# SRF-Newsletter 2/2019

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

ARBEITSRECHT bekommen

## Empfohlene/notwendige Reaktion auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Verfall von Urlaubsansprüchen

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 06.11.2018 (wir berichteten hierüber im Newsletter 11/2018) festgestellt, dass an den Arbeitgeber höhere Anforderungen gestellt werden, um die Inanspruchnahme des Urlaubs durch Arbeitnehmer zu ermöglichen, als dies bisher nach deutscher Rechtsprechung der Fall war.

Der Arbeitgeber muss nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs konkret und in völliger Transparenz dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn erforderlichenfalls förmlich auffordert, dies zu tun und ihm klar und rechtzeitig mitteilt, dass der Urlaub, wenn er ihn nicht nimmt, am Ende des Bezugszeitraums oder eines zulässigen Übertragungszeitraums verfallen wird, ansonsten der Verfall nicht eintritt.

Da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zwingen kann, seinen Urlaub tatsächlich zu nehmen, muss er für einen Organisationsrahmen sorgen, in dem der Urlaub tatsächlich genommen werden kann und den Arbeitnehmer auffordern, den Urlaub zu nehmen.

In der Literatur wird hierzu nun vertreten, dass es sich für Arbeitgeber rechtzeitig vor Jahresende empfiehlt, in einer Rundmail an alle Arbeitnehmer darauf hinzuweisen, dass die Urlaubsansprüche noch genommen werden sollen/müssen, ansonsten verfallen, sofern und soweit das “unbegrenzte“ Ansammeln von Urlaubsansprüchen in Unternehmen nicht gewünscht ist.

Es empfiehlt sich möglicherweise, ein solches Musterschreiben zu erstellen. Sofern Sie hierzu Rückfragen haben, melden Sie sich gerne.

EuGH, Urteil vom 06.11.2018 - C-684/16

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

ERBRECHT bekommen

## Die Verjährung des Auskunftsanspruchs des Pflichtteilsberechtigten

Der Pflichtteilsberechtigte hat gemäß § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB Anspruch gegen den Erben auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses. Danach ist der Erbe verpflichtet, ein (privates) Nachlassverzeichnis aufzustellen. Daneben kann der Pflichtteilsberechtigte auch verlangen, dass das Verzeichnis durch einen Notar aufgenommen wird (§ 2314 Abs. 1 S. 3 BGB). Die Erstellung eines notariellen Verzeichnisses kann der Berechtigte auch neben dem privatschriftlichen Verzeichnis verlangen. Dies bietet für den Erben z.B. den Vorteil, dass der Notar zu Ermittlungen verpflichtet und in der Lage ist, die der Erbe möglicherweise ansonsten nicht selbst vornimmt. Mit Urteil vom 31.10.2018 hat nunmehr der BGH (IV ZR 313/17) zur Frage Stellung genommen, inwieweit der Anspruch auf Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses verjährt, wenn in einem gerichtlichen Verfahren zunächst nur der Auskunftsanspruch durch ein privatschriftliches Verzeichnis geltend gemacht wurde.

Im Streitfall hatte der Kläger eine sogenannten Stufenklage erhoben und in der ersten Stufe nur die Erstellung eines privatschriftlichen Nachlassverzeichnisses verlangt. Dadurch wurde insoweit die Verjährung gehemmt. Im laufenden Verfahren wurde der Auskunftsantrag dann umgestellt und die Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses begehrt. Zum Zeitpunkt der Umstellung der Anträge wäre der Anspruch auf Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses verjährt gewesen, sodass sich der BGH mit der Frage befassen musste, ob mit der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs auf Erstellung des privatschriftlichen Nachlassverzeichnisses auch die Verjährung des Anspruchs auf das notarielle Verzeichnis gehemmt wurde. Dies hat der BGH insbesondere mit der Begründung bejaht, dass es sich dabei um wesensgleiche Rechte handelt. Denn Schuldner des Verzeichnisses ist jeweils der Erbe und dieses soll dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen, Informationen über den Bestand des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls und die ergänzungspflichtigen Schenkungen zu erlangen um so seinen Pflichtteilsanspruch berechnen zu können.

Die Klägerin hatte damit vorliegend Glück und konnte den ansonsten verjährten Anspruch auf Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses noch geltend machen. Dies kann durchaus entscheidende Informationen liefern, sodass der Anspruch nicht vergessen werden sollte, auch wenn die Erstellung eines solchen Verzeichnisses bei Notaren nicht auf große Gegenliebe stößt.

