SRF-Newsletter 02/2017



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

BAURECHT bekommen

Der elektronischen Newsletter-Versendung beigefügt ist ein im Februar-Heft "Der Bausachverständige 01/2017" erscheinender Aufsatz von Herrn Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Markus Rehmet, den wir mit Genehmigung des Verlags beifügen. Der Aufsatz beleuchtet den rechtlichen Umgang mit Sonderkonstruktionen, die von den anerkannten Regeln der Technik abweichen durch Bauherrn, Handwerker und Architekt.





Arbeitsrecht bekommen

Verpflichtung zur Urlaubsgewährung?

Das Bundesarbeitsgericht hat den Europäischen Gerichtshof mit der Frage konfrontiert, ob der Arbeitgeber von sich aus zur Urlaubsgewährung verpflichtet ist und demzufolge, wenn Urlaubstage verfallen, Schadensersatz leisten muss, auch wenn der Arbeitnehmer den Urlaub gar nicht beantragt hatte.

Zugrunde liegt folgende Konstellation:

Der gesetzliche Mindesturlaub muss nach § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG im laufenden Kalenderjahr gewährt werden. Das Bundesarbeitsgericht hat bislang hierzu entschieden, dass ein Schadensersatzanspruch für verfallenen Urlaub gegenüber dem Arbeitgeber nur dann bestand, wenn der Arbeitnehmer zuvor die Gewährung des Urlaubs beantragt und angemahnt hatte. Dies folgte aus dem allgemeingültigen Rechtsgrundsatz, dass das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs ein Verschulden/Verzug voraussetzt. Dies bedeutete, dass der Arbeitnehmer zumindest seinen Urlaubsanspruch geltend gemacht haben musste, bevor er verfiel, um einen Ersatzanspruch zu haben.

Von dieser Rechtsprechung sind nun die Landesarbeitsgerichte Berlin-Brandenburg (21 SA 221/14), München (8 SA 982/14) und Köln (4 SA 1095/15) abgewichen.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt, der nun zu beurteilen haben wird, ob die bisherige Rechtsprechung den EU-Richtlinien oder der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegensteht.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes der letzten Jahre ist durchaus zu erwarten, dass er die bisherige Rechtsprechung für europarechtswidrig hält. Für Arbeitgeber bedeute dies, da die Entscheidung ja auch noch auf sich warten lassen kann, dass sie bereits jetzt, in der laufenden Übertragungsperiode und natürlich im gesamten Jahr 2017 von sich aus dafür sorgen sollten, dass die Urlaubsansprüche erfüllt werden und entsprechend proaktiv zur Beantragung von Urlaub auffordern sollten. Nicht geklärt ist bislang, ob eine solche Aufforderung reicht, oder ob gegebenenfalls, wenn auf solche Aufforderung keine Reaktion aller Mitarbeiter erfolgt, eine einseitige Festlegung erforderlich ist, um den Ersatzanspruch zu verhindern.

BAG, Beschluss vom 13.12.2016-9AZR 541/15

Neuerungen bei der Kündigung von schwerbehinderten Mitarbeitern

Durch die Regelungen des Bundesteilhabegesetzes, welches größtenteils erst zum 01.01.2018 Wirkung entfaltet, ist auch eine Neuregelung aufgenommen worden, die ab sofort gilt:

§ 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX bestimmt nun:

"Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach S. 1 ausspricht, ist unwirksam."

In § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX ist die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung geregelt. Diese Regelung bestand schon zuvor, war allerdings sanktionslos, d.h. eine Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung im Rahmen einer Kündigung hat nicht zu deren Unwirksamkeit geführt. Das hat sich nun geändert.

Zu beachten ist diese Vorschrift auch dann, wenn die Kündigung selbst, z.B. weil die Wartezeit des § 90 SGB IX noch nicht erreicht ist (6 Monate), noch nicht der Zustimmung des Integrationsamtsamts bedarf.

Art und Umfang des Beteiligungsrechts der Schwerbehindertenvertretung sind dabei vom Gesetzgeber nicht definiert. Unabdingbar wird es sein, die Schwerbehindertenvertretung über die bevorstehende Kündigung zu unterrichten und ihr innerhalb einer gewissen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Einer Zustimmung bedarf es nicht. Vom Gesetzgeber nicht geregelt ist, innerhalb welcher Frist sich die Schwerbehindertenvertretung äußern muss bzw. welche Frist ihr einzuräumen ist, man wird insoweit sicherlich abstellen müssen, ob es sich um eine ordentliche oder außerordentlichen Kündigung handelt. Bei der außerordentlichen Kündigung, die innerhalb von 2 Wochen ab Kenntnis des zur Kündigung berechtigenden Sachverhalts auszusprechen ist, ist eine Frist

Südstraße 65 ■ Telefon (07131) 59 412 - 20

von 3 Tagen analog der Betriebsratsanhörung wohl ausreichend, ansonsten eine Woche.

Neben der Schwerbehindertenvertretung muss natürlich weiterhin der Betriebsrat angehört werden. Beide Anhörungen können parallel erfolgen und müssen vor dem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt geschehen.

Die Regelung des § 95 Abs. 3 S. 2 SGB IX betrifft Arbeitgeber, die keine Schwerbehindertenvertretung haben, nicht.



