SRF-Newsletter 5/2019

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

ARBEITSRECHT bekommen

Kürzung des Urlaubs während der Elternzeit

Eine vielen Arbeitgebern unbekannte Vorschrift, der § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG, steht nach einer aktuellen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorschriften und darf also weiter angewandt werden. Zum Hintergrund:

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts setzt das Entstehen von Urlaubsansprüchen kein aktives Arbeitsverhältnis voraus, also auch im ruhenden Arbeitsverhältnis z.B. während Elternzeit entstehen (gesetzlich) Urlaubsansprüche. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und in § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG geregelt, dass der Arbeitgeber für jeden vollen Monat der Elternzeit den Urlaubsanspruch um 1/12 kürzen kann. Diese Erklärung kann allerdings nur während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses abgegeben werden. Endet das Arbeitsverhältnis bevor der Arbeitgeber eine entsprechende Erklärung gegenüber seinem Arbeitnehmer abgegeben hat, kann der Arbeitnehmer Urlaubsabgeltung für den gesamten auch während der Elternzeit entstandenen Urlaubs verlangen. Bei einer Elternzeit von bis zu 3 Jahren sammeln sich als unter Umständen mehrere Monate Urlaub an, die abzugelten sind. Es ist deswegen jedem Arbeitgeber zu raten, dass er Arbeitnehmern, die ein Elternzeitverlangen stellen, in der Bestätigung desselben direkt mitteilt, dass er von seinem Kürzungsrecht bezüglich des Urlaubsanspruchs Gebrauch macht.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.03.2019-9 - AZR 362/18

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

BAURECHT bekommen

Zur Wichtigkeit der Bedenkenanmeldung

Das Oberlandesgericht Hamburg hat in einer - richtigen - Entscheidung die besondere Bedeutung und Tragweite der Bedenkenanmeldung herausgestellt. Zugrunde lag folgender Sachverhalt:

Die Klägerin hat als Generalunternehmerin für einen Oralchirurgen dessen Praxis ausgebaut. Dem Vertrag lag eine von einem Dritten gefertigte Planung und ein Auftrags- und Leistungsverzeichnis zugrunde, das unter anderem auch vorsah, dass ein sogenannter Design-PVC als Bodenbelag verwendet wurde. Die Leistungen wurden erbracht und abgenommen, nach relativ kurzer Zeit rügte der Oralchirurg allerdings, dass der Bodenbelag zahlreiche Druckstellen, partielle Fremdeinschlüsse und Verunreinigungen unterhalb der Design-Bodenbelag-Ebene aufwies sowie sogenannte Spachtelmassenkellenschläge, die sich abzeichneten. Die Klägerin ließ - sachverständig beraten - den Fußbodenbelag erneuern (sehr aufwendig, da die gesamte Praxis ausgeräumt werden musste). Die Nachbesserungsarbeiten wurden zur Zufriedenheit des Oralchirurgen durchgeführt, der allerdings kurze Zeit später die gleichen Mängel feststellte, also wieder Dellen, Eindrücke und Kellenschläge. Er forderte erneut die Mangelbeseitigung, die Klägerin lehnte ab und klagte ihren offen stehenden Werklohn ein. Der beklagte Oralchirurg erklärte Aufrechnung mit seinem Vorschussanspruch auf Mangelbeseitigungskosten - und gewann in beiden Instanzen.

Das Oberlandesgericht Hamburg führt aus, dass auch die optische Beeinträchtigung des Fußbodenbelags einen Mangel darstelle, da diese optisch stark störenden Symptome die berechtigte Erwartung des Oralchirurgen an den Design-Bodenbelag nicht erfüllte, obwohl keine Einschränkung der Benutzbarkeit des Belags vorlag.

Im Verfahren berief sich die Generalunternehmerin auch darauf, dass der ausgeschriebene Bodenbelag nicht geeignet sei und vom Planer des Beklagten vorgegeben. Das half ihr aber deswegen nicht, da sie hierauf nicht vor Ausführung ihrer Arbeiten im Rahmen einer Bedenkenanmeldung hingewiesen hat. Das Oberlandesgericht Hamburg führt aus, dass der Werkunternehmer, dessen eigene Tätigkeit im engen Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen Unternehmers oder einer fremden Planung steht, prüfen und gegebenenfalls auch eigene Erkundigungen einziehen muss, ob die Vorarbeiten/Planung eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und dass sie keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg der Arbeit in Frage stellen können.

Einer nachherigen Mängelhaftung kann der Auftragnehmer nur entgehen, wenn er nachweist, dass der Mangel der Vorleistung nicht erkennbar war oder aber er auf diesen ordnungsgemäß hingewiesen hat.

Auch bei ausformulierten Leistungsverzeichnissen ist es dem Unternehmer also stets anzuraten zu prüfen, ob er den werkvertraglich geschuldeten Erfolg tatsächlich mit den ausgeschriebenen Materialien und der ausgeschriebenen Konstruktionsart bewerkstelligen kann. Falls dies nicht der Fall ist, muss er hierauf entweder im Rahmen einer Bedenkenanmeldung hinweisen oder aber unter Umständen sogar die Ausführung verweigern.

Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 28.09.2018 - 11 U 128/17

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

ERBRECHT bekommen

- **Die Bestimmung des Erben durch den Erblasser**

Der Erblasser ist bei der Errichtung seiner Verfügung von Todes wegen weitestgehend frei und kann insbesondere unbeschränkt über die Person des Erben bestimmen. Ausgeschlossen ist dabei jegliche Fremdbestimmung, d. h. der Erblasser kann es insbesondere nicht einem Dritten überlassen, wer Erbe sein soll. Eine entsprechende testamentarische Regelung ist nach
§ 2065 BGB unwirksam. Das OLG Hamm hatte nunmehr mit Urteil vom 21.02.2019 (15 W 24/19) über einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem die Erblasserin zwar einen Erben eingesetzt hat (nämlich ihre Schwester), sie hat aber auf die Benennung eines Ersatzerben verzichtet und in dem notariellen Testament hierzu nur festgehalten: "Ersatzerben sind deren Rechtsnachfolger." Da die als Erbin eingesetzte Schwester beim Todesfall bereits verstorben war und selbst ein Testament errichtet hatte, in welchem sie ihren Ehemann zum Alleinerben eingesetzt hatte, musste das OLG entscheiden, ob die Einsetzung der Rechtsnachfolger als Ersatzerben wirksam ist, mit der Folge, dass der Ehemann Alleinerbe der Schwester ist oder ob insoweit die gesetzliche Erbfolge eingreift.

Zu Recht hat das OLG entschieden, dass die Ersatzerbfolge durch die Einsetzung der Rechtsnachfolger wirksam geregelt wurde. Denn damit hat die Erblasserin selbst die erforderliche Bestimmung des Erben/Ersatzerben vorgenommen, auch wenn diese davon abhängig war, ob und in welcher Form der zunächst berufene Erbe (die Schwester der Erblasserin) selbst testiert. Die Erblasserin hat sich dabei nach Auffassung des OLG auch nicht ihrer eigenen Verantwortung zur Bestimmung des Erben entzogen, denn der Zweck, dass der nach dem Tod des zunächst vorgesehenen Erben verbleibende Nachlass dem Erbeserben anfällt, verstoßen niemals gegen das Gebot der Höchstpersönlichkeit. Zu berücksichtigen ist dabei nämlich auch, dass es der allgemein anerkannten Rechtsprechung entspricht, dass für den Fall, dass der von dem Erblasser ausgewählte Erbe verstorben ist und es an einer ausdrücklichen Bestimmung eines Ersatzerben fehlt, im Wege der ergänzenden Auslegung ermittelt werden kann, dass an der Stelle des berufenen und vorverstorbenen Erben dessen Abkömmlinge treten sollen.

Die Auffassung des OLG Hamm ist nicht ganz unumstritten, denn das OLG Frankfurt hat im Jahr 1999 in einem vergleichbaren Fall entschieden, dass es gegen § 2065 BGB verstößt, wenn als Nacherbe die Person eingesetzt wird, die von dem Vorerben selbst testamentarisch zu seinen Erben bestimmt wird. Allerdings hat das OLG Frankfurt seine Auffassung nicht begründet und es sprechen auch die besseren Argumente dafür, dass eine entsprechende Erbeinsetzung wirksam ist. Gleichwohl ist generell davon abzuraten, dass der Erblasser keine konkreten Personen benennt sondern die Bestimmung des Erben Dritten überlässt oder von bestimmten Bedingungen abhängig macht.

OLG Hamm, Urteil vom 21.02.2019 - 15 W 24/19

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Fondsgebundene Anrechte im Versorgungsausgleich**

Nach der Reform des Versorgungsausgleiches mit Wirkung zum 01.09.2009 werden Anrechte, welche dem Versorgungsausgleich unterfallen, je einzelnen geteilt und ausgeglichen, entweder durch interne Teilung (Begründung eines Anspruches zugunsten des Ausgleichsberechtigten beim selben Versorgungsträger) oder externe Teilung (Ausgleichsleistung an einen anderen Versorgungsträger zugunsten des Ausgleichsberechtigten). Maßgeblicher Stichtag für die Berechnung des Ausgleichsanspruches ist das Monatsende vor Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrages, § 3 Abs. 1 Versorgungsausgleichsgesetz. Mit auszugleichen ist auch ein Wertzuwachs zwischen dem Stichtag zum Ende der maßgeblichen Ehezeit für den Versor-

gungsausgleich (Zustellung des Scheidungsantrages) und der Durchführung des Ausgleiches, hier bezogen auf die Rechtskraft der Scheidung. Es kann sich hier eine erhebliche Zeitdauer, damit auch Wertentwicklung, für diesen Zeitraum ergeben. Für die interne Teilung ist dies unproblematisch. Bei der externen Teilung bestehen auch keine Schwierigkeiten, soweit die Wertentwicklung aus Zinsansprüchen besteht.

