

ÉHLERS & FELDMEIER

Rechtsanwälte
Notare
Fachanwälte

Mandanteninfo
I/2008

Liebe Mandantinnen und Mandanten,
sehr geehrte Damen und Herren,

Sie halten unsere Mandanteninformation 1/2008 in Händen,
die Sie über aktuelle Entscheidungen verschiedener Rechtsge-
biete informiert.

Als Resonanz auf unsere letzten Mandanteninformationen
wurde die Frage an uns herangetragen, ob wir die veröffentlic-
hten Aufsätze fremd „einkaufen“. Dies ist nicht der Fall. Die Ur-
teilsbesprechungen sind alle von den Rechtsanwälten unserer
Sozietät verfasst. Dabei widmet sich jeder Rechtsanwalt seinen
jeweiligen Spezialgebieten.

Neben dieser Mandanteninformation, die Aufsätze enthält, die
nach unserer Meinung von allgemeinem Interesse sind, er-
scheinen seit kurzem in unregelmäßiger Abfolge Mandanten-
informationen zu den Spezialgebieten unserer Sozietät. Bisher
erschieden sind solche Informationen zu den Gebieten des
Bau- und Architektenrechts sowie des Medizinrechts.

Wir verbleiben
mit freundlichen Grüßen

EHLERS & FELDMEIER

Rechtsanwälte & Notare

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. Vorwort	I
2. Baurecht aktuell	
• Vorsicht bei Mängelrügen	4
3. Familienrecht aktuell	
• Lebenselixier der Rechtswissenschaft: Der Meinungsstreit – weltweit –	6
4. Mietrecht aktuell	
• Auch jahrelange vorbehaltlose Zahlung ersetzt keine vertragliche Regelung	8
• Das Abflussprinzip ist grundsätzlich zulässig	9
• Schlüsselübergabe bei Vermietung	10
• Rauchen in einer Mietwohnung	11
5. Verkehrsrecht aktuell	
• Mobiltelefon im Straßenverkehr	12
• Muss er zu ihm oder muss er zu mir – Teil 2 –	13
• Kollision nach Anfahren vom Fahrbahnrand	14
• Haftungsprivileg für ein noch nicht 10-jähriges Kind	15
6. Wohnungseigentumsrecht aktuell	
• Eigentümer darf in seiner Wohnung bleiben, auch wenn er keinerlei Bewirtschaftungskosten zahlt.	17

7. Service

- Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen
- Nichtraucherchutz in Gaststätten

19
21

8. Internes

- Rückblick

24

9. Impressum

25

2. BAURECHT AKTUELL

Vorsicht bei Mängelrügen

Wird eine Werkleistung beauftragt, hoffen sowohl Unternehmer als auch Besteller, dass diese mangelfrei ist. Kommt es später – häufig erst geraume Zeit nach der Abnahme – zu Störungen, mutmaßt der Besteller, es lägen Mängel der Werkleistung des Werkunternehmers vor. Der Werkunternehmer meint selbstverständlich, seine Leistung sei mangelfrei.

Erhebt in einem solchen Falle der Besteller eine Mängelrüge, die sich nach Überprüfung durch den Unternehmer als unbegründet erweist, stellt sich die Frage, wie mit dem Aufwand des Unternehmers umzugehen ist.

Die aufgeworfene Frage war lange umstritten. Mit einem Urteil vom 23.01.2008 (BGH Baurecht 2008, 671 ff.) hat der Bundesgerichtshof für Klarheit gesorgt.

„Wird ein *unberechtigtes* Mangelbeseitigungsverlangen gestellt, so kann hierin eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung liegen. Dies setzt voraus, dass im konkreten Fall der Besteller erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass kein Mangel vorliegt.“

Der „Dreh- und Angelpunkt“ ist demnach die Frage, wann ein Besteller fahrlässig gehandelt hat. Der Bundesgerichtshof formuliert die seines Erachtens anzustellenden Überlegungen wie folgt:

„..... Der Käufer braucht nicht vorab zu klären oder festzustellen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung Symptom eines Mangels ist. Er muss lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüfen, ob sie auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf

der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. ...“

Zusammenzufassen ist also, dass

- der Bundesgerichtshof Klarheit dahingehend geschaffen hat, dass für ein entsprechendes Verlangen des Werkunternehmers eine Anspruchsgrundlage besteht,
- der Anspruch häufig indes nicht durchsetzbar sein dürfte, weil der Käufer Umstände darzulegen vermag, dass er nicht fahrlässig gehandelt hat, da eine Ungewissheit im Hinblick auf das Vorliegen eines Mangels schon ausreicht, Fahrlässigkeit zu verneinen.

**Lebenselixier der Rechtswissenschaft:
Der Meinungsstreit – weltweit –**

In durchaus nicht wenigen Fällen liegen höchstrichterlich noch nicht geklärte Rechtsfragen zugrunde, die eine exakte Kalkulation des Ausgangs eines Rechtsstreits verbieten. Dies ist keine Spezialität der deutschen oder der verschiedenen europäischen Rechtsordnungen. Dies gilt weltweit, wie folgende Mitteilung in dem Newsletter der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht im Deutschen Anwaltverein vom 06. Februar 2008 zeigt:

Nach *islamischem* Recht ist für eine rechtswirksame Scheidung ausreichend, wenn der Mann der Frau *dreimal* die Scheidungsabsicht mitteilt. Auch in der islamischen Welt setzen sich die modernen Kommunikationsmittel durch. So hatte in Ägypten ein Mann seiner Frau dreimal auf ihrem Handy per SMS die Scheidungsabsicht mitgeteilt. Die Frau meinte, sie sei nicht geschieden. Für Ägypten ist dies ein Musterprozess. Die letztinstanzliche Entscheidung steht noch aus. In Malaysia ist die Rechtslage geklärt. Dort wird eine Scheidung per SMS nicht akzeptiert.