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

Erbrecht bekommen

Erbnachweis durch Testamentskopie

Das Oberlandesgericht Köln hat sich in einem Beschluss vom 02.12.2016 (2 Wx 550/16) zur Frage geäußert, ob der Nachweis der Erbfolge auch durch die Kopie eines Testaments geführt werden kann. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hatte die Erblasserin zum Teil gemeinsam mit ihrem Ehemann mehrere Verfügungen von Todes wegen errichtet, zuletzt ein Testament, mit dem der Enkel der Erblasserin als Alleinerbe eingesetzt wurde und mit dem zugleich die im vorherigen gemeinschaftlichen Testament erfolgte Einsetzung eines Vereins als Schlusserbe widerrufen wurde. Der Enkel konnte das Testament in dem Verfahren aber nicht im Original vorlegen, weswegen sich die Parteien über die Wirksamkeit dieses Testaments und des Widerrufs streiten. Das Nachlassgericht hat dem Verein einen Erbschein erteilt und den Antrag des Enkels abgewiesen. Dieser hat beim Oberlandesgericht Köln erfolgreich Beschwerde eingelegt.

Das OLG hat klargestellt, dass ein Testament nicht allein wegen seiner Unauffindbarkeit ungültig ist. Es besteht in diesem Fall auch keine Vermutung dafür, dass es vom Erblasser vernichtet wurde und deshalb als widerrufen anzusehen ist. Maßgeblich ist, ob das Testament formwirksam errichtet wurde, was derjenige beweisen muss, der sich auf das unauffindbare Testament beruft. Eine Kopie des Originaltestaments kann aus Sicht des OLG ausreichen, wenn mit ihr die formgerechte Errichtung des nachgewiesen Originaltestaments werden kann. Insoweit wurde der Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung an das Nachlassgericht zurückverwiesen mit dem Auftrag zu ermitteln, ob das Testament im Original durch die Erblasserin unterschrieben wurde. Insoweit hat das OLG

angeregt, ein graphologisches Gutachten einzuholen, wobei auch aus Sicht des Gerichts nicht klar ist, ob der Sachverständige dies auf Basis einer Kopie bewerten kann.

Der Ausgang des Verfahrens ist demnach offen und hängt insbesondere von dem Ergebnis der Begutachtung ab. Es dürfte dabei äußerst zweifelhaft sein, ob ein Gutachter tatsächlich auf Basis einer Kopie die Echtheit wird bestätigen können. Unabhängig hiervon bestünde noch die Möglichkeit, den Nachweis auch dadurch zu führen, dass ein Zeuge bestätigt, dass das Testament im Original unterzeichnet wurde. Wenn es einen solchen Zeugen nicht gibt, bleibt aber nur das graphologische Gutachten. Zur Vermeidung vergleichbarer Schwierigkeiten empfiehlt es sich das Originaltestament zur amtlichen Verwahrung zu geben, dann kann es nicht verschwinden und wird nach dem Tod automatisch eröffnet. Gleiches kann natürlich auch durch ein notarielles Testament erreicht wer-

OLG Köln, Beschluss vom 02.12.2016 - 2 Wx 550/16





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

FAMILIENRECHT bekommen

Vermögenseinsatz statt (Trennungs-) Unterhalt

Durch § 1577 Abs. 3 BGB wird zum nachehelichen Unterhalt angeordnet, dass seitens des Unterhaltsberechtigten sein Vermögensstamm nicht zur Deckung des Lebensbedarfs verwertet werden muss, soweit dies "unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre".

Durch das Oberlandesgericht Koblenz wurde in einem Beschluss vom 01.06.2016- 13 UF 780/15 (FamRZ 2017,108) entschieden, dass unter Umständen ein vorhandenes und einzusetzendes Vermögen auch innerhalb der Trennungszeit einem Unterhalt entgegenstehen kann. In dem zu entscheidenden Fall stand fest, nach Durchführung der Beweisaufnahme in erster Instanz, dass seitens der Ehefrau, welche Trennungsunterhalt einfordert, ein geschenktes Vermögen von noch EUR 140.000,00 bestand. Nachdem auch in zweiter Instanz gebilligt wurde, dass aus diesem Vermögen ein offener Unterhaltsbedarf auch in der Trennungszeit zu decken ist, wurde ein Anspruch auf Trennungsunterhalt abgelehnt.

Zunächst wurde geklärt, dass eine Rückzahlung des Kapitalbetrages an den ursprünglichen Schenker, den Vater der Ehefrau, unterhaltsrechtlich nicht zu billigen war, da dies ohne Rechtsanspruch des Vaters geschehen ist.

Für die Verpflichtung zur Verwertung des noch vorhandenen Vermögensstammes waren als Kriterien maßgeblich, dass die Trennungsunterhaltsforderung relativ gering war (7 Monate mit monatlich EUR 400,00 sowie danach, mutmaßlich nach Änderung der Steuerklassen, monatlich EUR 90,00), das geschenkte Vermögen bereits in der Ehezeit zur Lebensführung eingesetzt wurde (ursprünglich waren EUR 500.000,00 geschenkt worden) und der Ehemann über kein höheres Vermögen verfügte.

Die Entscheidung zeigt, dass beispielsweise bezüglich der zunächst durch die Ehefrau vorgenommenen Rückzahlung an den Schenker eine frühzeitige anwaltliche Beratung im Rahmen der Trennung und Scheidung wichtig ist. Zur gerichtlichen Auseinandersetzung über den Trennungsunterhalt fehlt ein erheblicher Bereich der Argumentation. Ob dies lediglich bei der Veröffentlichung verkürzt wurde oder nicht vorgetragen worden ist, lässt sich so nicht feststellen. Wesentlich wäre jedoch noch die Absicherung fürs Alter auf Seiten der unterhaltsberechtigten Ehefrau.

