

SRF-Newsletter 05/2024



■ **Der Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann auch durch die äußeren Umstände erschüttert werden**

Das Bundesarbeitsgericht hat am 13.12.2023 seine Rechtsprechung zur Erschütterung des Beweiswerts von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen bestätigt. Zur Erläuterung:

Eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist durch den Arbeitgeber zunächst einmal und im Regelfall sehr schwer zu erschüttern, d. h. allein die Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch einen Arzt bindet den Arbeitgeber im Zweifel daran, auch von einer Arbeitsunfähigkeit auszugehen und bei Vorliegen der Voraussetzungen Entgeltfortzahlung zu leisten. Weiterhin entschuldigt die Arbeitsunfähigkeit das Fehlen des Arbeitnehmers.

Dieser Beweiswert ist nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 13.12.2023 indes erschüttert, wenn der Arbeitnehmer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (oder auch nur eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung) vorlegt, die den gesamten Zeitraum ab Zugang der Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist abdecken und er direkt danach eine Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber aufnimmt. Im konkreten Fall kündigte die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 02.05.2022, das am 03.05.2022 zuzugang zum 31.05.2022. Der Arbeitnehmer war in dieser Woche bereits arbeitsunfähig erkrankt und belegte mit weiteren Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vom 06.05. bis 20.05. und vom 20.05. bis 31.05.2022 seine Arbeitsunfähigkeit. Ab 01.06.2022 war er wieder arbeitsfähig und nahm eine neue Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber auf. Die bisherige Arbeitgeberin verweigerte die Entgeltfortzahlung und bekam im wesentlichen Recht, musste für den Zeitraum 07.05. bis 31.05.2022 keine Entgeltfortzahlung leisten.

Das Bundesarbeitsgericht führt aus, dass Arbeitgeber den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch den Vortrag tatsächlicher Umstände, die ernsthafte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit begründen, erschüttern kann, solche seien im konkreten Fall die Bescheinigungen ab 06.05.2022. Der Beweiswert der Bescheinigung für den Zeitraum 02.05. bis

06.05. sei demgegenüber nicht erschüttert, da die Kündigung erst am 03.05. zugegangen sei.

Im konkreten Fall berücksichtigte das Gericht auch, dass die letzte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht, wie häufig üblich an einem Freitag endete, sondern an einem Dienstag und der Arbeitnehmer am Mittwoch beim neuen Arbeitgeber begann.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23



■ **Umgang und die Ablehnung eines 15-jährigen**

Durch das Oberlandesgericht Hamm war in einem Beschluss vom 3. November 2023 – II-13 UF 106/22 (FamRZ 2024, 441) in einem Umgangsverfahren darüber zu entscheiden, wie sich die Ablehnung des Betroffenen, bereits 15-jährigen Kindes, auf das Verfahren auswirkt.

Nach dem Entscheidungsinhalt abgestellt auf die Erklärung eines „altersgerecht entwickelten, selbstbewussten und reflektierten“ 15-jährigen Kindes, ist bei dessen Ablehnung einer gerichtlichen Anordnung zum Umgang ein Umgangsanspruch ohne weitere Anordnungen, jedoch auch ohne Ausschluss eines Umgangs, zurückzuweisen. Es ist auf Grundlage dieser Entscheidung nicht nur von wesentlicher Bedeutung, ob ein entgegenstehender Kindeswille feststellbar ist, sodass ein Umgang regelmäßig ausgeschlossen wird. Vielmehr ist es für den Verfahrensausgang bereits von erheblicher Bedeutung, soweit ein Kind in diesem Alter lediglich die Vorgabe eines Umgangs durch das Gericht ablehnt.

OLG Hamm, Beschluss vom 3. November 2023 – II-13 UF 106/22



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

MIETRECHT bekommen

■ Neues zu Nebenkostenabrechnungen

In einem von uns erstrittenen Urteil vom 01.12.2022, 8 U 50/21 beschäftigte sich das Kammergericht Berlin unter anderem mit der Frage, ob Kosten für die Unterhaltung und den Ersatz der Werbe- und Hinweisbeschilderung eines Einkaufszentrums und für eine Weihnachtsdekoration umlagefähig sind.

