

Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2011 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Mängelbeseitigung nach neuesten Regeln der Technik	2
2.	Unberechtigte Leistungsverweigerung zur Durchsetzung eines Nachtrages: Verletzung der Kooperationspflicht!	2
3.	Bauunternehmer und Gemeinde haften gemeinsam für Schäden durch Kanalbauarbeiten	3
4.	Aufklärungs- und Hinweispflicht des Unternehmers bei drohenden Gefahren für sein Gewerk	4
5.	Bauvertragliche Kooperationspflicht gebietet mindestens Kommunikation	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	7
IV.	Verwaltungsrecht	8
1.	Abstandsflächen gelten nicht für Biergärten	8
2.	Landesheimbauverordnung Baden-Württemberg – Normenkontrollklage erfolglos	9
V.	Mietrecht	10
	Durchsetzung der Betriebspflichtvereinbarung durch einstweilige Verfügung	10
VI.	Immobilienrecht	11
	Vertraglich dargestellte Mieterträge müssen rechtmäßig erzielbar sein	11
VII.	Arbeitsrecht	11
1.	Zur Rückzahlung von Ausbildungs- oder Fortbildungskosten	11
2.	Zugriff des Arbeitgebers auf das dienstliche E-Mail-Postfach des Arbeitnehmers	13
VIII.	Steuerrecht	15
	Deutschland schließt Steuerabkommen mit der Schweiz	15
IX.	Veröffentlichungen, Sonstiges	16

Vangerowstr. 20
69115 Heidelberg
Tel.: 06221/91290
Fax: 06221/912929

Myliusstr. 14
60323 Frankfurt
Tel.: 069/72737415
Fax: 069/72737491

Markgrafenstr. 33
10117 Berlin
Tel.: 030/2062780
Fax: 030/20627878

Königsallee 63/65
40215 Düsseldorf
Tel.: 0211/4369870
Fax: 0211/4369879

Esplanade 39
20354 Hamburg
Tel.: 040/22630380
Fax: 040/226303818

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Mängelbeseitigung nach neuesten Regeln der Technik

Eine Mängelbeseitigung muss die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten. Die hierdurch dem Auftragnehmer entstehenden Mehrkosten sind keine Sowieso-Kosten, sondern ein dem Auftraggeber verbleibender Mehrwert.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.09.2011 - 10 W 9/11

Der Auftraggeber hatte gegen den Auftragnehmer nach Abnahme der Bauleistung ein Urteil auf Mängelbeseitigung erstritten. Der Auftragnehmer kommt seiner Mängelbeseitigungsverpflichtung nicht nach. Daher verlangt der Auftraggeber vom Auftragnehmer einen Kostenvorschuss für die beabsichtigte Ersatzvornahme. Der geltend gemachte Vorschussanspruch umfasst aufwändigere und teurere Materialien als im ursprünglichen Bauvertrag vereinbart. Sie sind nach den nunmehr geltenden Vorschriften und technischen Regeln erforderlich. Der Auftragnehmer wendet ein, der Auftraggeber müsse sich einen Abzug in Höhe der Mehrkosten für die aufwändigeren und teureren Materialien gefallen lassen.

Ohne Erfolg! Dem Auftraggeber steht der beanspruchte Kostenvorschuss in voller Höhe zu. Die beauftragte Bauleistung muss grundsätzlich den zur Zeit der Abnahme anerkannten Regeln der Technik als vertraglichem Mindeststandard entsprechen. Ändern sich nach Abnahme die technischen Regeln, hat dies für den Auftragnehmer keine nachteiligen Folgen. Die bei Abnahme mangelfrei erbrachte Bauleistung bleibt mangelfrei. Etwas anderes gilt, wenn die Bauleistung des Auftragnehmers bei Abnahme mangelbehaftet war und er deshalb zur Nachbesserung verpflichtet ist. Die Mehrkosten, die durch höhere Anforderungen an die Bauausführung aufgrund einer Fortentwicklung der allgemein anerkannten Regeln der Technik oder der gesetzlichen Vorgaben nach Abnahme entstehen, beruhen auf der Vertragsverletzung des Auftragnehmers, der zum Zeitpunkt der Abnahme keine mangelfreie Bauleistung erbracht hat. Er hat deshalb die

dadurch notwendig gewordenen Mehrkosten zu tragen. Die Mängelbeseitigungsarbeiten des Auftragnehmers sind vom Auftraggeber abzunehmen. Eine Abnahmeverpflichtung besteht nicht, wenn die Mängelbeseitigungsarbeiten nicht den aktuellen Regeln der Technik entsprechen. Die Mehrkosten aufgrund nach Abnahme gestiegener Anforderungen der Regeln der Technik sind keine Sowieso-Kosten. Diese Mehrkosten wären bei ordnungsgemäßer Ausführung zum Zeitpunkt der Abnahme nicht angefallen. Demzufolge wäre die Bauleistung bei ordnungsgemäßer Ausführung nicht von vornherein teurer geworden. Die Voraussetzungen für einen Vorteilsausgleich sind im konkreten Fall ebenfalls nicht erfüllt. Insoweit ist nicht erkennbar, dass der Auftraggeber durch die Verwendung von aufwändigeren Materialien einen zusätzlichen, vertraglich nicht geschuldeten Vorteil erlangt, der beispielsweise durch eine deutlich längere Nutzungsdauer entstehen könnte.

Die Entscheidung des OLG Stuttgart lässt sich wie folgt zusammenfassen: Bessert der Auftragnehmer nicht zügig nach, hat er hierdurch entstehende Nachteile selbst zu tragen, einschließlich der Verschärfung der anerkannten Regeln der Technik und der Änderung öffentlich-rechtlicher Vorschriften. Einen Ausgleich vom Auftraggeber wird es hierfür in der Regel nicht geben.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

2. Unberechtigte Leistungsverweigerung zur Durchsetzung eines Nachtrages: Verletzung der Kooperationspflicht!

a) Die unberechtigte Leistungseinstellung der Arbeiten zur Durchsetzung eines Nachtrags und das Unterbleiben einer Fortsetzung binnen einer angemessenen Frist können als schwerwiegende Verletzung der bauvertraglichen Kooperationspflicht einen wichtigen Grund zur Kündigung des Bauvertrags darstellen.

b) Die Einstellung der Arbeiten ist jedenfalls dann unberechtigt, wenn die Nachtragsforderung dem Grunde nach unberechtigt ist, wenn der Auftragnehmer die Nachtragsforderung dem Auftraggeber

nicht prüfbar dargelegt hat, wenn die dem Auftraggeber zugestehende Prüfungsfrist noch nicht verstrichen ist und soweit sie sich auf die nach dem ursprünglichen Vertrag geschuldete Bauleistung bezieht, wenn diese von der Äußerung nicht betroffen und unabhängig von dieser ausführbar ist.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.09.2011 - 1 U 154/10

Die Parteien streiten um die Abrechnung eines im Jahr 2005 geschlossenen VOB/B-Vertrages über Abbrucharbeiten. Die beklagte Unternehmerin sollte nach diesem Vertrag bestehende Gebäude abrechnen und das Abbruchmaterial entsorgen. Während der Vertragsausführung gab es zwischen den Parteien Uneinigigkeiten über die Berechtigung einer Nachtragsforderung der Beklagten. Die Beklagte reichte am 08.06.2005 einen Nachtrag ein und teilte zwei Tage später hierzu folgendes mit: „Wir weisen Sie vorsorglich darauf hin, dass wir die Massen erst abtransportieren und entsorgen, wenn eine schriftliche Zusage erteilt wird, in der sie der (Beklagten) mindestens 70 % des EPs vor Verhandlung garantieren.“ Nachdem die Klägerin die Beklagte mehrmals in der Folge zur Wiederaufnahme der Arbeiten aufgefordert hatte, entzog die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 04.07.2005 den Auftrag. Die Parteien streiten in dem zu Grunde liegenden Rechtsstreit insbesondere über die Berechtigung der Kündigung nach § 8 Nr. 3 VOB/B sowie die Höhe und Angemessenheit der geltend gemachten Ersatzvornahmemehrkosten.

