

## Mandanten-Rundbrief

- September 2011 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Bedeutung von Detail-Vorgaben in „Global-Pauschalverträgen“	2
2.	Unwirksamkeit einer Sicherungsabrede in AGB des Auftraggebers bei zeitweiliger Kumulierung von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit auf 10 %	3
3.	Parkettstäbe-Rechtsprechung des BGH europarechtswidrig	4
4.	Keine verschuldensunabhängige Haftung des Bauunternehmers für Risse am Nachbargebäude	5
5.	Zur Berücksichtigung von Sowieso-Kosten	6
6.	Nur wer richtig schreibt, der bleibt!	6
II.	Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht	7
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
IV.	Mietrecht	9
1.	Flächenabweichungen und ihre Folgen für die mietrechtliche Praxis	9
2.	Klage auf zukünftige Leistung bei Mietrückständen	11
V.	Leitsätze zum Mietrecht	12
VI.	Arbeitsrecht	13
	Anspruch auf Einsicht in die Personalakte auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	13
VII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	14
1.	Übergang eines Betriebsteils	14
2.	Widerruf der Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz	15
VIII.	Steuerrecht	15
	Kosten eines Zivilprozesses sind als besondere Belastungen einkommensteuerlich absetzungsfähig	15

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. Bedeutung von Detail-Vorgaben in „Global-Pauschalverträgen“

a) **Inwieweit eine detaillierte Angabe im Leistungsverzeichnis einer funktionalen Ausschreibung (hier: Abbruch einer Klinik) dazu führt, dass sie die Pauschalierung der Vergütung begrenzt, ergibt die Auslegung des Vertrages. Die Auslegung kann auch ergeben, dass die detaillierte Angabe lediglich die Geschäftsgrundlage des Vertrages beschreibt.**

b) **Beschreibt der Auftraggeber in einem Pauschalvertrag Mengen oder die Mengen beeinflussende Faktoren (hier: Estrichstärke in einer Zulageposition), können diese zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben worden sein. Das kann insbesondere dann angenommen werden, wenn der Auftragnehmer davon ausgehen durfte, der Auftraggeber habe eine gewisse Gewähr für eine verlässliche Kalkulationsgrundlage geben wollen.**

c) **In diesem Fall kommt ein Ausgleichsanspruch nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B in Betracht, wenn sich eine deutliche Mengensteigerung ergibt. Wirken sich die von den irreführenden Angaben des Auftraggebers im Vertrag abweichenden Mengen derart auf die Vergütung aus, dass das finanzielle Gesamtergebnis des Vertrages nicht nur den zu erwartenden Gewinn des Auftragnehmers aufzehrt, sondern auch zu Verlusten führt, ist das Festhalten an der Preisvereinbarung häufig nicht mehr zumutbar. Auf eine starre Risikogrenze von 20 % der Gesamtvergütung kann nicht abgestellt werden.**

BGH, Urteil vom 30.06.2011 - VII ZR 13/10

Die Klägerin verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn für den Abbruch einer Klinik. Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 08.12.2005 mit den Abbrucharbeiten. Die Par-

teien vereinbarten eine Vergütung von € 618.655,49. Diese Vergütung setzt sich zusammen aus Pauschalen für den Abriss der drei Bauteile und für Zulagepositionen. In einer der für alle drei Bauteile ausgeschriebenen Zulagepositionen für „Abbruch, Estrich mit Trittschalldämmung“ war die Estrichstärke mit 3 cm (geschätzt) angegeben. Die Klägerin stellte während der Arbeiten Estrichmehrstärken von über 4 cm fest. Wegen des Mehraufwandes und anderer Erschwernisse, die im Revisionsverfahren nicht mehr von Bedeutung sind, beanspruchte sie von der Beklagten einen Nachtrag von € 590.321,76. Die Beklagte akzeptierte den Nachtrag nicht. Es kam darüber zum Zerwürfnis zwischen den Parteien. Schließlich kündigte die Beklagte den Vertrag, nachdem die Klägerin die Arbeiten eingestellt hatte.

