SRF-Newsletter 4/2021

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

ARBEITSRECHT bekommen

Zulässigkeit der Anordnung von Corona-Tests im Arbeitsverhältnis

Nicht nur politisch ist gefordert und gewollt, dass die Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern die Möglichkeit zur Durchführung von Corona-Tests einräumen, im Arbeitsverhältnis stellt sich auch die Frage, ob ein Arbeitgeber verlangen kann, dass ein Arbeitnehmer einen Corona-Test durchführt.

Eine Weisung des Arbeitgebers, einen entsprechenden Test durchzuführen, muss gemäß § 106 GewO billigem Ermessen entsprechen. Das kann dann der Fall sein, wenn die Interessen des Arbeitgebers, z.B. am Schutz der Gesamtbelegschaft und Dritter (Kunden) und an der Verhinderung einer behördlichen Betriebsschließung gegenüber den Interessen des Arbeitnehmers, insbesondere hinsichtlich seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorrangig sind.

Eine anlasslose Anordnung eines Corona-Tests wird man vor diesem Hintergrund nur dann als vom Direktionsrecht umfasst ansehen können, wenn die Arbeitnehmer im Rahmen ihrer Tätigkeit Kontakt zu Dritten haben und die Dritten vor einer Infektion zu schützen sind.

Weist ein Arbeitnehmer typische Symptome auf, kommt die Anordnung eines Corona-Tests jedenfalls dann infrage, wenn eine Tätigkeit im Homeoffice nicht möglich ist und eine Gefährdung von Kollegen und Kunden besteht.

Sollte der Arbeitnehmer bereits geimpft sein, ist, nachdem nicht klar ist, ob geimpfte Personen das Virus auf andere übertragen können, eine Testanordnung noch denkbar. Das kann sich dann ändern, wenn es gesicherte Erkenntnisse dazu gibt, dass geimpfte Personen nicht mehr anstecken können.

Weigern sich Arbeitnehmer in Fällen, in denen das Direktionsrecht die Anordnung deckt, sich testen zu lassen, muss der Arbeitgeber sie nicht weiterbeschäftigen und sie bekommen keine Vergütung, da sie ihre Arbeitsleistung nicht so, wie geschuldet, anbieten.

Weiterhin kommt in Betracht, dass der Arbeitnehmer, der gegen die Anweisung verstößt, sich testen zu lassen, hierfür berechtigterweise eine Abmahnung bekommt und bei nachhaltiger Weigerung gegebenenfalls mit einer Kündigung rechnen muss.

In mitbestimmten Betrieben muss vor Anordnung von Corona-Tests eine Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfolgen.

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

ERBRECHT bekommen

Zur Auslegung eines enterbenden Testaments

So wie die Rechtsprechung befasst sich auch dieser Newsletter regelmäßig mit der Auslegung von Testamenten. In einem aktuellen Beschluss des OLG Stuttgart vom 23.11.2020 (8 W 359/20) ging es um die Besonderheit, dass die Erblasserin ein sogenanntes Negativtestament errichtet hat. Denn sie hat in ihrem Testament keinen Erben benannt sondern Folgendes bestimmt: „Ausgeschlossen sind alle Verwandten und angeheiratete Verwandten!". Ein solches Negativtestament ist grundsätzlich möglich und hat, wenn tatsächlich alle Angehörigen und Verwandten wirksam von der Erbfolge ausgeschlossen sind, zur Folge, dass der Staat als Erbe berufen ist. Begründet hat die Erblasserin die Enterbung der Verwandten damit, dass sich die Verwandten nicht hinreichend empathisch mit Ihrem Schicksal als Vertriebene gezeigt hatten.

Gleichwohl hat der Bruder der Erblasserin nach deren Tod einen Erbschein beantragt und das OLG hat ihm trotz des auf den ersten Blick eindeutigen Ausschlusses der Verwandten in dem Testament recht gegeben. Denn der Wortlaut ist für die Ermittlungen des erklärten Willens nur der Ausgangspunkt der Auslegung. Der Wortsinn muss aber stets hinterfragt werden, wobei auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände zu berücksichtigen sind. Auch wenn nach dem Wortlaut der Bruder grundsätzlich unter den Begriff der Verwandten fällt, ging es der Erblasserin aus Sicht des OLG vorliegend nur um die Verwandten, die sich nicht hinreichend empathisch mit dem Vertriebenenschicksal gezeigt haben. Der Bruder konnte aber darlegen, dass ihn das von der Erblasserin im Testament beschriebene Schicksal als Vertriebener ebenfalls getroffen hat und er bis zum Schluss guten Kontakt zu seiner Schwester hatte. Daher sollte er von dem Ausschluss der

Verwandten in dem Testament nicht erfasst sein, andernfalls, so das OLG, wäre er voraussichtlich ausdrücklich aufgeführt worden, zumal die Erblasserin in dem Testament andere Personen (z.B. die Schwägerin der Mutter und den Vetter der Mutter) namentlich erwähnt hat.