Das Landgericht Frankfurt am Main hat die Klage auf Erstattung der Ersatzvorkosten vollumfänglich abgewiesen und dies damit begründet, dass die Beklagte sich mit der Leistungserbringung nicht in Verzug befand. Dieses Urteil wurde vom OLG Frankfurt wohl zu Recht aufgehoben. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts kann es dahinstehen, ob die Beklagte mit der Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung in Verzug war, da der geltend gemachte Kostenerstattungsanspruch auch auf Grundlage einer Kündigung aus sonstigem wichtigem Grund gegeben sein kann. Dieser wichtige Grund war im vorliegenden Fall nach Auffassung des Oberlandesgerichts die vollständige Leistungseinstellung des Unternehmers. Das Oberlandesgericht führt

hierzu aus, dass die Frage, wann bei Differenzen über gestellte Nachträge der Auftragnehmer das Recht hat, die Leistung zu verweigern, jeweils im Einzelfall zu entscheiden ist und hierzu bisher keine einheitlichen Grundlagen entwickelt wurden. Jedenfalls – so das Oberlandesgericht – kann der Auftragnehmer dann nicht die Leistung verweigern, wenn sein Nachtrag dem Grunde nach nicht berechtigt ist, wenn er dem Auftragnehmer die Nachtragsforderung nicht prüfbar dargelegt hat, wenn die dem Auftraggeber zustehende angemessene Prüfungsfrist noch nicht abgelaufen ist und auch dann, wenn sich die Leistungsverweigerung schon auf die nach dem ursprünglichen Vertrag geschuldete Bauleistung bezieht und diese von der Änderung nicht betroffen und unabhängig von dieser ausführbar ist. Im vorliegenden Fall beurteilte das Oberlandesgericht den Nachtrag als nicht prüfbar, so dass schon aus diesem Grund im vorliegenden Fall die Leistungsverweigerung unberechtigt war.

Diese Entscheidung zeigt einmal mehr, dass Obergerichte die Kooperationspflicht zwischen den Bauvertragsparteien als wesentlich ansehen. Es ist einem Auftragnehmer unbedingt zu empfehlen, vor der Leistungseinstellung sorgfältig zu prüfen, ob ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zum Zeitpunkt der Leistungseinstellung tatsächlich zusteht. Eine Leistungsverweigerung während der Bauphase führt in aller Regel zu einer Kündigung durch den Auftraggeber, so dass letztendlich die Parteien über den Werklohn als auch über die Ersatzvornahmemehrkosten streiten.

Rechtsanwältin Daniela Fiedler

3. Bauunternehmer und Gemeinde haften gemeinsam für Schäden durch Kanalbauarbeiten

a) Kommt es durch fehlerhaft ausgeführte Kanalbauarbeiten zu Gebäudeschäden auf einem Nachbargrundstück, kann dem Eigentümer ein Schadensersatzanspruch gegen das Bauunternehmen zustehen.

b) Daneben kann dem Eigentümer ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch gegen die auftraggebende Gemeinde zustehen.

c) Soweit sich der Schadensersatzanspruch und der Entschädigungsanspruch decken, haften der Bauunternehmer und die Gemeinde als Gesamtschuldner.

OLG Koblenz, Urteil vom 01.04.2011 - 1 U 379/06

Ein Bauunternehmen führt im Auftrag einer Gemeinde Kanalbauarbeiten aus. Nach Abschluss bemerkt der Eigentümer des angrenzenden Nachbargrundstücks ein Absenken seines Gebäudes. Im Verlauf des Prozesses stellt sich heraus, dass das Bauunternehmen den Einbau der geplanten Querriegel, die eine Drainagewirkung der Kanalbaumaßnahme und dadurch das Absenken von Gebäuden verhindern sollten, nur unzureichend vorgenommen hat. Daraufhin begehrt der Eigentümer u. a. die Feststellung, dass das Bauunternehmen und die Gemeinde als Gesamtschuldner verpflichtet sind, die Kosten der Schadensbeseitigungsarbeiten zu erstatten.

Der Eigentümer hat Erfolg. Den Schadensersatzanspruch gegen das Bauunternehmen stützt das Gericht in erster Linie auf § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Der Eigentümer befindet sich (erkennbar) im Gefahrenbereich der vertraglichen Leistung des Bauunternehmens. Zudem besteht aufgrund des nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses eine Nähebeziehung zur auftraggebenden Gemeinde. Der Eigentümer ist daher in den Schutzbereich des Bauvertrages zwischen der Gemeinde und dem Bauunternehmer eingebunden. Indem das Bauunternehmen die geplanten Querriegel nicht ordnungsgemäß ausgeführt hat, wurde eine Pflicht aus dem Bauvertrag verletzt. Diese Pflichtverletzung besteht nicht nur gegenüber der Gemeinde sondern mit Rücksicht auf die Grundsätze über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch gegenüber dem Eigentümer. Daneben stützt das Gericht den Schadensersatzanspruch gegen das Bauunternehmen u. a. auf § 823 Abs. 1 BGB. Als Fachunternehmen für Tiefbauarbeiten hätte das Bauunternehmen erkennen müssen, dass die nicht ordnungsgemäße Herstellung der Querriegel zu Schäden am Nachbargebäude führen kann. Das Bauunternehmen handelte daher zumindest fahrlässig. Daneben hält das Gericht die Gemeinde nach §§ 906 Abs. 2, 909

BGB für entschädigungspflichtig. Diese Entschädigungspflicht setzt kein Verschulden der Gemeinde voraus. Für die Entscheidung kam es daher nicht darauf an, dass die von der Gemeinde in Auftrag gegebene Planung die Querriegel korrekt ausgewiesen hatte. Soweit sich die Schadensersatzpflicht des Bauunternehmens und die Entschädigungspflicht der Gemeinde decken, haften beide als Gesamtschuldner.

Kommt es infolge der Bauausführung zu Schäden auf dem Nachbargrundstück, kann das Bauunternehmen bei Verschulden zum Schadensersatz verpflichtet sein. Das Haftungsrisiko des Bauherrn geht darüber hinaus. Ihn kann die verschuldensunabhängige Haftung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs nach §§ 906 Abs. 2, 909 BGB treffen. Hat das Bauunternehmen die Schäden nicht zu vertreten, besteht für den Bauherrn die Gefahr, den Eigentümer entschädigen zu müssen, ohne beim Bauunternehmen Rückgriff nehmen zu können. Der Bauherr ist gut beraten, dieses Risiko durch eine Bauherrenhaftpflichtversicherung abzusichern.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer

4. Aufklärungs- und Hinweispflicht des Unternehmers bei drohenden Gefahren für sein Gewerk

a) Muss ein Auftragnehmer erkennen, dass die von ihm vertragsgemäß errichtete Bodenplatte wegen einer Bauzeitverzögerung im Winter der Gefahr von Rissebildung ausgesetzt sein wird, kann er verpflichtet sein, den Auftraggeber entsprechend zu informieren.

b) Kommt er dieser Pflicht nicht nach, löst das keine Gewährleistungsansprüche, sondern Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht aus.

BGH, Urteil vom 19.05.2011 - VII ZR 24/08

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Mehrkosten für die Beseitigung von Rissen in einer Bodenplatte.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 28.09.2001 mit der Planung und Errichtung ei-

ner ca. 350 × 150 Meter großen Bodenplatte. Bei der Planung und Leistungserbringung ging die Klägerin davon aus, dass die Bodenplatte rechtzeitig vor dem Winter überbaut wird. Die Beklagte nahm die Bauleistungen am 24.07.2002 ab. In der Folge bildeten sich an der Bodenplatte erhebliche Risse, weil – anders als ursprünglich vorgesehen – im Winter 2002/2003 noch keine vollständige Überbauung der Bodenplatte erfolgte und auch sonst keine Maßnahmen zum Schutz der Bodenplatte vor Rissen getroffen wurden. Die Klägerin sanierte die Bodenplatte umfassend und verlangt von der Beklagten die Erstattung der aufgewendeten Kosten von über € 6,5 Mio.

