SRF-Newsletter 2/2021

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

ARBEITSRECHT bekommen

Außerordentliche Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit?

Das Arbeitsgericht Stuttgart hat in einem der Covid-19-Pandemie geschuldeten Sachverhalt eine soweit ersichtlich erste und sehr bedeutsame Entscheidung getroffen:

Die Arbeitgeberin hat eine außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Änderungskündigung mit dem Inhalt, Kurzarbeit durchführen zu dürfen, ausgesprochen. Die Klägerin war für die Einsatzplanung in Kindergärten zuständig, als die Kindergärten aufgrund der Covid-19-Pandemie schlossen, hatte die Beklagte keine Aufträge mehr und bat ihre Arbeitnehmer, der Einführung von Kurzarbeit zuzustimmen. Die Klägerin lehnte das ab. Nachdem die Agentur für Arbeit Kurzarbeitergeld bewilligt hatte, hat die Arbeitgeberin gegenüber der Arbeitnehmerin am 22.04.2020 eine außerordentliche und hilfsweise ordentliche Änderungskündigung ausgesprochen mit dem Inhalt, dass zukünftig Kurzarbeit durchgeführt werden dürfe.

Das Arbeitsgericht Stuttgart hat die von der Arbeitnehmerin eingereichte Klage abgewiesen, die Änderung der Arbeitsbedingungen sei verhältnismäßig, die Arbeitgeberin habe alles (erfolglos) versucht, was ihr zuzumuten gewesen sei, insbesondere

- die einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages angeboten;
- nicht zugleich Kurzarbeit angeordnet, sondern zunächst nur die Möglichkeit erbeten, Kurzarbeit einzuführen;
- die Kurzarbeit auch nur für den Fall angekündigt, dass die Arbeitnehmerin die Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld erfülle.

Schließlich hatte die Arbeitgeberin in ihrer Änderungskündigung eine Vorankündigungsfrist von 3 Wochen zugesagt und die Einführung der Kurzarbeit zeitlich begrenzt. Dieses Gesamtpaket hat das Arbeitsgericht überzeugt, ob sich das auf alle Sachverhalte erstrecken lässt, werden weitere Entscheidungen zu diesem Thema zeigen, die Arbeitgeberin in diesem Verfahren hat sehr sorgfältig die Änderungskündigung vorbereitet.

Arbeitsgericht Stuttgart, Urteil vom 22.10.2020 - 11 Ca 2950/20

Bestätigt: Urlaubsgewährung bei fristloser und nur hilfsweise ausgesprochener ordentlicher Kündigung

Das Bundesarbeitsgericht hat seine Rechtsprechung zur Möglichkeit des Arbeitgebers, der eine fristlose Kündigung ausspricht, vorsorglich Urlaub zu gewähren, bestätigt. Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Nach einem Streit über eine fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses schlossen die Parteien einen Vergleich, wonach das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung beendet wurde und der Zeitraum bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist ordnungsgemäß abgerechnet werde. Im Kündigungsschreiben hatte der Arbeitgeber erklärt, dass der Kläger im Anschluss an den Zugang der fristlosen Kündigung Urlaub zu nehmen habe und dieser gewährt werde, er in diesem Zeitraum bestehende Urlaubsansprüche auch bezahlen werde und die gezahlte Abgeltung für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung für den betreffenden Zeitraum als Urlaubsentgelt zu verstehen sei. Er stellte weiterhin klar, dass die Zahlung als Urlaubsvergütung vorbehaltlos zugesagt werde.

Der Arbeitnehmer hat in einer weiteren Klage Urlaubsentgelt eingeklagt, da sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befunden und nicht wirksam Urlaub gewährt habe.

Das Bundesarbeitsgericht weist ebenso wie die Vorinstanzen die Klage ab, da der Kläger durch Urlaubsgewährung rechtswirksam von der Arbeitsverpflichtung befreit gewesen sei und deswegen kein Annahmeverzugslohn verlangt werden könne. Die zeitliche Festlegung des Urlaubs durch die Arbeitgeberin war schon deswegen zulässig, da der Arbeitnehmer nicht zu einem anderen Zeitpunkt Urlaub beantragt hatte, die Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses habe an der Erfüllung der Urlaubsansprüche durch die erklärte vorsorgliche Freistellung und Zusage der Zahlung nichts geändert. Für die Frage, ob Urlaub gewährt werden könne oder nicht, sei die objektive Rechtslage maßgeblich, die die Parteien durch den Prozessvergleich im ersten Verfahren bestimmt haben (Arbeitsverhältnis bestand bis zum Ende der Kündigungsfrist der ordentlichen Kündigung fort). Der Arbeitnehmer habe im gewährten Urlaubszeitraum die Sicherheit gab, nicht arbeiten zu müssen, er habe sich entspannen können und die Freizeit nutzen können.