In Bezug auf die Beteiligung an dieser Wertentwicklung zwischen dem Berechnungszeitpunkt und der Rechtskraft der Scheidung entstehen jedoch erhebliche Schwierigkeiten hinsichtlich der Durchführung, soweit es sich um fondsgebundene Anrechte handelt, welche der Wertveränderung unterliegen. Insoweit hatte das OLG Hamm in einem Beschluss vom 14. September 2018 - 10 UF 77/17 (FamRZ 2019, 438) über die angemessene Teilung auch in Bezug auf einen Wertzuwachs solcher Anrechte zu entscheiden. Letztlich wurde, mit dem Hinweis auf einen Vorrang der korrekten Beteiligung im Sinne der Halbteilung entschieden, dass in der Entscheidung die Anzahl der auszugleichenden Fondsanteile mit dem Wert bei Rechtskraft der Ehescheidung aufzunehmen ist, auch wenn dies bedeutet, dass die Entscheidung so nicht der Zwangsvollstreckung zugänglich ist, mangels hinreichender Bestimmung. Dies gilt auch dann, wenn der Versorgungsträger nicht der Veröffentlichungspflicht nach § 170 KAGB, zum Wert der Anteile, unterliegt.

OLG Hamm, Beschluss vom 14.09.2018 - 10 UF 77/17

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

IT-RECHT bekommen

Nutzung von Cookies auf der Internetseite

Betreiber von Internetseiten verwenden häufig sogenannte Cookies, also Dateien, die auf dem Endgerät des Nutzers gespeichert werden, z.B. um den Nutzer identifizieren zu können. Dabei besteht nach wie vor Unklarheit, ob und in welchem Rahmen dies zulässig ist. Soweit nicht ganz auf die Verwendung von Cookies verzichtet werden kann, ist auch nach einem aktuell veröffentlichten FAQ des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg (https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-zu-cookies-und-tracking-2) die Nutzung in der Regel zulässig, wenn nicht entgegenstehende Belange des Nutzers überwiegen oder dieser der Verwendung widersprochen hat. In allen anderen Fällen, insbesondere bei der Verwendung von Tracking-Cookies und/oder soweit Informationen über die Cookies an Dritte weitergegeben werden, ist auch nach einer im März aktualisierten Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz (https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf) eine Einwilligung des Nutzers erforderlich. Die häufig anzutreffende Gestaltung in sogenannten Cookie-Bannern, in denen das Einverständnis vorausgesetzt wird bzw. der Nutzer lediglich die Option hat, dies zu bestätigen, ist dafür nicht ausreichend. Denn eine datenschutzrechtliche Einwilligung setzt voraus, dass der Verarbeitungsvorgang klar und deutlich beschrieben wird und freiwillig durch ein aktives Handeln des Nutzers erfolgt. Unzulässig ist es dabei insbesondere, wenn der Verarbeitungsvorgang bereits begonnen hat, bevor die Einwilligung vorliegt.

Ob sich die strenge Auffassung der Datenschutzkonferenz durchsetzt ist natürlich noch offen, solange sich die Rechtsprechung hierzu noch nicht geäußert hat, sie wird aber insbesondere den Aufsichtsbehörden als Entscheidungsgrundlage dienen. In die gleiche Richtung gehen im Übrigen die erst vor kurzem veröffentlichten Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH in der Rechtssache Planet49/vzbv (Aktenzeichen C-673/17), der ebenfalls die Ansicht vertritt, dass Diensteanbieter eine Einwilligung für die Nutzung von Cookies einholen müssen, wenn diese nicht zwingend für die Nutzung des Dienstes erforderlich sind. Weiter wird auch in den Schlussanträgen ausgeführt, dass die Einwilligung nicht durch vorausgewählte Checkboxen eingeholt werden kann und der Nutzer über die Funktionsdauer von Cookies sowie darüber, ob Dritte Zugriff haben, informiert werden muss.

Wer Cookies einsetzt, insbesondere soweit es sich dabei um Tracking-Cookies oder sogenannte Third-Party-Cookies handelt, sollte sich zuvor in jedem Fall mit der Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz auseinandersetzen oder sich rechtlich beraten lassen.

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

MIETRECHT
bekommen

- **Kurze Verjährungsfrist bei Ansprüchen des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache**

  Eine der gefährlichsten Vorschriften im Mietrecht ist die Regelung in § 548 Abs. 1 BGB, wonach Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in sechs Monaten verjähren. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält. Mit Urteil vom 27.02.2019 - XII ZR 63/18 befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um den Lauf der kurzen Verjährungsfrist in Gang zu setzen.

  Vorab ist zu betonen, dass die Verjährung grundsätzlich nur durch eine Klage oder eine sonstige in § 204 Abs. 1 BGB vorgesehene Rechtsverfolgung wie etwa einem selbstständigen Beweisverfahren gehemmt werden kann. Nicht ausreichend ist hingegen die bloße Aufforderung, Schäden zu beheben oder Schadensersatz zu leisten.