Die Beklagte hält der Vergütungsforderung entgegen, dass sie bei einem entsprechenden Hinweis der Klägerin geeignete Maßnahmen zur Vermeidung der Risse ergriffen hätte. Es handele sich daher bei den geltend gemachten Aufwendungen um nicht erstattungsfähige Mangelbeseitigungskosten. Dieser Ansicht war das OLG München gefolgt und hatte die Klage abgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin hat der Bundesgerichtshof die Entscheidung aufgehoben und den Rechtsstreit an das OLG München zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof stellt in seinem Urteil klar, dass die Klägerin die Sanierungskosten nicht erstattet verlangen kann, wenn sie zur Aufklärung der Beklagten über die eingeschränkte Wintertauglichkeit der Bodenplatte verpflichtet war und ihre Hinweis- und Aufklärungspflicht schuldhaft verletzt hat. Diese Frage hatte die Berufungsinstanz nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht ausreichend geprüft.

Entgegen der Auffassung der Klägerin kann eine Bedenkenhinweispflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben auch dann bestehen, wenn der Hinweis voraussichtlich nicht zu einer Änderung der Ausführung führt. Selbst nach Abnahme seiner Werkleistung ist ein Auftragnehmer im Rahmen des ihm Zumutbaren verpflichtet, eine Gefährdung des Vertragszwecks zu verhindern, wenn er überlegene Sachkunde besitzt. Eine Aufklärungspflicht des Auftragnehmers kann daher bestehen, wenn der Auftragnehmer erkennt, dass das von ihm geschaffene Werk in nicht vorhergesehener Weise Risiken aus Umwelteinflüssen ausgesetzt ist. Verletzt der Auftragnehmer seine

Hinweisverpflichtung führt das zwar nicht zu einer Gewährleistungs-, wohl aber zu einer Schadensersatzverpflichtung.

Im vorliegenden Fall hat das OLG München nun zu prüfen, ob der Klägerin zumindest hinreichende Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die Bodenplatte wegen der Bauzeitverschiebung im Winter nicht gegen Frosteinwirkung geschützt sein wird. Sollte das der Fall sein und eine Schadensersatzverpflichtung der Klägerin bestehen, kann der zu ersetzende Schaden nur noch durch den Mitverschuldensanteil der Beklagten reduziert werden.

Die Frage, ob sich ein Auftragnehmer bei eigenen Bedenken auf entsprechende Kenntnisse des Auftraggebers verlassen darf, kann im Einzelfall schwierig zu beantworten sein. Zur Risikominimierung ist Auftragnehmern in jedem Stadium der Abwicklung eines Bauvorhabens zu raten, Bedenken gegen die vom Auftraggeber angeordnete Ausführung nachweisbar vorzutragen. Denn eine Bedenkenhinweispflicht kann auch bestehen, wenn eine Gefährdung des Werkes nach der Abnahme droht.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

5. Bauvertragliche Kooperationspflicht gebietet mindestens Kommunikation

Die im Bauvertragsrecht geltende Kooperationspflicht gebietet es, gerade bei Meinungsverschiedenheiten die Argumente, Alternativen und Gegenvorschläge der anderen Vertragsseite zumindest zur Kenntnis zu nehmen und zum Gegenstand eines Meinungs-austausches zu machen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 16.03.2011 - 13 U 5/10

Nach ständiger Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs sind die Parteien eines Bauvertrags gehalten, auf die berechtigten Belange des jeweils anderen Vertragspartners Rücksicht zu nehmen. Sie sind während der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet. Hieraus ergeben sich unter anderem Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung und gegenseitigen Information (s. z. B. BGH, Urteile vom 23.05.1996 - VII ZR

245/94 und vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98). Entstehen während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Anpassung des Vertrages oder seiner Durchführung an geänderte Umstände, sind die Parteien grundsätzlich verpflichtet, durch Verhandlungen eine einvernehmliche Beilegung der Meinungsverschiedenheiten zu versuchen, bevor sie zum letzten Mittel greifen und den Vertrag kündigen (BGH, Urteile vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98 und vom 10.05.2007 - VII ZR 226/05 unter III. 1.).

Das Oberlandesgericht Brandenburg hatte mit dem vorliegenden Urteil über einen Fall zu entscheiden, in dem zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf Mehrleistungen und die Erforderlichkeit einer Ausführungsplanung entstanden waren. Der Auftragnehmer hatte einen vom Auftraggeber übersandten Nachtragsentwurf zu den Mehrleistungen zwar nach Erhalt unmittelbar unterzeichnet, die Annahme dieses Angebots dem Auftraggeber aber nicht mitgeteilt. Er hatte auf die genannten Streitpunkte bezogene, per Einschreiben übermittelte Schreiben des Auftraggebers nicht angenommen und trotz Benachrichtigung nicht abgeholt. Stattdessen hatte der Auftragnehmer, ohne sich mit den Argumenten des Auftraggebers auseinander zu setzen, wegen beider Punkte eine angebliche Baubehinderung angezeigt. Der Auftraggeber erklärte daraufhin den Rücktritt vom Vertrag.

Anders als noch das Landgericht Potsdam wies das OLG Brandenburg die auf Restwerklohn gerichtete Klage des Auftragnehmers ab und verurteilte diesen auf die Widerklage des Auftraggebers hin unter anderem zur Rückzahlung zu viel gezahlten Werklohns. Das Oberlandesgericht sah die außerordentliche Kündigung des Bauvertrags (in eine solche deutete es die Rücktrittserklärung um) durch den Auftraggeber auf der Grundlage der eingangs wiedergegebenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur bauvertraglichen Kooperationspflicht als wirksam an, weil der Auftragnehmer durch seine Kommunikationsverweigerung wiederholt schwerwiegend gegen seine Kooperationspflicht verstoßen habe.

Das Urteil macht noch einmal deutlich, dass die bauvertragliche Kooperationspflicht als Mindestgebot die Verpflichtung zur Kommuni-

kation mit dem anderen Vertragspartner enthält. Treten Meinungsverschiedenheiten auf, hat jede Seite die Argumente, Alternativen und Gegenvorschläge der anderen Vertragsseite zumindest zur Kenntnis zu nehmen und zum Gegenstand eines Meinungs austauschs mit sachlichen Argumenten zu machen. Wer sich dieser Kommunikation verweigert, riskiert die berechnete außerordentliche Kündigung durch seinen Vertragspartner. Dies gilt für Auftraggeber und Auftragnehmer in gleicher Weise.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Bei einem formularmäßig vorgegebenem Verzicht auf die Einreden aus § 768 BGB ist die Gewährleistungssicherungsabrede unwirksam

Eine in einem VOB-Vertrag enthaltene Klausel des Auftraggebers, mit der „zur Sicherung der vertragsgemäßen Abwicklung der Leistungen nach der Abnahme, insbesondere Gewährleistung“, eine Sicherung von 5 % der Abrechnungssumme vereinbart wird und Bürgschaften unter Verzicht auf die Einrede gemäß § 768 BGB auszustellen sind, ist unwirksam.

BGH, Urteil vom 28.07.2011 - VII ZR 207/09

2. Der Auftraggeber kann eine untaugliche Mängelbeseitigung ablehnen

Ist die Mängelbeseitigung nur auf eine bestimmte Weise möglich, ist der Unternehmer verpflichtet, diese vorzunehmen. Der Besteller kann ein dieser Verpflichtung nicht entsprechendes und damit untaugliches Angebot von vornherein zurückweisen.

BGH, Urteil vom 05.05.2011 - VII ZR 28/10

3. Honorarkürzung bei unterlassener Führung eines Bautagebuchs durch den Architekten

a) Vereinbaren die Parteien, dass für Inhalt und Umfang der werkvertraglichen Leis-

tungspflichten des Architekten das Leistungsbild des § 15 Abs. 2 HOAI entsprechend gilt, hat der Architekt ein Bautagebuch zu führen.