OLG Koblenz, Beschluss vom 01.06.2016- 13 UF 780/15



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

IT-RECHT bekommen

Ärzte haben keinen Anspruch auf Löschung ihres Profils auf jameda.de

Das OLG Köln hat sich mit Urteil vom 05.01.2017 (15 U 121/16) mit der Klage einer Ärztin gegen ihren Eintrag auf dem Portal jameda.de befasst. In dem Streitfall hatte die Ärztin den Plattformbetreiber insbesondere auf Löschung des Profils in Anspruch genommen, weil sie mit der Veröffentlichung ihres Profils nebst den Patientenbewertungen und den werblichen Verweisen auf andere Ärzte nicht einverstanden war. Das OLG hat die Klage aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Die Verwendung der persönlichen Daten der Ärztin sei aus datenschutzrechtlicher Sicht unbedenklich. Insoweit seien die Rechte des Portalbetreibers mit den Interessen der Ärztin abzuwägen, wobei für das OLG das Kommunikationsinteresse von jameda schwerer wogen als das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dem standen auch die zahlreichen Negativbewertungen nicht entgegen, weil sich die Ärztin insoweit anders hätte zur Wehr setzen können, z.B. über eine Gegendarstellung oder einen Einspruch. Unkritisch ist aus Sicht des OLG auch, dass neben dem Profil konkurrierende Ärzte beworben werden. Für den durch

durchschnittlichen Nutzer sei aufgrund der grafischen Gestaltung klar ersichtlich, dass es sich dabei um Werbung handele. Insoweit liege auch keine wettbewerbswidrige Behinderung vor, da dem Kunden letztlich nur Alternativen genannt werden.

Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig, da das OLG die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen hat. Der Ausgang des Verfahrens ist also noch offen. Auch wenn ein Anspruch auf Löschung des Profils voraussichtlich nicht durchsetzbar ist, kann sich der Betroffene zumindest gegen die einzelnen Bewertungen zur Wehr zu setzen, soweit diese unwahre Tatsachen oder Beleidigungen enthalten.

OLG Köln, Urteil vom 05.01.2017 - 15 U 121/16



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

MIETRECHT bekommen

Gewerbliches Zwischenmietverhältnis bei Weitervermietung als Werkswohnung

Sein blaues Wunder erlebte ein Vermieter, der eine Wohnung an eine Firma vermietete, die die Wohnung als Werkswohnung an einen Mitarbeiter untervermietete. Der Vermieter kündigte das Mietverhältnis ordentlich und begehrte von dem Mitarbeiter der Mieterin die Räumung. Die Räumungsklage wurde aber abgewiesen.

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main nahm an, dass die gesetzliche Vorschrift des § 565 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar sei. Nach § 565 Abs. 1 BGB wird der Wohnungsmieter bei einer gewerblichen Weitervermietung geschützt. Soll der Mieter nach dem Mietvertrag den gemieteten Wohnraum gewerblich einem Dritten zu Wohnzwecken weitervermieten, so tritt der Vermieter bei der Beendigung des Mietverhältnisses in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis zwischen dem Mieter und dem Dritten ein. Diese Vorschrift war im streitgegenständlichen Sachverhalt nicht unmittelbar anwendbar, denn ein gewerbliches Zwischenmietverhältnis setzt eine Gewinnerzielungsabsicht voraus, die hier fehlte, weil der Mieter die Wohnung seinem Mitarbeiter als Werkswohnung zu der Miete überließ, die er dem Vermieter schuldete. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main entscheidet aber, dass die gesetzliche Regelung des § 565 BGB entsprechend anwendbar sei. Das ist zwar in der Literatur und der Rechtsprechung umstritten, überwiegend wird aber die Analogie bejaht. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main nimmt an, unter Berücksichtigung der Interessenlage der an den Mietverhältnissen Beteiligten und unter Beach-

Südstraße 65 Telefon (07131) 59 412 - 20

tung des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots erscheine eine entsprechende Anwendung des § 565 BGB als geboten mit der Folge, dass der Vermieter infolge seiner Kündigung des Hauptmietverhältnisses in das Untermietverhältnis mit dem Mitarbeiter eintrat. Damit ist der Mitarbeiter nicht zur Räumung verpflichtet.

Die Revision ist beim Bundesgerichtshof zum Aktenzeichen VIII ZR 241/16 anhängig.

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 23.09.2016 - 2 U 19/16

Vollstreckung der Betriebspflicht

Das Oberlandesgericht Rostock befasste sich mit Beschluss vom 22.08.2016 - 3 W 53/16 - mit der Frage, wie eine einstweilige Verfügung zu vollstrecken ist, mit der dem Mieter auferlegt wurde, die mietvertragliche Betriebspflicht zu erfüllen.

Es geht um in einem Einkaufszentrum in Stralsund belegene Räume, die zum Betrieb eines Bekleidungsgeschäftes vermietet wurden. Der Mietvertrag enthält eine Betriebspflicht. Am 01.11.2015 wurde der Centermanager des Einkaufszentrums durch ein vom Mieter im Ladenlokal angebrachtes Hinweisschild darauf aufmerksam, dass der Betrieb zum 01.01.2016 eingestellt werde. Der Vermieter erwirkte daraufhin mit Beschluss vom 15.12.2015 eine einstweilige Verfügung, mit welcher dem Mieter auferlegt wurde, das von ihm zum Betrieb eines Bekleidungseinzelhandelsgeschäftes angemietete Ladenlokal über den 31.12.2005 hinausgehend in der Zeit von Montag bis Samstag von 9:00 Uhr bis 20:00 Uhr zu betreiben. Der Mieter hat das Ladenlokal dennoch geräumt und den Betrieb eingestellt. Der Vermieter hat daraufhin beantragt, gegen den Mieter zur Erzwingung der in der einstweiligen Verfügung angeordneten Betriebspflicht ein Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Zwangshaft festzusetzen. Der Mieter wendet ein, der Antrag sei unbegründet, denn er könne den Betrieb nicht allein aufrechterhalten. Er sei davon abhängig, dass Angestellte beschäftigt würden und dass Lieferungen seiner zu verkaufenden Ware erfolgten. Diese Voraussetzungen lägen aber nicht vor, denn die Arbeitsverhältnisse mit allen Angestellten seien beendet und die vorhandenen Waren unterlägen Eigentumsvorbehalten und würden von den jeweiligen Lieferanten abgeholt. Das Landgericht Stralsund hat mit Beschluss vom 29.02.2016 den Antrag des Vermieters zurückgewiesen. Dieser sei unbegründet, denn die Voraussetzungen für die Verhängung eines Ordnungsgeldes und ersatzweise von Zwangshaft gemäß § 888 ZPO seien nicht gegeben. § 888 ZPO setze voraus, dass die zu vollstreckende Handlung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhänge. Die Zwangsvollstreckung sei ausgeschlossen, wenn die Erfüllung der Betriebspflicht nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhänge. Vorliegend sei die Erfüllung der Betriebspflicht nicht ausschließlich vom Willen des Mieters abhängig. Folglich sei der Antrag zurückzuweisen.