Hinsichtlich der Kosten der Weihnachtsdekoration stützt sich der Vermieter auf eine mietvertragliche Formulklausel, wonach Kosten für Dekorationen umlagefähig sein sollen. In die Nebenkostenabrechnung eingestellt werden Leasingkosten für eine Weihnachtsdekoration. Diese Kosten sind nach Auffassung des Kammergerichts aber nicht ersatzfähig. Die Formulierung "Kosten für Dekorationen" erfasst nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB auch Kosten der Erhaltungslast, nämlich Kosten für Instandhaltung, Instandsetzung (Reparatur) und Ersatzbeschaffung der Weihnachtsdekoration. Die Auferlegung derartiger Kosten auf den Mieter durch Formularvertrag ohne Beschränkung der Höhe nach verstößt gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB (BGH, Urteil vom 06.04.2005 – XII ZR 158/01 – MDR 2006, 17-18). Eine Aufrechterhaltung der Klausel zur Übertragung der Kosten der Weihnachtsdekoration mit einem zulässigen Inhalt scheidet aus, weil dem das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion entgegensteht (BGH, Urteil vom 26.09.2012 – XII ZR 112/10, juris Rn. 21 – MDR 2012, 1456-1458).

Hinsichtlich der Kosten für die Unterhaltung und den Ersatz der Werbe- und Hinweisbeschilderung des Einkaufszentrums stützt sich die Vermieterin auf eine mietvertragliche Formulklausel, wonach der Mieter zu tragen habe die "Kosten für Unterhaltung und Ersatz der Werbe- und Hinweisbeschilderung des Einkaufszentrums inner- und außerhalb der Gebäude", wozu auch Fahnen und Fahnenmasten und alle weiteren Werbeeinrichtungen gehören, soweit sie sich auf das Geschäftszentrum und nicht auf einzelne Mieter beziehen. Diese Klausel ist nach Auffassung des Kammergerichts unwirksam, da sie gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt. Die von § 535 BGB abweichende Vereinbarung zur Übernahme weiterer Kosten neben der Miete für die Gewährung des Gebrauchs durch den Mieter

bedarf stets einer ausdrücklichen und inhaltlich bestimmten Vereinbarung. Nur dann ist es dem Mieter möglich, sich ein grobes Bild davon zu machen, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können (BGH, Urteil vom 06.04.2005 – XII ZR 158/01 – NJW-RR 2006, 84, 85; BGH, Urteil vom 02.07.2006 – XII ZR 39/04, juris Rn. 15 – MDR 2007, 77). Diesen Anforderungen genügt die mietvertragliche Klausel nicht. Zwar hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 04.05.2022 – XII ZR 112/99, juris Rn. 11 – zur Umlage von Verwaltungskosten ausgeführt, die Bewertung einer Klausel könne nicht von der Höhe der Kosten im Einzelfall und deren Verhältnis zu anderen Kosten abhängen, schon weil bei Vertragsschluss nicht feststehen müsse, welche Kosten entstehen werden, und der Mieter sei insoweit vor überhöhten Forderungen durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt. Der Bundesgerichtshof hat aber mit Urteil vom 02.07.2006 – XII ZR 39/04 – für einen Fall, in dem der Mieter nach dem Mietvertrag durch eine allgemeine Geschäftsbedingung verpflichtet wurde, einer Werbegemeinschaft beizutreten, entschieden, dass die entsprechende Klausel gegen das Transparenzgebot verstößt, wenn diese hinsichtlich der tatsächlichen Höhe der Beiträge zur Werbegemeinschaft nur bestimmt, dass sie gemäß den Flächen abgerechnet werden. Dies genüge dem Transparenzgebot genauso wenig wie der Umstand, dass die Werbegemeinschaft nach Treu und Glauben den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit beachten muss, weil auch dadurch die dem Mieter entstehenden Kosten nicht kalkulierbar seien. Vielmehr müsse die Höhe der Beiträge zur Werbegemeinschaft bestimmbar sein, z.B. durch einen bestimmten Prozentsatz der Miete; mindestens jedoch muss eine Höchstgrenze festgeschrieben werden (BGH, Urteil vom 12.07.2006 – XII ZR 39/04, juris Rn. 15 – MDR 2007, 77-78 mwN). Entsprechendes gilt, wenn dem Mieter bereits im Mietvertrag formularmäßig die anteilige Kostentragungspflicht hinsichtlich der Kosten für die Unterhaltung und den Ersatz von Werbe- und Hinweisbeschilderung auferlegt wird, ohne dass dem Mieter die dadurch entstehenden Kosten kalkulierbar sind. Zwar sieht der Mietvertrag eine Kostenobergrenze für die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung pro Abrechnungsjahr auf den Gegenwert einer Netto-Monatsmiete vor, mithin auch für die Kosten für den Ersatz von Werbe- und Hinweisbeschilderung. Nicht unter diese Kostenbegrenzung fallen zumindest nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB aber die Kosten für das reine Aufstellen und Unterhalten von Werbe- und Hinweisbeschilderung, so die Kosten für die Konzeption der Werbung z.B. durch Werbeagenturen, für die Erstellung von Schildern oder von Plakaten, für die Anmietung von Werbeflächen und für die Aufstellung

von Werbeträgern bzw. Anbringung von Schildern.