- b) Kommt der Architekt dieser Verpflichtung nicht nach, ist der Besteller grundsätzlich gemäß § 634 BGB zur Minderung des Architektenhonorars berechtigt.

BGH, Urteil vom 28.07.2011 - VII ZR 65/10

4. Zur Teilung der Nachbesserungskosten bei Planungsfehler und unterlassenen Hinweis

- a) Der Vermögensschaden des Auftraggebers, der noch keine Mängelbeseitigung durchgeführt hat, bemisst sich zunächst nach den zur Nachbesserung erforderlichen Netto-Kosten ohne Berücksichtigung einer etwaigen, später zu zahlenden Umsatzsteuer.
- b) Das der Schadensbemessung zu Grunde liegende Verbot der Überkompensation gilt als allgemeiner Rechtsgedanke des Schadensersatzrechts auch für den Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bzw. des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften.
- c) Bei falscher Planungsvorgabe durch den Auftraggeber und unterlassenem Hinweis des Auftragnehmers nach § 4 Nr. 3 VOB/B sind die Nachbesserungskosten grundsätzlich zu teilen.
- d) Sind beide Parteien in gleichem Maße fachkundig, spricht dies dafür, den Verschuldensanteil jeweils mit 50 % zu bemessen.

OLG München, Urteil vom 09.06.2011 - 9 U 502/11

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Zum Begriff des „grenzüberschreitenden Interesses“ bei öffentlichen Aufträgen

- a) Zur Beurteilung der Frage, ob an einem öffentlichen Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht, ist eine Prognose darüber anzustellen, ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen, das heißt mit Blick auf die angesprochenen Branchenkreise und ihre Bereitschaft, Aufträge gegebenenfalls in Anbetracht ihres Volumens und des Ortes der Auftragsdurchführung auch grenzüberschreitend auszuführen, für ausländische Anbieter interessant sein könnte.
- b) Bei der Zulassung von Nebenangeboten werden die Grundfreiheiten des Primärrechts der Europäischen Union und die Gebote der Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz gewahrt, wenn in den Vergabeunterlagen vorgegeben wird, dass Ausführungsvarianten eindeutig und erschöpfend beschrieben werden und alle Leistungen umfassen müssen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind, und dass bei nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Vergabeunterlagen geregelten Leistungen im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistungen zu machen sind.

BGH, Urteil vom 30.08.2011 - X ZR 55/10

2. Aufklärungspflicht bei ungewöhnlich niedrigem Angebot

- a) Erscheint ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung als ungewöhnlich niedrig, hat der Auftraggeber eine Aufklärungspflicht. Dem Auftraggeber kommt jedoch hinsichtlich der Frage, ob eine Aufklärung für erforderlich gehalten wird oder nicht, ein Beurteilungsspielraum zu.
- b) Mängel in der § 101a GWB-Mitteilung können noch vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens oder auch erst im Laufe desselben geheilt werden. Zudem wird

durch die § 101a GWB-Mitteilung das primäre Ziel verfolgt, vor Zuschlagserteilung, die Unumkehrbarkeit eines einmal erteilten Zuschlags im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes hemmen zu können. Sie dient keinem eigenständigen vergaberechtlichen Selbstzweck, weshalb auf einen Verstoß gegen § 101a GWB allein kein Nachprüfungsantrag gestützt werden kann.

- c) Bedingt durch den Mindestlohn im Gebäudereiniger-Handwerk (AEntG) ist die Vergabestelle in der Wertung insbesondere gehalten, die Auskömmlichkeit des Stundenverrechnungssatzes zu überprüfen.

VK Südbayern, Beschluss vom 31.05.2011 - Z3-3-3194-1-11-03/11

3. Zu den Anforderungen an Zertifizierungsverlangen

Die Anforderung ausschließlich einer Zertifizierung nach DIN ISO 12647-2 ist vergaberechtswidrig. Sie entspricht nicht dem – auf Art. 49 der Richtlinie 2004/18/EG beruhenden – § 7 Abs. 10 VOL/A-EG, da mit dieser Anforderung eine Zertifizierung durch eine Qualitätsstelle verlangt, die nicht – nur – europäische Zertifizierungsnormen anwendet. § 7 Abs. 10 VOL/A-EG ist abschließend

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011 - Verg 38/11

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Verwaltungsrecht

1. Abstandsflächen gelten nicht für Biergärten

Ein Biergarten – verstanden als „Bewirtschaftungsfläche“ – ist nicht nach § 6 Abs. 10 S. 1 Nr. 2 BauO NRW abstandsflächenrelevant, weil er mit Einrichtungsgegenständen wie Tischen, Stühlen und Sonnenschirmen ausgestattet ist, die 1 m hoch oder höher sind.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 17.06.2011 - 2 A 1276/10

Ein Nachbar wendet sich gegen die Baugenehmigung für einen Biergarten, der sich bis an die Grundstücksgrenze erstrecken soll. Der Nachbar macht geltend, dass die Genehmigung gegen Abstandsflächenrecht verstoße, weil sie die Errichtung einer gebäudeähnlichen Anlage unmittelbar an der Grundstücksgrenze erlaube. Die Klage wird in der ersten Instanz abgewiesen. Hiergegen richtet sich der Antrag auf Zulassung der Berufung, den das Oberverwaltungsgericht zurückweist.

Nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts sind die bauordnungsrechtlichen Vorschriften über Abstandsflächen auf Biergärten grundsätzlich nicht anwendbar. Zwar dienen die Regelungen über Mindestabstände in § 6 BauO NRW neben dem Brandschutz und der Sicherstellung ausreichender Belichtung und Belüftung auch dem Ziel, einer Störung des Wohnfriedens vorzubeugen. Durch die einzuhaltenen Abstandsflächen solle vermieden werden, dass die Lebensäußerungen der in der Nachbarschaft wohnenden und arbeitenden Menschen „zu intensiv aufeinander einwirken“.

Voraussetzung für die Anwendung der Abstandsflächenvorschriften sei aber, dass es um ein Gebäude oder wenigstens um eine „bauliche Anlage“ gehe. Dies treffe auf einen Biergarten nicht zu. Denn dessen Einrichtungsgegenstände seien nicht gemäß der gesetzlichen Definition der baulichen Anlage (§ 2 BauO NRW) mit dem Erdboden verbunden. Tische, Stühle und Sonnenschirme eines Biergartens zeichneten sich vielmehr dadurch aus, dass sie „ohne weiteres bewegt werden können“. Dass ein Biergarten den Wohnfrieden stören könne, sei keine Frage des Abstandsflächenrechts, sondern des planungsrechtlichen Gebotes der Rücksichtnahme.

Auch wenn die Biergartensaison für dieses Jahr beendet scheint, ist die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen von Interesse. Denn zum einen bezieht sie Position in der streitigen Frage, ob die Abstandsflächenvorschriften der Länder auch dem Schutzziel des Wohnfriedens dienen. Das bejaht das Oberverwaltungsgericht im Gegensatz zu Senaten anderer Oberverwaltungsgerichte. Zum anderen macht der Beschluss deutlich, dass die Vorschriften über die Abstandsflächen nicht dazu genutzt werden kön-

nen, gegen jedes unliebsame Vorhaben an der Grundstücksgrenze vorzugehen. Solange dem Vorhaben keine „Gebäudetypik“ innewohnt, ist es für das Abstandsflächenrecht irrelevant.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

2. Landesheimbauverordnung Baden-Württemberg – Normenkontrollklage erfolglos

a) Die Verordnung des Sozialministeriums Baden-Württemberg zur baulichen Gestaltung von Heimen und zur Verbesserung der Wohnqualität in den Heimen Baden-Württembergs (Landesheimbauverordnung – LHeimBauVO) vom 18.04.2011 (GBl. S. 197) ist mit höherrangigem Recht vereinbar.

b) Insbesondere verstoßen die verpflichtende Vorgabe, ausnahmslos Einzelzimmer für die Bewohner von Heimen mit der Möglichkeit zum Zusammenschluss zu Wohneinheiten bereitzustellen (§ 3 Abs. 1 LHeimBauVO), sowie die Regelung zur Wohngruppengröße in § 4 Abs. 1 LHeimBauVO angesichts der Übergangsregelungen in § 5 LHeimBauVO und des Befreiungstatbestandes in § 6 Abs. 1 LHeimBauVO nicht gegen die grundrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG.