  Bei dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ging es über einen Mietvertrag über ein Gebäude, das das Land Brandenburg als Gericht nutzte. Das Land Brandenburg hatte das Mietverhältnis aus wichtigem Grund zum 30.09.2012 gekündigt. Der Mietvertrag sah in § 16 Abs. 1 vor, dass das Land Brandenburg verpflichtet war, die Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses vollständig geräumt, gesäubert und in fachgerecht renoviertem und instandgesetzten Zustand zurückzugeben oder auf Verlangen der Vermieterin einen angemessenen Geldbetrag zu zahlen. Gemäß § 16 Abs. 2 MV hatte die Mieterin außerdem von ihr vorgenommene Einbauten zu entfernen und den ursprünglichen Zustand auf ihre Kosten handwerksgerecht wiederherzustellen, wobei jedoch die Vermieterin nach § 16 Abs. 2.1 MV berechtigt war, gegen Erstattung des Zeitwerts den Verbleib der Einbauten zu verlangen und diese zu übernehmen. Im Oktober 2012 räumte das Land Brandenburg das Objekt, ohne die vorgenommenen Einbauten zu entfernen. Mit Anwaltsschreiben vom 09.11.2012 erklärte das Land Brandenburg gegenüber der Vermieterin, dass die Rückgabe der Mieträume ab sofort angebotenen werde. Vorgeschlagen wurde ein kurzfristiger Vor-Ort-Termin, der auch der Abstimmung der insbesondere gemäß § 16 des Mietvertrags denkbaren Interessenlagen dienen sollte. Nach einer gemeinsamen Besichtigung am 14.12.2012 und Besprechung am 18.12.2012 teilte die Vermieterin dem Land Brandenburg mit Schreiben vom 24.01.2013 mit, welche Mietereinbauten noch zurückgebaut und welche Instandsetzungsmaßnahmen noch durch die Mieterin durchgeführt werden müssten. Nach Durchführung dieser Arbeiten erfolgte die Rückgabe des Objekts am 08.02.2013 im Beisein beider Parteien, wobei die Vermieterin ein nicht unterschriebenes Protokoll fertigte. In der Folgezeit forderte die Vermieterin das Land Brandenburg auf, weitere Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen. Dies lehnte das Land Brandenburg mit Schreiben vom 13.06.2013 endgültig ab. Die Vermieterin erhob am 08.07.2013 Klage auf Schadensersatz, die am 01.08.2013 zugestellt wurde. Das beklagte Land verteidigte sich unter anderem mit der Verjährungseinrede.

  Das Oberlandesgericht Brandenburg wies die Klage mit der Begründung ab, eventuelle Ansprüche seien verjährt. Die Vermieterin habe sich aufgrund des Schreibens des beklagten Landes vom 09.11.2012, mit der die sofortige Rückgabe der Mietsache angeboten und ein kurzfristiger Vor-Ort-Termin vorgeschlagen worden sei, seit dem darauf folgenden Tag im Annahmeverzug befunden. Der Annahmeverzug der Vermieterin habe den Lauf der kurzen Verjährungsfrist gemäß § 548 Abs. 1 BGB ausgelöst. Der Rückgabe der Mietsache im Sinne einer Wiedererlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Vermieter stehe es nämlich gleich, wenn sich der Vermieter selbst der Möglichkeit begebe, unmittelbare Sachherrschaft über das Mietobjekt zurückzuerlangen, indem er ein Angebot des Mieters auf Rückgabe der Schlüssel zurückweise. Hinge indessen der Verjährungsbeginn vom Willensentschluss des Vermieters ab, die Mietsache zurückzunehmen, konterkarierte dies den Willen des Gesetzgebers, die von § 548 BGB erfassten Ansprüche einer kurzen Verjährung zu unterwerfen. Darauf, ob die Mietsache am 10.11.2012 bereits vollständig geräumt war, komme es für den Beginn der Verjährungsfrist nicht an. Somit sei bei Einreichung der Klage am 08.07.2013 die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB bereits abgelaufen gewesen.