BGH, Urteil vom 31.10.2018 - IV ZR 313/17

- **Zur Dauer der Ausschlagungsfrist**

Der Erbe kann die Erbschaft grundsätzlich innerhalb von 6 Wochen ausschlagen. Die Frist beginnt dabei mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe vom Erbfall Kenntnis erlangt hat. Bei einer Verfügung von Todes wegen beginnt die Frist nicht vor deren Bekanntgabe durch das Nachlassgericht. Für Sachverhalte mit Auslandsberührung sieht § 1944 Abs. 3 BGB eine Verlängerung der Frist vor. Dies gilt zum einen, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland hatte, zum anderen aber auch, wenn sich der Erbe bei Beginn der Frist im Ausland aufhält. Der BGH hat nunmehr mit Urteil vom 16.01.2019 (IV ZB 20/18) entschieden, dass dafür ein Tagesausflug von wenigen Stunden nicht ausreicht, wenn der Erbe planmäßig noch am selben Tag an seinen Wohnort im Inland zurückkehrt.

Der Fall wies dabei die Besonderheit auf, dass der Erbe minderjährig war. In diesem Fall kommt es nicht auf dessen Kenntnis sondern auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters (in der Regel also die Kenntnis der Eltern) an. Die Frist zur Ausschlagung beginnt in diesen Fällen erst mit dem Zeitpunkt, zu dem der letzte gesetzliche Vertreter erstmals Kenntnis von dem Erbfall erlangt hat. Im Streitfall war aber die Sechswochenfrist längstens abgelaufen und es war zu entscheiden, ob die Tatsache, dass sich die Eltern des minderjährigen Erben am Tag des Zugangs des Schreibens des Nachlassgerichts aufgrund eines Tagesausflugs im Dänemark befanden, dem entgegensteht. Dies ist nach zutreffender Begründung des BGH nicht der Fall. Ausreichend für einen Aufenthalt ist nach § 1944 Abs. 3 BGB zwar ein tatsächliches Verweilen an einem bestimmten Ort mit einer gewissen Verweildauer. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung geht es aber insbesondere darum, die Kommunikationsproblemen Rechnung zu tragen, die sich für den Erben ergeben, wenn er sich im Zeitpunkt des Fristbeginns im Ausland aufhält, er also die maßgeblichen Informationen über den Erbfall und dessen tatsächliche sowie rechtliche Auswirkungen nur unter besonderen Schwierigkeiten erlangen kann. Dass es zu solchen Schwierigkeiten aufgrund eines Tagesausflugs kommen kann, ist aber nicht ersichtlich, sodass für eine verlängerte Ausschlagungsfrist keine Rechtfertigung besteht.

Klargestellt ist damit, dass jedenfalls ein Tagesausflug nicht dazu führt, dass die Ausschlagungsfrist statt sechs Wochen sechs Monate beträgt. Offen ist aber, wie der Fall ausgegangen werden, wenn der Ausflug länger gedauert hätte, insbesondere also bei einer oder mehreren Übernachtungen im Ausland. Welche Verweildauer insoweit maßgeblich ist, lässt sich der BGH-Entscheidung leider nicht entnehmen, sodass aus Gründen der Sicherheit also in jedem Fall dann, wenn eine Ausschlagung in Betracht zu ziehen ist, diese innerhalb von sechs Wochen erfolgen sollte, wenn sich der Erbe nur kurzfristig im Ausland aufgehalten hat.

BGH, Urteil vom 16.01.2019 - IV ZB 20/18

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Begutachtung in Umgangs- und Sorgerechtsverfahren/Gutachterkosten**

Es hatte sich das OLG Nürnberg in einem Beschluss vom 22.08.2018 - 11 WF 900/18 (FamRZ 2019, 130) in einem Beschwerdeverfahren mit der Inanspruchnahme der Verfahrensbeteiligten auf hälftige Kosten einer Begutachtung in einem abgeschlossenen Umgangsverfahren zu befassen. Kern der Überprüfung war letztlich, ob die abgerechneten Gutachterkosten angemessen bzw. begründet sind, deshalb so hingenommen werden müssen.

Für ein schriftliches Gutachten zur Klärung der Frage, inwieweit ein Umgangskontakt zwischen dem Vater (Antragsteller) und seinem zum Beginn des Verfahrens achtjährigen Kind dem Kindeswohl entspricht, wurden Kosten von insgesamt EUR 12.108,99 in Rechnung gestellt zuzüglich Kosten für eine mündliche Erörterung von EUR 476,00, EUR 297,50 und nochmals EUR 476,00. Neben hälftigen Gerichtskosten von EUR 73,00 wurden die hälftigen Gutachterkosten durch die Staatskasse angefordert, aufgrund Kostenaufhebung, insgesamt EUR 6.715,75.