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 27.09.2011 - 6 S 707/10

Die neue Landesheimbauverordnung Baden-Württembergs sieht unter anderem vor, dass allen Heimbewohnern ein Einzelzimmer zur Verfügung stehen muss (was im Bundesgebiet einmalig ist). Der Verwaltungsgerichtshof Mannheim hat mit Urteil vom 27.09.2011 die neue Verordnung vom 18.04.2011 bestätigt.

Die Antragstellerin betreibt ein 2006 baurechtlich genehmigtes und am 01.01.2008 eröffnetes Altenpflegeheim im Main-Tauber-Kreis mit 24 Einzelzimmern und 6 Doppelzimmern. Sie konnte die Landesheimbauverordnung nicht in vollem Umfang überprüfen lassen, da sie selbst zahlreiche Anforderungen dieser Verordnung bereits erfülle und daher nicht

nachteilig von den entsprechenden Vorschriften betroffen sei, entschied der Verwaltungsgerichtshof. Dies gelte insbesondere für die Vorschriften über die Lage des Heims und die vorgeschriebene Größe der Zimmer. Dessen ungeachtet äußerte sich der Verwaltungsgerichtshof zu den vorgebrachten Einwänden und hielt dabei den Normenkontrollantrag insgesamt für unbegründet.

Die von der Antragstellerin vor allem kritisierte Regelung, dass allen Heimbewohnern ein Einzelzimmer zur Verfügung stehen müsse und ein möglichst hoher Anteil der Einzelzimmer so gestaltet werden solle, dass jeweils zwei nebeneinander liegende Zimmer zu einer Nutzungseinheit zusammen geschlossen und von zwei Personen gemeinsam genutzt werden könnten, verletze auch nicht die Berufsfreiheit der Heimbetreiber, erklärt der Verwaltungsgerichtshof. Bereits jetzt übertrage der Anteil der Einzelzimmer den der Doppelzimmer. Die Regelung sei daher nicht derart einschneidend, dass sie etwa nur vom Parlament und nicht im Wege der Verordnung erlassen werden könnte. Auch werde nicht die Freiheit der Berufswahl beschränkt, sondern nur die Berufsausübung geregelt.

Wegen der langen Übergangsfrist von 10 Jahren, die unter Umständen auf bis zu 25 Jahre verlängert werden könne, und wegen der unter bestimmten Voraussetzungen bestehenden Möglichkeit, eine Befreiung zu erhalten, sei nicht zu befürchten, dass bereits bestehende Heime wegen der Einzelzimmerregelung nicht mehr rentabel betrieben werden könnten. Der Verwaltungsgerichtshof weiter: Mit der Vorschrift verfolge der Gesetzgeber das legitime Gemeinwohlziel, den Bewohnern von Heimen eine angemessene Qualität des Wohnens und eine geschützte Privat- und Intimsphäre zu ermöglichen.

Sodann attestiert das oberste Verwaltungsgericht Baden-Württembergs, dass selbstregulierende Kräfte des Marktes nicht zur Erreichung des Ziels geführt hätten. Die Schaffung des notwendigen Anteils an Einzelzimmern hätte auch nicht der Selbstregulierung des Marktes überlassen werden können. Die oft kurzfristig zu treffende Entscheidung für ein (Pflege-) Heim werde von zahlreichen Faktoren, wie etwa Lage, Verfügbarkeit und Kosten, beeinflusst. Zudem würden Pflegebedürftige, deren

Heimkosten ganz oder teilweise von Sozialhilfetragern übernommen würden, von diesen bei einer Wahl zwischen der Unterbringung in einem Einzel- oder in einem Doppelzimmer oftmals auf die kostengünstigere Alternative des Doppelzimmers verwiesen. Die Wahl des Heimes und vor allem der Art und Weise der Unterbringung könnten daher tatsächlich nicht immer frei von jedweden äußeren Umständen erfolgen. Das Einzelzimmererfordernis sei für die Heimbetreiber wegen der Übergangsfristen, der Ausnahmetatbestände und der Befreiungsmöglichkeit schließlich auch nicht unzumutbar.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

V. Mietrecht

Durchsetzung der Betriebspflichtvereinbarung durch einstweilige Verfügung

KG, Urteil vom 12.09.2011 - 8 U 141/11

Die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses haben formularvertraglich eine Betriebspflicht dergestalt vereinbart, dass der Mieter verpflichtet ist, seinen Geschäftsbetrieb werktäglich zu bestimmten Öffnungszeiten zu betreiben. Gegenstand des Konzepts des Vermieters war es, ein Zentrum mit Geschäft rund um Oldtimer- und Liebhaberfahrzeuge zu betreiben. Dabei befand sich das Ladenlokal des Mieters in zentraler Stelle gegenüber dem Eingang – der bereits von zwei Leerständen betroffen war. Das Mietverhältnis endete am 30.09.2011, der Mieter stellte bereits im Mai 2011 seinen Geschäftsbetrieb ein und räumte das Ladenlokal.

Der Vermieter beantragte im Wege einer einstweiligen Verfügung vom Mieter die sofortige Erfüllung der Betriebspflicht.

Das Kammergericht hat in seinem Urteil vorangestellt, dass es für eine sogenannte Leistungsverfügung erforderlich ist, dass der Gläubiger auf die sofortige Erfüllung dringend angewiesen ist. Leistungsverfügungen sind danach insbesondere in Fällen zulässig, in denen die geschuldete Leistung so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Urteils

in einem ordentlichen Gerichtsverfahren nicht möglich wäre. Hiervon ging das Kammergericht im vorliegenden Fall aus und begründet dies im Wesentlichen mit folgenden beiden Argumenten:

Zum einen sei ein ordentliches Klageverfahren schon im Hinblick auf die relativ kurze Zeitspanne zwischen dem Verstoß gegen die Betriebspflicht (Schließung im Mai 2011) und der Beendigung des Mietvertrages (30.09.2011) mit dem Ziel der Klärung des Bestehens der Betriebspflicht nicht durchführbar.

Zum anderen sei davon auszugehen, dass der Vermieter darauf angewiesen ist, gegenüber dem Mieter die sofortige Erfüllung der Betriebspflicht durchzusetzen.

Dabei ging der Senat des Kammergerichts davon aus, dass die Betriebspflichtverletzung des Mieters die Attraktivität des Ausstellungs- und Verkaufszentrums für Besucher, Eventveranstalter und Mieter sowie Mietinteressenten mindere. Insbesondere könne zunehmender Leerstand bei anderen Mietern zu Umsatzeinbußen führen und einen Anreiz dazu ausüben, den Geschäftsbetrieb ebenfalls einzustellen. Müsste in einem derartigen Fall der Vermieter sich auf den ordentlichen Rechtsweg verweisen lassen und müsste er bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens die vorbezeichneten Beeinträchtigungen und Gefahren für das Mietobjekt hinnehmen, so würde dies den Sinn der Vereinbarung einer Betriebspflicht unterlaufen.

Vorsorglich hat das Gericht auch darauf hingewiesen, dass es dem Vermieter in derartigen Fällen nicht zuzumuten ist, sich auf Schadensersatzansprüche verweisen zu lassen, deren Nachweis – insbesondere was die Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden angeht – regelmäßig große Probleme mit sich bringt.