Erst recht sind die dem Mieter entstehenden Kosten deshalb nicht kalkulierbar und verstößt die Regelung des Mietvertrags gegen das Transparenzgebot, weil sie dem Mieter Kosten für die Werbe- und Hinweisschilderung auch außerhalb des Gebäudes auferlegt, ohne dass bestimmt wird, in welchem Radius außerhalb des Gebäudes die Werbe- und Hinweisbeschilderung erfolgt. Insoweit ist für den Mieter in keiner Weise die Höhe der auf ihn zukommenden Kosten für die Anbringung und Unterhaltung derartiger Werbe- und Hinweisschilder vorhersehbar, weil diese letztendlich in ganz Berlin bzw. in dem ganzen Bundesgebiet und in jeglichem Ausmaß angebracht bzw. aufgestellt werden können. Es kommt auch nicht in Betracht, die Klausel zur Übertragung der Kosten für Werbe- und Hinweisbeschilderung mit einem zulässigen Inhalt aufrechtzuerhalten. Dem steht das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion entgegen (BGH, Urteil vom 26.09.2012 – XII ZR 112/10, juris Rn. 21 – MDR 2012, 1456-1458).

Kammergericht Berlin, Urteil vom 01.12.2022 – 8 U 50/21



VERKEHRSRECHT bekommen

■ Gutachterkosten und Unwirtschaftlichkeit – Fahrrad

Durch das Amtsgericht Cochem war in einem Urteil vom 8. November 2023 – 22 C 130/23 (DAR 2024, 224) über einen Kfz-Haftpflichtschaden zu entscheiden, wonach durch einen Pkw ein Radfahrer betroffen war, mit Beschädigung des Fahrrades. Die Haftung dem Grunde nach zu Lasten der Kfz-Haftpflichtversicherung/des Autofahrers war unstrittig. Der Geschädigte Radfahrer hat wegen der Beschädigung des Fahrrades ein Gutachten beauftragt, dieses hat Kosten von EUR 527,98 verursacht. Die voraussichtlichen Reparaturkosten wurden mit ca. brutto EUR 2.300,00 durch den Sachverständigen bewertet bei einem Zeitwert des Fahrrades von lediglich EUR 300,00. Aufgrund des Verhältnisses von Zeitwert zur Höhe der Gutachterkosten hat die Fahrzeugversicherung eine Zahlung auch für die Begutachtung abgelehnt.

Durch das Amtsgericht ist auf den subjektbezogenen Schadensbegriff nach der Rechtspre-

chung des Bundesgerichtshofes abgestellt worden, wonach es auf die Erkenntnismöglichkeiten des Geschädigten bei der Bewertung, welcher Aufwand zur Schadensbeseitigung erforderlich bzw. angemessen ist, ankommt. Danach wurden die Sachverständigenkosten als weiterer Schadensersatzbetrag zugesprochen, da ein Geschädigter nicht ohne weiteres im konkreten Fall den Zeitwert seines Fahrrades richtig einschätzen kann, auch deshalb war die Beauftragung eines Gutachtens sinnvoll. Zwar ist im vorliegenden Fall der Wert des Fahrrades tatsächlich relativ gering gegenüber den Gutachterkosten. Bei einer zunehmenden Zahl hochwertiger Fahrräder, beispielsweise auch mit Elektroantrieb, werden in diesem Bereich im Zweifel Gutachten eine größere Bedeutung erhalten, sind auch diese Kosten durch einen Schädiger bzw. dessen Versicherung zu erstatten.

Amtsgericht Cochem, Urteil vom 8. November 2023 – 22 C 130/23



WEG-RECHT bekommen

■ Vertreterversammlung in der Coronapandemie

In der Coronapandemie behalf man sich damit, dem Verwalter Vollmachten zu erteilen, der dann allein die Versammlung der Eigentümer durchführte und Stimmen auf Grundlage der Vollmachten abgab. In einer WEG hat der Verwalter zu einer Versammlung am 24. November 2020 eingeladen und dabei den Eigentümern nur die Möglichkeit eingeräumt, eine Vollmacht und Weisungen für die Stimmabgabe zu erteilen. Eine persönliche Teilnahme war nicht möglich. Die Kläger meinen, dass die auf dieser Versammlung gefassten Beschlüsse nichtig sind.