Nur am Rande:

Es ist eine Fehlvorstellung, dass deutsche Gerichte nur deutsches Recht anzuwenden hätten. Wenn ein Fall mit Auslandsbezug zulässigerweise vor deutsche Gerichte kommt, hat der deutsche Richter anhand des sog. Internationalen Privatrechts (hierbei handelt es sich um deutsches Recht) zu bestimmen, welche Rechtsordnung er für die Lösung des Falles heranzuziehen hat. Wenn bspw. zwei verheiratete türkische Mitbürger, die in Deutschland leben, sich scheiden wollen, sind deutsche Familiengerichte zuständig und müssen die Scheidung nach türkischem Recht aussprechen!

Heißt dies auch, dass ein deutscher Richter die Rechtswirkung der islamischen *Verstoßenscheidung* anerkennen müsste, wenn

diese im Inland erfolgte? Nein! Art. 17 Abs. 2 EGBGB – eine Vorschrift des Internationalen Privatrechts – bestimmt ohne jegliche Auslegungsmöglichkeit: *Eine Ehe kann im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden.* Damit sind zum einen in Deutschland ausgesprochene Erklärungen der Verstoßung der Ehefrau unwirksam. Darüber hinaus gilt, dass dann, wenn nach dem deutschen internationalen Privatrecht *deutsches Scheidungsrecht* heranzuziehen sein sollte, auch eine im Ausland vollzogene Privatscheidung in der Bundesrepublik Deutschland nicht als wirksam anerkannt werden kann (BGH FamRZ 1990, 607 (609 f.); BGH FamRZ 1994, 434 (435)).

4. MIETRECHT AKTUELL

**Auch jahrelange vorbehaltlose Zahlung ersetzt
keine vertragliche Regelung**

– Der BGH ändert seine Rechtsprechung zu
Nebenkostenabrechnungen –

Ein Mietvertrag sah die Umlegungsfähigkeit bestimmter Betriebskosten (Haus- und Gartenpflege, Versicherung und Strom) nicht vor. Dennoch rechnete der Vermieter diese Nebenkosten drei Jahre nacheinander ab, ohne dass der Mieter dies beanstandete. Gegen die nächste Nebenkostenabrechnung erhob der Mieter allerdings Einwendungen, weil die genannten Betriebskostenpositionen nach dem Mietvertrag nicht umgelegt werden dürften. Der Vermieter berief sich auf die jahrelange Übung. Noch in einem Urteil vom 07.04.2004 hatte der BGH entschieden, dass von einer stillschweigenden Änderung des Mietvertrages auszugehen sei, wenn ein Mieter dreimal fehlerhafte Nebenkostenabrechnungen unbeanstandet lasse. Diese Entscheidung ist seinerzeit auf erhebliche Kritik in der Literatur gestoßen.

Der BGH hat jetzt in einem Urteil vom 10.10.2007 (Aktenzeichen VIII ZR 279/06) dem Mieter Recht gegeben. In der Entscheidung wird ausgeführt, eine Änderung des Mietvertrages könne zwar auch stillschweigend geschehen, immer müsse aber ein schlüssiges Verhalten vorliegen, dem ein Erklärungswille des Mieters beizumessen sei. Der bloße Ausgleich von Nachzahlungsbeträgen bzw. die Hinnahme von Guthaben sei noch nicht die Erklärung, dass die Betriebskostenabrechnungen auch als richtig akzeptiert würden. In der Regel verlasse sich der Mieter darauf, dass sein Vermieter richtig abgerechnet habe. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände könne von einem Erklärungswillen des Mieters im Hinblick auf eine stillschweigende Änderung der mietvertraglichen Vereinbarungen ausgegangen werden.

Auch wenn der BGH diesen Eindruck vermeiden wollte, so stellt die Entscheidung vom 10.10.2007 doch eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung dar. Besondere Umstände, die jetzt für eine stillschweigende Abänderung des Mietvertrages verlangt werden, dürften in der Praxis nur selten vorliegen. Die Mietvertragsparteien werden sich also in der Regel an den Vertrag zu halten haben.

Neues vom BGH zur Nebenkostenabrechnung – Das Abflussprinzip ist grundsätzlich zulässig –

Ein Vermieter stellte die von ihm in einem Jahr geleisteten Vorauszahlungen für das Frischwasser in die Betriebskostenabrechnung dieses Jahres ein. Außerdem nahm er in die Abrechnung den im selben Jahr geleisteten Nachzahlungsbetrag für das Vorjahr auf. Der Mieter beanstandete, mit der Vorauszahlung für Dezember würden die Wasserkosten für den Beginn des Folgejahres, mit der Nachzahlung ein Restbetrag für die Wasserkosten des Vorjahres beglichen.

Damit stellt sich die seit vielen Jahren umstrittene Frage, ob ein Vermieter bei seiner Nebenkostenabrechnung nur die Kosten berücksichtigen darf, die dem Mieter im Abrechnungsjahr zu Gute gekommen sind (sog. Leistungsprinzip) oder ob er von den im Abrechnungsjahr tatsächlich erbrachten Zahlungen ausgehen darf (sog. Abflussprinzip).

