, weil dieser wegen Verletzung von Obhuts- und Sorgfaltspflichten für verschiedene Beschädigungen der Wohnung verantwortlich sei. Eine Frist wurde dem Mieter aber nicht gesetzt. Der klagende Vermieter forderte Schadensersatz wegen eines von dem beklagten Mieter zu verantwortenden Schimmelbefalls, wegen mangelnder Pflege der Badezimmerarmaturen und eines Lackschadens an einem Heizkörper sowie wegen eines schadensbedingt fünfmonatigen Mietausfalls in Höhe von insgesamt Eur 5.171,00. Der Bundesgerichtshof gibt dem Vermieter Recht und entscheidet, dass ein vom Vermieter wegen Beschädigung der Mietsache geltend gemachter Schadensersatzanspruch keine vorherige Fristsetzung voraussetzt.

  Denn das in § 281 Abs. 1 BGB als Anspruchsvoraussetzung vorgesehene Fristsetzungserfordernis gilt nur für die Nicht- oder Schlechterfüllung von Leistungspflichten gemäß § 241 Abs. 1 BGB durch den Schuldner. In diesen Fällen muss der Gläubiger dem Schuldner grundsätzlich zunächst eine weitere Gelegenheit zur Erfüllung der Leistungspflicht geben, bevor er (statt der geschuldeten Leistung) Schadensersatz verlangen kann. Das wäre z.B. der Fall, wenn der Mieter die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen übernimmt und nicht bzw. schlecht erfüllt.

  Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der Verpflichtung des Mieters, die Mieträume in einem dem vertragsgemäßen Gebrauch entsprechenden Zustand zu halten und im Rahmen der Obhutspflicht schonend und pfleglich zu behandeln um eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB. Eine derartige Pflichtverletzung begründet einen Anspruch des Geschädigten auf Schadensersatz (neben der Leistung) bereits bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 280 BGB, der eine Fristsetzung nicht erfordert.

  Im Ergebnis kann ein Vermieter bei Beschädigung der Mietsache vom Mieter gemäß § 249 BGB nach seiner Wahl statt einer Schadensbeseitigung auch sofort Geldersatz verlangen. Das gilt auch unabhängig davon, ob ein Vermieter einen Schadensersatz vor oder erst nach Rückgabe geltend macht.

  Bundesgerichtshof, Urteil vom 28.02.2018 - VIII ZR 157/17