Auch der eine fristlose Kündigung aussprechende Arbeitgeber kann sich gegen die Doppelzahlung (Annahmeverzugslohn und zusätzliche Urlaubsabgeltung) für den Fall, dass sich herausstellt, dass nur die ordentliche, nicht aber die außerordentliche Kündigung wirksam war, schützen. Er muss aber rechtzeitig die richtigen Erklärungen abgeben und auch unbedingt die Zahlung der Urlaubsabgeltung zusagen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.08.2020 - 9 AZR 612/19

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

BAURECHT bekommen

HOAI 2021

In der Folge der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 04.07.2019, wonach die bisherige HOAI gegen Europarecht verstoßen hat, hat nun der Verordnungsgeber gehandelt und eine neue HOAI, die für alle ab dem 01.01.2021 abgeschlossenen Verträge gilt, verabschiedet.

Folgende wichtige Änderungen sind damit nun geltendes Recht:

- Die HOAI gilt nicht mehr nur für inländische Architekten.
- Es gibt keine verbindlichen Mindest- und Höchstsätze mehr.
- Der bisherige Mindestsatz bleibt ohne Veränderung in der Höhe als nun so genannter "Basishonorarsatz", der eine unverbindliche Untergrenze darstellt, bestehen.
- Honorarvereinbarungen können auch nach Vertragsabschluss noch getroffen werden (bisher nur bei Auftragserteilung).
- Honorarvereinbarungen können in Textform geschlossen worden (bisher schriftlich), Textform ist z.B. auch eingehalten bei einer vertraglichen Festlegung, die per E-Mail, Telefax, SMS o. ä. erfolgt.
- Wird die Textform bei der Honorarabrede nicht eingehalten, gilt der Basishonorarsatz als vereinbart, auch für Beratungsleistungen.
- Bei Architektenverträgen mit Verbrauchern müssen die Planer zukünftig gemäß § 7 Abs. 2 HOAI 2021 ihren Vertragspartner spätestens mit Abgabe eines Honorarangebots in Textform darauf hinweisen, dass für die Planerleistung ein niedrigeres oder auch ein höheres Honorar vereinbart werden kann, als sich aus den Honorartafeln der neuen HOAI ergibt. Wird dieser Hinweis nicht erteilt, kann der Planer nur ein Honorar in Höhe des Basishonorarsatzes verlangen, auch wenn ein höheres Honorar mit dem Verbraucher abgesprochen wurde. Wurde ein niedrigeres Honorar vereinbart, bleibt dieses bestehen.
- Beratungsleistungen, die in der Anlage 1 zur HOAI aufgeführt sind, unterfallen nun auch dem Basishonorarsatz, wenn kein anderes Honorar vereinbart wurde, damit wurden Tätigkeiten im Bereich Umweltverträglichkeitsstudie, Bauphysik, Wärmeschutz, Energiebilanzierung, Bauakustik, Raumakustik, Geotechnik und Vermessung aufgewertet. Auch in diesen Bereichen können die Honorare aber zukünftig natürlich frei vereinbart werden.
- Die Fälligkeit von Honoraren und Abschlagszahlungen ist in der HOAI nicht mehr geregelt, § 15 HOAI verweist auf die Regelungen des BGB, zur Schlussrechnung also insbesondere auf § 650g Abs. 4 BGB, für das Recht Abschlagszahlungen zu verlangen auf § 632a BGB.

Auch nach der neuen HOAI wird es für Architekten und Ingenieure sinnvoll und wichtig sein, frühzeitig über das Honorar zu sprechen, bei Verbraucherverträgen den notwendigen Hinweis auf die Verhandelbarkeit des Honorars im Angebot zu erteilen und die Honorarfestlegung in Textform zu dokumentieren.

Aus Auftraggebersicht ist weiterhin darauf hinzuweisen, dass die Honorarvereinbarung ausdrücklich und in Textform erfolgen muss (die Erleichterung, dass dies nicht mehr schriftlich der Fall sein muss, ist sicherlich wesentlich), das sollte aber nicht dazu führen, dass Planerverträge abgeschlossen werden, ohne dass eine (in Textform) nachweisbare Honorarvereinbarung getroffen ist.

Pflicht zur Bedenkenanmeldung unter Umständen auch gegen Nachfolgehandwerker?

Das Oberlandesgericht Koblenz hat in einer sicherlich nicht allzu häufig vorkommenden aber praktisch relevanten Situation ein interessantes Urteil gesprochen:

Ein Landschaftsgärtner sollte im Außenbereich eines Einkaufscenters 12 Stieleichen einsetzen. Die ersten 6 der Pflanzquartiere sind deutlich zu klein geraten, sodass der Auftraggeber die weiteren 6 Quartiere ohne den eigentlichen geplanten Einsatz von Betonfertigteilen in ausreichender Größe herstellen lässt. Der Landschaftsgärtner pflanzt die Eichen ein, als er nach einigen Tagen wieder kommt, da er noch weitere Leistungen zu erbringen hatte, sieht er,

dass die Pflanzbereiche bis an den Wurzelballen heran mit Beton vergossen wurden, um dort Betonkantensteine aufzusetzen. Er meldet dagegen Bedenken an, der Architekt befragt den Landschaftsarchitekten, der meint, der Beton sei unkritisch. Der Architekt informiert daraufhin den Bauherrn, dem er mitteilt, dass auch der Landschaftsarchitekt die Bauweise gebilligt habe. In dieser Mail, die auch der Landschaftsgärtner erhält, behauptet der Architekt wahrheitswidrig, das sei auch mit dem Landschaftsgärtner abgesprochen. Der Landschaftsgärtner reagiert nicht, die Bäume gehen ein und er wird in Anspruch genommen.