In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere Umgangsverfahren, wurde von Seiten des OLG Nürnberg zugrunde gelegt, dass bis zu einem Kostenbetrag von EUR 9.000,00, ohne Fahrtkosten, die Aufwendungen für ein Gutachten nicht überdurchschnittlich

hoch seien, jedenfalls ohne Anzeigeverpflichtung des Gutachters. Dabei hat der Senat auf einen parallelen Fall verwiesen, bei welchem für das schriftliche Gutachten EUR 15.000 abgerechnet worden seien und tendenziell aufgrund der höheren fachlichen Anforderungen zur Begründung von Gutachten eine deutliche Steigerung der Kosten seit dem Jahr 2015 allgemein festzustellen sei.

Bei einem Umgangsverfahren ist stets mit Kostenaufhebung (jeder trägt die hälftigen Gerichtskosten und eigene Anwaltskosten) zu rechnen. Auch im Vergleichsfalle und bei Beteiligung eines sogenannten Verfahrensbeistandes („Anwalt des Kindes") beläuft sich das Kostenrisiko ohne Gutachten auf ca. EUR 1.200,00. Damit ist die Frage, ob eine Begutachtung durch das Gericht beauftragt wird oder nicht hinsichtlich der Verfahrenskosten entscheidend, das Kostenrisiko wird bei Beauftragung eines Gutachtens ca. verfünffacht. Dabei ist der Erkenntnisgewinn für die Entscheidung des Gerichts oft eher gering.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.08.2018 - 11 WF 900/18

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

IT-RECHT bekommen

## Datenschutzrechtliche Konsequenzen des Brexit

Im Hinblick auf den am 30.03.2019 bevorstehenden Austritt von Großbritannien aus der EU stellen sich auch datenschutzrechtliche Fragen. Denn unabhängig davon, ob es zu einem geregelten oder ungeregelten Austritt kommt, wird Großbritannien dadurch zu einem sogenannten "Drittland" im Sinne der DSGVO. Während die DSGVO davon ausgeht, dass innerhalb der EU ein einheitliches Datenschutzniveau besteht, weswegen der innergemeinschaftliche Datentransfer privilegiert ist, gilt dies für sogenannte Drittländer nicht. Unternehmen sollten daher prüfen, ob Sie selbst oder von Ihnen beauftragte Dienstleister/Auftragsverarbeiter Niederlassungen in Großbritannien haben oder dort personenbezogene Daten verarbeiten.

Bejahendenfalls sind die Besonderheiten für die Datenübermittlung in Drittländer zu berücksichtigen also insbesondere:

1. Es bestehen erweiterte Informationspflichten. So sind Betroffene gemäß Art. 13 Abs. 1f DSGVO und Art. 14 Abs. 1f DSGVO über die Übermittlung der Daten in ein Drittland zu informieren.
2. Verlangt ein Betroffener Auskunft über die zu ihm gespeicherten Daten, muss die Auskunft auch die Übermittlung von Daten in Drittländer erfassen (Art. 15 Abs. 1c und Abs. 2 DSGVO).
3. Die Übermittlung von Daten in Drittländer ist gemäß Art. 30 Abs. 1d und g sowie Abs. 2c DSGVO in das Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten aufzunehmen.
4. Es ist ggf. eine Datenschutz-Folgeabschätzung erstmals durchzuführen oder eine bereits erfolgte Datenschutz-Folgeabschätzung zu überprüfen.
5. Es sind die besonderen Voraussetzungen der Datenübermittlung an Drittländer gemäß Art. 44 ff. DSGVO zu berücksichtigen. Danach sind geeignete und angemessene Garantien erforderlich, die in folgender Form nachgewiesen werden können:
   - **Standarddatenschutzklauseln:** die EU-Kommission hat drei Beschlüsse mit Standardvertragsklauseln erlassen, die über ihre Website (https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/model-contracts-transfer-personal-data-third-countries_en) abrufbar sind,
   - **Verbindliche interne Datenschutzvorschriften:** verbindliche Datenschutzvorschriften, die innerhalb einer Unternehmensgruppe gelten und von der zuständigen Datenschutzbehörde genehmigt wurden,
   - genehmigte **Verhaltensregeln** in Verbindung mit verbindlichen und durchsetzbaren Verpflichtungen der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter im betroffenen Drittland,
   - genehmigte **Zertifizierungsverfahren** in Verbindung mit verbindlichen und durchsetzbaren Verpflichtungen der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter im betroffenen Drittland.