Der BGH hat diese Frage in einem Urteil vom 20.02.2008 (Aktenzeichen VIII ZR 49/07) dahingehend entschieden, dass das Abflussprinzip grundsätzlich zulässig sei. Zur Begründung führt die Entscheidung aus, das BGB treffe keine klare Regelung, ob das Leistungs- oder das Abflussprinzip zulässig sei. Die Anwendung des Abflussprinzips mache es für den Vermieter aber sehr viel leichter, seine Nebenkostenabrechnung zu erstellen, da er lediglich die tatsächlich im Abrechnungsjahr geleisteten Zahlungen addieren müsse, ohne zu Wertungen gezwungen zu sein, welche Zahlungen tatsächlich für das Vorjahr oder das kommende Jahr erbracht worden seien.

Auch für den Mieter sei die Anwendung des Abflussprinzips von Vorteil, weil ihm die Kontrolle der jeweiligen Betriebskostenabrechnung vereinfacht werde, da er anhand des Fälligkeitsdatums der Rechnung des Versorgers leicht feststellen könne, ob ein in die Abrechnung eingestellter Betrag zum Abrechnungszeitraum gehöre.

Dass das Abflussprinzip zu gewissen Ungerechtigkeiten führen könne, wenn beispielsweise erhebliche Nachzahlungsbeträ-

ge aus einem Vorjahr in die Abrechnung einfließen, müsse hingenommen werden. Dabei hat der BGH allerdings angedeutet, dass „in besonders gelagerten Fällen“ beispielsweise bei einem Mieterwechsel das Abflussprinzip nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch einmal unzulässig sein könne. Da es in dem vom BGH entschiedenen Fall aber keinen Mieterwechsel gegeben hatte, brauchte diese Frage nicht entschieden zu werden.

Die Entscheidung bedeutet eine Erleichterung der Erstellung der Betriebskostenabrechnung für den Vermieter. Unklar ist allerdings, wann der Vermieter doch einmal verpflichtet sein kann, nach dem Leistungsprinzip abzurechnen. Diese Frage wird die künftige Rechtsprechung noch entscheiden müssen.

Bei Heiz- und Warmwasserkosten dürfte in jedem Falle das Leistungsprinzip gelten, da nach § 7 der Heizkostenverordnung nur die Kosten der im Abrechnungszeitraum „verbrauchten“ Brennstoffe umgelegt werden dürfen.

Schlüsselübergabe bei Vermietung

Bei Vermietung von Wohn-, aber auch Gewerberaum kommt es vor, dass ein Vermieter Schlüssel der Mieträumlichkeiten für sich behält und dem Mieter nicht alle Schlüssel übergibt.

Dieses Vorgehen ist angesichts einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle vom 05.10.2006 (3 U 182/06) risikoreich. Das Oberlandesgericht führte aus, dass es zur Hauptpflicht des Vermieters gehöre, dem Mieter die Mieträumlichkeiten zur alleinigen Nutzung zu überlassen. Der Vermieter hatte sich mit einem bei Mietbeginn zurückbehaltenen Schlüssel Zugang zu den vermieteten Räumen verschafft. Da dies ohne Einwilligung des Mieters und ohne zwingenden Grund (z.B. Abwendung eines drohenden Wasserschadens) geschah, berechtigte dieses Verhalten den Mieter zur fristlosen Kündigung, ohne dass eine vorherige Abmahnung notwendig war. Der Vermieter ist laut Urteil des OLG Celle nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Mieters einen Schlüssel zu den Mieträumen zu behalten.

Rauchen in einer Mietwohnung

Der Bundesgerichtshof hatte sich in einem Urteil vom 05.03.2008 (BGH MDR 2008, 617 ff.) mit den Folgen des Rauchens in einer Mietwohnung zu beschäftigen.

Übermäßiger Zigarettenkonsum innerhalb einer Wohnung sorgt nicht nur regelmäßig für einen unangenehmen Geruch, sondern führt auch zu Ablagerungen an Möbeln, Wänden und anderen Einrichtungsgegenständen. Bislang war in der juristischen Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten, ob „exzessives“ Rauchen zu Schadensersatzansprüchen des Vermieters gegen den Mieter führen kann.

Diejenigen, die diese Frage verneint haben, begründeten dies in der Vergangenheit damit, dass auch das Rauchen in einer Mietwohnung zum vertragsgemäßen Verbrauch der Mietsache gehöre und die hierdurch bedingten Beeinträchtigungen der Wohnung – ebenso wie beispielsweise das Abnutzen des Fußbodens durch das vertragsgemäße Begehen – über den vom Mieter gezahlten Mietzins abgegolten sei.

Der Bundesgerichtshof hat die bislang umstrittene Frage nun dahingehend entschieden, dass das Rauchen in der Mietwohnung über den vertragsgemäßen Gebrauch hinausgeht und eine Schadensersatzpflicht des Mieters begründet, wenn dadurch Verschlechterungen der Wohnung verursacht werden, die nicht mehr durch Durchführung von Schönheitsreparaturen beseitigt werden können, sondern Instandsetzungsarbeiten erforderlich machen. Alles das, was sich also durch das Streichen von Wänden, Decken, Heizkörpern und Holzteilen beseitigen lässt, begründet keinen Schadensersatzanspruch. Hierdurch sei der Vermieter nicht benachteiligt, da ihm das Recht zustehe, die Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter zu übertragen. Bilden sich dagegen Nikotinablagerungen, die nicht durch die Durchführung von Schönheitsreparaturen beseitigt werden können, so zum Beispiel im Bereich von Kunststoffteilen, etwa Toilettenspülkästen, Fenstern, etc., so kann der Vermieter verlangen, dass der Mieter diese ersetzt oder die Kosten für einen Austausch trägt.