  Der Bundesgerichtshof teilt die Rechtsauffassung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts nicht und entscheidet, dass Schadensersatzansprüche der Vermieterin wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache nicht verjährt sind. Deshalb wurde das Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Ver-

handlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in sechs Monaten verjähren. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält (§ 548 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt der Rückerhalt im Sinne dieser Vorschrift grundsätzlich eine Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters voraus, weil er erst durch die unmittelbare Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich ungestört ein umfassendes Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache zu machen. Zum anderen ist erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und unzweideutig aufgibt. Dass der Vermieter vorübergehend die Möglichkeit erhält, während des Besitzes des Mieters die Mieträume besichtigen zu lassen, genügt nicht (so BGH NZM 2004, 98, 99; BGH NJW 2014, 684). Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die Verjährung der von der Vermieterin erhobenen Ansprüche erst mit dem Ablauf des 08.02.2013 begonnen und ist der Verjährungsablauf durch die vor Ablauf von sechs Monaten erfolgte Klageerhebung gehemmt, denn die Vermieterin hat die unmittelbare Sachherrschaft über das Mietobjekt erst am 08.02.2013 durch förmliche Rückgabe und Aushändigung der Schließmittel zurückerhalten. Zuvor hatte die Mieterin den Besitz noch nicht vollständig und unzweideutig zugunsten der Vermieterin aufgegeben. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts ändert auch das Schreiben der Mieterin vom 09.11.2012 daran nichts. Die Vermieterin muss sich nicht aufgrund dieses Schreibens so behandeln lassen, als habe sie die Mietsache bereits zu diesem Zeitpunkt zurückgehalten. In Rechtsprechung und Literatur werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, unter welchen Voraussetzungen der Lauf der Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 1 BGB beginnt, wenn der Mieter dem Vermieter anbietet, die Mietsache zurückzuerhalten, dieser sie jedoch nicht zurücknimmt. Nach einer Auffassung sind die Bestimmungen über den Annahmeverzug heranzuziehen mit der Folge, dass der Lauf der Verjährungsfrist ausgelöst werde, sobald der Mieter die erfüllungstaugliche Rückgabe der geräumten Mietsache anbiete. Nach anderer Auffassung bleibt der Annahmeverzug mit der Rücknahme der Mietsache ohne Einfluss auf den Beginn der Verjährung, vielmehr könne nur die tatsächliche Besitzaufgabe durch den Mieter (z.B. durch Schlüsseleinwurf bei dem Vermieter) den Lauf der Verjährungsfrist auslösen, weil erst dadurch der Vermieter die Möglichkeit der ungestörten Untersuchung der Mietsache erhalte, von der der Beginn der Verjährungsfrist abhänge. Schließlich wird vertreten, dass es - unabhängig vom Vorliegen eines Annahmeverzugs - der Erlangung der unmittelbaren Sachherrschaft durch den Vermieter gleichstehe, wenn dieser sich selbst der Möglichkeit begebe, die unmittelbare Sachherrschaft auszuüben, etwa indem er ein Angebot des Mieters auf Übergabe der Schlüssel zurückweist. Die Beantwortung dieser Frage hat der Bundesgerichtshof bislang offengelassen. Auch im Urteil vom 27.02.2019 legt sich der Bundesgerichtshof nicht fest, sondern er führt aus, dass es keiner Entscheidung der Streitfrage bedarf. Denn es fehlt im konkreten Fall nicht nur an einer vollständigen und endgültigen tatsächlichen Besitzaufgabe durch den Mieter vor dem 08.02.2013, sondern der Mieter hat auch kein dahingehendes tatsächliches oder wörtliches Angebot gemacht. Mit Schreiben vom 09.11.2012 hat der Mieter keinen Rückerhalt der Mietsache im Sinne des § 548 BGB angeboten. Zwar ist darin die "Rückgabe der Mieträume ab sofort" als angeboten bezeichnet. Damit war jedoch, wie sich aus dem weiteren Inhalt des Schreibens ergibt, nicht eine vorbehaltlose Besitzaufgabe zugunsten der Vermieterin gemeint. Vielmehr begehrte die Mieterin eine nähere Abstimmung mit der Vermieterin insbesondere bezüglich der gemäß § 16 MV bestehenden Interessenlagen, was sich einerseits auf die Renovierungspflicht oder ersatzweise Geldzahlung nach § 16 Abs. 1 MV bezog, andererseits auf die Entschließung der Vermieterin hinsichtlich des Entfernens der Einbauten oder deren Verbleib gegen Zeitwerterstattung gemäß § 16 Abs. 2 MV. Dem Schreiben vom 09.11.2012 kann nicht entnommen werden, dass die Mieterin die Sachherrschaft über das Objekt bereits vor der Klärung dieser Fragen vollständig und endgültig aufgeben wollte. Auch am 14.12.2012 hatte die Vermieterin die Mietsache nicht im Sinne des § 548 Abs. 1 BGB zurückerhalten. Zwar hat an dem Tag eine gemeinsame Besichtigung stattgefunden, die in eine nachfolgende Besprechung am 18.12.2012, eine Entschließung der Vermieterin und Aufforderung zur Durchführung von Arbeiten vom 14.01.2013 sowie deren anschließende Vorname durch die Mieterin mündete. Während der gesamten Zeit war jedoch die Vermieterin nicht im ungestörten Besitz der Mietsache, sondern diesen hatte noch die Mieterin.