Ob diese Garantien tatsächlich erforderlich werden, hängt aber natürlich auch davon ab, ob es überhaupt zu einem Austritt kommt und in welcher Form. Es besteht noch die Möglichkeit, dass sich die EU und Großbritannien im Wege eines internationalen Abkommens über eine Rechtsrahmen für die Übermittlung personenbezogener Daten einigen, das ist aber im Hinblick auf das Scheitern der Verhandlungen unwahrscheinlich. Auch dürfte es nahezu ausgeschlossen sein, dass die EU-Kommission vor dem Austritt noch einen Angemessenheitsbeschluss im Sinne des Art. 45 DSGVO erlässt, mit welchem Sie feststellen könnte, dass in Großbritannien ein angemessenes Datenschutzniveau herrscht

und die Datenübermittlung daher keiner weiteren Genehmigung oder Garantien bedarf. Vor diesem Hintergrund sollten Unternehmen also, wenn sie Daten nach Großbritannien übermitteln und dies auch zukünftig beabsichtigen, tätig werden und dafür sorgen, schnellstmöglich die erforderlichen Garantien zu schaffen, da die Datenübermittlung ansonsten ab dem 30.03.2019 rechtswidrig ist und z.B. mit einem Bußgeld durch die Datenschutzbehörde geahndet werden kann.

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

MIETRECHT bekommen

- **Umlagefähigkeit der Kosten einer Lüftungsheizung bzw. Wärmerückgewinnungsanlage**

  Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hat sich mit Urteil vom 19.04.2018 - 2 U 57/17 - mit der Problematik der Umlagefähigkeit der Kosten einer Lüftungsheizung bzw. Wärmerückgewinnungsanlage befasst. Nach dem Mietvertrag waren die in der Anlage 3 zu § 27 II. Berechnungsverordnung genannten Betriebskosten umlagefähig. Strittig war die Frage, ob nach diesen Bestimmungen die Stromkosten einer Lüftungsheizung bzw. Wärmerückgewinnungsanlage umlagefähig sind. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main kommt zum Ergebnis, dass die im Zuge der Verwendung einer Einrichtung zur Wärmerückgewinnung bei raumlufttechnischen Anlagen im Sinne des § 15 Abs. 5 EnEV anfallenden Stromkosten Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage in Form des Betriebsstroms seien und damit umlagefähig sind. Die gänzliche oder teilweise Beheizung eines Gebäudes über eine Lüftungsheizung folge aus dem Betrieb der zentralen Heizungsanlage gemäß §§ 7 Abs. 2 Heizkostenverordnung, 2 Nr. 4 a Betriebskostenverordnung. Das gelte auch dann, wenn diese nur eine Mindesttemperatur herstellt und das Gebäude zudem über Heizkörper erwärmt wird.

  Das Oberlandesgericht Frankfurt meinte weiter, der durch eine Lüftungsheizung sowie eine Einrichtung zur Wärmerückgewinnung bei der Gebäudebe- und -entlüftung entstehende Verbrauch unterliege gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 b Heizkostenverordnung keiner Erfassungs- und Verteilungspflicht nach §§ 5, 6 Heizkostenverordnung, soweit eine Regulierung der Temperatur durch die Nutzer nicht möglich oder eine Ausstattung unwirtschaftlich ist und hierüber Energieeinsparungen, die den Erfassungsaufwand übersteigen, nicht zu erwarten sind. Die anfallenden Kosten sind mangels abweichender Vereinbarung nach dem Flächenschlüssel zu verteilen. Ein Kürzungsrecht der Mieter hinsichtlich der Heizkosten um 15 % nach § 12 Heizkostenverordnung bestehe nicht, da keine Verpflichtung des Vermieters gegeben sei, verbrauchsabhängig abzurechnen.

  Erneut entscheidet das Oberlandesgericht Frankfurt am Main sehr vermieterfreundlich. Man kann gespannt sein, wie der Bundesgerichtshof die Sache sieht. Das Revisionsverfahren ist bereits beim Bundesgerichtshof anhängig. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatte die Revision zugelassen, da die Rechtssache hinsichtlich der Umlagefähigkeit von Kosten einer Lüftungsheizung bzw. Wärmerückgewinnungsanlage insbesondere mit Blick auf die Anwendung von § 11 Abs. 1 Nr. 1 b Heizkostenverordnung (ist das Anbringen der Ausstattung zur Verbrauchserfassung nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich?) grundsätzliche Bedeutung hat und daher eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert.

  OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 19.04.2018 - 2 U 57/17

- **Verjährung des Unterlassungsanspruchs wegen vertragswidriger Nutzung von Gewerberäumen**

  Mit Urteil vom 19.12.2018 - XII ZR 5/18 - befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, welche Verjährungsfrist für den mietrechtlichen Unterlassungsanspruch wegen vertragswidriger Nutzung von Gewerberäumen gilt. Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass der aus § 541 BGB folgende Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Unterlassung eines vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache während des laufenden Mietverhältnisses nicht verjährt, solange die zweckwidrige Nutzung andauert.

  Mit Mietvertrag vom 28.05.2010 mietete der Mieter vom Vermieter Räume zum Betrieb eines Rechtsanwaltsbüros. Der Mieter nutzt seit Bezug der Immobilie einen Teil der Mietsache - nämlich ein Stockwerk - zu Wohnzwecken. Erst sechs Jahre später erhebt der Vermieter Klage gegen den Mieter auf Unterlassung der Nutzung eines Teils der Immobilie zu Wohnzwecken. Der Mieter wendet hiergegen vergeblich ein, der Unterlassungsanspruch sei verjährt, weil die dreijährige Regelverjährungsfrist nach § 195 BGB einschlägig sei. Der Bundesgerichtshof nimmt an, dass ein Unterlassungsanspruch nach § 541 BGB besteht, weil der Mieter trotz Abmahnung den vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache fortsetzte. Die Mietvertragsparteien hatten ausschließlich eine gewerbliche Nutzung der Mieträume vereinbart, nämlich zum Betrieb eines Rechtsanwaltsbüros. Eine andere Nutzung war dem Mieter daher

nicht gestattet. Die Nutzung eines Teils der angemieteten Räume zu Wohnzwecken hielt sich nicht innerhalb des vereinbarten Nutzungszwecks. Nachdem auch eine Abmahnung ausgesprochen war, war der Mieter antragsgemäß zu verurteilen. Der Anspruch des Vermieters war auch nicht verjährt, obgleich die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB mit einer Frist von drei Jahren einschlägig ist. Für den Beginn der Verjährung kommt es nämlich nach § 199 Abs. 5 BGB auf den Zeitpunkt der Zuwiderhandlung an. Rechtsprechung und Literatur nahmen teilweise an, dass der Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung der vertragswidrigen Handlung mit Beginn der Beeinträchtigung entstehe. Der Bundesgerichtshof entscheidet hingegen, dass bei einem andauernden vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache - wie der unerlaubten Nutzung von Gewerberäumen zu Wohnzwecken - der Anspruch des Vermieters aus § 541 BGB auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauchs während des bestehenden Mietverhältnisses nicht verjähren kann. Dieser Anspruch verjährt nicht, solange die zweckwidrige Nutzung andauert. Nutzt ein Mieter die von ihm zu gewerblichen Zwecken angemieteten Räumlichkeiten als Wohnung, liegt der Schwerpunkt seines vertragswidrigen Verhaltens nicht in der Aufnahme, sondern in der dauerhaften Aufrechterhaltung der unerlaubten Nutzung der Mietsache. Dadurch verletzt der Mieter fortwährend die ihm während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses obliegende mietvertragliche Verpflichtung, die Mietsache nur im Rahmen des vertraglich vereinbarten Verwendungszwecks zu nutzen. Diese Dauerverpflichtung des Mieters entspricht der aus § 535 Abs. 1 BGB folgende Verpflichtung des Vermieters, die Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Zu dieser hat der Bundesgerichtshof ebenfalls bereits entschieden, dass sie eine vertragliche Dauerverpflichtung darstellt, die während des Bestehens des Vertragsverhältnisses schon begrifflich nicht verjähren kann, weil sie während dieses Zeitraums gleichsam ständig neu entsteht (BGH NJW 2010, 1292 Rn. 17). Für eine davon abweichende verjährungsrechtliche Behandlung der Verpflichtung des Mieters, die Mietsache während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses nur zu dem vertraglich vereinbarten Zweck zu nutzen, besteht kein Grund. In beiden Fällen handelt es sich jeweils um eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung. Für solche Dauerverpflichtungen hat der Bundesgerichtshof indes auch in anderem rechtlichen Zusammenhang mehrfach entschieden, dass die Verjährung nicht beginnen kann, solange der Eingriff noch andauert (BGH NZG 2018, 1301 Rn. 18).