5. VERKEHRSRECHT AKTUELL

Mobiltelefon im Straßenverkehr

Die Regelung des § 23 Abs. 1 a StVO, die das Telefonieren mit einem Mobiltelefon am Steuer ohne Freisprecheinrichtung verbietet, ist mittlerweile hinlänglich bekannt. Dennoch ist die Versuchung groß, sich über dieses Verbot hinwegzusetzen.

So auch bei einer Rechtsanwältin, die nach mehrmaligen Verstößen sogar eine Verfassungsbeschwerde wegen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der Verbotsnorm des § 23 Abs. 1 a StVO einlegte. Das Bundesverfassungsgericht hat durch Beschluss (2 BVR 525/08) die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Das vorbefasste Hanseatische Oberlandesgericht hatte keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Norm.

Es ist also davon auszugehen, dass man sich auch in Zukunft damit abfinden muss, lediglich über Freisprechanlage ein Mobiltelefon im Straßenverkehr nutzen zu können.

Das Verbot gilt allerdings nicht, wenn das Fahrzeug steht und der Motor ausgeschaltet ist. Das OLG Hamm hat in einem Beschluss vom 06.09.2007 (2 SS Owi 190/07) festgestellt, dass bei abgeschaltetem Motor an einer roten Ampel die Benutzung eines Mobiltelefons am Steuer erlaubt ist. Im konkreten Fall hatte der Fahrzeugführer tatsächlich das Telefongespräch rechtzeitig beendet, bevor die Ampel auf grün umsprang. Ebenso hatte bereits das Oberlandesgericht Hamm am 29.09.2006 beschlossen (3 SS OWi 1050/06). Noch am 24.11.2005 hatte das Oberlandesgericht Celle entschieden, dass bei Rotlicht an einer Ampel weder ein Mobiltelefon benutzt noch der Anschnallgurt gelöst werden dürfe. Allerdings wurde hier der Motor nicht abgestellt.

In Bezug auf das Merkmal der Benutzung eines Mobiltelefons hat das Oberlandesgericht Hamm im Urteil vom 12.07.2006 (2 SS OWi 402/06) entschieden, dass jegliche Nutzung der mög-

lichen Funktion eines Mobiltelefons, bei der das Gerät in der Hand gehalten wird, eine Benutzung im Sinne der Vorschrift des § 23 Abs. 1 a StVO darstellt. Im Fall wurde das Handy zum Ablesen einer gespeicherten Telefonnummer vom Display in der Hand gehalten.

Die Regelung gilt auch nicht nur für Mobiltelefone im engsten Sinne. Laut einem Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 27.11.2006 (3 SS 219/05) ist auch ein mit Mobiltelefonfunktion und Mobilfunkkarte versehener Palm Organizer ein „Mobiltelefon im Sinne des § 23 Abs. 1 a StVO“. Der Senat ließ allerdings offen, ob ein Palm Organizer ohne Mobilfunkkarte im Umkehrschluss nicht als Mobiltelefon im Sinne der StVO anzusehen ist.

Angesichts der hohen Bedeutung von Mobiltelefonen dürften sich auch in Zukunft die Gerichte weiter mit der Anwendung des § 23 Abs. 1 a StVO auseinandersetzen müssen.

Muss er zu ihm oder muss er zu mir (Teil 2)

Er (Verkäufer/Unternehmer) muss zu ihm (Käufer/Besteller)!

In unserer Mandanteninfo 2/2007 beleuchteten wir auf den Seiten 28 f. die Frage, ob im Falle eines Mangels der *Nacherfüllungsanspruch* (mit anderen Worten: die Reparatur) am Sitz des Unternehmers (Verkäufers) oder des Bestellers (Käufers) durchgeführt werden muss. Die gestellte Frage *Muss er zu ihm oder muss er zu mir?* konnten wir angesichts widersprechender oberlandesgerichtlicher Entscheidungen im Ergebnis nicht beantworten.

Die Situation hat sich geändert. Es liegt jetzt eine Entscheidung des 10. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 08. Januar 2008 vor (BGH Baurecht 2008, 829 f.), die Klarheit schafft. Was war geschehen:

Der Beklagte hatte an den Kläger eine Yacht verkauft. Diese hatte unstreitig Mängel. Der beklagte Verkäufer meinte, er müsse die Mängel nur in seiner Werft nachbessern.

Der klagende Käufer vertrat die Auffassung, Erfüllungsort für die Nachbesserung sei der Liegeplatz der Yacht.

Der Bundesgerichtshof stellte – was nie umstritten war – klar, dass es in erster Linie auf die Absprache der Parteien ankäme. Fehlen derartige Absprachen, sei im Zweifel die Nachbesserung dort zu erbringen, *wo das nachzubessernde Werk sich vertragsgemäß befindet*. Deshalb musste der klagende Käufer die Yacht nur am Liegeplatz zur Reparatur zur Verfügung stellen und war nicht verpflichtet, die Yacht zum Werft zu transportieren.