Auch bei einem enterbenden Testaments/Negativtestament sollte sich der Erblasser also klar und eindeutig ausdrücken und am besten juristisch beraten lassen, damit seinem Willen zur Geltung verholfen werden kann. Es sollte insbesondere klargestellt werden, ob alle Verwandten ausgeschlossen sind und damit der Fiskus erben soll oder ob der Ausschluss nur für bestimmte Personen gelten soll.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.11.2020 - 8 W 359/20

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

FAMILIENRECHT bekommen

- **Paritätisches Wechselmodell - Hinderungsgründe**

Es ist mittlerweile anerkannt, dass ein sogenanntes paritätisches Wechselmodell im Falle der Trennung von Eltern nicht nur durch Vereinbarung sondern auch durch gerichtliche Entscheidung festgelegt werden kann. Im Falle der notwendigen bzw. beantragten gerichtlichen Entscheidung müssen jedoch bestimmte Grundvoraussetzungen erfüllt sein. Hierzu gehören eine nicht zu große räumliche Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern sowie insbesondere „eine tatsächlich bereits bestehende Kommunikations-und Kooperationsfähigkeit der Eltern" (BGHZ 214,31 = NJW 2017, 1815). Durch das Kammergericht Berlin war in einem Beschluss vom 26.11.2020 - 16 UF 138/19 (NJW 2021,867) über einen Sachverhalt zu entscheiden, wonach Eltern eines knapp sechsjährigen Kindes über die Ausgestaltung des Umgangs gerichtlich gestritten haben. Durch den Kindesvater war die Anordnung eines paritätischen Wechselmodelles beantragt worden, in I. Instanz hatte das Amtsgericht, Familiengericht eine Regelung mit überwiegender Betreuung und Versorgung durch die Kindesmutter getroffen. Während des Beschwerdeverfahrens wurde ein gerichtliches Mediationsverfahren betrieben, welches in einer detaillierten Regelung zum Umgang einschließlich Ferienzeiten mündete. Allerdings hat sich der Kindesvater später von der Regelung „losgesagt", mit der Begründung, dass das ursprüngliche Ziel des paritätischen Wechselmodelles nicht umgesetzt werden konnte, dieses weiter verfolgt wird.

Durch das Kammergericht wurde zunächst darauf verwiesen, dass eine gerichtliche Billigung der in der Mediation getroffenen Regelung nicht erfolgen kann, da dies die Zustimmung aller Beteiligten zum Zeitpunkt der Billigung durch das Gericht voraussetzt, welche nicht mehr vorlag. Zugleich wurde ausgeführt, dass aufgrund massiver jahrelanger Streitigkeiten, auch mit Beleidigungen in E-Mails seitens des Kindesvaters, Anzeigen und Polizeieinsätzen sowie dem Hinweis des Jugendamtes auf eine Kindeswohlgefährdung mit massivem Loyalitätskonflikt, keine Basis für die Anordnung eines paritätischen Wechselmodelles besteht.

Da durch den Kindesvater letztlich inhaltlich keine Einwände gegen die zum Abschluss der Mediation getroffenen Vereinbarung vorgebracht wurden, lediglich „die Reue" darüber, dass dieser sich nicht vollständig durchgesetzt hat, hat das Kammergericht darauf verwiesen, dass die Vereinbarung gleichwohl Ausdruck einer am Kindeswohl orientierten Regelung ist, dem Kindeswohl im Zweifel am besten entspricht und deshalb Grundlage der Anordnung zur Umgangsregelung sein kann.

Die Entscheidung zeigt, dass ein angestrebtes paritätisches Wechselmodelles auch im sonstigen Verhalten zum anderen Elternteil „vorbereitet" sein muss und eine einmal getroffene Regelung zwar nicht unbedingt formal bindend jedoch nicht bedeutungslos ist.