Der Bundesgerichtshof folgt auch nicht der Hilfserwägung des Oberlandesgerichts, das die Zurückweisung der Klage auch darauf stützte, dass der geltend gemachte Schaden nicht hinreichend substantiiert dargelegt sei, weil sich dem Sachvortrag der Vermieterin nicht entnehmen lasse, welches Alter bzw. welche Qualität und Güte der in den Räumen verlegte Teppichboden gehabt habe. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass das Oberlandesgericht das rechtliche Gehör der Vermieterin verletzt habe. Die Vermieterin habe nämlich vorgetragen,

dass es sich bei dem - inzwischen ausgetauschten - Teppichboden um einen solchen der Marke "NDT-Qualität flash Fb 590" gehandelt habe, und weiterhin Sachverständigengutachten dafür angetreten, dass der Teppich bei regulärer Benutzung noch eine Restnutzungsdauer von zehn Jahren gehabt hätte, was bereits unter Zugrundelegung der bei Rückgabe gefertigten Fotodokumentation hätte gutachterlich festgestellt werden können. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass das Oberlandesgericht diesem Beweisanerbieten hätte nachgehen müssen und es nicht anging, der Beurteilung des Sachverständigen vorzugreifen, ob allein mit der Fotodokumentation ausreichende Anknüpfungstatsachen für eine gutachterliche Beurteilung der Beweisfragen vorliegen.

BGH, Urteil vom 27.02.2019 - XII ZR 63/18

- **Wahrung der gesetzlichen Schriftform nach § 550 BGB**

Das Oberlandesgericht Dresden befasste sich mit Beschluss vom 26.02.2019 - 5 U 1894/18 - mit der Frage, ob bei einem Mietvertrag die gesetzliche Schriftform aus § 550 BGB gewahrt ist. Bekanntlich ist die Rechtsprechung sehr streng. Dies gilt insbesondere bei einer sogenannten Vermietung vom Reißbrett. Befindet sich der Mietgegenstand bei Vertragsschluss aber bereits im Besitz des Mieters, etwa weil ein Vorvertrag bestand, sind die Anforderungen zur Wahrung der gesetzlichen Schriftform gleichsam gelockert. Es reicht, dass der Mietgegenstand so hinreichend bestimmt ist, dass es dem Grundstückserwerber im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglich ist, den Gegenstand zu identifizieren und seinen Umfang festzustellen. Dafür genügt es, wenn sich etwaige Zweifel an der exakten Lage des Mietgegenstandes auch ohne Zuhilfenahme von Anlagen zum Mietvertrag, insbesondere anhand des Umfangs der tatsächlichen, bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses währenden Nutzung durch die Parteien im Rahmen des vorausgegangenen Mietverhältnisses, auf das der Hauptvertrag hinweist, beseitigen lassen (so auch BGH NJW 1999, 3257 und Kammergericht Berlin ZMR 2013, 702).

Gegenstand des Mietvertrags waren Räume und Flächen, die zum Betrieb einer Gaststätte genutzt wurden. Diese wurden vom Beklagten im Jahre 2001 von der damaligen Grundstückseigentümerin angemietet. Im Jahre 2011 schloss der Beklagte sodann mit der damaligen Grundstückseigentümerin einen neuen Mietvertrag, in den die jetzige Klägerin durch Grundstückserwerb kraft Gesetzes eingetreten ist. Die neue Vermieterin kündigt das Mietverhältnis ordentlich mit der Begründung, der Mietvertrag leide an einem Schriftformmangel, sodass er nach § 550 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt und erhebt Räumungsklage. Die Klägerin argumentiert, wesentliche Vertragsbedingungen seien nicht schriftlich vereinbart, so der Umfang des Mietgegenstands und eine Vereinbarung zu den vom Mieter vorzunehmenden Umbauarbeiten. Diese Auffassung wird vom Oberlandesgericht Dresden allerdings nicht geteilt, es weist die Räumungsklage ab. Zum Argument, der Umfang des Mietgegenstandes sei im Mietvertrag nicht hinreichend konkret angegeben, meint das Oberlandesgericht Dresden, dass es zur hinreichenden Bezeichnung der vermieteten Fläche genügt, wenn sich etwaige Zweifel an der exakten Lage und dem Umfang dieser Fläche auch ohne Zuhilfenahme von Anlagen zum Mietvertrag, insbesondere anhand des Umfangs der tatsächlichen, bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses währenden Nutzung durch die Parteien im Rahmen des vorausgegangenen Mietverhältnisses, auf das der Hauptvertrag hinweist, beseitigen lassen (so BGH NJW 1999, 3257; OLG München ZMR 2009, 611; OLG Koblenz NJOZ 2011, 2007; Kammergericht Berlin ZMR 2013, 702; OLG Dresden ZMR 2017, 469; Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, § 550 Rn. 30). Keinen Erfolg hatte auch das Argument der Vermieterin, es liege ein Schriftformmangel nach § 550 S. 1 BGB vor, weil eine Baubeschreibung fehle, auf die im Mietvertrag Bezug genommen wurde. In dieser Baubeschreibung, die bei Vertragsabschluss vorhanden war, war geregelt, welche Umbauarbeiten durch den Mieter durchgeführt werden. Nach Vertragsabschluss ist die Baubeschreibung in Verlust geraten. Das Oberlandesgericht Dresden führt aus, dass dies irrelevant sei, denn unter dem Gesichtspunkt der Schriftform sei gerade nicht entscheidend, ob zum heutigen Zeitpunkt die Baubeschreibung noch vorliegt, sondern vielmehr, ob es zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Baubeschreibung gab. Entscheidender Zeitpunkt für die Bestimmbarkeit des Mietgegenstands ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, während spätere tatsächliche Geschehnisse die Wahrung der Form nicht infrage stellen können, was sogar für die Vernichtung der Vertragsurkunde gilt (BGH NJW 2008, 2178 Rn. 23). Darüber hinaus weist das Oberlandesgericht Dresden darauf hin, dass eine Vereinbarung zur Ausführung von Umbauarbeiten durch den Mieter nicht derart vertragswesentlich sei, dass sie der Formbedürftigkeit des § 550 S. 1 BGB unterfalle (vgl. dazu auch BGH NJW 2016, 311 Rn. 29).

OLG Dresden, Beschluss vom 26.02.2019 - 5 U 1894/18

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

VERKEHRSRECHT bekommen

Unfall beim links abbiegen

Eine relativ häufige Konstellation bei Verkehrsunfällen ist die Kollision zwischen zwei Kraftfahrzeugen, wobei ein Fahrzeugführer überholt, ein anderer nach links abbiegt. So hatte beispielsweise das OLG Düsseldorf in einem Berufungsurteil vom 10.04.2018 - I-1 U 86/17 (zfs 2019, 203 ff.) über die Haftungsanteile bei einem solchen Unfall zwischen einem Linksabbieger und einem Überholer zu entscheiden. Wesentliche Tatsachen waren, dass an der betroffenen Stelle ein Überholverbot galt und der Linksabbieger in eine Grundstückseinfahrt fahren wollte, um zu wenden.

Durch das OLG Düsseldorf wurde insoweit entschieden, dass die Verpflichtung des Linksabbiegers zur doppelten Rückschau trotz der Anordnung eines Überholverbotes gilt und insoweit ein unfallursächlicher schuldhafter Verkehrsverstoß vorliegt. Betont wurde, dass nur in sehr engen Ausnahmefällen davon ausgegangen werden kann, dass aufgrund der besonderen Umstände, zum Beispiel einer baulichen Gestaltung, die Rückschaupflicht entfällt. Für ein bloß rechtliches Hindernis wurde dies dagegen abgelehnt.

Es waren somit je schuldhafte Verursachungsbeiträge im Rahmen des § 17 Abs. 2, Abs. 1 StVG gegeneinander abzuwägen, einerseits das Überholen bei unklarer Verkehrslage, andererseits der Verstoß gegen die doppelte Rückschaupflicht bei einem hohen Sorgfaltsmaßstab, dem Abbiegen in ein Grundstück. Im konkreten Fall kam das Oberlandesgericht zum Ergebnis, dass beide Unfallbeteiligten ein etwa gleich hoch zu bewertendes Mitverschulden an der Kollision trifft.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.04.2018 - I-1 U 86/17

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

WEG-RECHT bekommen

Beschluss über Vertragsstrafen nichtig

Die Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergemeinschaft sieht vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Ausübung eines Gewerbebetriebes oder Berufes in der Wohnung nur mit Zustimmung des Verwalters berechtigt ist, wobei die Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf. Dasselbe gilt sinngemäß für die erforderliche Zustimmung zur Vermietung oder sonstigen Gebrauchsüberlassung. Am 05.06.2012 hat die Eigentümerversammlung den Beschluss gefasst, dass Miteigentümer, die ohne die Zustimmung einen Mietvertrag über eine Wohnung abschließen verpflichtet sind, der Gemeinschaft eine Vertragsstrafe zu zahlen. Gestützt auf die Behauptung, dass der Beklagte seine Wohnung in sechs Fällen ohne Zustimmung des Verwalters kurzzeitig an arabische Gäste vermietet hat, verlangt die klagende Wohnungseigentümergemeinschaft die Zahlung einer Vertragsstrafe. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Bundesgerichtshof bestätigt das klagabweisende Urteil. Denn der Beschluss vom 05.06.2012 ist mangels einer Beschlusskompetenz nichtig. Als Grundlage für die Beschlusskompetenz kommt nur § 21 Abs. 7 WEG in Betracht. Dieser Vorschrift zufolge können die Wohnungseigentümer die Art und Weise von Zahlungen regeln, darüber hinaus die Fälligkeit und die Folgen eines Verzuges sowie der Kosten für eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums oder für einen besonderen Verwaltungsaufwand mit Stimmenmehrheit beschließen. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes erfasst § 21 Abs. 7 WEG nicht die Einführung von Vertragsstrafen für Verstöße bei Vermietungsbeschränkungen. Dies führt daher zur Nichtigkeit eines solchen Beschlusses. Durch die Einführung von Vertragsstrafen soll der Wohnungseigentümer unterlassen, Vermietungen vorzunehmen, wenn die erforderliche Zustimmung fehlt. Bereits der Wortlaut des § 21 Abs. 7 WEG erfasst diesen Fall nicht. Von dieser Vorschrift werden nur Zahlungspflichten erfasst, jedoch nicht Unterlassungspflichten. Es geht auch nicht um die Regelung von Verzugsfolgen, da ein Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht nicht den Eintritt eines Verzuges, sondern die Unmöglichkeit zur Folge hat. Auch kann nicht