Das Oberlandesgericht Rostock sieht das natürlich anders. Andernfalls könnte die mietvertraglich geregelte Betriebspflicht in einer Vielzahl von Fällen umgangen werden, indem der Mieter den Betrieb einstellt, seine Mitarbeiter entlässt und keine Waren mehr bestellt. Das Oberlandesgericht Rostock ändert den Beschluss des Landgerichts Stralsund ab. Gegen den Mieter wird zur Erzwingung der Betriebspflicht ein Zwangsgeld von EUR 2.000,00 und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Zwangshaft von fünf Tagen festgesetzt. Das Oberlandesgericht Rostock führt aus, dass entgegen der Annahme des Landgerichts Stralsund die Voraussetzungen für die Verhängung eines Ordnungsgeldes und ersatzweise von Zwangshaft gemäß § 888 ZPO gegeben sind. Gemäß § 888 Abs. 1 ZPO ist zur Vornahme einer Handlung des Schuldners Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Zwangshaft anzuordnen, wenn eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann und diese ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Voraussetzung ist somit zum einen, dass die Handlung nicht durch einen Dritten vorgenommen werden kann, also nicht nach § 887 ZPO vollstreckt werden kann, indem der Gläubiger ermächtigt wird, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen. Eine unvertretbare Handlung im Sinne von § 888 Abs. 1 ZPO liegt vor, wenn die Handlung aus verständiger Sicht des Gläubigers nur vom Schuldner vorgenommen werden kann (so Schuschke in Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, Teil 16, Abschnitt 2, Kap. 2, Rn. 164). Das ist bei der Erfüllung der Betriebspflicht aus einem Gewerberaumietvertrag der Fall. Zur Aufrechterhaltung des Betriebs des streitgegenständlichen Bekleidungsgeschäftes ist es erforderlich, Arbeitsverträge und Lieferverträge zu schließen, die den Mieter persönlich binden und somit auch nur von ihm oder durch von ihm bevollmächtigte Dritte geschlossen werden können. Zudem würde der Betrieb des Bekleidungsgeschäftes durch einen Dritten der Erfüllung der Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter während der Laufzeit des Mietvertrags den vertragsgemäßen Gebrauch zu überlassen, entgegenstehen. Weitere Voraussetzung des § 888 Abs. 1 ZPO ist, dass die Handlung ausschließlich vom Willen des Mieters abhängt. Das bedeutet nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur aber nicht, dass eine Vollstreckung gemäß § 888 ZPO schon dann ausscheidet, wenn auch nur eine Mitwirkung eines Dritten für die Erbringung

der zu vollstreckenden Handlungen erforderlich ist. Daher steht es grundsätzlich der Vollstreckbarkeit einer Betriebspflicht eines Geschäftsbetriebes in Gewerberäumen nicht entgegen, dass es hierfür erforderlich ist, Vertragsbeziehungen zu Mitarbeitern und Lieferanten zu unterhalten, so dass sowohl der Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtet auf die Erfüllung der Betriebspflicht als auch ihre Vollstreckung nach § 888 ZPO in Betracht kommen (OLG Hamburg, NZM 2014, 273; LG Kassel, ZMR 2016, 36; OLG Frankfurt, ZMR 2009, 446; OLG Celle, NJW-RR 1996, 585; OLG Düsseldorf, GuT 2004, 17; Zöller, ZPO, § 888 Rn. 3; anderer Auffassung allerdings OLG Naumburg, NZM 1998, 575 und OLG Hamm, NJW 1973, 1135). Eine Vollstreckung nach § 888 Abs. 1 ZPO scheidet vielmehr erst dann aus, wenn dem Vollstreckungsschuldner die Erlangung der Mitwirkungshandlung des Dritten objektiv oder subjektiv eindeutig unmöglich ist. Es muss feststehen, dass der Schuldner erfolglos alle ihm zumutbaren Maßnahmen einschließlich eines gerichtlichen Vorgehens unternommen hat, um den Dritten zu seiner Mitwirkung zu veranlassen, wofür den Vollstreckungsschuldner die Vortrags- und Beweislast trifft (BGH, NJW-RR 2009, 443; OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Hamburg, a.a.O.). Das Oberlandesgericht Rostock schließt sich der vorgenannten herrschenden Meinung an. Es hält den Verteidigungsvortrag des Mieters nicht für ausreichend. Dieser hat nicht vorgetragen, dass er versucht habe, gegebenenfalls neue Arbeitsverträge mit früheren Mitarbeitern oder auch neuen Mitarbeitern abzuschließen. Ebenso hat er nicht vorgetragen, dass er keinen Lieferanten finden kann, der ihm Bekleidungsartikel liefert, die er sodann im Rahmen seiner Betriebspflicht in den Geschäftsräumen anbieten kann. Allein der Umstand, dass der Mieter bestehende Arbeitsverträge bereits gekündigt und sein Gewerbe abgemeldet hat, begründet keine Unmöglichkeit der Fortsetzung des Geschäftsbetriebs. Der Mieter kann sein Gewerbe wieder anmelden, in den Geschäftsräumen selbst Verkaufstätigkeiten vornehmen oder erneut Mitarbeiter unter Vertrag nehmen. Dem Vortrag des Mieters war auch nicht zu entnehmen, dass er versucht hat, von verschiedenen Bekleidungslieferanten Warenlieferungen gegebenenfalls unter Eigentumsvorbehalt für die Fortsetzung seines Betriebs zu erlangen. Stattdessen hat er lediglich gegenüber dem Vermieter erklärt, dass er sich zur Fortführung des Betriebes nicht im Stande sehe. Für einen Wegfall der Betriebspflicht reicht es aber nicht, wenn das vom Mieter geführte Geschäft unrentabel ist, da die Erzielung von Gewinnen in der Risikosphäre des Mieters liegt (Ghassemi-Tabar, a.a.O., § 535 Rn. 548). Nach alledem genügt der Vortrag des Mieters nach zutreffender Ansicht des Oberlandesgerichts Rostock nicht, um einer Vollstreckung der