Praxishinweis:

Die vorstehende Rechtssprechung ist nicht nur für Vermieter, sondern auch Mieter, insbesondere solche, die Ankermieter in größeren Einkaufszentren sind, von Bedeutung. Sind die dargestellten Beeinträchtigungen für den Vermieter sowie andere Mieter zu befürchten – was regelmäßig der Fall sein dürfte –, so ist der Mieter verpflichtet; während der Laufzeit

des Vertrags seine Betriebspflicht jedenfalls in dem Umfang, der vertraglich vereinbart worden ist, aufrecht zu erhalten.

In Einzelfällen ist es dabei für den Mieter möglich, seinen Geschäftsbetrieb von Warenangebot und Personalaufwand her zu reduzieren. Dem Mieter muss dabei allerdings gegenwärtig sein, dass er den Rahmen der Betriebspflicht, der im Mietvertrag vorgegeben ist, einhalten muss sowie, wenn er ganz oder auch nur teilweise seiner Betriebspflicht nicht mehr nachkommt, vom Vermieter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes entsprechend der im Mietvertrag getroffenen Betriebspflichtvereinbarung in Anspruch genommen werden kann.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VI. Immobilienrecht

Vertraglich dargestellte Mieterträge müssen rechtmäßig erzielbar sein

OLG Frankfurt, Urteil vom 13.04.2011 - 19 U 45/08

Der Käufer hat vom Verkäufer zwei Mietshäuser für mehrere Millionen Euro erworben. Dabei hatte der Verkäufer im Rahmen der Verkaufsverhandlungen die von ihm für die einzelnen Wohnungen vereinbarten Mieten als „ortsüblich“ mitgeteilt.

Nach Vollzug des Kaufvertrages stellte sich jedoch heraus, dass die genannten Mieten vom Käufer nicht nachhaltig erzielbar waren, da die vereinbarten Wohnungsmieten in zahlreichen Fällen 70 % und mehr über den ortsüblichen Vergleichsmieten lagen. Auf diesem Hintergrund hatte der Käufer auch bereits mit einigen Mietern Vereinbarungen über die Herabsetzung des Mietzinses abgeschlossen.

Das OLG Frankfurt hat vorliegend darauf abgestellt, dass der Verkäufer neben der Bestätigung der erzielten Mieten auch eine Zusicherung im Hinblick auf die Ortsüblichkeit der Miethöhen abgegeben hatte, des weiteren, dass es dem Käufer erkennbar auf die nachhaltige Erzielbarkeit der Mieten ankommt, da er das Objekt als Kapitalanlage erworben hatte.

Tatsächlich waren die Mieten aber nicht erzielbar, sondern nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts in zahlreichen Fällen wucherisch.

Das Gericht hat hier auf dieser Grundlage dahin entschieden, dass die zum Gegenstand der kaufvertraglichen Vereinbarungen gemachten Angaben des Verkäufers über tatsächlich erzielte Mieterträge nach dem alten Schuldrecht grundsätzlich als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen sind, auf die der Mieter vertrauen darf.

Nicht anders beurteilt sich dies nach dem neuen Schuldrecht, wonach vertragliche Vereinbarungen zu den erzielten Mieten eine sogenannte Beschaffenheitsvereinbarung darstellen, die ebenfalls dazu führt, dass der Käufer, wenn die entsprechenden Angaben sich nicht als nachhaltig erzielbar erweisen, Schadensersatz sowie auch die Rückabwicklung des gesamten Kaufvertrages verlangen kann.

Praxishinweis:

Eine unangemessen hohe Wohnraummiete kann gemäß § 5 Wirtschaftsstrafgesetz (WiStG) bereits dann vorliegen, wenn sie die ortsübliche Vergleichsmiete um 20 % übersteigt. Sie ist in der Regel wucherisch, wenn eine Überhöhung von mehr als 50 % vorliegt. Rechtsfolge ist in beiden Fällen, dass eine Mietanpassung auf die ortsübliche Miete vorzunehmen ist. Hinzu kommt, dass ein Mietwucher auch strafrechtlich belangt werden kann. Im Ergebnis müssen damit in jedem Fall die beim Verkauf von Mietshäusern als Anlageobjekt üblichen Mietaufstellungen korrekt abgefasst sein und Angaben zur Ortsüblichkeit nur dann gemacht werden, wenn Sicherheit besteht, dass die Mieten des Objekts auch den Rahmen der Ortsüblichkeit einhalten.

Rechtsanwalt Dieter Hermann

VII. Arbeitsrecht

1. Zur Rückzahlung von Ausbildungs- oder Fortbildungskosten

a) Eine AGB-Klausel in einem Arbeitsvertrag, wonach der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Kosten der Aus- oder Fortbildung

zu erstatten hat, wenn er vor dem Abschluss der Ausbildung auf eigenen Wunsch oder aus seinem Verschulden aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, benachteiligt den Arbeitnehmer nicht unangemessen im Sinn von § 307 Abs. 1 BGB.

b) Dies gilt auch dann, wenn die Aus- oder Weiterbildung nicht in einem „Block“, sondern in mehreren, zeitlich voneinander getrennten Abschnitten erfolgt, sofern nach der Vereinbarung die zeitliche Lage der Abschnitte den Vorgaben der Ausbildungseinrichtung entspricht und die vertragliche Vereinbarung dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit einräumt, allein nach seinen Interessen die Teilnahme festzulegen.

BAG, Urteil vom 19.01.2011 - 3 AZR 621/08

Der Beklagte arbeitete bei der Klägerin als Bankkaufmann und wollte im Rahmen einer Weiterbildung den Studiengang „Sparkassenbetriebswirt“ absolvieren.

Bei der Klägerin existiert eine „Lehrgangsvereinbarung“, wonach Beschäftigte, die diesen Studiengang absolvieren, die Kosten mit Ausnahme der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung in voller Höhe zu erstatten haben, wenn sie auf eigenen Wunsch oder aus ihrem Verschulden

- die Anmeldung zurückziehen oder aus dem Studiengang ausscheiden oder ausgeschlossen werden;
- die Prüfung nicht ablegen;
- aus dem Arbeitsverhältnis vor Ablauf des Kalendermonats, in dem das Prüfungsergebnis ausgestellt wird, ausscheiden.

Der Beklagte absolvierte nur den ersten und zweiten Kurs des Studienganges. Die Klägerin zahlte hierfür jeweils € 2.845,00.

Vor Abschluss des dritten und letzten Kurses kündigte der Beklagte sein Arbeitsverhältnis und schied aus den Diensten der Klägerin aus.

Die Klägerin forderte daraufhin vom Beklagten die gezahlten Lehrgangsgebühren einschließlich des während der Freistellung fortgezahlten Entgelts und machte insoweit eine Rückzahlung in Höhe von € 9.244,64 geltend.

Das Arbeitsgericht hatte der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht München hatte den Beklagten zur Rückzahlung der Lehrgangsgebühren in Höhe von insgesamt € 5.690,00 sowie zur Rückzahlung von Entgelt während der Freistellung für den Lehrgang in Höhe von € 2.232,25, insgesamt somit € 7.922,25 verurteilt.

Die vom Beklagten daraufhin beim Bundesarbeitsgericht eingereichte Revision blieb ohne Erfolg.