auf die in § 21 Abs. 7 WEG genannte besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums oder an einen besonderen Verwaltungsaufwand angeknüpft werden. Denn die Vertragsstrafe bezweckt einen Strafcharakter und soll die Wohnungseigentümer dazu anhalten, ihre Pflicht zur Einholung der Zustimmung nachzuholen. Auch lässt sich die Anwendbarkeit von § 21 Abs. 7 WEG nicht mit der Gesetzesbegründung rechtfertigen. Dort ist lediglich ein unglückliches Beispiel gewählt worden.

Eine solche Sichtweise benachteiligt auch die Eigentümer nicht, da Verstößen gegen vereinbarte Vermietungsbeschränkungen durch einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch begegnet werden kann. Damit ist im Wiederholungsfall die Grundlage für die Verhängung eines Ordnungsgeldes gelegt.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 22.03.2019 - V ZR 105/18

- **Verbot kurzzeitiger Vermietung nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer möglich**

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft mit 8 Wohnungen. Die Klägerin ist Eigentümerin einer der Wohnungen. Die Teilungserklärung enthält eine Regelung, wonach den Wohnungseigentümern auch die kurzzeitige Vermietung ihrer Wohnungen z.B. an Feriengäste gestattet ist. Auch ist eine sogenannte Öffnungsklausel in der Teilungserklärung verankert, wonach mit einer Mehrheit von 75 % aller Miteigentumsanteile die Teilungserklärung geändert werden kann. Mit einer solchen Mehrheit beschlossen die Wohnungseigentümer die Regelungen dahingehend zu ändern, dass die Überlassung einer Wohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste nicht mehr zulässig ist. Die Klägerin akzeptiert diesen Beschluss nicht und erhebt Anfechtungsklage. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der Beschluss rechtswidrig ist, weil die Zustimmung der Klägerin fehlte. Denn nach der bislang geltenden Gemeinschaftsordnung war eine kurzzeitige Vermietung zulässig. Eine sogenannte allgemeine Öffnungsklausel erlaubt es den Wohnungseigentümern zwar solche Vereinbarungen mit qualifizierter Mehrheit zu ändern. Zum Schutz der Minderheit ist es aber erforderlich, bestimmte fundamentale inhaltliche Schranken zu beachten. Dies betrifft zwar verzichtbare, aber "mehrheitsfeste" Rechte von Sondereigentümern. Zu solchen mehrheitsfesten Rechten gehört auch die Zweckbestimmung seines Wohnungs- oder Teileigentums, demnach die Vorgabe, wie eine Einheit genutzt werden darf. Wenn diese Zweckbestimmung geändert wird, betrifft dies die Nutzung des Sondereigentums in substanzieller Weise. Derartige Eingriffe bedürfen jedenfalls der Zustimmung des Eigentümers der Einheit, deren Zweckbestimmung geändert werden soll. So berechtigt beispielsweise eine solche Öffnungsklausel nicht, eine als Gaststätte dienende Teileigentumseinheit ohne Zustimmung des Teileigentümers mit der Zweckbestimmung Büro zu versehen, weil die Mehrheit den Gaststättenbetrieb als störend empfindet. Demnach greifen auch Vermietungsverbote in die Zweckbestimmung des Wohnungseigentums ein. Ein generelles Vermietungsverbot könnte daher nur dann rechtmäßig sein, wenn nicht nur die aktuell vermietenden, sondern alle Wohnungseigentümer zustimmen. Denn auch die Zweckbestimmung solcher Einheiten, die im Zeitpunkt der Beschlussfassung von den Eigentümern selbst genutzt werden, würde eingeschränkt, wenn eine Vermietung fortan unterbleiben müsste. An dieser Zustimmung der Klägerin fehlte es vorliegend, weshalb der Beschluss rechtswidrig war. Die Eigentumsrechte der übrigen Wohnungseigentümer werden durch diese Sichtweise nicht außer Acht gelassen. Diesen Eigentümern stehen andere Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung. So müssen die mit der Kurzzeitvermietung ausgehenden Störungen wie Überbelegung, fortwährende Verstöße gegen die Hausordnung oder Lärmbelästigungen durch Feriengäste nicht hingenommen werden. Sie können einen Unterlassungsanspruch nach § 15 Abs. 3 WEG begründen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 12.04.2019 - V ZR 112/18