Das Oberlandesgericht Koblenz vertritt die Auffassung, dass der Landschaftsgärtner durch seinen Bedenkenhinweis sich von der Haftung befreit habe. Das Gericht betont dabei, dass der Auftragnehmer auch verpflichtet sein kann, Bedenken gegen Leistungen eines nachfolgenden Handwerkers anzumelden, wenn diese einen negativen Einfluss auf seine eigenen Leistungen haben können. Da er das getan hat, sei es auch unerheblich, dass er auf die inhaltlich falsche E-Mail des Architekten nicht mehr reagiert hat.

Im Verfahren wurde dem Landschaftsgärtner auch noch vorgeworfen, dass er keinen Alternativvorschlag unterbreitet hat. Auch diesen Einwand betrachtet das Oberlandesgericht als falsch: Der nicht planende Handwerker muss im Rahmen von Bedenkenanmeldungen dem Auftraggeber keine Lösungsvorschläge unterbreiten, wie die Arbeiten besser ausgeführt werden können.

Zu erinnern ist daran, dass die Bedenkenanmeldung immer an den Bauherrn (und auch an den Architekt), aber nicht nur an den Architekt zu richten ist.

Lösungsvorschläge des Unternehmers sind nicht gefordert, sie sind vielmehr sogar riskant und es ist von ihnen abzuraten, da man mit einem solchen Vorschlag die Planungsverantwortung und Haftung übernimmt.

Oberlandesgericht Koblenz, Urteil vom 08.10.2020 – 6 U 1945/19

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

ERBRECHT bekommen

- **Drum prüfe, wer sich ewig … - die Bindungswirkung des Ehegattentestaments**

  Das Gesetz sieht für Ehegatten bei der Errichtung eines Testaments Erleichterungen vor. So kann ein gemeinschaftliches Testament dadurch errichtet werden, dass einer der Ehegatten den letzten Willen handschriftlich zu Papier bringt und das Testament durch beide Ehegatten unterschrieben wird. Bei Einzeltestamenten ist es dagegen erforderlich, dass jeder Erblasser selbst den Text schreibt und unterschreibt, soweit nicht ein Notar mit der Beurkundung beauftragt wird. Zugleich führt ein Ehegattentestament, ebenso wie ein Erbvertrag aber auch zu Bindungen, was Ehegatten häufig nicht bewusst ist. Denn es ist möglich, im Testament sogenannte wechselbezügliche Verfügungen zu treffen. Dies ist nach § 2270 Abs. 1 BGB eine Verfügung, von der anzunehmen ist, dass sie nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. Davon ist z.B. bei dem Testament von Ehegatten einer Patchwork-Familie auszugehen, wenn die Ehegatten die Kinder aus vorangegangenen Ehen als Schlusserben einsetzen. Die Besonderheit von wechselbezüglichen Verfügungen besteht insbesondere in der Bindungswirkung, die dazu führt, dass nach der Errichtung des Testaments ein Ehegatte allein nicht ohne weiteres anderweitig testieren kann. Denn der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung kann nur durch eine notariell beurkundete Erklärung erfolgen. Nach dem Tod eines Ehegatten kann der Überlebende wechselbezügliche Verfügungen nicht mehr widerrufen, d. h. diese sind für ihn bindend.

  Dem OLG München (Beschluss vom 05.11.2020 - 31 Wx 415/17) lag nunmehr der Fall zur Entscheidung vor, dass sich die Erblasserin gemeinsam mit ihrem vorverstorbenen Ehemann wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. Nach dem Tod des Überlebenden sollten die Tochter der Ehefrau sowie die beiden Töchter des Ehemanns aus zweiter Ehe jeweils zu gleichen Teilen erben. Ersatzerben wurden nicht bestimmt. Die Tochter der Erblasserin ist vor ihr und ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorben. Zuvor hatte die Erblasserin nach dem Ehegattentestament mehrere notarielle Testamente errichtet, zuletzt hat sie einen Dritten zu ihrem Alleinerben bestimmt. Das Amtsgericht war der Auffassung, dass dieses Testament aufgrund der Bindung durch das