Das Bundesarbeitsgericht stellte zunächst klar, dass vorformulierte Rückzahlungsvereinbarungen grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegen. Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Die Lehrgangsvereinbarung der Klägerin sah insoweit nach Überzeugung des Bundesarbeitsgerichts keine unangemessene Beeinträchtigung des Arbeitnehmers vor. Die von der Klägerin gestellte Klausel belastete den Beklagten nicht ohne Ausnahme für jeden Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einer Rückzahlungspflicht für entstandene Ausbildungskosten. Vielmehr unterscheidet die Bestimmung danach, ob der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Sphäre des Arbeitgebers oder der des Arbeitnehmers zuzuordnen ist. Die Klausel sehe eine Rückzahlungspflicht gerade nicht für Fälle vor, in denen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (mit-)veranlasst wurde (z. B. durch betriebsbedingte Kündigung).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind einzelvertragliche Vereinbarungen zulässig, nach denen sich ein Arbeitnehmer an den Kosten einer vom Arbeitgeber finanzierten Ausbildung zu beteiligen hat, wenn er vor Ablauf bestimmter Fristen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Hierbei sei allerdings eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Eine Rückzahlungsklausel ist danach nur zulässig, wenn die Aus- und Fortbildungsmaßnahme für den Arbeitnehmer von geldwertem Vorteil ist, sei es, dass bei seinem bisherigen

Arbeitgeber die Voraussetzungen einer höheren Vergütung erfüllt sind oder dass sich die erworbenen Kenntnisse auch anderweitig nutzbar machen lassen. Zudem müssen die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Das Bundesarbeitsgericht stellte hierbei folgende Grundsätze auf, die zu beachten sind:

- Bei einer Fortbildungsdauer von bis zu einem Monat ohne Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung ist eine Bindungsdauer bis zu 6 Monaten zulässig.
- Bei einer Fortbildungsdauer von bis zu zwei Monaten ist eine Bindungsdauer bis zu einem Jahr zulässig.
- Bei einer Fortbildungsdauer von 3 - 4 Monaten ist eine Bindungsdauer von zwei Jahren zulässig.
- Bei einer Fortbildungsdauer von 6 Monaten bis zu einem Jahr ist eine Bindungsdauer bis zu 3 Jahren zulässig.
- Bei einer mehr als zweijährigen Fortbildungsdauer ist eine Bindung von bis zu 5 Jahren zulässig.

Einzelfallbezogene Abweichungen sind jedoch denkbar.

Zu beachten ist, dass diese Grundsätze immer voraussetzen, dass der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin ohne Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung für die Zeitdauer der Aus- und Weiterbildung freigestellt werden.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Zugriff des Arbeitgebers auf das dienstliche E-Mail-Postfach des Arbeitnehmers

a) Auch wenn ein Arbeitgeber seinen Beschäftigten gestattet, einen dienstlichen E-Mail-Account privat zu nutzen, wird er nicht allein dadurch zum Dienstanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes.

b) Wenn die Arbeitnehmer bei Nutzung des Computers die eingehenden E-Mails im

Posteingang bzw. Versand der E-Mails im Postausgang belassen, so unterliegt der Zugriff des Arbeitgebers auf diese Daten nicht den Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses.

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.02.2011 - 4 Sa 2132/10

Die Klägerin ist bei der Beklagten als Verkaufsberaterin beschäftigt. Im Unternehmen der Beklagten existiert eine „Internet- und E-Mail-Richtlinie“, die u. a. folgende Regelung enthält:

„Mit Zustimmung des Vorgesetzten darf E-Mail in geringem Umfang auch für private interne und externe Kommunikation genutzt werden. E-Mails privaten Inhalts können mit „privat“ in der Betreffzeile gekennzeichnet werden. Als privat gekennzeichnete E-Mails dürfen von Dritten grundsätzlich nicht geöffnet, weitergeleitet oder gespeichert werden. Als privat gekennzeichnete E-Mails dürfen nur dann kontrolliert werden, wenn neben der Information des Betriebsrates zusätzlich der betriebliche Datenschutzbeauftragte nach Prüfung der schriftlich zu dokumentierenden tatsächlichen Anhaltspunkte für den Verdacht einer missbräuchlichen Nutzung der Kontrolle zugestimmt hat. ...“

Die Klägerin nutzte ihren dienstlichen E-Mail-Account auch für private E-Mails. Privat versandte E-Mails kennzeichnete sie mit dem Zusatz „privat“ in der Betreffzeile.

Bei der Beklagten existiert eine weitere interne Vereinbarung, wonach jeder Mitarbeiter im Falle seiner Abwesenheit (z. B. Krankheit oder Urlaub) sicherzustellen hat, dass der Arbeitgeber weiterhin Zugriff auf den E-Mail-Account hat, damit die dienstlichen E-Mails weiter bearbeitet werden können.

Die Klägerin richtete im Hinblick auf eine geplante Abwesenheit zwar einen Abwesenheitsassistenten ein, sorgte jedoch für keine Stellvertretung. Im Anschluss an ihre Abwesenheit erkrankte die Klägerin für längere Zeit. Die Beklagte versuchte mehrfach – sowohl telefonisch als auch per E-Mail – die Klägerin zu erreichen, um den Zugriff auf ihren E-Mail-Account zu ermöglichen.

Nachdem die Klägerin hierauf nicht reagierte, öffnete die Beklagte unter Beteiligung des Betriebsrates und des Datenschutzbeauftragten den dienstlichen E-Mail-Account der Klägerin und druckte eingehende E-Mails aus.

Nachdem die Klägerin vom Betriebsrat hiervon erfuhr, erhob sie Klage gegen die Beklagte und machte einen Unterlassungsanspruch mit der Begründung geltend, dass jede Öffnung ihres elektronischen Postfaches die Möglichkeit eröffne, ihre privaten E-Mails zu lesen. Daher könne sie von der Beklagten verlangen, nicht ohne ihre vorherige Einwilligung an sie gerichtete E-Mails zur Kenntnis zu nehmen, zu öffnen, zu lesen, zu kopieren, zu speichern, auszudrucken und/oder weiterzuleiten.

Das Arbeitsgericht hatte die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin beim Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hiergegen blieb erfolglos.

Das Landesarbeitsgericht stellte zunächst fest, dass ein Arbeitgeber, der auch die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts gestattet, nicht zugleich Dienstanbieter im Sinn von § 3 Ziff. 6 Telekommunikationsgesetz (TKG) sei, da er weder geschäftsmäßige Telekommunikationsleistungen erbringe noch an diesen mitwirke. Dies hatte schon das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in einer Entscheidung vom 31.05.2010 (NZA-RR 2010, S. 406 ff.) so gesehen. Damit schied auch ein Anspruch nach § 88 TKG aus. § 88 TKG schützt das Fernmeldegeheimnis im Sinn von Art. 10 Abs. 1 GG. Der Grundrechtsschutz erstreckt sich jedoch nicht auf die außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet insoweit in dem Moment, in dem die E-Mail beim Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG vom 03.03.2006 und 27.02.2008).

Weiterhin stellt das Landesarbeitsgericht klar, dass der Zugriff des Arbeitgebers auch keine Strafbarkeit im Sinn von § 206 StGB (Verletzung des Fernmeldegeheimnisses) auslöse, da das Fernmeldegeheimnis nach Abschluss des Übertragungsvorganges nicht mehr ge-

schützt ist. Die Klägerin hatte insoweit vorgebracht, dass der Schutzbereich des Art. 10 GG auch für auf dem Rechner gespeicherte E-Mails erweitert werden müsse, weil sie aufgrund ihrer krankheitsbedingten Abwesenheit keine Möglichkeit des Zugriffs auf ihren Rechner hatte. Dem folgte das Landesarbeitsgericht jedoch nicht, weil die Klägerin den Zugriff auf ihren E-Mail-Account durch Passwort geschützt habe. Zur Überzeugung des Landesarbeitsgerichts habe die Klägerin auch die mehrfachen Versuche des Arbeitgebers, sie zu erreichen, ignoriert. Daher sei auch nicht der Schutzbereich ihres Persönlichkeitsrechtes zu erweitern.

Indem die Arbeitgeberin den E-Mail-Account öffnete, verletzte sie nach Überzeugung des Landesarbeitsgerichts auch nicht die Strafvorschrift des § 202a StGB (unbefugtes Verschaffen eines Zugangs zu Daten). Die entscheidende Kammer sah es als erwiesen an, dass die Öffnung des E-Mail-Accounts der Klägerin in Anwesenheit des Betriebsrates und des Datenschutzbeauftragten erfolgte. Zudem sei zur Überzeugung des Gerichtes nur auf dienstliche E-Mails zugegriffen worden.