Kammergericht Berlin, Beschluss vom 26.11.2020

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

IT-RECHT bekommen

- **Gebühren für die Zahlung per PayPal**

Der BGH hat mit Urteil vom 25.03.2021 (I ZR 203/19) entschieden, dass es zulässig ist, wenn Internetanbieter von ihren Kunden ein Entgelt für die Zahlung mittels PayPal oder Sofortüberweisung verlangen. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs hatte den Anbieter FlixBus verklagt, weil dieser bei der Buchung über das Internet den Kunden vier Zahlungsmöglichkeiten anbot, bei der Wahl der Zahlungsmittel Sofortüberweisung und PayPal aber ein vom jeweiligen Fahrpreis abhängiges zusätzliches Entgelt erhoben hat. Dem stand aus Sicht der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs die Regelung des § 270a BGB

entgegen, die vorsieht, dass der Kunde nicht verpflichtet werden kann, ein Entgelt für die Zahlung per SEPA-Überweisung, SEPA-Lastschrift oder Kreditkarte zu entrichten.

Diese Vorschrift ist aus Sicht des BGH aber bei der Zahlung per PayPal und Sofortüberweisung nicht anwendbar. Denn bei der Wahl des Zahlungsmittels Sofortüberweisung kommt es zwar zu einer SEPA-Überweisung im Sinne der Vorschrift vom Kundenkonto auf das Konto des Empfängers. Das hierfür geforderte Entgelt wird nach den Feststellungen des Gerichts aber nicht für die Nutzung der Überweisung verlangt sondern für die Einschaltung des Dienstleisters, der neben dem Auslösen der Zahlung weitere Dienstleistungen erbringt, so z.B. die Überprüfung der Bonität des Zahlers. Auch bei der Wahl der Zahlungsmöglichkeit PayPal kann es zwar zu einer SEPA-Überweisung oder einer SEPA-Lastschrift kommen, es wird aber wie bei der Sofortüberweisung das Entgelt nicht für die Nutzung des Zahlungsmittels gefordert sondern allein für die Einschaltung des Dienstleisters PayPal, der die Zahlungsabwicklung übernimmt.

Letztlich steht es demgemäß Internetanbieten grundsätzlich frei, ob sie bei der Zahlungsart PayPal und Sofortüberweisung ein Entgelt verlangen. PayPal will dies aber verhindern und hat in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen mittlerweile geregelt, dass keine Gebühren an die Kunden weitergegeben werden dürfen. Zu berücksichtigen ist im Übrigen auch, dass nach § 312a Abs. 4 BGB zumindest eine gängige unentgeltliche Zahlungsart angeboten werden muss, was zur Folge hat, dass Gebühren jedenfalls dann nicht erhoben werden können, wenn der Internetanbieter sich nur auf PayPal oder Sofortüberweisung beschränkt und keine andere unentgeltliche Zahlungsmöglichkeiten vorsieht.

BGH, Urteil vom 25.03.2021 - I ZR 203/19

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

VERKEHRSRECHT bekommen

Vandalismus als Unfall in der Vollkaskoversicherung

Durch das Oberlandesgericht Hamm war in der Berufungsinstanz über einen Sachverhalt zu entscheiden, wonach die Fahrzeugversicherung/Vollkaskoversicherung eine Regulierung bei großflächiger Verkratzung eines Fahrzeuges abgelehnt hat. Argumentation der Versicherung war, dass nach Art und Umfang der Lackschäden durch eine Verkratzung des Fahrzeuges eine längere bzw. mehrere Minuten andauernde Handlung vorgelegen haben muss, was nicht als Unfall im Sinne der Versicherungsbedingungen gesehen werden könne. Konkret wurde durch die Versicherungsgesellschaft geltend gemacht, zum Begriff des Unfalles gehöre eine „Plötzlichkeit", was bei einer länger andauernden bewussten Einwirkung nicht gegeben sei. Dem hat sich weder die erste Instanz noch das OLG Hamm in der Berufungsinstanz angeschlossen.

Nachdem auch Einwände im Sinne falscher Angaben als Obliegenheitsverletzung nach dem Schadensfall zurückgewiesen wurden, ist das erstinstanzliche Urteil mit Bestätigung der Ersatzverpflichtung der Vollkaskoversicherung in vollem Umfang bestätigt worden. Die Entscheidung vom 27.04.2020 – 20 U 42/20 ist als einstimmiger Beschluss mit Zurückweisung ohne mündliche Verhandlung ergangen. Die Entscheidung zeigt, dass im Rahmen von Versicherungsverträgen immer wieder mit der unberechtigten Ablehnung von Ansprüchen zu rechnen ist.