Ehegattentestament nicht maßgeblich ist und vielmehr der Erbteil der Tochter der Erblasserin den Töchtern des Ehemanns angewachsen ist. Dem ist das OLG München mit dem Beschluss vom 05.11.2020 entgegengetreten und hat zutreffend ausgeführt, dass die Erblasserin über ihren Erbteil anderweitig verfügen konnte. Denn in einer vergleichbaren Konstellation ist das Interesse der jeweiligen Ehepartner in der Regel primär darauf gerichtet, dass der eine Ehepartner an seine letztwillige Verfügung zugunsten der Abkömmlinge des anderen Ehepartners gebunden ist, nicht aber an seine Verfügung zugunsten des eigenen Kindes. Demgemäß war die Erblasserin nicht daran gehindert, in Bezug auf den ihrer Tochter ursprünglich zugedachten Erbteil neu zu testieren. Lediglich bezüglich des Erbteils der Töchter des Ehemanns war sie gebunden und konnte über diesen nicht mehr anderweitig verfügen. Demgemäß führt die Neutestierung der Erblasserin dazu, dass die Töchter des Ehemanns und der von ihr benannte Dritte jeweils zu 1/3 erben.

Bei der Errichtung eines Ehegattentestaments sollten die Ehegatten immer stets genau im Blick haben, ob und in welchem Umfang sie sich durch das Testament selbst binden wollen. Auslegungsschwierigkeiten wie im vorliegenden Fall lassen sich ganz einfach dadurch verhindern, dass in dem Testament ausdrücklich klargestellt wird, ob und in welchem Umfang die Verfügungen wechselbezüglich sein sollen. Hätte man die Ehegatten gefragt, hätten sie wahrscheinlich dem Ergebnis des OLG München zugestimmt und jeder hätte in Bezug auf seine eigenen Kinder sich etwaige Änderungen vorbehalten wollen. Möglicherweise war aber auch anderes beabsichtigt. Dies lässt sich im Nachhinein leider in der Regel nicht mehr aufklären, weswegen die Ehegatten ihren Willen klar im Testament formulieren sollten.

OLG München, Beschluss vom 05.11.2020 - 31 Wx 415/17

- **Pflicht zur Wahrnehmung eines Notartermins zu Erstellung eines Nachlassverzeichnisses trotz Corona?**

Das OLG Frankfurt musste sich mit Beschluss vom 09.07.2021 (10 W 21/20) mit der Frage befassen, ob es einem Erben auch während der Corona-Pandemie zumutbar ist, einen Notartermin zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses wahrzunehmen und hat diese Frage allerdings nur für den streitigen Fall bejaht.

Im Streitfall ging es um eine 77-jährige Erbin, die durch Pflichtteilsberechtigte zur Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses aufgefordert war. Für die Erstellung des Nachlassverzeichnisses ist der Notar auf die Mitwirkung des Erben angewiesen. Den anberaumten Notartermin am 16.04.2020 hat die Erbin jedoch aufgrund der Corona-Pandemie nicht wahrgenommen, weswegen das Gericht auf Antrag der Pflichtteilsberechtigten ein Zwangsgeld gegen sie verhängt hat. Das OLG Frankfurt hat die Beschwerde gegen das Zwangsgeld zurückgewiesen. Denn grundsätzlich kommt zwar ein Fall der Unzumutbarkeit aufgrund der Corona-Pandemie in Betracht. Dafür ist aber die Erbin darlegungs- und beweispflichtig. Im vorliegenden Fall hatte die Erbin aber nur allgemein auf eine stark erhöhte Gefährdungslage hingewiesen. Dies genügt dem OLG nicht. Vielmehr wäre es erforderlich gewesen, darzulegen, dass und warum auch bei Einhaltung der gebotenen Schutzmaßnahmen und unter Berücksichtigung der vom Notar veranlassten Hygienemaßnahmen die Wahrnehmung des Termins unzumutbar war. Abgesehen davon hat das OLG darauf hingewiesen, dass die persönliche Wahrnehmung eines Termins gar nicht erforderlich ist, vielmehr hätte auch eine schriftliche oder fernmündliche Korrespondenz gegebenenfalls ausgereicht.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass das OLG anders entschieden hätte, hätte die Erbin näher zu ihrer persönlichen Situation und der Gefährdungslage vorgetragen. Dies ist ausweislich des Beschlusses aber trotz eingeräumter Stellungnahmefrist nicht erfolgt. Es ist generell im Rahmen der Zwangsvollstreckung und insbesondere bei der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses nach gerichtlicher Titulierung nicht ausreichend, pauschal auf die Corona-Pandemie zu verweisen, vielmehr sollte stets im Einzelnen dargelegt werden, weswegen im streitigen Fall durch diese eine Sondersituation vorliegt.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.07.2021 - 10 W 21/20

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **(Keine) Teilungsversteigerung vor rechtskräftiger Scheidung**

