SRF-Newsletter 9/2018

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

BAURECHT bekommen

Achtung bei Abnahmen

In diesem Newsletter sollen drei unterschiedliche Urteile zur Abnahme besprochen werden:

1. Einzug = Abnahme?!

Das Oberlandesgericht Braunschweig hat, bestätigt durch den Bundesgerichtshof, eine Entscheidung zur konkludenten Abnahme durch die Übernahme und den Einzug in ein Gebäude getroffen.

Der Auftragnehmer verklagt den Auftraggeber auf Zahlung von EUR 80.000,00 für geleistete Stundenlohnarbeiten, die Leistungen des Auftragnehmers waren unstreitig mangelfrei. Eine Abnahme fand nicht statt, worauf sich der Auftraggeber beruft.

Er hatte allerdings das Haus übernommen und es in Benutzung genommen, und in diesem Zusammenhang auch keine Mängel gerügt. Dies sieht das Oberlandesgericht im konkreten Einzelfall als typisches Beispiel für eine Abnahme durch konkludentes Verhalten. Zwar sei dem Besteller eine angemessene Prüffrist zuzugestehen, deren Länge sich nicht abstrakt bestimmen lässt, allerdings sei spätestens nach einigen Monaten (und die vergehen ja in jedem Klagverfahren schnell) von einer konkludenten Abnahme auszugehen.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kann die konkludente Abnahme einer Architektenleistung darin liegen, dass der Besteller innerhalb von sechs Monaten nach Fertigstellung und Übernahme der Bauleistung keine Mängel der Architektenleistung rügt. Bei einfacheren Handwerksleistungen kann diese Frist auch deutlich verkürzt sein.

Oberlandesgericht Braunschweig, Beschluss vom 27.09.2017 - 8 U 14/17

2. Konkludente Abnahme bei einfachen Reparaturen

Das Oberlandesgericht Bamberg hat in einer ebenfalls vom Bundesgerichtshof bestätigten Entscheidung zur gleichen Frage, nämlich wann eine konkludente Abnahme angenommen werden kann, bei der Reparatur eines Wasserrohrs im Bad eines Privathauses die Auffassung vertreten, dass, nachdem eine förmliche/ausdrückliche Abnahme nicht erfolgt ist, die Reparaturleistung durch Begleichung der Schlussrechnung konkludent abgenommen wurde und damit die Gewährleistungsfrist zu laufen begann. Bei einer relativ einfachen Handwerkerleistung sei ein Prüfungszeitraum von wenigen Werktagen ausreichend, dies hat das Oberlandesgericht bei der Reparatur eines Wasserrohrs, das einen Wasserschaden verursacht hatte, so angenommen.

Ob dies in jedem Fall von den Gerichten so gesehen wird, ist keinesfalls gesichert, da im entschiedenen Fall nach Beweisaufnahme feststand, dass in der Zahlung selbst wohl die Billigung der Werkleistung zu sehen war. Dies nimmt die Rechtsprechung bei juristischen Laien indes nicht immer durchgängig an.

Oberlandesgericht Bamberg, Urteil vom 28.01.2016 - 1 U 146/15

3. Regelung der Gewährleistungsfrist im Abnahmeprotokoll?

Das Ausfüllen des Abnahmeprotokolls bei einer förmlichen Abnahme bietet Chancen und Risiken für beide Baubeteiligten. Während immer wieder Bauherren sich der etwaigen längeren vertraglichen Fristen dadurch begeben, dass sie ein Abnahmeprotokoll unterschreiben, in dem auf eine fünfjährige Gewährleistungsfrist und ein fixiertes Gewährleistungsende (eingesetztes Datum fünf Jahre minus einen Tag nach Abnahme) hingewiesen wird, hat im vom Oberlandesgericht Bamberg entschiedenen Fall der Auftraggeber die Gewährleistungsfrist für einige Mängel auf zehn Jahre verlängert und der Auftragnehmer dies ohne Widerspruch unterzeichnet.

Im konkreten Fall hatte der Auftraggeber ein Mehrfamilienhaus errichten lassen und für die Rohbauarbeiten einschließlich Fassade und Wärmedämmverbundsystem einen Unternehmer beauftragt. Für die Dachabdichtung war bereits im Vertrag eine Gewährleistungszeit von zehn Jahren vereinbart, für die übrigen Leistungen fünf Jahre. Bei der Abnahme steht im Abnahmeprotokoll eine verlängerte Gewährleistungsfrist für das Dach und plötzlich auch für die Fassade von zehn Jahren. Der Auftragnehmer unterschreibt. Nach sieben Jahren treten Mängel an der Fassade auf, die gerügt werden. Der Auftragnehmer beruft sich auf die Einrede der Verjährung.

Das Oberlandesgericht Bamberg sieht in den im Abnahmeprotokoll enthaltenen Regelungen Willenserklärungen und damit eine wirksame Verlängerung der Gewährleistungsfrist für die Fassadenarbeiten von fünf auf zehn Jahre (ohne zusätzliche Vergütung und ohne dass

dies im Ursprungsvertrag hätte kalkuliert werden können).