Soweit die Klägerin darüber hinaus noch die Verletzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes im Sinn von § 1004 BGB in Verbindung mit Art. 1 und 2 GG geltend machte, nahm das Landesarbeitsgericht eine Güterabwägung im Hinblick auf die Schutzinteressen der Klägerin und die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers in Bezug auf die Aufrechterhaltung des ungestörten Arbeitsablaufes (Art. 14 GG) vor. Nach Abwägung beiderseitiger Interessen kam das Landesarbeitsgericht auch in diesem Punkt zu der Überzeugung, dass die Arbeitgeberin vorrangig zu schützende Interessen an der Einsichtnahme dienstlicher E-Mails habe.

Arbeitgebern ist grundsätzlich zu raten, die Nutzung eines dienstlichen E-Mail-Accounts unternehmensintern einheitlich zu regeln. Zu beachten ist, dass auch bei gestatteter privater Nutzung des E-Mail-Accounts der Arbeitgeber keinen Zugriff auf private E-Mails hat. Eine Öffnung von E-Mails in Abwesenheit sollte keinesfalls vorbehaltlos erfolgen, sondern erst dann, wenn zumindest versucht wurde, vorher den Arbeitnehmer zu erreichen. Zudem sollte die Öffnung grundsätzlich in Anwesenheit des

Betriebsrates und des Datenschutzbeauftragten erfolgen. Soweit im Unternehmen diese Funktionen nicht bestehen, sollten Dritte als Zeugen hinzugezogen werden.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VIII. Steuerrecht

Deutschland schließt Steuerabkommen mit der Schweiz

Am 21.09.2011 haben Unterhändler des Bundesfinanzministeriums und des eidgenössischen Finanzdepartements ein Steuerabkommen unterzeichnet. Mit diesem Abkommen soll die effektive Besteuerung von Vermögenswerten in der Schweiz für Personen mit Wohnsitz in Deutschland sichergestellt werden. Es sieht sowohl eine Nachversteuerung bislang unbesteuerten Vermögens sowie die Besteuerung für künftige Kapitalerträge vor.

1.
Für die Nachversteuerung bislang unbesteuerten Vermögenswerte können die Kunden der Schweizer Banken zwischen der Leistung einer Einmalzahlung oder einer freiwilligen Meldung wählen. Die Berechnung der Einmalzahlung erfolgt nach Anhang 1 zum Abkommen und soll in Abhängigkeit von der Dauer der Kundenbeziehung sowie des Anfangs- und Endbetrages des Kapitalbestandes zwischen 19 % und 34 % liegen. Sie erfolgt anonym. Durch die Zahlung werden faktisch alle Formen früherer Steuern reguliert, d. h. abgegolten.

Alternativ besteht die Möglichkeit, die Bank schriftlich zu ermächtigen, die für die Besteuerung notwendigen Informationen an die zuständige deutsche Behörde zu melden. In diesem Fall erfolgt keine pauschale Besteuerung, sondern es wird die konkrete Steuerschuld ermittelt und festgesetzt.

Der betreffende Bankkunde kann also mit seinem Steuerberater berechnen, ob für ihn die anonyme Pauschalzahlung oder die Nachversteuerung günstiger ist. Strafbefreiung tritt bei beiden Varianten ein, allerdings nur, wenn den zuständigen deutschen Behörden nicht

bereits vor Unterzeichnung des Abkommens ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Steuerstraftat vorgelegen haben.

Die Schweizer Banken informieren ihre Kunden nach Inkrafttreten des Abkommens über die Wahlmöglichkeit und fordern diese zur Entscheidung auf. Für Kunden, die keine Entscheidung treffen, nimmt die Bank automatisch die Einmalzahlung vor.

2.
Künftige Kapitalerträge und Gewinne sollen unmittelbar über eine Abgeltungssteuer erfasst werden. Der einheitliche Steuersatz wurde auf 26,375 % festgelegt und entspricht dem in Deutschland geltenden Abgeltungssteuersatz (25 % + Solidaritätszuschlag). Die Besteuerung erfolgt in Form einer Quellensteuer auf anonymer Grundlage. Auch hier besteht alternativ die Möglichkeit zur Erklärung der jeweiligen Erträge, so dass kein Abzug der Quellensteuer erfolgt.

3.
Um ein Mindestaufkommen bei der Nachbesteuerung zu sichern, haben die Schweizer Banken sich zu einer Garantieleistung in Höhe von 2 Milliarden SFr. verpflichtet. Das von den Banken hierzu vorgeschossene Geld wird anschließend mit eingehenden Steuerzahlungen verrechnet und den Banken zurückerstattet.

4.
Bestandteil des Abkommens ist darüber hinaus auch der Verzicht der deutschen Steuerbehörden auf den künftigen Ankauf von steuererheblichen Daten.

5.
Ob das Steuerabkommen tatsächlich in Kraft tritt, ist derzeit aber noch unklar. Die SPD hat bereits ihren Widerstand im Bundesrat angekündigt, in dem die Regierungsparteien derzeit keine eigene Mehrheit haben.

Rechtsanwalt Karsten Rickart

IX. Veröffentlichungen, Sonstiges

1. Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer

**Zeuge wird ad hoc zum Sachverständigen:
Wenn Ablehnung, dann sofort!
IBR 2011, 620**

In der IBR 2011, S. 620, bespricht unser Hamburger Kollege Dr. Hartwig Schäfer ein Urteil des OLG Hamburg. Das OLG Hamburg hatte über die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit zu befinden. Ein sachverständiger Zeuge, der zugleich Mitarbeiter einer für eine Partei zuständigen gesetzlichen Unfallversicherung war, wurde im Termin ad hoc zum Sachverständigen ernannt und zu einer mündlichen Gutachtenerstattung aufgefordert.

Das OLG Hamburg entschied, dass der Umstand, dass der Sachverständige Mitarbeiter der zuständigen gesetzlichen Unfallversicherung ist, kein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen begründe. Außerdem hätte der Befangenheitsantrag sofort vor der mündlichen Gutachtenerstattung gestellt werden müssen.

Diese Entscheidung des OLG Hamburg kritisiert Dr. Hartwig Schäfer. Zum einen hätte die andere Prozesspartei innerhalb von Sekunden entscheiden müssen, ob ein Ablehnungsantrag gestellt werde. Zum anderen sei zweifelhaft, ob der Umstand, dass die gesetzliche Unfallversicherung zur objektiven Ermittlung des Sachverhalts und zur Entscheidung nach Recht und Gesetz verpflichtet sei, ihr rechtliches und wirt-

schaftliches Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits ausschließe.

2. Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

**Störfallbetrieb in der Nähe: Kein Anspruch
auf Erteilung einer Baugenehmigung!
IBR 2011, 666**

Unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper hat in der IBR 2011, S. 666, eine Besprechung zu einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs veröffentlicht. In dem Urteil ging es darum, ob in Baugenehmigungsverfahren nach § 34 BauGB („unbeplanter Innenbereich“) die Seveso-Richtlinie zu beachten ist, welche für Wohnungen und öffentlich frequentierte Gebäude einen „angemessenen“ Abstand zu störanfälligen Betrieben vorschreibt.

Der Europäische Gerichtshof befand die Seveso-Richtlinie für anwendbar, so dass, obwohl die sonstigen bauplanungsrechtlichen Vorgaben eingehalten waren, kein zwingender Anspruch auf eine Baugenehmigung bestand. Vielmehr hatte die zuständige Behörde eine eigene Risikobewertung vorzunehmen.

Dr. Marian Klepper weist darauf hin, dass die Entscheidung tief in die Struktur des deutschen Baugenehmigungsrechts eingreife. Durch sie werde nahezu jedes Bauvorhaben in Gebieten ohne Bebauungsplan einer ergebnisoffenen Prüfung im Hinblick auf den Abstand zu Störfallbetrieben unterworfen. Der behördliche Aufwand werde dadurch erhöht, Genehmigungsverfahren verzögert und die Rechtssicherheit für Bauherren reduziert.

Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Entscheidungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetzestexte, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg -
im Dezember 2011**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Michael Giebel, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: Druckerei Odenwälder, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen