SRF-Newsletter 5/2020

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

ARBEITSRECHT bekommen

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall - Einheit des Verhinderungsfalls

Bei vielen Arbeitgebern wird immer noch und immer wieder zu viel Entgeltfortzahlung geleistet, da die Grund-sätze insbesondere zur Einheit des Verhinderungsfalls nicht bekannt sind. Dieser rechtliche Sachverhalt war auch Gegenstand einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 11.12.2019 und gibt Anlass, die Arbeitgeber auf Folgendes hinzuweisen:

Nach dem Grundsatz der Einheit des Versicherungsfalls ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit auf die Dauer von 6 Wochen begrenzt, auch wenn während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit auftritt, die ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Als Beispiel:

Ist ein Arbeitnehmer für 6 Wochen aufgrund eines Armbruchs arbeitsunfähig und ereilt ihn in der letzten Woche, am Donnerstag, eine grippale Erkrankung, so liegt zwar eine neue Erkrankung vor, die aber noch während der alten Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist und der Arbeitnehmer, der eine weitere Woche wegen des grippalen Infekts arbeitsunfähig geschrieben wird (also für die 7. Woche) erhält in dieser Woche keine Entgeltfortzahlung vom Arbeitgeber mehr sondern Krankengeld von der Krankenkasse.

Ein solcher einheitlicher Versicherungsfall ist nach der jetzt neuen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts regelmäßig dann indiziert, wenn zwischen einer ersten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und einer dem Arbeitnehmer im Wege der "Erstbescheinigung" attestierten weiteren Arbeitsunfähigkeit ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht. Von einem solchen engen zeitlichen Zusammenhang ist auszugehen, wenn die bescheinigten Arbeitsverhinderungen zeitlich entweder unmittelbar aufeinander folgen oder zwischen ihnen lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liegt.

Diese Entscheidung knüpft insoweit auch an eine bereits im Jahr 2014 getroffene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts an, wonach der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer in den letzten 6 Monaten mehr als 6 Wochen erkrankt war, einen Auskunftsanspruch hat, was die Krankheitsursachen waren und gegebenenfalls auch die Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht verlangen kann (BAG, Urteil vom 10.09.2014 – 10 AZR 651/12).

Im Prozess muss der Arbeitnehmer aber, da er wesentlich sachnäher ist, zum einen darlegen, wann welche Erkrankung vorlag und er muss beweisen, dass er wegen der ersten Erkrankung nicht mehr arbeitsunfähig war, als die zweite Erkrankung eintrat. Dafür muss er vollen Beweis erbringen, was gegebenenfalls durch das Zeugnis des behandelnden Arztes erfolgen muss.

Es ist also für Arbeitgeber durchaus empfehlenswert, in einer Situation, in der sich an eine Langzeiterkrankung eines Arbeitnehmers eine vermeintlich neue Erkrankung direkt anschließt und er an sich zur Entgeltfortzahlung verpflichtet wäre, insoweit genauer nachzuforschen und von seinen Auskunftsansprüchen Gebrauch zu machen.

BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 5 AZR 505/18

Inbezugnahme auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen nicht ausreichend zum Nachweis einer Ausschlussfrist

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung vom 30.10.2019 zur kirchlichen Arbeits- und Vergütungsverordnung (KAVO) Folgendes entschieden:

Der Arbeitgeber hat in seinem Arbeitsvertrag auf die KAVO verwiesen. Ein Verweis auf die in der KAVO, § 57, enthaltene Ausschlussfrist erfolgt nicht. Der Arbeitnehmer hat eine Forderung geltend gemacht, der kirchliche Arbeitgeber sie unter Verweis auf die in der KAVO enthaltene Verfallsfrist zurückgewiesen. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass mit dem Verweis im Arbeitsvertrag zwar die KAVO nachgewiesen sei, die in ihr enthaltene Ausschlussfrist aber ebenfalls wesentliche Vertragsbedingung sei und deswegen nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 NachwG ebenfalls nachweispflichtig ist, nicht, weshalb der Arbeitgeber sich wegen Verstoß gegen das Nachweisgesetz nicht auf die Ausschlussfrist berufen kann (unter Schadensersatzgesichtspunkten).

Das Bundesarbeitsgericht stellt auch klar, dass die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nicht Tarifverträge oder Dienst- oder Betriebsvereinbarungen sind und deswegen ein allgemeiner Verweis nicht ausreicht. Vielmehr ist ein gesonderter Hinweis auf die Verfallfrist erforderlich.

Kirchlichen Arbeitgebern ist zu empfehlen, den Wortlaut der Ausschlussfrist explizit im Arbeits-

vertrag aufzunehmen und ihn damit nachzuweisen, ansonsten müssen sie damit rechnen, dass die Ausschlussfrist zu ihren Lasten nicht greift.

Bei Ausschlussfristen, die in Tarifverträgen enthalten sind, geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Hinweis auf den Tarifvertrag ausreicht.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30.10.2019 - 6 AZR 465/18

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

BAURECHT bekommen

- **Garantierte Fertigstellungszeit begründet Verzugsschadensersatzansprüche**

Das Oberlandesgericht München hat in einer Entscheidung, in der es um die verspätete Erstellung einer Photovoltaikanlage ging, für diesen Bereich in mehrfacher Hinsicht interessante Feststellungen getroffen:

1. Ein Vertrag über die Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage kann auch werkvertraglichen Charakter haben, wenn Planung und Lieferung aufwendig sind und auch nach Abschluss der Arbeiten der Erfolg erst nach einer gewissen Zeitdauer und einem Probelauf überprüfbar ist. Dies hat für verschiedene Bereiche erhebliche Auswirkungen, kann bei Einordnung als Kaufvertrag die Verjährung für Gewährleistungsansprüche bereits nach 2 Jahren beendet sein, so ist diese beim Werkvertrag, wenn man die Montage als Bauwerk sieht, 5 Jahre lang, beim Kaufvertrag braucht es auch keine Abnahme für den Gefahrübergang, anders als beim Werkvertrag. Insoweit bleibt es dabei, dass die Rechtsprechung hier zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der rechtlichen Einordnung des Vertrages über die Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage kommt.

2. Der Unternehmer im dortigen Fall hatte eine schlüsselfertige Photovoltaikanlage "betriebsfertig“ montiert und weiter im Vertragstext als "Photovoltaik-Komplettanlage mit Montage und Netzanschluss" mit der Zusicherung

   „garantiert der Ersteller die Fertigstellung bis zum 31.12.2011“

versprochen. Die Anlage wurde auch wegen Problemen beim Transformator erst 2014 fertiggestellt.

Der Lieferant berief sich darauf, den Transformator (Trafo-Anlage) nicht zu schulden, dem hielt das Oberlandesgericht München – zu Recht - entgegen, dass, wird eine schlüsselfertige Anlage/Komplettanlage verkauft, der Lieferant eine Leistung schuldet, bei der der Kunde nur noch "den Schlüssel rumdrehen“ muss, um den mit der Anlage bezweckten Erfolg, die Stromerzeugung und -einspeisung realisieren zu können. Das Oberlandesgericht hat den Lieferanten also auch die Nichtlieferung der Trafo-Anlage als teilweise Nichterfüllung zugerechnet und ihn deswegen wegen verspäteter Fertigstellung zu erheblichen Schadensersatzzahlungen verurteilt.

Insbesondere auch in der aktuellen Phase, in der durch die Covid-19-Pandemie die Versorgung mit Materialien und Rohstoffen nicht im üblichen Maß erfolgen kann und auch Arbeitskräfte zur Durchführung von Bauarbeiten möglicherweise häufiger ausfallen, als in normalen Zeiten, gilt es, mit der Zusicherung von Fertigstellungszeitpunkten sehr vorsichtig zu sein. Besonders zu beachten ist dies in der aktuellen Phase, in der die pandemiebedingten Beschränkungen der Vergangenheit bekannt sind und auch jedermann weiß, dass solche Beschränkungen erneut auftreten können. Wer in einer solchen Phase eine Zusicherung eines Fertigstellungszeitpunkts abgibt, muss damit rechnen, dass er verschuldensunabhängig für Schäden, die aus einer verzögerten Fertigstellung resultieren, haftet. Das gilt natürlich nicht nur bei Photovoltaikanlagen sondern insbesondere auch im Bauträgergeschäft und bei der Erbringung von gewerkebezogenen Bauleistungen.

Oberlandesgericht München, Urteil vom 28.01.2020 - 28 U 452/19

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

ERBRECHT bekommen

- **BGH stärkt sogenanntes Behindertentestament**

Der BGH hat mit Urteil vom 24.07.2019 (XII ZB 560/18) das Behindertentestament gestärkt. Grund für ein solches Testament ist die Vermeidung des Zugriffs des Staates auf den Nachlass im Erbfall. Soweit ein Behinderter auf Sozialleistungen angewiesen ist, müsste er sich nämlich grundsätzlich das Vermögen, das er erbt, anrechnen lassen. Daher bietet sich eine erbrechtliche Gestaltung an, wonach der Behinderte einen Anteil am Nachlass erhält (in der Regel als

Vorerbe), die Verwaltung seines Anteils jedoch einem Testamentsvollstrecker überlassen wird, dem konkrete Anweisungen zur Auszahlung nicht dem Zugriff unterliegender Beträge erteilt werden. Diese Gestaltung ist in der Rechtsprechung auch des BGH seit langem anerkannt. Mit dem aktuellen Urteil musste sich der BGH aber mit einem Sachverhalt befassen, in welchem es keine konkreten Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker gab.

Das Landgericht Verden als ursprünglich zuständiges Gericht hielt das Testament aufgrund der fehlenden Anordnungen für sittenwidrig. Dem ist der BGH nunmehr entgegengetreten und hat zunächst auf die bisherige gefestigte Rechtsprechung zur Zulässigkeit des sogenannten Behindertentestaments verwiesen. Daran ändert auch ein Fehlen von Verwaltungsanordnungen grundsätzlich nichts. Das Landgericht war insoweit davon ausgegangen, dass es dem Erblasser allein darum ging, seinem nicht behinderten Sohn den Nachlass für den Fall des Versterbens des behinderten Sohnes zu sichern, weil es gerade an Regelungen dazu fehlte, dass und welche Beträge der Testamentsvollstrecker an den behinderten Sohn auszahlen sollte. Allerdings hat der BGH darauf hingewiesen, dass der Testamentsvollstrecker unabhängig vom Bestehen von Verwaltungsanordnungen verpflichtet ist, etwaige Nutzungen an den Erben herauszugeben. Nachdem der Erblasser dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat, ist es also möglich, dass Auszahlungen an den Erben erfolgen, sodass eine Sittenwidrigkeit des Testaments nicht vorliegt.

BGH, Urteil vom 24.07.2019 - XII ZB 560/18

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

FAMILIENRECHT bekommen

Immobilie und Immobilienschulden im Zugewinnausgleich

Es hatte der Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom 06.11.2019 - XII ZB 311/18 (NJW 2020, 1300) über die Zuordnung eines Kredits zur Immobilienfinanzierung im Anfangs-und Endvermögen zum Zugewinnausgleich zu entscheiden, wobei die Immobilie bereits vor der Heirat durch die Ehefrau als Alleineigentümerin erworben worden war. An der Eigentumslage hatte es sich in der Ehe, bis zur Scheidung, auch nichts geändert. Das Darlehen zur (überwiegenden) Finanzierung der Immobilie war jedoch, ebenfalls bereits vor der Eheschließung, gemeinsam aufgenommen worden. Die gemeinsame Verpflichtung bestand auch noch zum Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrages, Stichtag zum Endvermögen im Zugewinnausgleich. Während der ehelichen Lebensgemeinschaft waren die Darlehensraten - teilweise ausschließlich, zumindest überwiegend - durch den Ehemann bezahlt worden. In erster Instanz war ein Antrag auf Zugewinnausgleich des Ehemannes abgewiesen worden. Im Beschwerdeverfahren hat das Oberlandesgericht einen Teilbetrag zugesprochen, war jedoch der Auffassung, im Anfangsvermögen sei die Darlehensverpflichtung zur Immobilienfinanzierung anteilig beiden Eheleuten zuzurechnen, die Tilgung durch die Ratenzahlung in der Ehezeit wäre letztlich im Zugewinnausgleich nicht auszugleichen.

Dieser Entscheidung des Oberlandesgerichts, im Beschwerdeverfahren, ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt, hat vielmehr auf die entwickelten Grundsätze verwiesen. An der vermögensrechtlichen Zuordnung der Immobilie, nach Grundbuchlage, zu beiden Stichtagen (Anfangsvermögen und Endvermögen) als Alleineigentum der Ehefrau, bestand kein Zweifel. Sodann wurde durch den Bundesgerichtshof darauf verwiesen, dass im Falle gemeinsamer Verbindlichkeiten die Anteile der Gesamtschuldner gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB zu bestimmen sind. Zwar besteht im Zweifel die hälftige interne Verpflichtung. Es kann sich jedoch aus einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache eine andere Zuordnung ergeben. Insoweit ist anerkannt, dass im Falle der Aufnahme eines gemeinsamen Darlehens zur Finanzierung einer Sache im Alleineigentum eines der Gesamtschuldner im Innenverhältnis diesem im Zweifel die Verbindlichkeit allein zuzurechnen ist. So wurde letztlich auch, insbesondere auch zum Anfangsvermögen, für den oben dargestellten Fall entschieden. Hieraus ergab sich, letztlich aus der Wertsteigerung der Immobilie in der Ehezeit sowie insbesondere jedoch auch aus der Tilgung des Darlehens in der Ehezeit ein Anspruch auf Zugewinnausgleich zugunsten des Ehemannes.

BGH, Beschluss vom 06.11.2019 - XII ZB 311/18

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

IT-RECHT bekommen

- **Haftung des Marketplace-Händlers für Markenrechtsverletzungen auf Amazon**

  Bereits im Jahr 2016 hat der Bundesgerichtshof einen Marketplace-Händler bei Amazon wegen einer Markenrechtsverletzung nach von ihm nicht veranlassten Änderungen in der Produktbeschreibung verurteilt und entschieden, dass die von einem anderen Händler vorgenommenen Änderungen dem abgemahnten Marketplace-Händler zuzurechnen ist, weil er seinen Überwachungs- und Prüfungspflichten nicht nachgekommen ist. Über einen vergleichbaren Sachverhalt hatte nunmehr auch das OLG Frankfurt mit Urteil vom 05.12.2019 (6 U 182/18) zu entscheiden.

  Der Kläger ist Inhaber der Wortmarke “Premium X“ unter anderem für Waren der Klasse 9 (z.B. SAT-Antennen) und vertreibt seine Produkte über Amazon. Die Beklagte ist ebenfalls als Marketplace-Händler bei Amazon in derselben Produktkategorie tätig. Beide Parteien hatten bei Amazon Mastschellen, dies zumindest zeitweise auch unter derselben ASIN angeboten. Umstritten war zwischen den Parteien, wer wessen Produktbeschreibung gekapert hat und wer welche Änderungen vorgenommen hatte. Denn die Beklagte behauptete, dass sie als Erste unter der ASIN mit ihrer Marke Produkte angeboten habe und sich die Klägerin hieran angehängt habe und erst nach einer Berechtigungsanfrage die Klägerin den Angebotstext verändert und den Markennamen der Beklagten durch ihren eigenen Markennamen "Premium X" geändert habe. Zuletzt erfolgten die Angebote jedenfalls unter der Überschrift “Mastschellen … von Premium X“, weswegen die Klägerin die Beklagte abgemahnt hat.

  Dies zu Recht, wie das OLG entschieden hat. Insoweit sei es ausreichend, dass die Beklagte einen Artikel auf Amazon eingestellt und dieses Angebot die Produktbeschreibung mit der Marke der Klägerin aufgewiesen hat. Dass die Produktbeschreibung möglicherweise geändert wurde, spielt keine Rolle, weil die Beklagte insoweit eine Überwachungs- und Prüfungspflicht trifft, der sie nicht ausreichend nachgekommen ist. Da insbesondere in Händlerkreisen vor allem nach der BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2016 bekannt ist, dass Produktbeschreibungen durch andere Händler geändert werden können und sich dadurch die Gefahr ergibt, dass zulässig Angebote in rechtsverletzender Weise geändert werden, ist es einem Händler zuzumuten, seine Angebote regelmäßig zu überprüfen. Dieser Prüfpflicht war die Beklagte nicht nachgekommen, weil sie die Änderung bereits im Februar 2017 festgestellt hat, aber noch im Mai 2017 sich an das Angebot anhängte. Sie hatte zwar gegenüber Amazon einen Verstoß gemeldet, weil sie der Meinung war, dass die Klägerin die Angebotsbeschreibung rechtswidrig geändert habe. Dies war aber nicht ausreichend, vielmehr hätte sie davon Abstand nehmen müssen, unter der fremden Marke Produkte anzubieten.

  Auch der Einwand des Rechtsmissbrauchs war nach Auffassung des OLG nicht durchgreifend. Dabei spielt es keine Rolle, wer sich zuerst an welches Angebot angehängt hat. Entscheidend ist, dass Amazon die Möglichkeit gibt, Angebotstexte zu ändern und es damit auch nicht rechtsmissbräuchlich ist, wenn ein Händler von dieser Möglichkeit Gebrauch macht und dies insbesondere nichts an der bestehenden Prüfungspflicht ändert.

  Amazon-Händlern ist demnach dringend dazu zu raten, für markenrechtlich geschützte Produkte entweder eine eigene ASIN bei Amazon zu beantragen oder, wenn sie sich an Angebote anderer Händler anhängen (müssen) ihre Angebote regelmäßig daraufhin zu überprüfen, ob Veränderungen an den Produktbeschreibungen vorgenommen wurden, um Abmahnungen zu vermeiden. Gerade bei Händlern, die mehr als eine ASIN nutzen, ist dies natürlich eine enorme Herausforderung, zumal aktuell der genaue Umfang der erforderlichen Prüfungen insbesondere in zeitlicher Hinsicht (tägliche Prüfung, wöchentlich?) völlig unklar ist. Fest steht nach der Entscheidung des BGH nur, dass eine Überprüfung nach 5 Wochen zu spät ist.

  OLG Frankfurt, Urteil vom 05.12.2019 - 6 U 182/18

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

MIETRECHT bekommen

- **Begründeter Kautionsrückzahlungsanspruch trotz Beschädigung der Mietsache**

  Vermieter sind häufig viel zu sorglos, wenn sie meinen, Ansprüche wegen Beschädigungen der Mietsache seien durch eine Kaution gesichert. Welche fatalen Folgen das haben kann

zeigt ein Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 02.12.2019 (8 U 104/17).

Dem Vermieter stehen Ansprüche wegen baulicher Veränderungen der Mietsache zu. Er wähnt sich durch eine Kaution gesichert. Ansprüche wegen Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache unterliegen aber einer kurzen Verjährungsfrist von sechs Monaten, die zu laufen beginnt, wenn der Vermieter den Besitz der Mietsache zurückerhält (§ 548 BGB). Im entschiedenen Fall meinte der Vermieter, seine Schadensersatzansprüche seien durch eine vom Mieter gestellte Kaution gesichert und deshalb blieb er zunächst untätig. Als der Mieter seinen Kautionsrückzahlungsanspruch einklagt erklärt der Vermieter nach Ablauf der Verjährungsfrist von sechs Monaten Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Verschlechterung und Veränderung der Mietsache. Die Klage des Mieters hat Erfolg, ohne dass es darauf ankäme, ob Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache vorlagen. Als der Vermieter die Aufrechnung mit seinen vermeintlichen Schadenersatzansprüchen erklärte war nämlich bereits Verjährung eingetreten. Seine Aufrechnung konnte den Kautionsrückzahlungsanspruch deshalb nicht zu Fall bringen.

Der Vermieter machte geltend, ihm stünde wegen der baulichen Veränderungen ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keiner Fristsetzung bedarf. Der Vermieter verkennt aber, dass ein Zahlungsanspruch des Vermieters wegen Verletzung seines Integritätsinteresses durch Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs des Mieters voraussetzt, dass der Vermieter statt der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes den dafür erforderlichen Geldbetrag verlangt. Der Schadensersatzanspruch ist nach § 249 Abs. 1 BGB zunächst nicht auf Zahlung, sondern auf Wiederherstellung des Zustandes vor dem Eingriff durch den Schädiger gerichtet. Mit dem Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes kann nicht gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch aufgerechnet werden, weil es an der Gleichartigkeit von Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 387 BGB fehlt. Zwar kann der Geschädigte nach § 249 Abs. 2 BGB "statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen". Hierbei handelt es sich jedoch um einen Fall der sogenannten Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, der einer Ausübung bedarf (BGH NJW 2018, 1746 Tz 26 f.). Anders als bei einer Wahlschuld gemäß § 262 BGB bestehen nicht von vornherein zwei Ansprüche (somit auf Herstellung und auf Zahlung), die lediglich einer Konkretisierung durch Wahlausübung bedürfen, sondern zunächst lediglich der Herstellungsanspruch. Erst mit dem Zahlungsverlangen übt der Geschädigte sein Recht aus, "an Stelle der einen geschuldeten Leistung eine andere mit der Folge zu setzen, dass fortan nur diese letztere Erfüllung ist" (so BGHZ 5, 105 = NJW 1952, 619, 620). Erst mit Ausübung der Ersetzungsbefugnis, die somit eine Gestaltungserklärung ist, tritt eine Änderung des Schuldverhältnisses ein (so etwa Münchener Kommentar/Krüger, BGB, 8. Aufl., § 263 Rn. 10: "keine Rückwirkung"). Nun hatte der Vermieter bis zum Ablauf der Verjährung keine Ansprüche geltend gemacht und folglich auch seine Ersetzungsbefugnis nach § 249 Abs. 2 BGB durch Verlangen der Zahlung von Schadensersatz nicht ausgeübt. Ein etwa bestehender Anspruch war jedenfalls bis zur Aufrechnungserklärung des Vermieters auf Naturalherstellung gerichtet, sodass vor Verjährungseintritt keine Aufrechnungslage bestand. Als der Vermieter Zahlung verlangte war aber bereits Verjährung eingetreten. Zwar kann auch mit einer verjährten Forderung noch Aufrechnung erklärt werden, dies setzt aber voraus, dass sich die Ansprüche vor Eintritt der Verjährung des Schadensersatzanspruchs nach § 548 Abs. 1 BGB aufrechenbar gegenüberstanden (§§ 215, 387 BGB). Dies war aber in dem vom Kammergericht Berlin entschiedenen Fall nicht gegeben, da der Zahlungsanspruch des Vermieters durch Geltendmachung erst nach Eintritt der Verjährung entstanden ist. Somit waren etwaige Ansprüche des Vermieters wegen Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache verjährt und eine Aufrechnung schied aus, da sich der Anspruch des Mieters auf Kautionsrückzahlung und etwaige Schadensersatzansprüche des Vermieters nie in unverjährter Zeit aufrechenbar gegenüberstanden.

Kammergericht Berlin, Beschluss vom 02.12.2019 - 8 U 104/17

- **Wirksame Beschränkung der Aufrechnungsmöglichkeit**

Immer wieder wird in Prozessen darüber diskutiert, ob eine Formularklausel wirksam ist, mit dem die Aufrechnungsbefugnis auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkt wird. Das Brandenburgische Oberlandesgericht hat mit Urteil vom 17.12.2019 (3 U 25/19) erneut festgestellt, dass eine derartige Regelung nicht zu beanstanden ist.

Im formularmäßigen Mietvertrag wurde zur Aufrechnung und Zurückbehaltung geregelt:

"Der Mieter kann gegenüber Mietforderungen mit Gegenforderungen nur aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn die Gegenforderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist".

Die zuständige Bauaufsichtsbehörde erließ eine Ordnungsverfügung, in der angeordnet

wurde, dass die Nutzung der Räume, in der der Mieter eine Pflegewohngemeinschaft betrieb, bis zum 31.01.2014 aufzugeben ist, wobei die sofortige Vollziehung angeordnet wurde. Im Zeitraum von Februar 2014 bis zum Oktober 2014 zahlte der Mieter die Miete nur unter Vorbehalt. Mit Bescheid vom 01.10.2014 erteilte die Bauaufsichtsbehörde eine bis am 31.01.2018 befristete Nutzungsgenehmigung. Für die Monate Mai bis November 2017 zahlte der Mieter keine Miete, sodass der Vermieter Zahlungsklage erhob und das befristete Mietverhältnis fristlos kündigte. Der Mieter erklärte gegen die Klageforderung Aufrechnung mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der Mieten für die Zeit von Februar bis Oktober 2014. Diesen Rückzahlungsanspruch begründete der Mieter damit, dass die Mietsache im genannten Zeitraum nicht nutzbar war, sodass er wegen dieses Mangels der Mietsache von der Mietzahlungsverpflichtung befreit gewesen sei. Das mietvertraglich vereinbarte Aufrechnungsverbot erachtet der Mieter für unwirksam. Er macht geltend, das formularmäßige Aufrechnungsverbot sei wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam. Auch verliere ein vertraglicher Aufrechnungsausschluss seine Wirkungen, wenn das Mietverhältnis wie hier beendet ist und sich die Parteien bereits in einem Rechtsstreit gegenüberstehen. Schließlich greife das Aufrechnungsverbot auch deshalb nicht, weil die Gegenforderung des Mieters, mit der Aufrechnung erklärt werde, entscheidungsreif sei (d.h. dass das Gericht ohne Beweisaufnahme über die Gegenforderung entscheiden könne).

Das Brandenburgische Oberlandesgericht entscheidet, dass die Einwendungen des Mieters unbegründet sind und die Formularklausel zum Aufrechnungsverbot wirksam ist. Sie stelle keine unangemessene Benachteiligung dar. Der Bundesgerichtshof hat in zahlreichen Entscheidungen die Formulierung, dass nur unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen von dem Aufrechnungsverbot ausgenommen sind, unbeanstandet gelassen und die Klausel als wirksam erachtet (BGH, Urteile vom 17.02.1986 - II ZR 285/14 - Tz. 10; vom 10.01.1991 - III ZR 141/90 - Tz. 35; vom 27.01.1993 - XII ZR 141/91 - Tz. 16 und vom 15.12.2010 - XII ZR 132/09 - Tz. 21). Die Unwirksamkeit ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass nach der Klausel nicht auch entscheidungsreife Gegenforderungen von dem Aufrechnungsverbot ausgenommen sind. Denn aus § 308 Nr. 3 BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber lediglich den Ausschluss der Aufrechnung mit unbestrittenen oder schon rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen als unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners erachtet, nicht aber auch ein Aufrechnungsverbot bezüglich entscheidungsreifer Gegenforderungen (OLG Hamm, Urteil vom 09.12.2016, I-30 U 14/16, NJW-RR 2017, 208). Auch steht die Beendigung des Mietverhältnisses und Rückgabe der Mietsache einer fortdauernden Geltung des Aufrechnungsverbots nicht entgegen. Die Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis auf unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen verliert nämlich ihren Sinn und Zweck nicht mit Beendigung des Mietverhältnisses (BGH NJW-RR 2000, 530 Tz. 1 für eine individuell vereinbarte Beschränkung; OLG Hamm, a. a. O.). Auch aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.10.1993, XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519 folgt nichts anderes. Hieraus ergibt sich lediglich, dass einem Gewerberaummieter durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die Gewährleistungsrechte aufgrund von Mängeln der Mietsache nicht vollständig entzogen werden dürfen, sondern ihm die Möglichkeit verbleiben muss, eine gesonderte Klage aus § 812 BGB zu erheben. So liegt der Fall auch hier. Dem Mieter bleibt es nach den Regelungen im Mietvertrag unbenommen, die Rückzahlung zu viel gezahlter Mieten aus § 812 BGB in einem gesonderten Prozess geltend zu machen, lediglich die Möglichkeit der Aufrechnung ist zulässigerweise eingeschränkt. Dass im kaufmännischen Verkehr der Mieter hinsichtlich des Minderungsrechts auf eine gesonderte Klage verwiesen werden kann, entspricht herrschender Auffassung und dies hat der Bundesgerichtshof auch in dem Urteil vom 27.10.1993 bestätigt.

Schließlich ist das Berufen des Vermieters auf das Aufrechnungsverbot auch nicht nach § 242 BGB treuwidrig. Zwar kann die Berufung auf ein Aufrechnungsverbot ausnahmsweise treuwidrig sein, wenn Entscheidungsreife hinsichtlich der Gegenforderung vorliegt (BGH, Urteile vom 15.02.1978, VIII ZR 242/79, Tz. 11 und vom 17.02.1986, II ZR 285/84, Tz. 8 ff.). Der Bundesgerichtshof nimmt eine Treuwidrigkeit in solchen Fällen aber nur dann an, wenn Klage- und Aufrechnungsforderung in untrennbarem Zusammenhang stehen und Entscheidungsreife hinsichtlich der einen Forderung auch Entscheidungsreife bezüglich der anderen Forderung bedeutet. Denn nur wenn mit der Entscheidung über die Klageforderung zugleich feststehe, dass auch die Aufrechnungsforderung begründet sei, verhalte sich die Partei treuwidrig, die sich auf das Aufrechnungsverbot berufe (BGH a. a. O.). Vorliegend stehen Klage- und Gegenforderung jedoch nicht in einem untrennbaren Zusammenhang, sondern sind unabhängig voneinander zur Entscheidung reif oder auch nicht (vergleiche auch OLG Hamm, a. a. O.). Auf die Frage, ob die Miete im Zeitraum zwischen Februar und Oktober 2014 von Gesetzes wegen aufgrund der Nutzungsuntersagung gemindert war und dem Mieter ein Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB zustünde, kommt es deshalb nicht mehr an.

Kammergericht Berlin, Urteil vom 17.12.2019 - 3 U 25/19

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Höhe der Gutachterkosten**

Wird ein Kraftfahrzeug durch einen Verkehrsunfall, durch ein anderes Kraftfahrzeug, beschädigt, ist es anerkannt, dass in jedem Fall ab einer gewissen Schadenhöhe die Kosten für einen durch den Geschädigten selbst beauftragten Sachverständigen zum erstattungsfähigen Schaden gehören. Wie bei anderen Schadenspositionen auch kommt es jedoch vor, dass die Höhe der in Rechnung gestellten Gutachterkosten durch den eintrittspflichtigen Versicherer infrage gestellt wird, lediglich eine teilweise Regulierung erfolgt. So hatte der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 17.12.2019 - VI ZR 315/18 (r+s 2020, 232) darüber zu entscheiden, unter welchen Umständen die Kürzung berechneter Gutachterkosten in Betracht kommt bzw. nach welchem Maßstab durch das Gericht über die Höhe erstattungsfähiger Gutachterkosten zu entscheiden ist.

Durch den Bundesgerichtshof wurde in dieser Entscheidung bekräftigt, dass die Auswahl des Sachverständigen bzw. die Entscheidung, ob ein Sachverständiger hinzugezogen wird, grundsätzlich dem Geschädigten obliegt. Weiter wurde betont, dass keine Verpflichtung besteht, den relevanten Markt nach dem günstigsten Anbieter zu erforschen. Allerdings wurde zugleich betont, dass der Geschädigte bei Beauftragung eines Gutachters eine „gewisse Plausibilitätskontrolle der vom Sachverständigen bei Vertragsabschluss geforderten“ bzw. „später berechneten Preise" durchführen muss. Weiter wurde ausgeführt, dass Kosten eines Sachverständigen in jedem Fall nicht mehr erstattungsfähig sind, als erforderlicher Herstellungsaufwand, soweit diese „für den Geschädigten erkennbar deutlich überhöht sind".

Entgegen der Entscheidung in der Berufungsinstanz wurde jedoch bestätigt, dass bei Ermittlung des erforderlichen Herstellungsaufwandes nach dem Beweismaß des § 287 ZPO (Schadensschätzung) die vorgelegte und durch den Geschädigten auch bezahlte Rechnung ein Indiz dafür ist, dass es sich nach dem so genannten subjektbezogenen Schadensbegriff um den aus Sicht des Geschädigten in seiner Position für angemessen anzusehenden Aufwand handelt, welcher dann auch regelmäßig in dieser Höhe zu erstatten ist.

Zumindest bei überregional/bundesweit tätigen Organisationen und lokal langjährig tätigen Gutachter dürfte regelmäßig darauf zu vertrauen sein, dass deren Preise nicht zu beanstanden sind, aus Sicht eines Geschädigten, welcher unter Umständen nur einmalig mit einer Schadenregulierung befasst ist. Soweit dann die vorgelegte Rechnung bezahlt wurde, dürfte es der Versicherung schwer fallen, Kürzungen gegenüber dem Geschädigten zu begründen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 17.12.2019 - VI ZR 315/18