OLG Hamm, Beschluss vom 27.04.2020 - 20 U 42/20

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

WEG-RECHT bekommen

Bei Hausgeldklage ist Verwalter kein Zustellungsvertreter des Wohnungseigentümers

§ 45 Abs. 1 WEG a. F. ist einschränkend dahingehend auszulegen, dass bei einer Klage der Wohnungseigentümergemeinschaft gegen Wohnungseigentümer der Verwalter nicht Zustellungsvertreter des beklagten Wohnungseigentümers ist. Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hat die Klägerin (eine Wohnungseigentümergemeinschaft) eine Wohnungseigentümerin auf Zahlung von rückständigen Hausgeldern in Anspruch genommen. In der Klage war als Adresse der Beklagten deren Ferienwohnung auf Malta aufgeführt und die Verwalterin als Zustellungsvertreterin gemäß § 45 WEG benannt. Die Klage wurde der Verwalterin zugestellt und nach Ablauf der Notfrist zur Verteidigungsanzeige Versäumnisurteil erlassen und dieses Versäumnisurteil wieder der Verwalterin zugestellt. Als drei Monate später die beklagte Eigentümerin Kenntnis vom Ver-

säumnisurteil erlangt hat (es wurden Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen sie eingeleitet), legte sie Einspruch ein und beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Einspruchsfrist mit der Begründung, dass ihr weder die Klage noch das Urteil zugestellt worden sind und sie erst durch die Vollstreckungsmaßnahmen Kenntnis vom Verfahren erlangt hat.

Der Bundesgerichtshof bestätigt die Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach das Versäumnisurteil nicht wirksam der Verwalterin zugestellt werden konnte, da diese nicht Zustellungsvertreterin der beklagten Wohnungseigentümerin ist. Nach § 45 Abs. 1 WEG ist der Verwalter Zustellungsvertreter der Wohnungseigentümer, wenn diese Beklagte oder gemäß § 48 Abs. 1 WEG beizuladen sind, es sei denn, dass der Wohnungseigentümer als Gegner der Wohnungseigentümer an dem Verfahren beteiligt ist oder aufgrund des Streitgegenstandes die Gefahr besteht der Verwalter werde die Wohnungseigentümer nicht sachgerecht unterrichten. Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass § 45 Abs. 1 WEG einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass bei einer Klage der Wohnungseigentümergemeinschaft gegen Wohnungseigentümer der Verwalter nicht Zustellungsvertreter der beklagten Wohnungseigentümer ist. Klagt nämlich die Wohnungseigentümergemeinschaft gegen einzelne oder mehrere Wohnungseigentümer ist nach seinem Sinn und Zweck § 45 WEG nicht anwendbar. Mit der grundsätzlichen Zustellungsbevollmächtigung des Verwalters für die Wohnungseigentümer wollte der Gesetzgeber den mit Zustellungen verbundenen Aufwand für das Gericht und die hierfür für die WEG verbunden Kosten gering halten. Eine Klage der Wohnungseigentümergemeinschaft gegen Wohnungseigentümer erfordert regelmäßig keinen vergleichbaren Zustellungsaufwand, da sich eine solche Klage nicht gegen die übrigen Wohnungseigentümer sondern nur gegen einzelne oder mehrere Eigentümer richtet. Auch kann der Verwalter nicht Zustellungsvertreter der beklagten Wohnungseigentümer sein, wenn er als Gegner der Wohnungseigentümer an dem Verfahren beteiligt ist oder die Gefahr besteht, dass aufgrund des Streitgegenstandes er die Wohnungseigentümer nicht sachgerecht unterrichten wird. Daher wollte der Gesetzgeber mit dieser Einschränkung ausschließen, dass der Verwalter im Fall einer Interessenkollision die Wohnungseigentümer vertritt. Dieser Rechtsgedanke ist auch auf den Fall zu übertragen, in welchem die Wohnungseigentümergemeinschaft gegen einen oder mehrere Wohnungseigentümer klagt. Denn der Verwalter ist nach § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 WEG Vertreter und Zustellungsvertreter der Wohnungseigentümergemeinschaft selbst und kann nicht zugleich Zustellungsvertreter der beklagten Wohnungseigentümer sein. Es liegen daher gegenläufige Interessen vor. Auch liegt keine Heilung nach § 189 ZPO vor. Denn die Klageschrift ist der beklagten Eigentümerin nicht zugegangen. Mangels wirksamer Zustellung der Klageschrift liegt damit keine Rechtshängigkeit vor. Eine gerichtliche Entscheidung kann nicht außerhalb eines Prozessrechtsverhältnisses ergehen, sodass Urteile in diesen Fällen wirkungslos sind.