Die Entscheidung „schmeckt“ nicht jedem. Sie hat jedoch den Vorteil, dass sie auf absehbare Zeit für Rechtssicherheit sorgt.

Kollision nach Anfahren vom Fahrbahnrand

Eine nicht seltene Verkehrssituation:

Ein Verkehrsteilnehmer beabsichtigt, vom rechten Fahrbahnrand auf eine zweispurige Straße aufzufahren. Auf dieser Straße bewegt sich auf der linken der beiden Fahrspuren ein Verkehrsteilnehmer, der beabsichtigt, auf die rechte Fahrspur zu wechseln. Da jeder der beiden Verkehrsteilnehmer vorrangig den hinter ihm liegenden Teil der rechten Spur im Blick hat und diesen als frei erkennt, fahren beide los bzw. wechseln den Fahrstreifen und es kommt zur Kollision.

Mit einer solchen Fallkonstellation hatte sich das Kammergericht Berlin mit Beschluss vom 15.08.2007 (BGH MDR 2008, 562 ff.) zu befassen. Mit Blick auf § 10 StVO, der bestimmt, dass derjenige, der vom Fahrbahnrand anfährt, sich so zu verhalten hat, dass eine Verkettung des schließenden Verkehrs ausgeschlossen ist, entschied das Kammergericht, dass der Verkehrsteilnehmer, der vom rechten Fahrbahnrand anfuhr, die alleinige Verantwortung für den Verkehrsunfall zu tragen hatte. Ein Mitverschulden des Verkehrsteilnehmers, der von der linken auf die rechte Fahrspur gewechselt hatte, wurde verneint.

Das Kammergericht präzisiert seine Entscheidung dahingehend, dass dies jedenfalls dann gilt, wenn es zur Kollision in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang mit dem Anfahren kommt, was jedenfalls nach etwa 10 bis 12 m vom Ort des Anfahrens der Fall ist. In diesem Fall haftet der anführende Verkehrsteilnehmer auch dann zu 100 %, wenn er selbst das von der linken auf die rechte Fahrspur wechselnde Fahrzeug nicht erkennen konnte.

Die Entscheidung zeigt, dass ein Einfahren auf eine zweispurige Straße nur dann vorgenommen werden sollte, wenn beide Fahrspuren frei sind.

Haftungsprivileg für noch nicht 10-jähriges Kind

Nicht selten kommt es vor, dass eine Sache – in der Regel ein Auto – durch ein spielendes Kind beschädigt wird. Da das Auto trotz explodierender Benzinpreise nach wie vor „des Deutschen liebstes Kind“ ist, führt eine solche Beschädigung zwangsläufig zu der Frage, wer für die Beseitigung des Schadens aufzukommen hat.

Hier gibt es die weit verbreitete Fehlvorstellung, die nicht zuletzt durch zahlreiche Schilder auf Baustellen hervorgerufen wird: **„Eltern haften für ihre Kinder“**

Einen solchen Rechtssatz gibt es nicht. Im Gegenteil. Nach dem Gesetz ist ein Kind, welches das 7. Lebensjahr nicht vollendet hat, für einen Schaden, den es einem anderen zufügt, nicht verantwortlich.

Hat das Kind das 10. Lebensjahr, nicht jedoch das 18. Lebensjahr vollendet, so kommt es für seine Verantwortung für einen Schaden, den es einem anderen zufügt, darauf an, ob es bei der Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat. Ob eine solche Einsicht vorliegt, hängt in der Regel von der Art des verursachten Schadens ab und wird im Streitfall durch eine Untersuchung des Kindes durch einen kinderpsychologischen Sachverständigen festgestellt werden können.

Die generelle Nichtverantwortlichkeit des Kindes für Schäden wird bis zur Vollendung des 10. Lebensjahres ausgedehnt bei Unfällen mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn. Hintergrund dieser Regelung ist, dass Kinder bis zur Vollendung ihres 10. Lebensjahres häufig die spezifischen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs nicht realisieren können und hiermit überfordert sind. Kommt es also zu einer Kollision eines noch nicht 10-jährigen Kindes mit einem fahrenden Kraftfahrzeug, so ist das Kind hierfür nicht verantwortlich.

Wie bereits mehrfach vom Bundesgerichtshof entschieden, gilt dieses Haftungsprivileg nicht, sofern keine typische Gefahr des motorisierten Straßenverkehrs vorliegt. Kollidiert also ein Kind der privilegierten Altersgruppe beispielsweise auf einem Kick-Bord oder einem Fahrrad mit einem ordnungsgemäß geparkten Kraftfahrzeug, so gilt die Privilegierung nicht und das Kind ist – soweit sonst die Einsichtsfähigkeit vorliegt – für den Schaden verantwortlich.

Mit Beschluss vom 11.03.2008 (BGH MDR 2008, 682 ff.) hatte der Bundesgerichtshof nun über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Kind mit seinem Fahrrad gegen ein mit geöffneten hinteren Türen am Fahrbahnrand stehendes Fahrzeug gefahren war. Hier hat der Bundesgerichtshof eine typische Überforderungssituation für das Kind angenommen und damit das Haftungsprivileg bejaht. Im zu entscheidenden Fall standen der Eigentümer des Fahrzeuges und ein Begleiter zum Zeitpunkt der Kollision an den geöffneten Türen des Fahrzeuges und bewegten sich. Da das betroffene Kind erst ca. 20 m vor dem Fahrzeug aus einer anderen Straße eingebogen war, nahm das Gericht an, dass insgesamt eine besondere Gefahrenlage vorlag, die den spezifischen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs entsprach und sich vorliegend realisiert hat.