Die Einlassung des Auftragnehmers, dass er die Unterschrift ohne nähere Prüfung der Gewährleistungsfrist geleistet habe, ist denkbar ungeeignet, da eine Blankounterschrift den Unterzeichnenden bindet, also auch eine Unterzeichnung ohne sich über den Inhalt der Erklärung vorher versichert zu haben.

Ob diese Entscheidung im Ergebnis richtig ist, ist zumindest offen, andere Gerichte haben das auch so gesehen (OLG Düsseldorf IBR 2017, 193; Kammergericht IBR 2016, 625 oder OLG Braunschweig IBR 2013, 140), der Bundesgerichtshof allerdings hat auch schon entschieden, dass die Unterschrift des Auftragnehmers unter einer Abnahmeerklärung lediglich den Inhalt hat, dass er den Inhalt zur Kenntnis nimmt, nicht aber dass damit eine Vertragsänderung vereinbart werden sollte (BGH NJW 1987, 380, 381). Im Zweifel kommt es also auf die Auslegung des Abnahmeprotokolls an.

Wer bei dessen Ausfüllung aufpasst, hat die Probleme später nicht.

OLG Bamberg, Urteil vom 26.06.2018 - 5 U 99/15

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

ERBRECHT bekommen

- **Ärztliche Schweigepflicht bei der Ermittlung des Erblasserwillens?**

Das OLG Köln hatte sich mit Beschluss vom 15.05.2018 (2 Wx 202/18) mit der Frage zu befassen, ob sich ein Arzt im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens auf die ärztliche Schweigepflicht berufen kann. In diesem ging es um die Testierfähigkeit des Erblassers und der behandelnde Arzt sollte als Zeuge vernommen werden. Nachdem der Arzt sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen hat, fasste das Nachlassgericht den Beschluss, dass ihm ein solches nicht zustand. Die gegen diesen Beschluss eingelegte Beschwerde des Arztes hatte keinen Erfolg.

Zwar gilt die ärztliche Schweigepflicht auch über den Tod des Patienten hinaus und es kann nur der Patient selbst den Arzt von seiner Schweigepflicht entbinden. Postmortal ist wegen der höchstpersönlichen Natur der Schweigepflicht weder der Erbe noch ein naher Angehöriger zur Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht verpflichtet. Es kommt also darauf an, ob ein Wille des Erblassers erkennbar war, den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden. Ist dies nicht der Fall, ist dessen mutmaßlicher Wille zu ermitteln. Bei der Aufklärung der Testierfähigkeit ist nach der zutreffenden Auffassung des OLG Köln in der Regel von einem entsprechenden Interesse des Erblassers auszugehen, dass der Arzt zur Beantwortung der Frage, ob das Testament wirksam errichtet wurde, durch seine Aussage beiträgt.

Ärzte können sich demgemäß zwar grundsätzlich auch bei bereits verstorbenen Patienten auf die ärztliche Schweigepflicht berufen. Es ist dabei aber stets zu prüfen, ob eine Aussage nicht im erkennbaren oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen liegt. Geht es um die Frage der Testierfähigkeit des Erblassers wird regelmäßig zumindest ein dahingehender mutmaßlicher Wille zu bejahen sein und ist der behandelnde Arzt zu einer Aussage verpflichtet.

OLG Köln, Beschluss vom 15.05.2018 - 2 Wx 202/18

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Vorsorgevollmacht trifft Patchwork**

Es hat das LG Meiningen in einem Beschluss vom 05.03.2018 - (17) 4 T 31/18 sowie (18) 4 T 32/18, FamRZ 2018, 1260, über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Ein Mann war in zweiter Ehe verheiratet, aus erster Ehe ist eine Tochter hervorgegangen. Für die Tochter aus erster Ehe hat der Mann eine wirksame Vorsorgevollmacht errichtet. Nach Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit wurde durch die (zweite) Ehefrau geltend gemacht, diese allein könne ihren Ehemann in dessen Interesse vertreten, diese hat eine Kontaktaufnahme Dritter, auch der Tochter, mit dem Ehemann im Wesentlichen unterbunden und wesentliche Entscheidungen, z.B. auch zu einem Umzug, eigenmächtig an sich gezogen. Aufgrund dieses Verhaltens war die im Übrigen zur Vertretung geeignete und bevollmächtigte Tochter in der Ausübung der Vertretung gehindert.

Zunächst wurden Grundsätze der Rechtsprechung zur Vorsorgevollmacht wiederholt. Das Vorliegen einer wirksamen Vorsorgevollmacht

schließt die Anordnung einer Betreuung grundsätzlich aus. Soweit dies zur Kontrolle des Bevollmächtigten erforderlich ist, kann gleichwohl ein (Kontroll-) Betreuer eingesetzt werden. Allein der Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit, damit der Ausschluss einer eigenen Kontrolle des Bevollmächtigten durch den Vollmachtgeber, begründet jedoch nicht die Einsetzung eines (Kontroll-) Betreuers, da die Vollmacht gerade für diesen Fall errichtet wurde.