Im Falle des Miteigentums an Immobilien kann grundsätzlich jeder Miteigentümer jederzeit einen Antrag auf Zwangsversteigerung der Immobilie zur Auseinandersetzung der Miteigentümergemeinschaft beantragen. Durch das Oberlandesgericht Köln war in einem Beschluss vom 12.06.2020 - 10 UF 38/20 (FamRZ 2021, 20) darüber zu entscheiden, ob die Unzulässigkeit der Teilungsversteigerung jedenfalls vor Rechtskraft der Scheidung antragsgemäß

festzustellen ist, auf Antrag des in der Immobilie verbliebenen Ehegatten. Grundlage der Entscheidung war das Miteigentum von seit 1973 verheirateten Eheleuten. Die Trennung war im April 2018 erfolgt, bis dahin wurde gemeinschaftlich die Immobilie ca. 30 Jahre bewohnt, der Ehemann ist zum Zwecke der Trennung aus der Immobilie ausgezogen. Die in der Ehewohnung verbliebene Ehefrau ist pensionierte Lehrerin, an Parkinson erkrankt, ein mittlerweile volljähriges Kind wohnt nicht mit in der Immobilie.

Durch das Amtsgericht wurde in I. Instanz auf Antrag der in der Wohnung verbliebenen Ehefrau, mit Verweis auf die eheliche Solidarität, mangels gewichtiger Gründe für eine Teilungsversteigerung vor Rechtskraft der Scheidung, die Unzulässigkeit antragsgemäß festgestellt. Diese Entscheidung wurde in II. Instanz bestätigt. Es wurde darauf abgestellt, dass wirtschaftliche Gründe durch den antragstellenden Ehemann nicht benannt werden konnten. Der Hinweis auf eine voraussichtliche Verpflichtung des Ehemannes zum Zugewinnausgleich wurde damit relativiert, dass eine Ausgleichsforderung jedenfalls auf absehbare Zeit noch nicht fällig ist, weitere gewichtige Gründe zur Verwertung vor Rechtskraft der Scheidung wurden nicht vorgebracht. Dagegen wurde auf die lange Nutzungsdauer der Immobilie durch die Ehefrau, im gewohnten Umfeld, sowie die Erschwernis zur kurzfristigen Suche einer Ersatzwohnung, auch aufgrund der bestehenden Erkrankung sowie der Einschränkungen durch die Corona-Pandemie verwiesen. In der Gesamtschau wurde kein überwiegendes Interesse des antragstellenden Ehemannes bezüglich einer Teilungsversteigerung vor Scheidung gesehen.

Die Entscheidung zeigt, dass durch einen vorzeitigen Auszug aus einer gemeinsamen Immobilie unter Umständen auf längere Sicht ein Zugriff erschwert oder gar längere Zeit unmöglich gemacht wird.

OLG Köln, Beschluss vom 12.06.2020 - 10 UF 38/20

Günther Jauch klagt erfolgreich gegen Clickbaiting

Mit Urteil vom 21.01.2021 - I ZR 207/19 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Nutzung des Fotos eines Prominenten als sogenannter Klickköder (Clickbait) für einen redaktionellen Beitrag ohne Bezug zu dem Prominenten dessen Recht am eigenen Bild verletzt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Programmzeitschrift TV Movie veröffentlichte auf ihrem Facebook-Profil am 18.08.2015 folgenden Post : "+++ GERADE VERMELDET +++ Einer dieser TV-Moderatoren muss sich wegen KREBSERKRANKUNG zurückziehen. Wir wünschen, dass es ihm bald wieder gut geht." Der Post enthielt vier Bilder prominenter Fernsehmoderatoren, darunter ein Bild von Günther Jauch. Beim Anklicken der Nachricht wurde der Leser auf das Internetangebot der TV Movie weitergeleitet wo wahrheitsgemäß über die tatsächliche Erkrankung eines der drei anderen Fernsehmoderatoren berichtet wurde. Ein Bezug zu Günther Jauch ergab sich aus dem Artikel nicht, weswegen dieser TV Movie auf Zahlung einer angemessenen fiktiven Lizenzgebühr von mindestens EUR 20.000,00 in Anspruch genommen hat. Die Vorinstanzen hatten TV Movie entsprechend verurteilt und der BGH hat diese Entscheidung nunmehr bestätigt.

Die Urteilsgründe liegen zwar noch nicht vor, aus der Pressemitteilung des BGH ergibt sich zur Begründung allerdings bereits Folgendes: Die Entscheidung, ob und in welcher Weise eigene Lichtbilder für Werbezwecke zur Verfügung gestellt werden, ist wesentlicher (vermögensrechtlicher) Bestandteil des Persönlichkeitsrechts. Das Bild von Günther Jauch wurde allein zu dem Zweck verwendet, Aufmerksamkeit der Leser auf die Programmzeitschrift zu lenken. Eine solche Nutzung des Bildes als Clickbait (Klickköder) ohne redaktionellen Bezug greift in den vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt des Rechts am eigenen Bild ein. Dieser Eingriff ist nach Auffassung des BGH auch rechtswidrig, weil eine Einwilligung nicht vorlag. Soweit die Veröffentlichung von Bildern aus dem Bereich der Zeitgeschichte auch ohne Einwilligung zulässig ist, lagen diese Voraussetzungen vorliegend nicht vor, da der Persönlichkeitsschutz vorliegend überwiegt zumal auf Seiten der TV Movie kein berechtigtes Interesse daran bestand, das Bild zu verwenden. Nach Auffassung des BGH hat sich TV Movie hier am Rande des Schutzbereichs der Pressefreiheit bewegt, nämlich an der Grenze zur Falschmeldung. Allein die Tatsache, dass Werbeeinnahmen erzielt werden sollen, um die Finanzierung der journalistischen Arbeit zu sichern, rechtfertigt es nicht, Bilder eines Prominenten für eine Berichterstattung zu nutzen, die keinen inhaltlichen Bezug zu dieser Person aufweist. Ein Prominenter muss es nicht hinnehmen, dass ein