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

WEG-RECHT bekommen

- **Verwalter muss nicht zahlen**

§ 12 WEG sieht vor, in einer Gemeinschaftsordnung zu vereinbaren, dass die Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf. Wenn sich der Verwalter weigert, eine solche Erklärung abzugeben, kann er im Falle seiner Verurteilung die Kosten von der Wohnungseigentümergemeinschaft ersetzt verlangen, wenn er die Zustimmung nicht schuldhaft verweigerte, so der BGH.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hat sich der beklagte Verwalter geweigert, die Zustimmung zur Veräußerung einer Sondereigentumseinheit zu erteilen. Nach verlorenem Rechtsstreit entnimmt der Verwalter die entstandenen Kosten von rund 14.000 € aus dem Gemeinschaftsvermögen. Das wollen die Eigentümer nicht hinnehmen und verlangen die Erstattung dieses Betrages vom Verwalter. Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass der Verwalter die angefallenen Kosten aus dem Vermögen der Gemeinschaft entnehmen darf. Denn er ist im Hinblick auf die Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Eigentums für die Wohnungseigentümer treuhänderisch oder als mittelbarer Stellvertreter tätig. In diesen Fällen muss der Verwalter im Fall seiner Verurteilung die Zustimmung zu erteilen die anfallenden Kosten nicht selbst tragen, sondern ihm steht nach §§ 675, 670 BGB ein Aufwendungserstattungsanspruch zu. Ein solcher Anspruch steht ihm jedenfalls dann zu, wenn dies im Verwaltervertrag vereinbart ist. Aus der Verurteilung des Verwalters folgt nichts anderes. Denn aus einer reinen Verurteilung lassen sich keine Schlüsse

darauf ziehen, dass der Verwalter eine Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB begangen hat, solange im Zeitpunkt der Entscheidung des Verwalters Gründe gegeben waren, die die Verweigerungshaltung als gerechtfertigt erscheinen ließen. Nur wenn der Verwalter offensichtlich unvertretbare bzw. nicht mehr nachvollziehbare Entscheidungen trifft und die Zustimmung verweigert, begeht er eine Pflichtverletzung und ist schadensersatzpflichtig. Auch ein bloßer Irrtum des Verwalters über die Voraussetzungen einer berechtigten Zustimmung genügen nicht.

BGH, Urteil vom 18.10.2019 - V ZR 188/18

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

WOHNRAUMMIETRECHT
bekommen

- **Zu den Anforderungen an eine Modernisierungsankündigung**

Der klagende Vermieter verlangte vom Mieter die Duldung von baulichen Maßnahmen, soweit deren Durchführung das Betreten der Wohnung der beklagten Mieter es erforderte (insbesondere Austausch der Fenster und Balkontüren, Badsanierung und Erneuerung der Heizung, nicht aber der Wärmedämmmaßnahmen am Dach und an der Außenfassade). Der Vermieter scheiterte in den ersten beiden Instanzen mit seiner Klage. Der Bundesgerichtshof hebt das klagabweisende Urteil auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück. Dabei stellt er klar, dass gemäß § 555d Abs. 1 BGB der Mieter Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b BGB zu dulden hat, wenn der Vermieter diese Maßnahme nach § 555c BGB angekündigt hat. Dabei muss die Ankündigung Angaben über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahmen in wesentlichen Zügen und den voraussichtlichen Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme bezeichnen und wenn eine Mieterhöhung verlangt werden soll auch die zu erwartende Mieterhöhung und die zu erwartenden voraussichtlichen künftigen Betriebskosten.

Dabei bedarf es für Maßnahmen der energetischen Modernisierung derjenigen Tatsachen, die es dem Mieter ermöglichen, in groben Zügen die voraussichtlichen Auswirkungen der Umsetzung der baulichen Maßnahmen auf den Mietgebrauch abzuschätzen und - gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe - vergleichend zu ermitteln, ob die geplanten baulichen Maßnahmen voraussichtlich zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden. Weitergehende Anforderungen als an ein Mieterhöhungsverlangen aufgrund einer durchgeführten energetischen Modernisierung sind nicht zu stellen, so der Bundesgerichtshof. Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall haben die Ankündigungen den Anforderungen genügt, da dort mitgeteilt wurde, welche Arbeiten im Einzelnen durchgeführt werden sollen und welches Energieeinsparpotenzial durch die geplanten Arbeiten erreicht werden soll. Der Bundesgerichtshof erteilte auch der Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes eine Absage, eine nur bezüglich einer einzelnen Teilmaßnahme nicht ordnungsgemäße Modernisierungsankündigung hätte zur Folge, dass der Mieter sämtliche übrigen Instandhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen nicht hinzunehmen hätte. Eine solche Rechtsfolge wäre allenfalls nur dann anzunehmen, wenn der Vermieter ein Gesamtkonzept weitreichender, den Charakter der Mietsache grundlegend verändernder Maßnahmen plante, die einem Neubau, insbesondere durch Teilabriss und Hinzufügung neuer Räume, gleichkämen. Denn nur in solchen Fällen bliebe unklar, ob einzelne in die Planung eines vollständigen Umbaus des Mietobjektes eingebettete Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen auch unabhängig von der Umsetzung des nicht zu duldenden Gesamtkonzeptes umgesetzt werden sollten. Davon war vorliegend nicht auszugehen, sodass die verlangte Ankündigung auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden war. Demnach stellt der Bundesgerichtshof keine allzu hohen Voraussetzungen an eine Ankündigung einer Modernisierungsmaßnahme auf. Der Mieter muss nur in groben Zügen die Auswirkungen abschätzen können und sich gegebenenfalls sachverständiger Hilfe bedienen, um zu ermitteln, ob die Maßnahmen zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden.

BGH, Urteil vom 18.12.2019 - VIII ZR 332/18