Es wurde sodann, entsprechend der Entscheidung in der Vorinstanz, bestätigt, dass trotz Eignung und Wille zur Übernahme der Vertretung durch den Bevollmächtigten, hier die Tochter des Mannes, die Einsetzung eines Betreuers erforderlich sein kann, soweit die Inanspruchnahme der Vollmacht durch einen Dritten massiv gestört wird. Diese Voraussetzung wurde hier angesichts des Verhaltens der zweiten Ehefrau, mit welcher der Mann weiter in häuslicher Gemeinschaft lebt, bejaht. Allerdings wurde auch der Grundsatz aufgestellt, dass der störende Dritte aus seinem Verhalten keinen Vorteil ziehen darf, sodass dessen Einsetzung als Betreuer ausscheidet. Es wurde deshalb im Ergebnis, entsprechend der Entscheidung in der Vorinstanzen, mangels sonst geeigneter Personen aus dem Kreis der Verwandten ein Berufsbetreuer eingesetzt.

Die Entscheidung zeigt, dass für den Fall der Errichtung einer Vollmacht zur Vermeidung einer Betreuung auch darauf geachtet werden muss, dass die Vollmacht mit der jeweils aktuellen Lebenssituation auch zusammenpasst.

LG Meiningen, Beschluss vom 05.03.201817-(4) T 31/18 sowie (18) 4 T 32/1

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

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT bekommen

Welches Organ ist für die Abänderung des Geschäftsführerdienstvertrages zuständig?

Der Kläger verlangt von der beklagten GmbH die Zahlung ausstehender Geschäftsführervergütung. Alleinige Gesellschafterin dieser GmbH ist eine GbR. Am 31.10.2014 wurde der Kläger als Geschäftsführer abberufen, ab Mai 2015 zahlte die GmbH dem Kläger keine Vergütung mehr. Auf eine Mahnung hin kündigte die GmbH den Dienstvertrag zum 31.07.2015, welche mit einer sofortigen Freistellung und einem Hausverbot verbunden war. Der Kläger selbst erklärte nach erneuter erfolgloser Mahnung seiner ausstehenden Vergütung im Juli 2015 seinerseits die fristlose Kündigung des Dienstvertrages. Mit der Klage wird unter anderem die Zahlung der aus dem Dienstvertrag geschuldeten Vergütung für die Zeit bis zum Zeitpunkt seiner Kündigung begehrt. Die GmbH wendet ein, dass es im März und/oder Mai 2015 eine Besprechung aller Gesellschafter der Alleingesellschafterin (der GbR) gab, in der mit dem Kläger die Einstellung der Vergütungszahlung vereinbart worden sei. Die Vorinstanz (das Oberlandesgericht Dresden) hält diesen Einwand für nicht schlüssig. Denn die GmbH habe bei einer etwaigen Abänderung des Dienstvertrages des Klägers nur durch ihren Geschäftsführer vertreten werden können, nicht aber durch die Gesellschafter ihrer Alleingesellschafterin (die GbR). Der Bundesgerichtshof erteilt dieser Ansicht eine Absage. Denn die Einwendung ist auf eine Änderung des Geschäftsführerdienstvertrages gerichtet. Zum Abschluss, zur Änderung und Beendigung dieses Dienstvertrages ist die Gesellschafterversammlung als Organ (sogenannte Annexkompetenz zu § 46 Nr. 5 GmbHG) zuständig. Eine Änderung des Dienstvertrages des abberufenen Geschäftsführers fällt erst dann unter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des (neuen) Geschäftsführers, wenn sich das ursprüngliche Geschäftsführerdienstverhältnis nach der Abberufung in ein gewöhnliches Anstellungsverhältnis umgewandelt hat. Denn dann besteht nicht die Gefahr, dass der die Kündigung aussprechende Geschäftsführer die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung einengen oder unterlaufen könnte. Demnach war die Einwendung der GmbH erheblich, ob eine einschlägige Änderungsvereinbarung im März oder Mai 2015 tatsächlich getroffen worden ist. Der Bundesgerichtshof hat daher das Urteil des Oberlandesgerichtes Dresden aufgehoben und an dieses zum Zweck weiterer Feststellungen zurückverwiesen.

Demnach ist bei Fehlen abweichender Satzungsbestimmungen die Gesellschafterversammlung für Abschluss, Änderung und Beendigung des Geschäftsführerdienstvertrages zuständig.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 03.07.2018 - II ZR 452/17

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

IT-RECHT bekommen

- **Veröffentlichung von Bildern unter der DSGVO**

  Das OLG Köln hat mit Beschluss vom 18.06.2018 (15 W 27/18) eine Erstentscheidung zur Zulässigkeit der Veröffentlichung von Bildern unter Geltung der DSGVO veröffentlicht. Schon das Anfertigen von Bildern selbst stellt eine Verarbeitung personenbezogener Daten dar und ist nur zulässig, wenn entweder eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt oder eine andere Rechtsgrundlage dies rechtfertigt. Bisher konnten nach § 23 KUG in folgenden Fällen Bilder auch ohne Einwilligung verbreitet werden, soweit nicht ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt wird:

  1. Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte;
  2. Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit erscheinen;
  3. Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben;
  4. Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, sofern die Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient.