Unabhängig von der Frage der Richtigkeit der Entscheidung des Bundesgerichtshof ist diese dennoch zu begrüßen, da sie zur Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der Auslegung des Haftungsprivilegs des § 828 Abs. 2 BGB sorgt.

6. WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT AKTUELL

**Eigentümer darf in seiner Wohnung bleiben,
auch wenn er keinerlei Bewirtschaftungskosten zahlt**

– Unverständliche Entscheidung des BGH
zum Zwangsverwaltungsrecht –

Nicht ganz selten sind leider die Fälle, in denen ein Wohnungseigentümer zahlungsunfähig ist, gleichwohl aber in seiner Wohnung verbleibt, ohne sich an den Bewirtschaftungskosten zu beteiligen. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann wegen der rückständigen Hausgelder in derartigen Fällen Vollstreckungstitel erwirken und Beitreibungsmaßnahmen bis zur eidesstattlichen Versicherung durchführen. Ist all dies ergebnislos verlaufen, stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Zwangsverwaltung der Zwangsverwalter den Eigentümer zur Räumung veranlassen kann.

Gesetzliche Grundlage zur Beantwortung dieser Frage ist die Regelung des § 149 des Zwangsversteigerungsgesetzes (ZVG). Nach § 149 Abs. 1 ZVG sind dem Schuldner die für seinen Hausstand unentbehrlichen Räume zu belassen, wenn er zur Zeit der Beschlagnahme auf dem Grundstück wohnt. § 149 Abs. 2 ZVG regelt, dass das Gericht auf Antrag dem Schuldner die Räumung des Grundstücks aufzugeben hat, wenn der Schuldner oder ein Mitglied seines Hausstandes das Grundstück oder die Verwaltung gefährdet.

Die bisher in Rechtsprechung und Literatur herrschende Auffassung ging dahin, dass derjenige Eigentümer, der dauerhaft kein Wohngeld zahlt, gemäß § 149 Abs. 2 ZVG räumen musste.

Dies hat der BGH jetzt anders gesehen (Beschluss vom 24.01.2008 Aktenzeichen V ZW 99/07).

Zur Begründung wird ausgeführt, der Zwangsverwalter müsse dem Schuldner die Wohnung belassen, um ihn vor Obdachlosigkeit zu schützen. Eine Gefährdung für den Gebäudebestand im Sinne von § 149 Abs. 2 ZVG bestehe nicht, da der

Zwangsverwalter die entsprechenden Zahlungen zu erbringen habe, die ihm letztlich von Gläubigerseite als Vorschusszahlungen zufließen müssten. Im übrigen hätten die Wohnungseigentümer die Möglichkeit eines Entziehungsverfahrens gem. § 18 WEG und seit dem 01.07.2007 auch die vorrangige Befriedigungsmöglichkeit in der Zwangsversteigerung gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG.

Diese Entscheidung kann nicht überzeugen.

Die Mittel, die der Zwangsverwalter erhält, um die Bewirtschaftung des Gebäudes sicher zu stellen, fließen letztlich von den betreibenden Gläubigern, also der Wohnungseigentümergeinschaft. Das Wohnungseigentumsentziehungsverfahren ist kosten- und zeitaufwendig und führt letztlich auch nur dazu, dass eine Zwangsversteigerung durchgeführt werden muss, wobei keineswegs feststeht, dass sich überhaupt ein Bieter findet. Die neue Vorrangklasse in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG sichert maximal eine Forderung bis 5 % des Verkehrswertes der betroffenen Wohnung.

Gleichwohl wird die Entscheidung des BGH hinzunehmen sein, da kein Zwangsverwalter nach diesem Urteil noch Räumungen eines Schuldners veranlassen wird. Es empfiehlt sich dann, die von der Rechtsprechung in den letzten Jahren entwickelten Möglichkeiten wahrzunehmen, dem Schuldner Heizenergie, Strom und Wasser abzusperren.

7. SERVICE

Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen

Im Zuge der Europäisierung des deutschen Rechts wurden in den vergangenen Jahren zahlreiche Verbraucherschutzvorschriften neu eingeführt. Hierzu gehören u.a. die Vorschriften über die Möglichkeit des Widerrufs von Verbraucherverträgen.

Es zeigt sich allerdings, dass insoweit – sicherlich auch durch nicht immer ganz präzise Presseberichterstattung – Fehlvorstellungen über die Möglichkeit des Widerrufs von Verbraucherverträgen existieren.

Eine der häufigsten Fehlvorstellungen ist, dass jeder Vertrag, den ein Verbraucher mit einem Unternehmer schließt, durch den Verbraucher binnen 2 Wochen ohne Angabe von Gründen widerrufen werden kann. Dies ist nicht zutreffend. Die Vorschriften zum Widerruf von Verbraucherverträgen sollen dazu dienen, den Verbraucher vor übereilten Entscheidungen zu schützen.

Aus diesem Grunde besteht das Widerrufsrecht bei Verträgen, die über Fernkommunikationsmittel (Internet/Telefon) zustande kommen.

Ferner bei solchen Verträgen, die zustande kommen, nachdem der Verbraucher an seinem Arbeitsplatz, im Bereich seiner Privatwohnung, anlässlich einer vom Verbraucher organisierten Freizeitveranstaltung (Kaffeefahrt) oder sonst in der Öffentlichkeit überraschend angesprochen wird.