Es ist damit dringend Verwaltern davon abzuraten, eine Hausgeldklage sich selbst zustellen zu lassen, was jedoch aufgrund der offensichtlichen Interessenkollision auf der Hand liegt.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 27.11.2020 - V ZR 67/20

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

WOHNRAUMMIETRECHT bekommen

Hohes Alter allein genügt nicht

Das hohe Alter eines Mieters begründet ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen einer Räumung für den betroffenen Mieter im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte im Sinne des § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB, wie der Bundesgerichtshof im Februar 2021 entschieden hat. Auch eine langjährige Mietdauer lässt für sich genommen noch nicht auf eine tiefe Verwurzelung des Mieters am Ort der Mietsache schließen. Maßgebend hängt die Entstehung der Verwurzelung von der individuellen Lebensführung des jeweiligen Mieters ab, wozu auch das Pflegen sozialer Kontakte in der Nachbarschaft gehört.

Die 1932 geborene Beklagte mietete im Jahr 1997 eine im 4. Obergeschoss gelegene Zweizimmerwohnung in Berlin. Die Klägerin, welche 2015 die Wohnung erworben hat, hat das Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs gekündigt. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Klägerin zusammen mit ihrem erwachsenen Sohn nicht mehr zur Miete sondern stattdessen allein in einer in ihrem Eigentum stehenden Wohnung leben möchte. Die Beklagte widersprach dieser Kündigung gemäß § 574 BGB und verwies auf ihr hohes Alter und den beeinträchtigten Gesundheitszustand und langjährige Verwurzelung vor Ort. Sie verlangte auf dieser Grundlage die Fortsetzung des Mietverhältnisses.

Der Bundesgerichtshof widerspricht der Rechtsauffassung der Vorinstanzen, welche

der Ansicht gewesen sind, dass die beklagte Mieterin einen Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses für einen unbestimmten Zeitraum habe. Denn die Rechtsauffassung beruht auf Rechtsfehlern. Allein das hohe Alter eines Mieters rechtfertigt noch keine Härte im Sinne des § 574 Abs. 1 S. 1 BGB. Denn ein hohes Alter eines Menschen wirkt sich je nach Persönlichkeit und körperlicher sowie psychischer Verfassung unterschiedlich aus. Ohne weitere Feststellungen ist damit ein hohes Alter keine Härte. Vielmehr müssen andere Umstände hinzutreten. Insbesondere kann eine Härte zu bejahen sein, wenn zu Umständen wie hohes Alter, Verwurzelung aufgrund langer Mietdauer oder Erkrankungen des Mieters hinzukommen, aufgrund derer im Falle einer Aufgabe der Wohnung eine Verschlechterung seines gesundheitlichen Zustandes zu erwarten ist. Wenn der gesundheitliche Zustand des Mieters einen Umzug nicht zulässt oder wenn im Fall eines Wohnungswechsels zumindest die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der gesundheitlichen Situation eines schwer kranken Mieters besteht, kann dies bereits einen Härtegrund darstellen. Solche Feststellungen haben die Vorinstanzen nicht getroffen. Insbesondere wurden keinerlei tragfähigen Feststellungen zur Verwurzelung des beklagten Mieters am Ort getroffen. Eine solche Verwurzelung hängt davon ab, ob beispielsweise soziale Kontakte in der Nachbarschaft gepflegt werden, Einkäufe für den täglichen Lebensbedarf in der näheren Umgebung erledigt werden, an kulturellen, sportlichen oder religiösen Veranstaltungen in der Nähe der Wohnung teilgenommen wird und/oder medizinische oder andere Dienstleistungen in der Wohnungsumgebung in Anspruch genommen werden. Allein die Mietdauer reicht demnach für eine Verwurzelung nicht aus. Auch haben die Vorinstanzen keinerlei Feststellungen zu den Folgen getroffen, welche sich aus einem Wechsel der Wohnung trotz Verwurzelung ergeben.

Daneben lagen in der Beurteilung durch die Vorinstanzen Rechtsfehler dahingehend vor, als nicht die vom Vermieter beabsichtigte Lebensführung respektiert worden ist. Denn durch die Annahme, das hohe Alter des Mieters gebiete unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters in der Regel die Fortsetzung des Mietverhältnisses, hat das Gericht den Interessen des Mieters den Vorrang gegenüber dem berechtigten Erlangungsinteresse des Vermieters eingeräumt. Die Vorinstanzen haben damit unzulässige Kategorisierungen vorgenommen, ohne ausreichende Feststellungen im Einzelfall hierzu zu treffen und ohne die Interessen gegeneinander abzuwägen. Im Ergebnis verbietet sich bei einer Prüfung eines Härtefalls im Sinne des § 574 BGB jede pauschale Kategorisierung, vielmehr müssen die Umstände im Einzelfall festgestellt und im Anschluss daran die Interessen gegeneinander abgewogen werden. Das muss nunmehr die Vorinstanz nachholen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 03.02.2021 - VIII ZR 68/19