einstweiligen Verfügung die Rechtfertigung zu entziehen.

OLG Rostock, Beschluss vom 22.08.2016 - 3 W 53/16

Formularmäßiges Aufrechnungsverbot

Die Frage, ob ein formularmäßiges Aufrechnungsverbot in einem Gewerberaummietvertrag wirksam ist, beschäftigt die Gerichte immer wieder. Das Oberlandesgericht Hamm hat mit Urteil vom 09.12.2016 - 30 U 14/16 - eine Mietvertragsklausel als wirksam angesehen, die anordnete, dass der Mieter nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen aufrechnen darf.

Der Mietvertrag enthielt folgendes formularmäßige Aufrechnungsverbot:

Der Mieter kann gegenüber der Miete oder dem Anspruch auf Zahlung der Betriebskosten mit einer Gegenforderung nur aufrechnen oder ein Minderungsrecht ausüben, wenn er dies mindestens einen Monat vor Fälligkeit der Miete dem Vermieter schriftlich angekündigt hat. Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts und die Aufrechnung mit anderen als Ersatzforderungen wegen Mängeln der Mietsache ist ausgeschlossen, es sei denn, die Forderung ist unbestritten oder rechtskräftig festgestellt.

Der Vermieter hatte einen Anspruch auf Zahlung der Mieten für Februar und März 2013 eingeklagt. Der Mieter hatte gegen diese Forderung mit der Begründung Aufrechnung erklärt, ihm stünde ein Mietkautionsrückzahlungsanspruch in Höhe der Klageforderung zu. Der Vermieter hatte bestritten, die Barkaution erhalten zu haben. Das Landgericht Essen vernahm einen vom Mieter benannten Zeugen, der aus Sicht des Landgerichts glaubhaft bekundete, dass der Mieter dem Vermieter eine Barkaution übergab. Das Landgericht Essen wies die Klage mit der Begründung ab, das Aufrechnungsverbot umfasse nicht entscheidungsreife Gegenforderungen. Da das Gericht davon überzeugt sei, dass der Mieter dem Vermieter eine Barkaution übergeben habe, sei die Klageforderung durch Aufrechnung erloschen. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Vermieter und rügt, das Landgericht Essen habe die Feststellung verfahrensfehlerhaft getroffen, der Vermieter habe eine Barkaution erhalten, weil das Landgericht eine gebotene persönliche Anhörung des Vermieters zu dieser Frage unterlassen hat. Das Oberlandesgericht Hamm gibt der Berufung statt. Es führt aus, dass eine Aufrechnung gegen die unstreitigen Mietforderungen des Vermieters nicht zulässig ist, weil die Rückzahlungsforderung des Mieters weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt ist. Hierbei sei das formularmäßige mietvertragliche Aufrechnungsverbot auch wirksam. Zwar wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass eine solche Klausel unwirksam sei, wenn sie nicht auch explizit entscheidungsreife Gegenforderungen aus dem Verbot ausnehme, oder aber (zur Vermeidung der Unwirksamkeit) so auszulegen sei, dass sie auch entscheidungsreife Gegenforderungen dem Aufrechnungsverbot entziehe (vgl. Palandt, BGB, § 309 Rn. 18). Jedoch teilt das Oberlandesgericht Hamm diese Auffassung in Ubereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof nicht. Der Bundesgerichtshof hat in zahlreichen Entscheidungen die Formulierung, dass (nur) unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen von dem Aufrechnungsverbot ausgenommen sind, unbeanstandet gelassen und die Klauseln als wirksam erachtet (BGH, Urteile vom 17.02.1986 - II ZR 285/14 - Tz. 10 und vom 10.01.1991 - III ZR 141/90 - Tz. 35 und vom 27.01.1993 - XII ZR 141/91 Tz. 16 und vom 15.12.2010 - XII ZR 132/09 - Tz. 21; ebenso BGH NJW 2011, 514, Tz. 21 und OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.07.2013 - I-10 U 114/12). Auch das Oberlandesgericht Hamm sieht keinen Anhaltspunkt dafür, die Wirksamkeit der Klausel in Zweifel zu ziehen. Insbesondere ergibt sich ein solcher nicht aus dem Umstand, dass nach der Klausel nicht auch entscheidungsreife Gegenforderungen von dem Aufrechnungsverbot ausgenommen sind. Denn aus § 308 Nr. 3 BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber lediglich den Ausschluss der Aufrechnung mit unbestrittenen oder (schon) rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen als unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners erachtet, nicht aber auch ein Aufrechnungsverbot bezüglich entscheidungsreifen Gegenforderungen.