Dagegen besteht ein allgemeines Widerrufsrecht nicht, wenn der Verbraucher den Unternehmer in dessen Geschäftsräumlichkeiten aufsucht. In diesen Fällen ist der zustande gekommene Kaufvertrag verbindlich. Gleiches gilt bei sogenannten Haustürgeschäften, wenn der Verbraucher den Unternehmer zuvor ausdrücklich zu sich nach Hause oder an seinen Arbeitsplatz bestellt.

Ein Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen besteht ferner nicht

- bei der Lieferung von Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind,
- bei der Lieferung von Waren, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind, schnell verderben können oder deren Verfallsdatum überschritten würde,
- bei der Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt wurden,
- bei der Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten,
- bei Wett- und Lotteriedienstleistungen,
- bei Versteigerungen sowie
- bei bestimmten Kapitalmarktgeschäften.

Ein freies Widerrufsrecht besteht dagegen unabhängig vom Vorliegen eines Fernabsatzvertrages oder eines Haustürgeschäftes bei Verbraucherdarlehnsverträgen, also Verträgen, bei denen der Unternehmer dem Verbraucher ein entgeltliches Darlehen gewährt. Solche Verträge können – sofern der Darlehnsbetrag 200,00 € netto übersteigt – auch dann binnen 2 Wochen widerrufen werden, wenn der Vertrag in den Geschäftsräumlichkeiten des Unternehmers oder nach vorangegangener Bestellung des Unternehmers zu dem Verbraucher nach Hause zustande kommt. Im Zusammenhang mit Verbraucherdarlehnsverträgen gilt es, folgende Besonderheit zu berücksichtigen:

Dient der Verbraucherdarlehnsvertrag zur Finanzierung eines Kaufpreises, so handelt es sich bei dem Kaufvertrag um ein mit dem Darlehnsvertrag verbundenes Geschäft. Wird der Verbraucherdarlehnsvertrag innerhalb der Widerrufsfrist widerrufen, so wird damit auch der Kaufvertrag hinfällig und ist rückabzuwickeln.

Dies ist beispielsweise der Grund dafür, dass Autohändler beim finanzierten Autokauf das Fahrzeug – selbst wenn es sofort lie-

ferbar ist – erst nach Ablauf der Widerrufsfrist des Darlehnsvertrages an den Kunden ausliefern. Andernfalls könnte der Kunde das Fahrzeug 2 Wochen nutzen und sodann – natürlich gegen Zahlung einer Entschädigung für die zurückgelegten Kilometer – an den Autohändler zurückgeben, wenn er den Darlehnsvertrag fristgerecht widerruft.

Nichtraucherchutz in Gaststätten

Am 01.07.2008 trat § 4 des nordrhein-westfälischen Nichtraucherchutzgesetzes, das im übrigen bereits am 01.01.2008 in Kraft getreten ist, in Kraft. Hiernach ist dann auch in Nordrhein-Westfalen das Rauchen in Gaststätten nicht mehr gestattet.

In Hessen, Sachsen und Rheinland-Pfalz sind entsprechende Vorschriften seit längerer Zeit in Kraft. Die Nichtrauchergeretze dieser Länder sind bereits zum Gegenstand gerichtlicher Verfahren beim Bundesverfassungsgericht sowie den Verfassungsgerichtshöfen der Länder Sachsen und Rheinland-Pfalz geworden.

Mit Beschluss vom 14.01.2008 (ZMGR 2008, 136 ff.) hatte das Bundesverfassungsgericht über den Eilantrag eines Rauchers zu entscheiden, der beantragt hatte, das Rauchverbot in Gaststätten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes auszusetzen, da er sich in seinem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigt fühlte.

Das Bundesverfassungsgericht erteilte diesem Ansinnen eine Absage. Im Rahmen der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorzunehmenden Interessenabwägung überwiege der Gesundheitsschutz der Bevölkerung die Interessen des Einzelnen an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit.

Das besondere an diesem Fall:

Das Bundesverfassungsgericht konnte sich in diesem Fall mangels entsprechenden Sachvortrages des Betroffenen nicht mit etwaigen Nachteilen für Gastwirte befassen. Deshalb floss das

Grundrecht der Berufsfreiheit in die vom Bundesverfassungsgericht vorzunehmende Abwägung nicht ein.

Die Verfassungsgerichte der Länder Sachsen und Rheinland-Pfalz hatten sich mit Anträgen gegen das Rauchverbot in sogenannten Ein-Raum-Gaststätten befassen müssen. Diesen Eilanträgen wurde stattgegeben. Bis zur Entscheidung über die eingelegten Verfassungsbeschwerden gegen das Nichtraucherschutzgesetz der Länder Sachsen und Rheinland-Pfalz ist in diesen Ländern durch die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs Sachsen vom 27.03.2008 (ZMGR 2008, 137 ff.) und des Verfassungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 11.02.2008 (ZMGR 2008, 139 ff.) das Rauchen in sogenannten Ein-Raum-Gaststätten entgegen des gesetzlichen Wortlautes gestattet. Dies gilt allerdings nur, soweit in diesen Gaststätten außer dem Inhaber selbst kein weiteres Personal beschäftigt wird und im Eingangsbereich deutlich sichtbar auf die Raucherlaubnis hingewiesen wird.