  Das OLG Köln hat nunmehr entschieden, dass dies jedenfalls im journalistischen Bereich auch weiterhin gilt. Denn in Art. 85 DSGVO ist ein sogenanntes Medienprivileg geregelt, wonach insbesondere für die Verarbeitung zu journalistischen Zwecken Abweichungen oder Ausnahmen von den strengen Regelungen der DSGVO vorgesehen werden können. Eine solche Ausnahme ist nach Auffassung des OLG Köln in § 23 KUG zu sehen, weswegen jedenfalls im journalistischen Bereich bei Vorliegen der dort geregelten Voraussetzungen die Veröffentlichung von Bildern auch datenschutzrechtlich zulässig ist.

  Eine Entscheidung des BGH zu dieser Frage gibt es nicht, sodass bis dahin noch eine gewisse Unsicherheit herrscht. Offen ist im Übrigen, was für das Veröffentlichen von Bildern im nicht-journalistischen Bereich gilt. Zwar wird in Art. 85 DSGVO der journalistische Bereich besonders hervorgehoben, Ausnahmen sind aber auch im Zusammenhang mit dem Recht auf Meinungsäußerung und Informationsfreiheit vorgesehen. Insoweit vertritt jedenfalls das Bundesministerium des Inneren ebenfalls die Auffassung, dass die Veröffentlichung von Bildern jedenfalls in den Grenzen des § 23 KUG auch unter Geltung der DSGVO weiter zulässig ist (https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/it-digitalpolitik/datenschutz/datenschutzgrundvo-liste.html).

  OLG Köln, Beschluss vom 18.06.2018 - 15 W 27/18

- **Lieferzeitangaben bei noch nicht lieferbaren Produkten**

  Das OLG München (Urteil vom 17.05.2018 - 6 U 3815/17) hat entschieden, dass bei Vorbestellungen von Verbrauchern für noch nicht lieferbare Produkte die Angabe "bald verfügbar" nicht ausreichend ist. Vielmehr muss ein konkreter Lieferzeitpunkt genannt werden.

  Dem Urteil lag eine Klage der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen gegen den Betreiber des Online-Shops von Media Markt (die Media Markt E-Business GmbH) zugrunde. Auf der Shop-Seite wurde ein Smartphone Samsung Galaxy mit dem Hinweis "Der Artikel ist bald verfügbar. Sichern Sie sich jetzt Ihr Exemplar!" angeboten. Die dagegen gerichtete Klage der Verbraucherzentrale hatte bereits vor dem Landgericht München Erfolg. Dieses Urteil hat das OLG München nunmehr bestätigt und festgestellt, dass das Angebot wettbewerbswidrig war. Denn nach § 312d Abs. 1 BGB sind Unternehmer bei Fernabsatzverträgen verpflichtet, Verbraucher entsprechend Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 EGBGB unter anderem über den Termin, bis zu dem der Unternehmer die Waren liefern oder die Dienstleistung erbringen muss, zu informieren. Daher ist in der Regel ein fester Termin anzugeben, jedenfalls muss ein solcher aus den Angaben des Shop-Betreibers in zeitlicher Hinsicht bestimmbar sein. Dem genügt nach Auffassung des OLG München die Angabe, der Artikel sei "bald" verfügbar, nicht, da der Verbraucher mit dieser Angabe den Fälligkeitszeitpunkt bzw. den Ablauf einer Lieferfrist nicht bestimmen und den Unternehmer nicht in Verzug setzen kann, z.B. wenn es in der Folge zu einer Auslieferung der versprochenen bzw. vertraglich geschuldeten Ware nicht kommt. Dies gilt auch für zum Zeitpunkt des Bestellvorgangs noch nicht lieferbare Ware.

  Beim Angebot von Waren, die noch nicht lieferbar sind, ist daher Vorsicht geboten. Vorbestellungen sind grundsätzlich möglich, dann sollte aber ein Liefertermin angegeben werden. Ist dies nicht möglich, sollte es auch noch keine Bestellmöglichkeit geben.

  OLG München, Urteil vom 17.05.2018 - 6 U 3815/17

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

MIETRECHT
bekommen

- **Keine Fristsetzung erforderlich bei Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache**

Mit Urteil vom 27.06.2018 - XII ZR 79/17 - hat der für die Gewerbemiete zuständige XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs eine alte Streitfrage entschieden und geklärt, dass Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, vom Mieter - auch nach Beendigung des Mietverhältnisses - nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB als Schadensersatz neben der Leistung nach Wahl des Vermieters durch Wiederherstellung oder durch Geldersatz zu ersetzen sind, ohne dass es einer vorherigen Fristsetzung des Vermieters bedarf.

Der Vermieter verlangte vom Mieter nach einem beendeten Mietverhältnis Schadensersatz wegen behaupteter Beschädigungen der Mietsache. Der Vermieter vermietete dem Mieter eine Lagerfläche in einer Halle, in der dieser Rennsportfahrzeuge abstellte, wartete und reparierte. Nach Beendigung des Mietverhältnisses erhielt der Vermieter das Mietobjekt zurück. Der Vermieter behauptet, der Mieter habe das Mietobjekt in beschädigtem Zustand zurückgegeben. Der Fußboden der Halle sei durch Abtropfen von Schmierstoffen und Chemikalien sowie durch das Belassen von Sand, Split und Öl verschmiert, kontaminiert und massiv beschädigt gewesen. Zudem hätten sich an der Wand Verschmutzungen von verschmierten Fingern bzw. Händen befunden. Zur Beseitigung dieser Schäden habe der Vermieter EUR 2.902,09 aufwenden müssen. Eine Frist zur Beseitigung der behaupteten Mängel hatte der Vermieter dem Mieter nicht gesetzt.

Die Vorinstanzen hatten die Klage des Vermieters mit der Begründung abgewiesen, der Vermieter habe dem Mieter eine Frist zur Beseitigung der behaupteten Mängel setzen müssen. Da dies unterblieben sei, stünde dem Vermieter kein Schadensersatzanspruch zu. Diese Rechtsauffassung wird vom Bundesgerichtshof nicht geteilt. Im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung ist umstritten, ob der Vermieter bei Beschädigungen der Mietsache, die der Mieter durch Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs schuldhaft herbeigeführt hat oder die ihm zugerechnet werden können, nach der Rückgabe der Mietsache Schadensersatz unmittelbar nach § 280 Abs. 1 BGB (*"Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat."*) verlangen kann oder sich der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB ergibt mit der Folge, dass der Vermieter dem Mieter zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen muss. Der Bundesgerichtshof entscheidet diese Streitfrage dahingehend, dass Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, auch nach Beendigung des Mietverhältnisses nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB als Schadensersatz neben der Leistung nach Wahl des Vermieters durch Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder durch Geldzahlung (§ 249 Abs. 2 BGB) vom Mieter zu ersetzen sind, ohne dass es einer vorherigen Fristsetzung des Vermieters bedarf.

Die vom Bundesgerichtshof gelieferte Begründung und Abgrenzung, wann es bei Schäden einer Fristsetzung bedarf und wann nicht, ist dogmatische Hochseilakrobatik. Bei einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB ist eine Fristsetzung erforderlich, nicht aber bei dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass bei der Verletzung einer Leistungspflicht eine Fristsetzung erforderlich ist, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen, während die Verletzung einer in § 241 Abs. 2 BGB (*"Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten."*) geregelten vertraglichen Nebenpflicht zu einem Schadensersatzanspruch führt, ohne dass es einer Fristsetzung bedarf. Der Bundesgerichtshof legt dar, bei der Verpflichtung des Mieters, die ihm überlassenen Mieträume in einem dem vertragsgemäßen Gebrauch nach Maßgabe von § 538 BGB entsprechenden Zustand zu halten, insbesondere die Räume aufgrund der aus der Besitzübertragung folgenden Obhutspflicht schonend und pfleglich zu behandeln sowie alles zu unterlassen, was zu einer von § 538 BGB (*"Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten".*) nicht mehr gedeckten Verschlechterung führen kann, handle es sich um eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB, deren Verletzung allein nach den in § 280 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht begründet. Eine Fristsetzung ist also nicht erforderlich. Dies gilt nicht nur für das laufende Mietverhältnis, sondern auch nach dessen Beendigung. Denn der Zustand, in dem sich die Mietsache bei ihrer Rückgabe befindet,

ist für die allein in der Rückgabe selbst bestehende Leistungspflicht ohne Bedeutung. § 546 Abs. 1 BGB enthält keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Mietsache zurückzugeben ist.

Die auf den Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB uneingeschränkt anwendbare Bestimmung des § 249 BGB räumt dem Geschädigten die Wahlmöglichkeit ein zwischen der in Absatz 1 vorgesehene Naturalrestitution und dem in Absatz 2 S. 1 geregelten Zahlungsanspruch auf den zur Wiederherstellung der beschädigten Sache erforderlichen Geldbetrag. Der Vermieter kann deshalb nach seiner Wahl Naturalrestitution und oder direkt Geldersatz gemäß § 249 BGB verlangen.