Auch steht die Beendigung des Mietverhältnisses einer fortdauernden Geltung des Aufrechnungsverbots nicht entgegen. Die Beschränkung der Aufrechnungsbefügnis auf unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen verliert nämlich ihren Sinn und Zweck nicht mit Beendigung des Mietverhältnisses (BGH NJW-RR 2000, 530, Tz. 1 für eine individuell vereinbarte Beschränkung; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 556 b Rn. 34; Staudinger, BGB, § 556 b Rn. 20). Auch ist es nicht treuwidrig und stellt also keinen Verstoß gegen § 242 BGB dar, wenn sich der Vermieter auf das Auf-rechnungsverbot beruft. Zwar kann die Berufung auf ein Aufrechnungsverbot ausnahmsweise treuwidrig sein, wenn Entscheidungsreife hinsichtlich der Gegenforderung vorliegt (BGH, Urteile vom 15.02.1978 - VIII ZR 242/79 -, Tz. 11 und vom 17.02.1986 - II ZR 285/84 -, Tz. 8 ff.). Indes nimmt zum einen der Bundesgerichtshof eine Treuwidrigkeit in solchen Fällen schon nur dann an, wenn Klage- und Aufrechnungsforderung in untrennbarem Zusammenhang stehen und Entscheidungsreife hinsichtlich der einen Forderung auch Entscheidungsreife bezüglich der anderen Forderung bedeutet. Denn nur wenn mit der Entscheidung über die Klageforderung zugleich feststehe, dass auch die Aufrechnungsforderung begründet sei, verhalte sich die Partei treuwidrig, die sich auf das Aufrechnungsverbot berufe (BGH a. a. O.). Vorliegend stehen Klage- und Gegenforderung jedoch nicht in einem untrennbaren Zusammenhang, sondern sind unabhängig voneinander entscheidungsreif oder auch nicht. Zudem fehlt es aber auch an einer Entscheidungsreife der Gegenforderung des Mieters, also des geltend_gemachten_Anspruchs auf Rückzahlung der Barkaution. Zwar hat das Landgericht Es-

sen den für die Barzahlung der Mietkaution an den Vermieter benannten Zeugen gehört und ihm auch geglaubt. Der Vermieter rügt mit seiner Berufungsbegründung zu Recht, dass das Landgericht seine diesbezügliche Feststellung verfahrensfehlerhaft getroffen habe, weil es eine zumindest gebotene persönliche Anhörung des Vermieters zu dieser Frage unterlassen hat. Eine solche Anhörung war auch tatsächlich geboten. Der Grundsatz der Waffengleichheit, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Gewährleistung eines fairen Prozesses und eines wirkungsvollen Rechtsschutzes erfordern nämlich gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Artikel Abs. 1 EMRK, dass einer Partei, die für ein Vier-Augen-Gespräch keinen Zeugen hat, Gelegenheit gegeben wird, ihre Darstellung des Gesprächs in den Prozess persönlich einzubringen. Zu diesem Zweck ist die Partei gemäß § 448 ZPO zu vernehmen oder gemäß § 141 ZPO anzuhören. Diese Grundsätze gelten auch, wenn es sich um ein Sechs-Augen-Gespräch handelt, bei dem der allein zur Verfügung stehende Zeuge im Lager des Prozessgegners steht (BGH, Urteil vom 16.06.2016 - I ZŘ 222/14 - Tz. 33 m. w. N.). Da die somit zur Frage der Mietkautionszahlung des Mieters gebotene persönliche Anhörung des Vermieters bislang nicht erfolgt ist, fehlt es mithin auch an der Entscheidungsreife hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs des Mieters. Aus diesem Grund ist eine Aufrechnungsbefugnis weiterhin auch selbst dann ausgeschlossen, wenn man mit der schon genannten Meinung eines Teils der Literatur annähme, dass die Formularklausel des Mietvertrags zum Aufrechnungsverbot so auszulegen sei, dass auch entscheidungs-Gegenforderungen von dem Aufrechnungsverbot ausgenommen seien.

Das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm ist auch insoweit interessant, als es die Meinung des Landgerichts Essen nicht teilte, die Klage sei hinsichtlich eines Anspruchs des Vermieters auf Zahlung von Heizkosten unbegründet und abzuweisen, weil der Vermieter hinsichtlich der streitgegenständlichen Nebenkostenabrechnung - anders als in den Abrechnungen der Vorjahre - Belege über den Kauf von Heizöl nicht hatte beibringen können. Die vollständige Abweisung des Änspruchs erweist sich als rechtsfehlerhaft, weil nach § 287 ZPO jedenfalls eine Schätzung der dem Vermieter insoweit entstandenen Kosten und damit auch des auf den Mieter entfallenden Heizkostenanteils möglich ist. Zwar war im Mietvertrag vereinbart, dass die Umlage der Heizkosten "laut Uhr" erfolgen solle. Dem steht aber nicht entgegen, dass das Gericht die angefallenen Heizkosten gemäß § 287 Abs. 2 ZPO schätzt.

Ebenso verhielt es sich bei den streitgegenständlichen Stromkosten. Insoweit war im Mietvertrag eine Umlage der Stromkosten "laut Zähler" vereinbart, wobei jedoch ein Zähler, der allein den Stromverbrauch des Mieters erfasste, nicht vorhanden war. Das führt nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm aber nicht dazu, dass der Vermieter keinen Anspruch auf

Internet www.recht-bekommen.hn

Zahlung von Stromkosten hat. Vielmehr sind die Kosten zu schätzen, wobei dem Umstand, dass der Vermieter entgegen der vertraglichen Vereinbarung die Erfassung des Stromverbrauchs des Mieters durch Zähler nicht sichergestellt hat, dadurch hinreichend Rechnung getragen wird, dass nur der jedenfalls anzunehmende Mindestverbrauch des Mieters Berücksichtigung findet.