Bildnis von der Presse unentgeltlich zur Werbung für redaktionelle Beiträge eingesetzt wird, die ihn nicht betreffen.

BGH, Urteil vom 21.01.2021 - I ZR 207/19

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

MIETRECHT bekommen

- **Maßnahmen zur Mangelerforschung als tatsächliches Anerkenntnis?**

Der Bundesgerichtshof befasste sich mit Urteil vom 23.09.2020 - XII ZR 86/18 - mit der Frage, ob die Bereitschaft des Vermieters, einer Mängelanzeige des Mieters nachzugehen, als sogenanntes tatsächliches Anerkenntnis zu qualifizieren ist. Für den Regelfall ist diese Frage nach Auffassung des Bundesgerichtshofs zu verneinen.

Mietsache sind Büroräume mit einem Stellplatz in einem Geschäftsgebäude in Berlin. Vereinbart wurde eine Vertragsdauer von fünf Jahren. Der Mieter zeigte mit Schreiben vom 09.04.2015 dem Vermieter an, dass in einem der Büroräume ein beißender, die Atemwege und Augen reizender Geruch feststellbar sei. Der Vermieter besichtigt daraufhin die Räume. Der Mieter zahlte seit Juli 2015 nur noch eine um 10 % geminderte Miete. Er forderte den Vermieter unter Fristsetzung und Klageandrohung zur Beseitigung der beanstandeten Geruchsbeeinträchtigung auf. Daraufhin erfolgte eine weitere Begehung der Mieträume durch den Hausmeister. Am 09.11.2015 richteten die Rechtsanwälte des Vermieters an den Rechtsanwalt des Mieters ein Schreiben, mit dem ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und Präjudiz zum Zwecke einer einvernehmlichen Regelung das Angebot unterbreitet wurde, den textilen Bodenbelag in der Mietsache komplett auf Kosten des Vermieters auszutauschen. Danach sollte der Mieter die rückständigen Mieten vollständig zahlen. Der Mieter geht auf dieses Angebot nicht ein und kündigte das Mietverhältnis außerordentlich unter Hinweis auf den gerügten Mangel. Der Vermieter veranlasste eine erneute Begehung der Mieträume durch den Hausmeister. Nachdem im streitgegenständlichen Büroraum ein Geruch festgestellt worden war, ließ der Vermieter eine Wand im angrenzenden WC öffnen, um einen etwaigen Rohrschaden im Versorgungsschacht auszuschließen. Sodann klagt der Vermieter die Mietrückstände ein. Der Vermieter, der in erster Instanz vor dem Landgericht Berlin noch obsiegt hatte, unterlag im Berufungsverfahren vor dem Kammergericht, das die Auffassung vertrat, der Mieter sei zur Minderung der Miete um 10 % berechtigt gewesen. Der Mieter habe einen Mangel in Form eines beißenden und reizenden Geruchs in einem der Büroräume hinreichend substantiiert dargelegt. Der Vermieter habe diesen Mangel tatsächlich anerkannt, indem er den Austausch des Bodenbelags auf seine Kosten vorgeschlagen habe. Auch das vom Vermieter veranlasste Öffnen der Wand im angrenzenden WC sei als tatsächliches Anerkenntnis zu werten. Diese tatsächlichen Anerkenntnisse stellten ein starkes Indiz für den Wahrheitsgehalt des Vortrags des Mieters zum Sachmangel dar und bewirkten eine Umkehr der Beweislast.

Der Bundesgerichtshof teilt diese Rechtsauffassung des Kammergerichts nicht. Er hebt das Urteil auf und verweist die Sache an das Berufungsgericht zurück, um eine weitere Sachaufklärung zur Frage des Vorliegens einer Geruchsbeeinträchtigung vorzunehmen. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass ein Mieter nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für die Existenz eines Mangels trägt. Weil nicht schlechthin jede Geruchsentwicklung in gemieteten Räumen zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung führt, muss der Mieter darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass mit der Geruchsentwicklung eine spürbare und das Wohlbefinden der Nutzer erheblich beeinträchtigende Belastung des Geruchsempfindens einhergeht. Insoweit könne sich der Mieter auch nicht auf die Grundsätze des "tatsächlichen Anerkenntnisses" berufen.