Die Vorinstanzen haben die Klage somit unzutreffend mit der fehlerhaften Begründung abgewiesen, es sei eine Fristsetzung erforderlich gewesen. Der Bundesgerichtshof hebt das angefochtene Berufungsurteil deshalb auf und weist die Sache zurück, damit geklärt wird, ob die vom Vermieter geltend gemachten Beschädigungen der Mietsache vorlagen und gegebenenfalls ob der Mieter diese zu vertreten hat.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 27.06.2018 - XII ZR 79/17

- **Wahrung der Schriftform bei Verwendung eines Betriebsstempels**

Die Parteien eines gewerblichen Mietvertrags streiten vor dem Oberlandesgericht Rostock um die Frage, ob das Mietverhältnis wegen Nichteinhaltung des Schriftformerfordernisses gemäß § 550 BGB aufgrund einer aus Sicht des Vermieters unzureichenden Unterzeichnung der Mietvertragsurkunde ordentlich kündbar war. Mieter ist ein wirtschaftlicher Verein. Im Rubrum des Mietvertrags werden die drei Vertretungsberechtigten des Vereins aufgezählt. Es haben aber nur zwei Vertretungsberechtigte den Mietvertrag unterschrieben. Allerdings wurde neben den Unterschriften der zwei Vertretungsberechtigten ein Betriebstempel aufgebracht. Dies genügt nach Auffassung des Oberlandesgerichts Rostock zur Wahrung der Schriftform.

Die gesetzliche Schriftform fordert grundsätzlich, dass eine Urkunde von allen Beteiligten eigenhändig unterschrieben ist. Hieraus hat der Bundesgerichtshof abgeleitet, dass bei einer Personenmehrheit alle an dieser beteiligten Personen den Vertrag unterzeichnen müssen. Will hiervon abweichend eine der Personen eine oder mehrere andere Personen, die ebenfalls den Vertrag unterzeichnen müssen, vertreten, müsse dies durch einen Vertretungszusatz kenntlich gemacht werden, der erkennen lässt, dass der Vertreter eine entsprechende Vertretungsmacht für sich in Anspruch nehmen will und nicht der Fall vorliege, dass noch eine Unterschrift unter dem Vertrag fehle, dieser also unvollständig sei (BGH NJW 2002, 3389 für die Erbengemeinschaft und OLG Köln ZMR 2015, 446 für die Grundeigentümergemeinschaft). Ebenso verhält es sich bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nach dem Grundgedanken des Gesetzes von ihren Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten wird (BGH NJW 2004, 1103). Auch für die Aktiengesellschaft hat der BGH aufgrund der in § 78 Abs. 2 AktG geregelten Gesamtvertretungsbefugnis die Unterschriften aller Vorstandsmitglieder oder für den Fall, dass ein oder mehrere Vorstandsmitglieder den Vertrag nicht unterzeichnen, wiederum einen die Vertretung deutlich machenden Zusatz gefordert (BGH NJW 2010, 1453). In jenem Fall war im Rubrum einer Zusatzvereinbarung angegeben worden, dass die Aktiengesellschaft durch zwei namentlich benannte Vorstandsmitglieder vertreten werde. Die Vereinbarung unterzeichnet hatte hingegen nur eine der beiden, ohne einen Vertretungszusatz hinzu zu setzen. Werde hingegen im Vertragsrubrum keine Angabe zu den Vertretungsverhältnissen einer Aktiengesellschaft gemacht, bedürfe es auch bei Unterzeichnung nur durch ein Vorstandsmitglied keines Vertretungszusatzes, da der Eindruck der Unvollständigkeit nicht entstehen könne (BGH NJW 2015, 2034). Ein solcher die Vertretung kennzeichnender Zusatz kann in der Verwendung des Kürzel "i.V." liegen (BGH NJW 2010, 1453). Ebenso kommt der Zusatz "i. A." in Betracht (OLG Brandenburg MDR 2011, 1032). Aufgrund der Bedeutung von Firmenstempel im Geschäftsverkehr genügt es aber auch, wenn der Unterschrift einer natürlichen Person ein Betriebsstempel beigedrückt wird, um deutlich zu machen, dass der Unterzeichnende die Vertretungsmacht für die Vertragspartei für sich in Anspruch nimmt und daher auch in Vertretung des nicht bezeichneten Vertretungsberechtigten den Vertrag unterzeichnet hat (BGH NZM 2013, 271; BGH NJW 2015, 2034). In Anwendung dieser insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geprägten Grundsätze war nach Auffassung des Oberlandesgerichts Rostock im zu entscheidenden Fall die gesetzliche Schriftform gewahrt.

Im Rubrum des Mietvertrags heißt es zur Bezeichnung des Mieters:

"L. B. … , diese vertreten durch: Dr. W. C. (Geschäftsführer), M. J. (Geschäftsführer) und Dr. M. H. (Geschäftsführer)".

Das Oberlandesgericht Rostock führt zunächst aus, dass dies erkennen lässt, wer Vertragspartner sein soll. Zusätzlich gibt die Formulierung wieder, dass der Mieter durch drei Geschäftsführer vertreten wird, obgleich es für die Schriftform nicht erforderlich ist, dass aus der Urkunde deutlich wird, woher der Vertreter

seine Vertretungsmacht herleiten will. Zwar ist der Vertrag nur von den Herren C. und J. unterschrieben worden. Gleichwohl weist die vorgedruckte Unterschriftenleiste wiederum die drei im Vertragsrubrum angegebenen Herren mit dem Zusatz Geschäftsführer aus. Durch den beigedrückten Stempel des Mieters haben die Herren J. und C. jedoch zum Ausdruck gebracht, für den Mieter vertretungsbefugt zu sein und dabei Herrn H. vertreten zu wollen, weil durch den Stempelaufdruck der Eindruck vermittelt wird, dass der Vertragsschluss für vollendet zu erachten ist. Somit haben sie einen hinreichenden Vertretungszusatz beigefügt, denn der Eindruck einer Unvollständigkeit wird gerade durch das Anbringen des Firmenstempels vermieden. Darauf, ob ihnen die ausgewiesene Vertretungsmacht tatsächlich zustand, kommt es für die Wahrung der Schriftform nicht an (BGH NJW 2015, 2034).

OLG Rostock, Beschluss vom 12.07.2018 - 3 U 23/18 -

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

VERKEHRSRECHT bekommen

Volle Haftung, trotzdem gekürzte Zahlung

Im Rahmen der Regulierung von Unfallschäden an Kraftfahrzeugen ist eine Vielzahl von Kriterien zur Bemessung des richtigen Ersatzanspruches zu beachten. Insoweit ist, durch die Rechtsprechung gebilligt, im Falle einer lediglich fiktiven Berechnung des Schadensersatzanspruches, auf Grundlage eines Gutachtens oder eines Kostenvoranschlages, für den Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherung die Grundlage für Kürzungen eröffnet, jedenfalls soweit das Fahrzeug älter als drei Jahre ist.

Es war nunmehr durch das Amtsgericht Gelnhausen in einem Urteil vom 11.05.2018 - 53 C 902/16 (73) jedoch darüber zu entscheiden, ob bei klarer Haftungslage, welche auch unstreitig war, im Falle der Vorlage einer konkreten Reparaturrechnung, welche auch bezahlt worden ist, ebenfalls eine detaillierte Überprüfung im Prozess, mit möglichen Kürzungen, in Betracht kommt. Im Ergebnis wurde dies von Seiten des Amtsgerichts Gelnhausen, in Übereinstimmung mit einer Vielzahl weiterer Gerichte, sowie unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abgelehnt. In dem vorliegenden Fall wurde darauf verwiesen, dass ein Gutachten vorlag, auf dem insoweit vorgegebenen Reparaturweg auch im Rahmen der diesbezüglich kalkulierten Kosten konkret repariert wurde, mit Vorlage der Rechnung, welche auch bezahlt war. Da es keine Anhaltspunkte dafür gab, dass der Geschädigte den Gutachter und/oder die Werkstatt fehlerhaft ausgewählt hat bzw. dass insoweit offensichtlich nicht erforderliche oder nicht unfallabhängige Arbeiten ausgeführt wurden, genügte der Verweis auf die Rechnung, um hierauf gestützt den Schadensersatzanspruch zu begründen, ohne gutachterliche Überprüfung im Verfahren. Im Ergebnis besteht im Falle einer konkreten Rechnung, nach verbreiteter Meinung auch unabhängig davon, ob diese bereits voll bezahlt ist oder nicht, die Vermutung, dass der diesbezügliche Aufwand auch erforderlich war.

Bei Beschädigung eines Kraftfahrzeuges durch einen Unfall ist stets mit Kürzungen durch die gegnerische Versicherung zu rechnen, hier ist anhand der konkreten Sachlage zu überprüfen, ob dies gegebenenfalls akzeptiert werden muss oder noch Handlungsmöglichkeiten bestehen.

Amtsgericht Gelnhausen, Urteil vom 11.05.2018 - 53 C 902/16 (73)

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

WEG-RECHT bekommen

Kann Beseitigung einer Verschattungsanlage verlangt werden?

Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Kläger sind Sondereigentümer der Wohnungseinheit Nr. 2, die Beklagten Sondereigentümer der Einheiten Nr. 1, 3 und 4. In der Eigentümerversammlung vom 01.06.2012 wurde ein Mehrheitsbeschluss gefasst, wonach den Eigentümern gestattet wurde, an ihren Türen und Fenstern hofseitig fachgerecht Jalousien, Lamellen und feste Verschattungsanlagen zu installieren. Angebote zur technischen Lösung sollten von dem Verwalter eingeholt werden. Über die Ausführung und Realisierung sollte nach Angebotsvorlage durch Beschluss entschieden werden. Im September 2013 ließen die Beklagten an der Hofseite ihrer Wohnungen Außenjalousien anbringen. Die Kläger verlangen die Beseitigung der Jalousien. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, auch das Landgericht verneinte die Erfolgsaussichten und hat die Berufung zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hebt das Urteil des Landgerichtes auf und verweist die Angelegenheit an das Berufungsgericht zurück. Der Bundesgerichtshof beanstandet die Feststellung, dass die Voraussetzungen einer bauli-

chen Veränderung nach § 22 WEG, welche Voraussetzung eines Beseitigungsanspruches gemäß § 1004 BGB ist, nicht feststünden. Das Landgericht hat diese Voraussetzung nämlich mit der Begründung verneint, die Verschattungsanlage sei zur Herstellung eines ordnungsgemäßen Erstzustandes der Anlage erforderlich gewesen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine bauliche Veränderung nach § 22 Abs. 1 WEG nicht vor, wenn die Maßnahme der erstmaligen plangerechten Herrichtung des Gemeinschaftseigentums dient. Hierbei handelt es sich nämlich um eine Instandhaltungsmaßnahme, welche von jedem Wohnungseigentümer verlangt werden kann und welche einen Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 Absatz 1 S. 1 BGB ausschließt.

Für die Bestimmung des ordnungsmäßigen Anfangszustandes des Gemeinschaftseigentums ist in erster Linie der Teilungsvertrag i.V.m. dem Aufteilungsplan maßgebend. Der Aufteilungsplan soll sicherstellen, dass dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen wird, indem er die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe des Sondereigentums und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich macht. Wenn die tatsächliche Bauausführung von dem Aufteilungsplan abweicht, muss die eindeutige sachenrechtliche Abgrenzung des Sondereigentums hergestellt werden. Dies geschieht dadurch, indem die Bauausführung an den Aufteilungsplan angeglichen wird oder - wenn dies nicht zumutbar ist - der Aufteilungsplan geändert wird. Auf die eine oder die andere Weise können und müssen die Bauausführung und der Aufteilungsplan zur Übereinstimmung gebracht werden.

Zur erstmaligen Herstellung des Gemeinschaftseigentums gehört auch die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Anforderungen des gemeinschaftlichen Eigentums. Dazu zählt z.B. die bauordnungsrechtlich vorgeschriebene Herstellung eines zweiten Rettungsweges. Zu solchen öffentlich-rechtlichen Anforderungen zählt aber nicht allein eine "allgemeine Baubeschreibung" als Bestandteil der Baugenehmigung, in welcher zu lesen ist, dass es "im vorgelagerten Stahlrahmen noch Jalousien zur Verschattung gibt". Denn das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Anbringung der Jalousien tatsächlich nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften bzw. nach der Baugenehmigung erforderlich war. Da die Parteien des Rechtsstreites nicht die Baugenehmigung selbst nebst allen relevanten weiteren Anlagen vorgelegt haben, konnte der Bundesgerichtshof hierzu keine Feststellungen treffen, weshalb die Verweisung an das Berufungsgericht erfolgte.

Der Bundesgerichtshof stellt auch fest, dass die Klage derzeit noch nicht wegen des Beschlusses der Wohnungseigentümer vom 01.06.2012 unbegründet ist. Aus diesem Beschluss können die Beklagten bislang keine Duldung der Anbringung der Jalousien ableiten. Denn es fehlen Feststellungen dazu, ob der Beschluss tatsächlich wirksam zustande gekommen und unanfechtbar geworden ist. Sollte dies festgestellt werden, würden die Kläger allerdings dann zur Duldung verpflichtet sein. Denn in diesem Beschluss ist den Eigentümern gestattet worden, an ihren Türen und Fenstern hofseitig fachgerecht Jalousien anzubringen. Zwar wurde am 01.06.2012 die konkrete Ausführung noch nicht beschlossen. Es wurde aber das "Ob" des Anbringens einer Verschattungsanlage und damit eine verbindliche Regelung getroffen, die Duldungspflichten auslöst und damit Beseitigungsansprüche ausschließt. Auch diese Frage der Wirksamkeit dieses Beschlusses wird das Landgericht zu klären haben. Demnach wird die Klage auf Beseitigung keinen Erfolg haben, wenn die Kläger aufgrund des Beschlusses vom 01.06.2012 zur Duldung verpflichtet sind. Wird dies dagegen verneint, wird das Landgericht die öffentlich-rechtliche Erforderlichkeit der Anbringung der Jalousien zu überprüfen haben. Wird die Erforderlichkeit bejaht, so entfällt ebenfalls ein Beseitigungsanspruch.

Wenn auch die öffentlich-rechtliche Erforderlichkeit verneint wird, hat dies jedoch noch nicht den Erfolg eines Beseitigungsanspruches zur Folge. Denn dann müsste noch festgestellt werden, ob ein Nachteil im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG vorliegt. Denn nach § 1004 BGB i.V.m. § 22 Abs. 1 WEG kann nur die Beseitigung von nachteiligen baulichen Veränderungen verlangt werden. Nachteilig ist jede nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung. Entscheidend ist, ob sich nach der Verkehrsanschauung ein Wohnungseigentümer in der entsprechenden Lage sich verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann. Bei dieser Beurteilung können auch bauliche Besonderheiten der Wohnanlage zu berücksichtigen sein.

Im Ergebnis reicht es somit nicht aus, dass baulich am Gebäude etwas verändert wird, um Beseitigungsansprüche auszulösen. Vielmehr ist die Erfüllung vielschichtiger Voraussetzungen erforderlich, um etwaige Ansprüche tatsächlich durchzusetzen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 20.07.2018 - V ZR 56/17