Das Oberlandesgericht Hamm betont, dass Voraussetzung für eine Schätzung aber ist, dass eine hinreichende Tatsachengrundlage für eine Schätzung gegeben ist. Sind in einer Halle beispielsweise mehrere Mieter vorhanden und lässt sich weder feststellen noch schätzen, welcher Mieter welchen Anteil des gesamten Stromverbrauchs der Halle verursachte, kann der Vermieter keine Kostenerstattung verlangen.

OLG Hamm, Urteil vom 09.12.2016 - 30 U 14/16



VERKEHRSRECHT bekommen

Fiktive und konkrete Schadensberechnung

Es hatte sich der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 13.09.2016 - VI ZR 654/15 (DAR 2017, 21 ff.) mit verschiedenen Fragen zur Berechnung eines Schadensersatzanspruches aufgrund Verkehrsunfalls zu befassen.

Zunächst war die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen Umsatzsteuer im Rahmen einer Abrechnung auf Totalschadenbasis erstattungsfähig ist. Zunächst wurde die gefestigte Rechtsprechung bestätigt, dass es bei der fiktiven Abrechnung auf Totalschadenbasis hinsichtlich des Mehrwertsteueranteils im Wiederbeschaffungswert darauf ankommt, wie die überwiegende Anzahl der Verkaufsfälle auf dem Gebrauchtwagenmarkt steuerlich zu behandeln ist (regelbesteuert, differenzbesteuert oder Privatmarkt, ohne Steueranteil), insoweit BGH DAR 2006, 439. Weiter wurde betont, dass, im Rahmen der Verjährung, ein Wechsel zwischen der fiktiven Abrechnung, auf Gutachtenbasis, und einer konkreten Abrechnung zulässig ist. Allerdings wurde in der Entscheidung vom 13.09.2016 sodann ausgeführt, dass eine Mischung zwischen der fiktiven Abrechnung und der konkreten Abrechnung, zur Erlangung von Mehrwertsteuer, ausgeschlossen ist. Wird somit ein Ersatzfahrzeug zu einem geringeren **Betrag** als dem Wiederbeschaffungswert erworben, kommt die Erstattung von Umsatzsteuer auf den Wiederbeschaffungswert nicht in Betracht.

Weiter wurden, im Falle der Beschädigung eines gewerblich, zur Umsatzerzielung genutzten

Fahrzeuges, Ausführungen zur Schadensbezifferung für den Ausfallschaden gemacht. Es obliegt insoweit dem Geschädigten, konkrete Umstände als Basis der Schadensschätzung nach § 287 ZPO darzulegen. Zum Ausfallzeitraum wurde jedoch, entgegen der Berechnungen in den Vorinstanzen, auch festgestellt, dass nicht nur die reine Wiederbeschaffungsdauer (wahlweise Reparaturdauer) zu berücksichtigen ist, sondern auch der Zeitraum für die Schadensfeststellung (Gutachten bis zum Zugang beim Geschädigten) sowie gegebenenfalls eine Überlegungsfrist (Urteil des BGH vom 5.2.2013, DAR 2013, 462).

BGH, Urteil vom 13.09.2016 - VI ZR 654/15



Zur Barrierefreiheit in Wohnungseigentumsanlagen

Der Bundesgerichtshof hatte sich mit dem Fall zu befassen, in welchem ein einzelner Wohnungseigentümer in einem Gemeinschaftstreppenhaus einen Personenaufzug auf seine eigenen Kosten einbauen wollte. Der 1936 gebore-ne Kläger hat in der Eigentümerversammlung beantragt, den Einbau eines Personenaufzuges in einem offenen Schacht in der Mitte des Treppenhauses auf eigene Kosten zu gestatten. Dieser Antrag fand keine Mehrheit. Daraufhin erhob der Eigentümer Klage mit dem Antrag, dass die übrigen Eigentümer den Einbau (auf Kosten des Klägers) dulden müssen. Begründet wurde dies damit, dass seine 1982 geborene, zu 100 % schwerbehinderte Enkeltochter zeitweise von ihm und seiner Ehefrau in seiner im 5. Obergeschoss befindlichen Wohnung betreut wird.

Der Kläger scheitert vor dem Bundesgerichtshof. Seine Klage wird abgewiesen. Denn der Kläger kann bauliche Maßnahmen nur durchführen, wenn die übrigen durch diese bauliche Maßnahme benachteiligten Wohnungseigentümer hierzu ihre Zustimmung gemäß § 22 Åbs. 1 WEG erteilen. Eine solche Zustimmung wurde aber nicht erteilt. Die übrigen Eigentümer erleiden durch den Einbau auch einen Nachteil. Zwar ist zu Gunsten des Klägers zu berücksichtigen, dass er ein Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) hat und auch das Grundrecht gemäß Art. 3 Åbs. 3 S. 2 GG zu beachten ist, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. Die Interessenabwägung wird aber in der Regel nur ergeben, dass die übrigen Eigentümer die Anbringung eines Treppenliftes oder einer Rollstuhlrampe dulden müssen, wenn ein Eigentümer oder sein Angehöriger an einer erheblichen Gehbehinderung leidet. Anders stellt sich dies jedoch bei einem