Mit Urteil vom 30.07.2008 entschied das Bundesverfassungsgericht über drei Verfassungsbeschwerden gegen die Nichtraucherschutzgesetze der Länder Baden-Württemberg und Berlin (1 BvR 3262/07; 1 BvR 402/08; 1 BvR 906/08). Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass die Beschwerdeführer (zwei Gastwirte und eine Diskothekenbetreiberin) durch die angegriffenen Regelungen in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung verletzt sind.

Der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte grundsätzlich fest, dass der Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel darstellt. Hierdurch ist – grundsätzlich – auch der durch die Nichtraucherschutzgesetze vorgenommene schwerwiegende Eingriff in das Grundrecht auf freie Berufsausübung gerechtfertigt. Auf Kritik des Bundesverfassungsgerichts stieß allerdings die Ausgestaltung der Regelungen.

Wie auch die meisten Nichtraucherschutzgesetze anderer Länder sehen die Regelungen in Baden-Württemberg und Berlin Ausnahmen vom Rauchverbot vor. Da die Landesgesetzgeber

sich für derartige Ausnahmeregelungen entschieden hätten, müssten unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes nach Artikel 3 Abs. 1 GG auch Ausnahmen für sogenannte „Eckkneipen“ zugelassen werden.

Die Landesgesetzgeber haben damit nun die Wahl:

Entweder sie ändern die Nichtraucherschutzgesetze so ab, dass grundsätzlich keine Ausnahmen zugelassen werden. Oder sie treffen in den Gesetzen auch Ausnahmeregelungen für „Eckkneipen“. Entsprechende Neuregelungen sind von den Landesgesetzgebern bis zum 31.12.2009 zu treffen. Bis zum 31.12.2009 bleiben die Nichtraucherschutzgesetze der Länder jedoch in Kraft. Allerdings ist entgegen des Gesetzeswortlautes auch das Rauchen in „Eckkneipen“ gestattet, sofern

- die betroffene Gaststätte keine zubereiteten Speisen anbietet
- die Gastfläche weniger als 75 m² groß ist
- kein abgetrennter Nebenraum vorhanden ist
- Personen unter 18 Jahren der Zutritt verwehrt ist und
- die Gaststätte im Eingangsbereich deutlich als Rauchergaststätte, zu der Personen unter 18 Jahren keinen Zutritt haben, gekennzeichnet ist.

Rückblick

6. Wohnungsverwalterforum

Am 06.03.2008 referierte der Hamburger Amtsrichter Dr. Olaf Riecke zu ersten Erfahrungen mit der Novelle des Wohnungseigentumsgesetzes. Er konnte dabei nicht nur aus seiner Praxis als Spruchrichter berichten, sondern auch aus seinen Kontakten mit Experten des Wohnungseigentumsrechts. Die zahlreich (ca. 100) erschienenen Teilnehmer im Hilton-Hotel Dortmund sorgten vor allem im zweiten Teil der Veranstaltung für ein Zwiegespräch zwischen dem Dozenten und dem Auditorium, in dem Fragen aus der aktuellen Verwalterpraxis erörtert wurden.

7. Dortmunder Baurechtstag

Beim 7. Dortmunder Baurechtstag am 17.04.2008 zum Thema VOB/B dozierte diesmal Herr Richter am Oberlandesgericht Hamm, Heiner Beckmann. Mit einigen provokanten Thesen zur Verwendung der VOB/B sorgte er für eine rege Zuhörerbeteiligung und ließ Raum für anschließende weiterführende Gespräche. Diese konnten in der 18. Etage des Harenberg City Center bei einem hierzu angerichteten Büffet in entspannter Atmosphäre um so angeregter geführt werden.

9. IMPRESSUM

Mandanteninfo Nr. 1/2008

Eine Information der Sozietät

EHLERS & FELDMEIER (Hrsg.)

Die Mandanteninfo erscheint mehrmals jährlich und wird an Mandanten der Sozietät EHLERS & FELDMEIER verteilt.

Redaktion: Rechtsanwalt Hendrik Zeiß

Anschrift des Herausgebers:

EHLERS & FELDMEIER

Florianstraße 3

44139 Dortmund

Telefon: 0231/58 97 88 – 0

Telefax: 0231/58 97 88 – 90

info@ehlers-feldmeier.de

www.ehlers-feldmeier.de

EHLERS & FELDMEIER

Rechtsanwälte
Notare
Fachanwälte

Florianstraße 3
44139 Dortmund
Telefon 0231 · 58 97 88 - 0
Telefax 0231 · 58 97 88 - 90
info@ehlers-feldmeier.de
www.ehlers-feldmeier.de

Rechtsanwälte

Friedrich Ehlers · Notar a. D.
Dr. Thomas Feldmeier · Notar
· [Fachanwalt für Arbeitsrecht](#)
· [Fachanwalt für Medizinrecht](#)
Burkhard Voss · Notar
· [Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht](#)
Dr. Michael Kalle · Notar
· [Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht](#)
· [Fachanwalt für Familienrecht](#)
Thorsten Ehlers · Notar
· [Fachanwalt für Verkehrsrecht](#)
Bernd Dörre
· [Fachanwalt für Arbeitsrecht](#)
Dr. Dorothee Höcker
· [Fachanwältin für Verwaltungsrecht](#)
· [Fachanwältin für Familienrecht](#)
Hendrik Zeiß
· [Fachanwalt für Medizinrecht](#)
Dr. Christian Tenthoff
Knut Weis · (-2006)
Hans-Dieter Eichelberg · (-2006)