Der Bundesgerichtshof führt weiter aus, dass der Anspruch des Vermieters auf Unterlassen der vertragswidrigen Nutzung der Mieträume zu Wohnzwecken auch nicht verwirkt ist. Zwar kann auch der Unterlassungsanspruch nach § 541 BGB grundsätzlich verwirkt werden. Eine Verwirkung kommt jedoch nach allgemeinen Grundsätzen nur in Betracht, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen zum reinen Zeitablauf also besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (BGH NJW-RR 2014, 195 Rn. 11 m.w.N.). Dementsprechend kann ein bloßes Unterlassen der Geltendmachung des Anspruchs für sich genommen kein berechtigtes Vertrauen des Schuldners auslösen, da der Vertrauenstatbestand nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden kann (BGH NJW-RR 2014, 195 Rn. 11). Somit fehlt jedenfalls die Verwirklichung des sogenannten Umstandsmoments als Voraussetzung einer Verwirkung.

Auch die Behauptung des Mieters, er habe hohe Investitionen getätigt, rechtfertigt nicht die Annahme einer Verwirkung. Vielmehr wäre ein Verhalten des Vermieters erforderlich gewesen, aus dem der Mieter redlicherweise den Schluss hätte ziehen können, der Vermieter sei dauerhaft mit der vertragswidrigen Nutzung der Mieträume einverstanden.

BGH, Urteil vom 19.12.2018 - XII ZR 5/18

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

VERKEHRSRECHT bekommen

## Das Ende der fiktiven Abrechnung?

Im Rahmen der Schadensregulierung aufgrund eines Fahrzeugschadens ist langjährig anerkannt und nach der Rechtsprechung des BGH gefestigt, dass der Geschädigte anstatt einer konkreten Wiederherstellung der beschädigten Sache (des Fahrzeugs) den hierfür erforderlichen Geldbetrag verlangen kann, als Schadensersatz, unabhängig davon ob repariert wird und bejahendenfalls in welcher Weise (Teilreparatur). Deshalb ist anerkannt, dass der Geschädigte einen Fahrzeugschaden fiktiv, auf Grundlage eines Gutachtens oder Kostenvoranschlages geltend machen kann, die insoweit

kalkulierten Kosten grundsätzlich zu ersetzen sind.

Zwar hat diese Regelung bereits in der Vergangenheit erhebliche Einschränkungen erfahren. So ist seit 01.08.2002 durch § 249 Abs. 2 S. 2 BGB bestimmt, dass die Umsatzsteuer im Rahmen einer Schadensbeseitigung nur insoweit geltend gemacht werden kann, als diese tatsächlich anfällt, im Ergebnis durch Vorlage einer Rechnung. Weiter ist mittlerweile höchstrichterlich gefestigt, dass der Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer die Möglichkeit haben, den Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen (Fahrzeug nicht älter als drei Jahre, die Alternative muss mühelos erreichbar und qualitativ gleichwertig sein) auf eine andere, kostengünstigere Werkstatt, zu verweisen, soweit lediglich fiktiv abgerechnet wird (Grundlage BGHZ 155, 1, sogenanntes Porsche-Urteil und BGHZ 183,21, VW; NJW 2010, 2118 BMW).

Für einen Schadensersatz im Bereich des Baurechts/Werkvertragsrecht wurde durch ein Urteil des BGH vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17 die Rechtsprechung aufgegeben, wonach der Besteller des Werkes fiktiv auf Basis erforderlicher Kosten zur Mangelbeseitigung seinen Ersatzanspruch („kleiner Schadensersatzanspruch") beziffern kann. Dies hat das Landgericht Darmstadt in einem Urteil vom 05.09.2018 - 23 O 386/17 (zfs 2019, 24) zum Anlass genommen, so auch im Rahmen einer Schadensregulierung in Bezug auf einen Fahrzeugschaden zu entscheiden. Dies ist zur eine vereinzelte Meinung und es steht dem die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie auch die Dispositionsmaxime des Geschädigten entgegen. Es muss allerdings damit gerechnet werden, dass Versicherer diesen Ansatz aufgreifen um die bereits zuvor unter verschiedenen Aspekten beanstandete fiktive Abrechnung weiter einzuschränken, dies jedenfalls zu versuchen. Insoweit ist mit weiteren Schwierigkeiten im Rahmen einer fiktiven Abrechnung bei außergerichtlicher Regulierung zu rechnen.