Südstraße 65 Telefon (07131) 59 412 - 20 E-Mail hier@recht-bekommen.hn

Einbau eines Personenaufzuges dar. Denn dieser ist mit erheblichen Eingriffen in die Substanz des Gemeinschaftseigentums verbunden und verengt in aller Regel den im Treppenhaus zur Verfügung stehenden Platz erheblich. Der Aufzug wird aufgrund bauordnungs- und brandschutzrechtlicher Vorgaben einen massiven konstruktiven Eingriff in den Baukörper erfordern. Auch können Haftungsrisiken im Außenverhältnis zu Dritten im Zusammenhang mit der Verkehrssicherungspflicht durch den Einbau entstehen. Auch der Rückbau erfolgt mit erheblichem baulichen Aufwand und bewirkt neue Risiken. Bei lebensnaher Betrachtung wird ein Rückbau regelmäßig als eher unrealistisch angesehen. Daher erfolgt die Interessenabwägung zu Gunsten der übrigen Eigentümer, was im Ergebnis zu einem Nachteil im Sinne des § 22 Abs. 1 WEG führt und damit zur Zustimmungspflicht der übrigen Eigentümer, die nicht

Daher gibt es keinen Duldungsanspruch der übrigen Eigentümer. Im Übrigen war die Klage auch deshalb abzuweisen, da der Personenaufzug nur einzelnen bau-und zahlungswilligen Wohnungseigentümern zur Verfügung stehen sollte, so dass nur diesen Personen ein Sondernutzungsrecht an dem für den Einbau vorgesehen Treppenhauses eingeräumt wird. Für eine derartige Maßnahme bedarf es aber einer Vereinbarung aller Wohnungseigentümer, die nicht vorlag.

Ist ein Wohnungseigentümer oder sein Angehöriger gehbehindert, heißt dies nicht, dass jede Maßnahme zulässig wäre, um das Erreichen der Wohnung diesem zu ermöglichen. Vielmehr muss der Eingriff so geringfügig wie möglich ausfallen, wie z.B. beim Einbau eines Treppenliftes. Nur in diesem Fall besteht im Grundsatz kein Nachteil und keine Zustimmungspflicht. Der Einbau eines Personenaufzuges sieht der Bundesgerichtshof als für die übrigen Eigentümer nachteilhaft und zustimmungspflichtig an.

BGH, Urteil vom 13.01.2017 - V ZR 96/16



WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

Wer zahlt für Schäden nach Polizeieinsatz?

Der Bundesgerichtshof hatte darüber zu entscheiden, ob ein Mieter, der in seiner Wohnung illegale Betäubungsmittel aufbewahrt und damit gegen seine mietvertraglichen Pflichten verstößt, dem Vermieter Schadensersatz schuldet, wenn die Wohnungseingangstür durch einen Polizeieinsatz beschädigt wird. Die Wohnung des Mieters wurde Ende Juni 2013 aufgrund eines richterlichen Beschlusses durchsucht. Grundlage des Beschlusses war ein Verdacht in Form unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im Zeitraum Ja-

nuar bis Oktober 2012. Von diesem Vorwurf wurde der Mieter rechtskräftig freigesprochen. Allerdings wurde im Rahmen der Durchsuchung 26 g Marihuana aufgefunden und sichergestellt.

Der Bundesgerichtshof verneint im konkreten Fall einen Schadensersatzanspruch. Zwar hat der Mieter mit der Aufbewahrung der Betäubungsmittel eine Pflichtverletzung begangen, da er die Grenzen vertragsgemäßen Gebrauchs überschritten hat. Denn hierdurch wurde die mietvertragliche Obhutspflicht verletzt, nachdem nach allgemeiner Lebenserfahrung jeder mit einem Polizeieinsatz und damit Schäden an der Wohnung rechnen muss, wenn er illegale Betäubungsmittel in der Wohnung verwahrt.

Allerdings fehlte es an einem Ursachenzusammenhang zwischen dieser Pflichtverletzung (nämlich der Aufbewahrung der Betäubungsmittel) und den durch die Durchsuchung entstandenen Schäden. Denn der im Durchsuchungsbeschluss zu Grunde liegende Tatverdacht hat sich weder im Strafverfahren bestätigt, noch gab es im vorliegenden Zivilrechtsstreit gegenteilige Feststellung hierzu.

Als Pflichtverletzung kam demnach die Aufbewahrung von 26 g Marihuana in der Wohnung in Betracht. Diese Pflichtverletzung war aber nicht kausal für den Schaden an der Tür. Denn die Ermittlungsmaßnahmen wären auch in gleicher Weise durchgeführt worden, wenn der Mieter die 26 g Marihuana nicht erworben und in der Wohnung aufbewahrt hätte. Auch wenn man damit die Pflichtverletzung in Form der Aufbewahrung von 26g Marihuana hinweggedacht hätte, wäre es zu der Durchsuchung gekommen und die Tür wäre ebenfalls beschädigt worden. Es fehlt demnach an einem Grunderfordernis für die Schadenszurechnung. Die Aufbewahrung von 26g Marihuana hat den Schaden nicht verursacht.

Wenn der Vermieter Schadensersatz verlangt, muss geprüft werden, ob eine Pflichtverletzung vorliegt und diese Pflichtverletzung den Schaden verursacht hat. Fehlt es an einer derartigen kausalen Verbindung, kann auch kein Schadensersatz verlangt werden. Denn nur durch eine Pflichtverletzung verursachte Schäden sind ersatzfähig. Es gibt demnach Pflichtverletzungen, die keinen Schaden verursachen. Dann kann auch keine Zahlung verlangt werden.

BGH, Urteil vom 14.12.2016 - VIII ZR 49/16

Internet www.recht-bekommen.hn

Südstraße 65 Telefon (07131) 59 412 - 20 E-Mail hier@recht-bekommen.hn