Der Bundesgerichtshof widerspricht dieser Auffassung und entscheidet, dass die Beschlüsse wirksam sind. Der BGH hat die amtsgerichtliche Entscheidung wiederhergestellt, sodass die Klage endgültig abgewiesen worden ist. Zwar entsprach die Einberufung nicht den Vorgaben des Wohnungseigentumsgesetzes. Denn eine Eigentümerversammlung setzt grundsätzlich ein physisches Zusammentreffen der Eigentümer voraus. Eine sogenannte Vertreterversammlung, in der nur eine Person anwesend ist, ist zwar auch eine Versammlung, sie ist aber nur dann zulässig, wenn sämtliche Wohnungseigentümer in ein solches Verfahren eingewilligt haben. Das war vorliegend nicht erfüllt.

Auch dass die Durchführung der Eigentümerversammlung wegen der Coronapandemie aufgrund infektionsschutzrechtlicher Bestimmungen verboten war, änderte nichts an den wohnungseigentumsrechtlichen Vorgaben. Für die Durchführung von Eigentümerversammlungen hat die Gesetzgeber keine von §§ 23 und 24 WEG abweichenden Regelungen für die Zeit der Coronapandemie getroffen. Demzufolge hat der Verwalter die Regelungen zur Einberufung nach §§ 23 und 24 WG verletzt. Das führt jedoch nicht zur Nichtigkeit der Beschlüsse, so der BGH.

Eine Nichtigkeit eines Beschlusses kann sich daraus ergeben, dass er in den Kernbereich des Wohnungseigentums eingreift. Vorliegend war dieser Anwendungsbereich nicht eröffnet. Es ging nur um das Zustandekommen der Beschlüsse. Bei der Beschlussfassung ist das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht der Wohnungseigentümer verzichtbar. Die für die Einberufung einer Eigentümerversammlung geltenden Vorschriften gehören nicht zu den zwingenden Bestimmungen und Grundsätzen des Wohnungseigentumsgesetzes. Sie sind dispositiv.

Ob eine Nichtigkeit dann in Betracht kommen könnte, wenn unter normalen Umständen (d. h. nicht während der Pandemie) die persönliche Teilnahme an der Versammlung verweigert wird, hat der Bundesgerichtshof dahinstehen lassen. Denn auf jeden Fall in der Pandemie führen solche Fehler bei der Einberufung nicht zur Nichtigkeit, weil die Abhaltung einer von einer WEG vorgesehenen "echten" Versammlung unmöglich war. Der Verwalter hat sich während der Pandemie in einer unauflösbaren Konfliktsituation befunden. Er stand vor einem Dilemma, entweder das Wohnungseigentumsrecht oder das Infektionsschutzrecht zu missachten. Insbesondere bei Durchführung einer Eigentümerversammlung liefen die Verwalter Gefahr, gegen bußgeldbewehrte Coronaschutzvorschriften zu verstoßen.

Demnach erfolgte die Durchführung einer Vertreterversammlung in der Pandemie aus Praktikabilitätsabwägungen. Es lag auch im Interesse der Wohnungseigentümer, dass der Verwalter nicht, wie es teilweise gehandhabt wurde, unter Missachtung des Wohnungseigentumsrechts während der Coronapandemie gar keine Versammlung abhielt. Durch eine Vertreterversammlung wurde jedenfalls die Fassung von Beschlüssen ermöglicht, die der gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden konnten.

Der Bundesgerichtshof hat auch nicht entschieden, ob die auf einer solchen Vertreterversammlung gefassten Beschlüsse ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen und damit anfechtbar sind. Denn solche Anfechtungsgründe können nur innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung geltend gemacht werden.

Diese Frist wurde von den Klägern nicht eingehalten, weshalb sie nur eine Nichtigkeit einwenden konnten.

Nachdem der Bundesgerichtshof die Nichtigkeit nur während der Coronapandemie verneinte und ansonsten weitaus bessere Argumente dafür sprechen, dass solche Beschlüsse ordnungsgemäßer Verwaltung widersprechen und daher auf eine Anfechtungsklage hin für ungültig erklärt werden, ist von den dargestellten Vertreterversammlungen dringend abzuraten.

BGH, Urteil vom 08.03.2024 - V ZR 80/23