BGH Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17

LG Darmstadt, Urteil vom 05.09.2018 - 23 O 386/17

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

WEG-RECHT bekommen

- **Unwirksamer Kontrahierungszwang in der Teilungserklärung**

In einer Teilungserklärung ist bestimmt, wonach alle Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft verpflichtet sind mit einer Gesellschaft als Betreuerin einen Vertrag über Betreuerleistungen für die Bewohner der altengerechten Wohnanlage abzuschließen, soweit sie die in ihrem Eigentum stehende Wohnung selbst nutzen. Diese Verpflichtung zum Abschluss eines Betreuungsvertrages entfällt, solange die Wohnung nicht benutzt wird oder vermietet ist. Der am 09.02.2017 verstorbene Rechtsvorgänger des Klägers schloss am 10.12.2012 mit der beklagten Betreuungsgesellschaft einen formularmäßigen Betreuervertrag ab, der monatliche Zahlungen für Betreuungsleistungen vorgesehen hat, wobei in § 4 dieses Vertrages vereinbart ist, dass der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen ist. Darüber hinaus ist dort geregelt, dass während der ersten 2 Jahre der Betreuervertrag nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden kann. Nachdem der Rechtsvorgänger des Klägers schwer pflegebedürftig wurde, erfolgte seine Verlegung in eine vollstationäre Pflegeeinrichtung, wo er sich im Zeitraum vom 02.10.2015 bis zum 01.02.2016 aufgehalten hat. Mit Schreiben vom 16.10.2015 kündigte er den Betreuervertrag unter Berufung auf einen wichtigen Grund und gab an, die Wohnung seit 5 Monaten nicht mehr zu bewohnen. Die beklagte Betreuungsgesellschaft buchte dennoch vom Konto des Klägers die monatlichen Zahlungen ab. Der Gesundheitszustand des Rechtsvorgängers des Klägers hat sich im Verlauf des Jahres 2016 gebessert und er kehrte in seine Wohnung zurück, die im Betreuervertrag vorgesehene monatliche Betreuungspauschale wurde regelmäßig bezahlt.

Im Rechtsstreit begehrt der Kläger die Rückzahlung der im Zeitraum Oktober 2015 bis Februar 2016 abgebuchten Beträge, nämlich EUR 350,00 für Oktober 2015 sowie für Dezember 2015 bis Februar 2016 jeweils EUR 250,00. Er begründete dies damit, dass aufgrund der Kündigung dieser keine Zahlungen mehr geschuldet hat. Auch wird eingewendet, dass keinerlei Betreuungsleistungen erbracht worden sind. Das Amtsgericht hat die Beklagte zur Zahlung der Beträge für Dezember 2015 bis Februar 2016 in Höhe von EUR 750,00 verurteilt, die Be-

rufung und die Revision gegen diese Verurteilung hatten keinen Erfolg. Denn der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 812 Absatz 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der Zahlungen für den Zeitraum Dezember 2015 bis Februar 2016, nachdem der Betreuervertrag mit Ablauf des 30.11.2015 beendet wurde.

Die Kündigung vom 26.10.2015 stellt keine unzulässige Rechtsausübung dar. Diese wäre nur dann regelmäßig treuwidrig, wenn die Gekündigte, hier also die Beklagte, bei Beendigung des Vertrages einen Anspruch auf Neuabschluss hätte. Das ist aber vorliegend nicht der Fall. Denn die Teilungserklärung sieht die Verpflichtung zum Abschluss eines Betreuungsvertrages nur vor, wenn der Eigentümer die Wohnung selbst nutzt. Das hat zur Folge, dass eine Verpflichtung zum Abschluss eines Betreuungsvertrages entfällt, solange die Wohnung von dem Eigentümer nicht benutzt wird oder vermietet ist. Demnach unterliegt der Eigentümer, der seine Wohnung (auch nur vorübergehend) nicht nutzt, keinem Kontrahierungszwang. Zudem greift ein Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit gemäß § 242 BGB auch deshalb nicht ein, weil ein Kontrahierungszwang der Wohnungseigentümer zum Abschluss eines Betreuungsvertrages mit einer Laufzeit von mehr als 2 Jahren durch den teilenden Eigentümer in der Teilungserklärung nicht wirksam angeordnet werden kann. Die einseitige Vorgabe einer dauerhaften, mehr als 2-jährigen Bindung an ein bestimmtes Betreuungsunternehmen ohne die Möglichkeit, Einzelheiten auszuhandeln, beschneidet nämlich in nicht mehr hinnehmbarer Weise die rechtliche Stellung der Wohnungseigentümer sowie ihre Entscheidungsfreiheit und stelle eine unangemessene Benachteiligung dar. Der Bundesgerichtshof stellt klar, dass dies auch dann gilt, wenn Wohnungen in der Anlage nur zum Zwecke des betreuten Wohnens genutzt werden dürfen. Das Gesetz enthalte für den Bereich des betreuten Wohnens keine Sonderregelung. Könnte der teilende Eigentümer (Bauträger) diejenigen Wohnungseigentümer, welche die Wohnung selbst nutzen, über viele Jahre hinweg an ein bestimmtes Betreuungsunternehmen binden, wäre dies eine unangemessene Benachteiligung, die der einzelne Eigentümer auch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht hinnehmen muss. Hierin läge eine erhebliche Verschlechterung seiner Rechtsstellung. Auch wird dem anerkennenswerten Interesse des Betreuungsunternehmens, eine stetige Grundbetreuung und angemessene Finanzierbarkeit des Gesamtkonzeptes zu gewährleisten durch eine 2-jährige Vertragsbindung unter Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung hinreichend Rechnung getragen. Nachdem weder aus dem Vertrag noch der Teilungserklärung sich damit ein wirksame Beschränkung des Kündigungsrechtes ergeben haben, war die Verurteilung zur Rückzahlung zu Recht erfolgt.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 10.01.2019 - III ZR 37/18

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

- **Folgen bei Verstößen gegen die Heizkostenverordnung**

Der Kläger ist Mieter einer von der Beklagten angemieteten Wohnung. Der Beklagte rechnet die Heizkosten jeweils zu 50 % nach Wohnfläche und nach dem erfassten Wärmeverbrauch ab. Der Kläger verlangt von der Beklagten, die Heizkosten künftig zu 30 % nach Wohnfläche und 70 % nach erfassten Verbrauch abzurechnen.

Gemäß § 7 Absatz 1 S. 1 Heizkostenverordnung sind von den Kosten des Betriebes der zentralen Heizungsanlage mindestens 50 % und höchstens 70 % nach dem erfassten Wärmeverbrauch der Nutzer zu verteilen. Nach § 7 Absatz 1 S. 2 Heizkostenverordnung wird die Wahlmöglichkeit des Gebäudeeigentümers, einen Verteilungsmaßstab zwischen mindestens 50 % und höchstens 70 % der Kosten nach Verbrauch zu bestimmen, eingeschränkt. Somit sind nach dieser Bestimmung in Gebäuden, die das Anforderungsniveau der Wärmeschutzverordnung vom 16.08.1994 nicht erfüllen, die mit einer Öl- oder Gasheizung versorgt werden und in welchen die freiliegenden Leitungen der Wärmeverteilung überwiegend gedämmt sind von den Kosten des Betriebes der Heizungsanlage 70 % nach dem erfassten Wärmeverbrauch der Nutzer zu verteilen. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 2 HeizkV waren im Revisionsverfahren erfüllt. Demnach war der beklagte Vermieter verpflichtet, 70 % der Kosten des Betriebes der zentralen Heizungsanlage nach erfasstem Wärmeverbrauch der Nutzer zu verteilen. Bei einer Abweichung hat der Mieter gemäß § 556 Absatz 1 S. 1 BGB i.V.m. § 7 Absatz 1 S. 2 Heizkostenverordnung einen Anspruch auf Änderung des Verteilungsschlüssels und nicht etwa stattdessen ein Kürzungsrecht nach § 12 Absatz 1 S. 1 Heizkostenverordnung.

Nach § 12 Absatz 1 S. 1 Heizkostenverordnung hat der Nutzer, soweit die Kosten der Versorgung mit Wärme oder Warmwasser entgegen den Vorschriften der Heizkostenverordnung nicht verbrauchsabhängig abgerechnet wer-

den, das Recht, bei nicht verbrauchsabhängiger Abrechnung der Kosten den auf ihn entfallenden Anteil um 15 % zu kürzen. Diese Vorschrift ist weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Denn der klagende Mieter begehrt, dass künftig entsprechen der Vorgaben der Heizkostenverordnung abgerechnet wird.

§ 12 Abs. 1 S. 1 HeizkV bietet keine Grundlage für die Auffassung des Berufungsgerichtes, wonach der Mieter verpflichtet ist, die Erteilung weiterer fehlerhafter Heizkostenabrechnungen abzuwarten und diese zu kürzen. Diese Sichtweise widerspricht insbesondere dem Zweck der Heizkostenverordnung, das Verbrauchsverhalten der Nutzer nachhaltig zu beeinflussen und damit Energieeinspareffekte zu erzielen. § 7 Absatz 1 S. 2 Heizkostenverordnung soll den Einfluss des Nutzers stärken und dieser hierdurch zu sparsamen Verbrauchsverhalten angehalten werden.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 16.01.2019 - VIII ZR 113/17