Das Recht kennt neben dem abstrakten Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) und dem im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten deklaratorischen Schuldanerkenntnis noch das sogenannte tatsächliche Anerkenntnis, das keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners verkörpert, sondern das der Schuldner zu dem Zweck abgibt, dem Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft mitzuteilen und ihn dadurch etwa von sofortigen Maßnahmen abzuhalten oder ihm den Beweis zu erleichtern. Solche "als Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst" zu wertenden Bestätigungserklärungen können im Prozess eine Umkehr der Beweislast bewirken oder stellen jedenfalls ein Indiz dar, das der Richter - mit der gleichzeitigen Möglichkeit einer Entkräftung - bei seiner Beweiswürdigung verwerten kann (BGH NJW 2009, 580 Rn. 9). Entgegen der Auffassung des Kammergerichts kann aber dem Verhalten des Vermieters nicht der Bedeutungsgehalt eines solchen "Zeugnisses gegen sich selbst" beigemessen werden. Der vom Vermieter unterbreitete Vorschlag, den Bodenbelag im streitgegenständlichen Büroraum auszutauschen, erfolgte im Rahmen eines Vergleichsangebots und ausdrücklich "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und Präjudiz". Der

damit eindeutig zum Ausdruck gebrachte Vorbehalt, nur zur gütlichen Beilegung des bestehenden Streits handeln und darüber hinaus keine rechtlich bindende Verpflichtung eingehen zu wollen, steht nicht nur der Annahme eines rechtsgeschäftlichen (kausalen) Schuldanerkenntnisses entgegen. Er schließt auch in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig die Beurteilung aus, dass der anderen Vertragspartei die unbedingte Erfüllungsbereitschaft mitgeteilt oder ihre Beweislage verbessert werden soll.

Auch die vom Vermieter veranlasste Wandöffnung kann nicht als "Anerkenntnishandlung" angesehen werden. Auch im Zusammenhang mit Mangelbeseitigungsarbeiten gibt es keine Vermutung für die Abgabe eines Anerkenntnisses. Die Bereitschaft des Vermieters, einer Mangelanzeige des Mieters nachzugehen, enthält für sich genommen noch keine Aussage dahingehend, das Vorhandensein eines Mangels und die Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache außer Streit stellen zu wollen. Maßnahmen des Vermieters zur Erforschung oder Beseitigung eines vom Mieter angezeigten Mangels können nur dann als Zeugnis des Vermieters gegen sich selbst angesehen werden, wenn besondere Umstände des Einzelfalls die Wertung tragen, dass der Vermieter nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung des Streits um die vermeintliche Mangelhaftigkeit der Mietsache, sondern in dem Bewusstsein gehandelt hat, im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht zur Beseitigung des behaupteten Mangels verpflichtet zu sein. Von Bedeutung sind dabei vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mangelbeseitigungsarbeiten (BGH NJW 2006, 47 Rn. 16). Da sich die Tätigkeit des Vermieters auf eine punktuelle Mangelerforschungsmaßnahme beschränkte, die keine Ursache für die vom Mieter beanstandete Geruchsbeeinträchtigung aufzeigen konnte und der Vermieter danach keine weiteren Schritte zur Erforschung oder zur Beseitigung des beanstandeten Mangels mehr unternommen hat, liegt es auch in einer Gesamtschau fern, im Verhalten des Vermieters ein tatsächliches Anerkenntnis zu sehen.

Nach alledem durfte das Kammergericht mit der gegebenen Begründung die vom Vermieter geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht verneinen. Der Bundesgerichtshof hat das Urteil deshalb aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof auch mit einigen kräftigen Formulierungen ("sachfremd"; "allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze wurden verletzt und wesentlicher Auslegungsstoff außer Acht gelassen") die Einzelrichterin des Kammergerichts, die das aufgehobene Urteil "verbrochen" hat, sehr deutlich "abgewatscht".

Bundesgerichtshof, Urteil vom 23 .09.2020 - XII ZR 86/18

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

VERKEHRSRECHT bekommen

- **Handy-Verbot auch für andere elektronische Geräte**

Durch § 23 Abs. 1a StVO wird durch die Neufassung mit Wirkung ab 19.10.2017 die „Nutzung eines elektronischen Geräts, welches der Kommunikation, Information oder Organisation dient" untersagt, insbesondere soweit hierzu das Gerät aufgenommen werden muss. Durch das OLG Hamm war in einem Beschluss vom 03.11.2020 - 4 RBs 345/20 mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde über einen Sachverhalt zu entscheiden, wonach ein Paketzusteller während der Fahrt Eingaben in einen Scanner vorgenommen hat, dabei dieses Gerät in der Hand hielt. Es ist insoweit in I. Instanz die Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen § 23 Abs. 1a StVO („Handy-Verbot") erfolgt. In der Rechtsbeschwerdeinstanz wurde diese Entscheidung bestätigt.

Es wurde insoweit die Funktion des Scanners ausgeführt, wonach dieser dazu dient, die abzuarbeiten Aufträge anzuzeigen und diese durch den Fahrer/Zusteller nach Erledigung zu quittieren, was an den Disponenten weitergeleitet wird. Damit handelt es sich aus Sicht beider Instanzen eindeutig um ein elektronisches Gerät zur Organisation und Kommunikation, mithin einem solchen, dessen Benutzung nach § 23 Abs. 1a StVO untersagt ist. Die Entscheidung zeigt, wie weitreichend der Anwendungsbereich dieser Verbotsnorm sein kann, sobald ein elektronisches Gerät entsprechend in die Hand genommen wird.

OLG Hamm, Beschluss vom 03.11.2020 - 4 RBs 345/20

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

WOHNRAUMMIETRECHT
bekommen

- **Zu den formellen Voraussetzungen eines Mieterhöhungsverlangens**

  Wird eine Teilinklusivmiete vereinbart, d. h. eine Miete, mit welcher auch einige Betriebskosten abgegolten werden, müssen diese nicht immer herausgerechnet werden, falls im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens der Vermieter auf einen Mietspiegel Bezug nimmt, der nur (wie regelmäßig) reine Nettomieten enthält. Das ist jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn die begehrte erhöhte Teilinklusivmiete die anhand reiner Nettomieten ermittelte ortsübliche Vergleichsmiete nicht übersteigt, wie der Bundesgerichtshof jetzt bestätigte. In solchen Fällen ist ein solches Herausrechnen überflüssig. Das Mieterhöhungsverlangen bietet dem Mieter auch ohne Herausrechnen dieser Kosten konkrete Hinweise zu seiner sachlichen Berechtigung. Denn wenn bereits die auf Grundlage der reinen Nettomiete im Mietspiegel ausgewiesene Vergleichsmiete über der erhöhten Teilinklusivmiete liegt, kann die ortsübliche Vergleichsmiete nach § 558 BGB nicht überschritten sein.

  Bundesgerichtshof, Urteil vom 16.12.2020 - VIII ZR 108/20

- **Ersatzloser Abriss eines Gebäudes ist keine wirtschaftliche Verwertung**

  Die Beklagten bewohnten seit Jahrzehnten ein ehemaliges Landarbeiterhaus. Das Badezimmer befand sich in einem Seitenflügel. Das Mietverhältnis der Beklagten wurde mit Anwaltsschreiben vom 23.06.2017 gekündigt. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Seitenflügel aus "wirtschaftlichen und statischen" Gründen abgerissen wird und eine Wiederherstellung "nicht ansatzweise darstellbar" ist. Zudem sei der Bereich, in dem sich das Badezimmer befinde, "sehr baufällig" und nur "unter erheblichen Gefahren begehbar".

  Nachdem die Mieter nicht räumten, wurde auch während des Rechtsstreits die Kündigung wiederholt, in welchem zusätzlich geltend gemacht wurde, dass der Anbau eines neuen Badezimmers rund EUR 26.000,00 kosten würde und dies in Anbetracht der geringen Miete (Eur 60,00/Monat) nicht wirtschaftlich sei.

  Der Vermieter scheiterte mit seiner Räumungsklage in allen drei Instanzen. Denn das Mietverhältnis wurde durch keine der Kündigungen beendet. Der ersatzlose Abriss eines Gebäudes stellt bereits keine Verwertungskündigung im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB dar. Denn ein solcher Abriss stellt keine Realisierung des dem Grundstück innewohnenden materiellen Wertes und damit keine wirtschaftliche Verwertung dar. Auch liegen die Voraussetzungen eines berechtigten Interesses nach der Generalklausel des § 573 Abs. 1 S. 1 BGB nicht vor, so der Bundesgerichtshof. Denn nicht jeder aus dem Fortbestand des Wohnraummietverhältnisses dem Vermieter erwachsene wirtschaftliche Nachteil stellt ein berechtigtes Interesse und damit einen Kündigungsgrund dar. Da das vom Vermieter behauptete Kündigungsrecht jedenfalls mit der wirtschaftlichen Verwertung im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB vergleichbar ist, muss vielmehr der Fortbestand des Mietverhältnisses für den Vermieter einen Nachteil von einem Gewicht darstellen, der die Intensität von § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erreicht. Diese erheblichen Nachteile hat der Bundesgerichtshof nicht gesehen. Der Anbau eines Badezimmers würde nur einen einmaligen Betrag in überschaubarer Höhe kosten, wobei sich dann auch der Grundstückswert erhöhen würde, sodass diese Kosten zumindest in gewissem Umfang kompensiert wären. Damit beendete die Kündigung mangels Kündigungsgrundes das Mietverhältnis nicht.

  Bundesgerichtshof, Urteil vom 16.12.2020 - VIII ZR 70/19