Die Klägerin hat mit der Klage den ihr vermeintlich zustehenden restlichen Werklohn geltend gemacht und dabei für die Estrichmehrstärken einen Betrag von € 124.695,00 berechnet. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Der BGH stellt klar:

Der Abschluss eines Vertrages über eine komplett funktional beschriebene Bauleistung zu einem Pauschalpreis schließt es nicht aus, dass die Parteien zu einzelnen Leistungen besondere Vereinbarungen treffen (sogenannte Detaillierung). So können sie etwa vereinbaren, dass einzelne Leistungen überhaupt nicht vom Auftragnehmer erbracht werden (BGH, Urteil vom 22.03.1984 - VII ZR 50/82, BGHZ 90, 344, 346), oder sie können eine Leistungsbeschreibung zum Gegenstand ihrer Vereinbarung machen, aus der sich ergibt, dass die Pauschalpreisvereinbarung bestimmte, für die Funktionalität erforderliche Leistungen nicht oder nicht vollständig erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 13.03.2008 - VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23, 29 ff.). Liegen solche Vereinbarungen vor, so können von der Leistungsbeschreibung abweichende Leistungen des Auftragnehmers

gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 4 VOB/B unter den Voraussetzungen des § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B einen Vergütungsanspruch für geänderte oder zusätzliche Leistungen oder unter den Voraussetzungen des § 2 Nr. 8 Abs. 2 und 3 VOB/B einen sonstigen Zahlungsanspruch auslösen (BGH, Urteil vom 15.12.1994 - VII ZR 140/93, BauR 1995, 237, 238 = ZfBR 1995, 129).

Inwieweit eine detaillierte Angabe im Leistungsverzeichnis dazu führt, dass sie die Pauschalierung der Vergütung begrenzt, ergibt die Auslegung des Vertrages. Die Erwähnung von detaillierten Bauumständen in einer Leistungsbeschreibung bedeutet nicht zwangsläufig, dass die Vergütungsvereinbarung insoweit tangiert ist. Vielmehr ist es auch möglich, dass die Erwähnung von detaillierten Bauumständen lediglich zum Ausdruck bringen soll, wovon der Auftraggeber ausgeht, ohne dass er dies zum Vertragsinhalt erheben will. Die notwendige Abgrenzung muss der Tatrichter unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts, der sonstigen Umstände und des mit dem Vertrag verfolgten Zwecks treffen. Es geht insoweit im Wesentlichen nicht um die Begrenzung der nach dem Vertrag geschuldeten Leistung, sondern der dafür vereinbarten Vergütung. Die vom Tatrichter vorzunehmende Auslegung muss auch im Blick haben, dass die Erwähnung von Bauumständen dazu führen kann, diese als Geschäftsgrundlage des Vertrages anzusehen, wenn sie nicht Gegenstand der Entgeltvereinbarung geworden sind.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **2. Unwirksamkeit einer Sicherungsabrede in AGB des Auftraggebers bei zeitweiliger Kumulierung von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit auf 10 %**

**Ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags enthaltenes Klauselwerk, wonach Gewährleistungsansprüche und Überzahlungsansprüche**

**che bis zur vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung des Auftraggebers in Höhe von 10 % der Auftrags- bzw. Abrechnungssumme gesichert sind, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen.**

BGH, Urteil vom 05.05.2011 - VII ZR 179/10

Im zu entscheidenden Fall war in einem VOB/B-Vertrag in den Zusätzlichen Vertragsbedingungen des Auftraggebers geregelt, dass der Auftragnehmer eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % der Auftragssumme zu stellen hatte, die (erst) nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung zurückzugeben war. Zusätzlich sollte der Auftraggeber berechtigt sein, einen Gewährleistungseinbehalt in Höhe von 5 % der Abrechnungssumme (einschließlich etwaiger Nachträge) vorzunehmen, den der Auftragnehmer nur durch Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern ablösen können sollte. Beide Sicherheiten sollten unter anderem auch den Gewährleistungsfall absichern. Das Landgericht wies die auf eine kombinierte Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft gestützte Klage des Auftraggebers ab. Das Berufungsgericht hielt die Sicherungsabreden demgegenüber für AGB-rechtlich wirksam.

Der Bundesgerichtshof sah in der Sicherungsabrede eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers, weil dieser danach im Ergebnis für einen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen Gewährleistungsansprüchen eine Sicherheit von insgesamt 10 % der Auftrags- bzw. Abrechnungssumme zu stellen hatte. Denn auch die zu übergebende Vertragserfüllungsbürgschaft sollte neben Vertragserfüllungs- und Überzahlungsansprüchen auch Gewährleistungsansprüche absichern. Eine Reduzierung dieser Sicherheiten auf 5 % konnte der Auftragnehmer vor vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung nur durch Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern erreichen. Auf diese Weise wurde der Auftragnehmer gezwungen, dem Auftraggeber unangemessenen jederzeitigen direkten Zugriff auf seine Liquidität zu gewähren,

wenn er eine Reduzierung der Sicherheit erreichen wollte.

Gewährleistungsbürgschaften in Höhe von 5 % der Auftragssumme hat der Bundesgerichtshof bisher nicht beanstandet. Auch eine Vereinbarung, nach der eine kombinierte Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 6 % zu stellen war, hat er noch als wirksam angesehen. Mit der vorliegenden Entscheidung hat der Bundesgerichtshof nun klargestellt, dass eine - und sei es auch nur zeitweise in dieser Höhe zu stellende - Gewährleistungssicherheit von insgesamt 10 % den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt. Auch diese Entscheidung macht wieder einmal deutlich, dass auftraggeberseitige Vertragswerke kritisch daraufhin zu prüfen sind, ob möglicherweise neben der Sicherungsabrede noch weitere Klauseln faktisch ebenfalls zu einer überlappenden Absicherung desselben Risikos und damit zu einer Kumulation führen, die nach den Erwägungen des Bundesgerichtshofs die gesamte Sicherungsabrede zu Fall bringen kann.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

### **3. Parkettstäbe-Rechtsprechung des BGH europarechtswidrig**

EuGH, Urteil vom 16.06.2011 - Rs. C-65/09 und G-87/09

Der Bundesgerichtshof hatte im Jahr 2008 einen alltäglichen Fall zu entscheiden: Ein Käufer kaufte Parkettstäbe und baute diese in seiner Wohnung ein. Nachträglich stellte sich heraus, dass die Parkettstäbe mangelhaft waren, sodass die mangelhaften Parkettstäbe ausgebaut und mangelfreie Parkettstäbe eingebaut werden mussten. Für den Verkäufer war der Mangel nicht erkennbar, ihn traf kein Verschulden. Die Parteien stritten darüber, ob der Verkäufer dem Käufer nicht nur mangelfreie Parkettstäbe zu liefern hatte, sondern darüber hinaus auch die Kosten für den Aus- und Einbau der Parkettstäbe zu ersetzen hatte.

Der Bundesgerichtshof hatte hierzu entschieden, dass der Verkäufer im Zuge der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1 BGB) nur die Lieferung mangelfreier Parkettstäbe schulde. Zur Verlegung ersatzweise gelieferter Parkettstäbe oder zum Ersatz der Aus- und Neueinbaukosten sei der Verkäufer auch dann nicht verpflichtet, wenn der Käufer die mangelhaften Parkettstäbe bereits verlegt hatte (sogenannte Parkettstäbe-Rechtsprechung, Urteil vom 15.07.2008 - VIII ZR 211/07; vgl. auch die Urteilsbesprechung des Kollegen Karsten Wagner im Mandantenrundbrief September 2008, Seiten 5/6).

Der Bundesgerichtshof war der Auffassung, dass der Begriff der „Nacherfüllung“ in § 439 Abs. 1 BGB nur dahin auszulegen sei, dass er die Lieferung mangelfreier Ware umfasse. Der Verkäufer schulde hiernach aber nicht den erforderlichen Aus- und Wiedereinbau. Der Käufer könne die Kosten für den Aus- und Einbau auch nicht im Wege eines Schadenersatzanspruches ersetzt verlangen, da den Verkäufer kein Verschulden treffen würde. Hierbei war zu beachten, dass der Händler, von welchem der Verkäufer seine Ware bezog, nicht als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers anzusehen ist.

Der Europäische Gerichtshof hat nun entschieden, dass die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB nicht mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft, die durch § 439 BGB in das deutsche Recht umgesetzt wird, vereinbar sei, sofern der Käufer der Ware Verbraucher sei. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sei dahingehend auszulegen, dass der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau der Ware aus der Sache, in die sie eingebaut wurde, vorzunehmen und die Ersatzware einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für den Aus- und Einbau notwendig sind. Dieses Ergebnis stützt der Europäische Gerichtshof maßgeblich auf eine Interessenabwägung der Parteien. Selbst wenn die Vertragswidrigkeit der Ware nicht auf einem Verschulden des Verkäufers beruhe, habe dieser doch aufgrund der Lieferung einer vertragswid-

rigen Ware die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen sei, nicht ordnungsgemäß erfüllt und müsse daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen. Allerdings könne der Anspruch auf den Wert der Ware beschränkt werden, soweit hierbei die Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen berücksichtigt werde.

Zu der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs kam es u. a. dadurch, dass ein anderer Senat des Bundesgerichtshofs dem Europäischen Gerichtshof die Rechtsfrage zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte. Es ist daher davon auszugehen, dass zukünftig der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs jedenfalls bei Verbraucher-Verträgen anpassen wird. Da § 439 Abs. 1 BGB, welcher die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht umgesetzt hat, nicht zwischen Verbrauchern und Nicht-Verbrauchern unterscheidet, ist davon auszugehen, dass der Bundesgerichtshof auch bei Verträgen, bei welchen keine Verbraucher beteiligt sind, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs übernehmen wird.

Rechtsanwalt Dr. Michael Giebel  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

#### **4. Keine verschuldensunabhängige Haftung des Bauunternehmers für Risse am Nachbargebäude**

**a) Kommt es im Rahmen von Bauarbeiten an einem Nachbarhaus zu Rissbildungen, so ist der Bauunternehmer nur zum Ersatz des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet, wenn ihm bei den Bauarbeiten Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Hinblick auf zu beachtende Sorgfaltsanforderungen zur Last fallen.**

**b) Der Bauunternehmer haftet nicht unter dem Gesichtspunkt des verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs. Dieser richtet sich in der Regel gegen den Eigentümer des Grund-**

**stücks, von dem die Störungen ausgehen, regelmäßig also gegen den Bauherrn.**

BGH, Urteil vom 16.07.2010 - V ZR 217/09  
(Vorinstanz: OLG Koblenz, Urteil vom 18.11.2009 - 1 U 491/09; besprochen im Mandanten-Rundbrief März 2010)

Der beklagte Bauunternehmer führte Arbeiten für einen Neubau aus. Dabei setzte er u. a. eine Rüttelplatte zur Verdichtung des Bodens ein. Aufgrund der mit den Verdichtungsarbeiten einhergehenden Bodenerschütterungen kam es zu Rissbildungen am Nachbargebäude, einem denkmalgeschützten Fachwerkhaus. Den Feststellungen eines Sachverständigen zufolge lagen die durch die Rüttelplatte ausgelösten Bodenerschütterungen innerhalb der Grenzwerte. Demzufolge waren die Gebäuderisse für den Bauunternehmer nicht vorhersehbar. Die Nachbarin verlangte vom Bauunternehmer Schadensersatz in Höhe der Sanierungskosten. Das LG Mainz (I. Instanz) und das OLG Koblenz (II. Instanz) wiesen die Klage der Nachbarin mit der Begründung ab, dass ein Verschulden des Bauunternehmers mangels Sorgfaltspflichtverletzung nicht gegeben sei. Da die Anwendbarkeit des verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf den „störenden“ Bauunternehmer dogmatisch nicht fernlag, ließ das OLG Koblenz die Revision zum Bundesgerichtshof zu.

Ohne Erfolg! Der Bundesgerichtshof weist die Klage der Nachbarin endgültig ab. Der Bauunternehmer, der Arbeiten für einen anderen auf einem benachbarten Grundstück ausführt, wird dadurch nicht zum Benutzer des Nachbargrundstücks, der dem geschädigten Eigentümer nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB verschuldensunabhängig zum Ausgleich bei wesentlichen, für ihn unzumutbaren Beeinträchtigungen verpflichtet ist. Der für einen anderen tätig werdende Bauunternehmer steht außerhalb des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses. Er ist nicht Adressat der nachbarrechtlichen Vorschriften. Schuldner des Ausgleichsanspruchs nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist der-



jenige, der die Nutzungsart des beeinträchtigenden Grundstücks bestimmt. Eine solche Befugnis kommt dem Bauunternehmer nicht zu, wenn er für einen anderen nach dessen Weisungen auf dem Grundstück tätig wird. Der Eigentümer/Bauherr und nicht der Bauunternehmer bestimmt die Bebauung des Grundstücks, von der die Einwirkungen ausgehen.

Mit dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsauffassung bestätigt. Danach kann der Nachbar vom Bauunternehmer nur Schadensersatz verlangen, wenn dieser die Schäden auf dem Nachbargrundstück zu vertreten hat, z. B. weil er nicht nach den anerkannten Regeln der Technik gearbeitet hat. Ein verschuldensunabhängiger nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB steht dem geschädigten Nachbarn dagegen in der Regel nur gegen den Eigentümer des Grundstücks zu, von dem die Störungen ausgehen, regelmäßig also gegen den Bauherrn.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

## **5. Zur Berücksichtigung von Sowieso-Kosten**

**„Sowieso-Kosten“ bleiben dann unberücksichtigt, wenn der Auftraggeber bei von Beginn an ordnungsgemäßer Herstellung des Werks nicht mit diesen Mehrkosten belastet geblieben wäre, weil er sie bei Veräußerung des Werks (hier Hauseigentum) an den Erwerber hätte weitergeben können.**

OLG Hamm, Urteil vom 09.11.2010 - 19 U 38/10

Der Auftragnehmer hat für den Auftraggeber die Tragwerksplanung eines Gebäudes erstellt, das später an einen Dritten verkauft wurde. Die vom Auftragnehmer erstellte Statik ist mangelhaft, da es zu Rissen an dem Gebäude gekommen ist. In der Berufungsinstanz ist die mangelhafte Tragwerksplanung zwischen den Parteien unstrittig. Nach Ansicht des beklagten Auftragnehmers ist der vom Auftraggeber

geltend gemachte Schadensersatz in Höhe von ca. € 150.000,00 jedoch unter dem Gesichtspunkt von Sowieso-Kosten zu kürzen. Hätte der Statiker richtig gerechnet, hätte der Auftraggeber dem Rohbauunternehmer wegen höherer Materialkosten einen höheren Werklohn zahlen müssen, um die statischen Anforderungen nicht zu vernachlässigen.

Nach Ansicht des mit der Sache befassten Gerichts trifft dies zu, gleichwohl scheidet eine Berücksichtigung dieser Kosten als Sowieso-Kosten vorliegend aus. Dies gelte deshalb, weil dem Auftraggeber auch bei von Beginn an korrekter statischer Berechnung durch den Auftragnehmer keine Mehrkosten entstanden wären, mit denen dieser belastet geblieben wäre. Der Auftraggeber hätte die durch eine stärkere Dimensionierung der Decken verursachten Mehrkosten bei seiner Preisgestaltung berücksichtigen und die Mehrkosten über den Kaufpreis an die Erwerber weitergeben können.

Die Grundsätze der vorliegenden Entscheidung sind nicht nur auf Planer-, sondern auch auf Bauverträge anzuwenden. Sie ist deshalb für Generalunternehmer und Bauträger, die auf Grundlage der von ihnen an Nachunternehmer vergebenen Leistungen Bau- oder Erwerbsverträge zum Pauschalpreis abschließen, von besonderem Interesse. Wenn die zusätzlichen Kosten einer mangelhaften Leistung des Nachunternehmers durch nachträgliche Umstände nicht mehr auf den Erwerber oder den Bauherrn abgewälzt werden können, sind Sowieso-Kosten zu Gunsten des Auftragnehmers nicht zu berücksichtigen.

Rechtsanwältin Susanne Lösch

## **6. Nur wer richtig schreibt, der bleibt!**

**Der Auftragnehmer kann einer Mängelhaftung nur dann durch eine vorherige Bedenkenanzeige entgehen, wenn er dem Auftraggeber darin in der gebotenen Form und Klarheit die nachteiligen Folgen und sich daraus ergebenden Gefahren unzureichen-**

**der Vorgaben verdeutlicht, so dass dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung klar wird.**

OLG Brandenburg, Urteil vom 16.03.2011 - 13 U 126/09

Wie der hier entschiedene Fall zeigt, ist der Auftragnehmer trotz vorheriger Bedenkenanzeige den Mängelansprüchen des Auftraggebers ausgesetzt, wenn die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen für Bedenkenanzeigen nicht erfüllt sind. Dazu gehört zunächst, die Bedenken unverzüglich und schriftlich anzuzeigen. Nur mündliche Bedenkenanzeigen schaffen nicht nur ein erhebliches Beweisrisiko, sondern können auch zu einem Mitverschulden des Auftragnehmers führen (vgl. BGH, BauR 1975, 278). Die Bedenkenanzeige ist an den Auftraggeber zu richten. Eine Übersendung an seine Bauleitung reicht im Zweifel nicht aus.

Inhaltlich reicht es keinesfalls aus, dem Auftraggeber nur mitzuteilen, dass seine Vorgaben unzutreffend sind. Vielmehr muss der Auftragnehmer die nachteiligen Folgen und Gefahren bei Ausführung der unzutreffenden Vorgaben so beschreiben, dass dem Auftraggeber unmissverständlich klar und verständlich erläutert wird, welche Risiken bestehen, wenn er die angezeigten Bedenken nicht ernst nimmt. Lässt die Reaktion des Auftraggebers erkennen, dass die Bedenkenanzeige missverstanden wurde oder beruhen seine Anordnungen auf einer erkennbar fehlerhaften Bewertung, sollte der Auftragnehmer erneut Bedenken anzeigen, um keine Mängelhaftung zu riskieren (vgl. auch Kammergericht Berlin, Urteil vom 23.01.2002 - 26 U 70/01). Verlangt der Auftraggeber trotz verstandener Bedenken die ursprüngliche Ausführung, ist § 4 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B zu beachten. Daraus ergibt sich ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Ausführung gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen.

Rechtsanwalt und Baumediator Dr. Jan Scheube

## **II. Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht**

### **1. Ein Architekt schuldet grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung**

- a) Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg grundsätzlich eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Etwas anderes gilt dann, wenn der Auftraggeber das Risiko der Genehmigungsfähigkeit der Planung aufgrund vertraglicher Vereinbarung übernimmt.
- b) Es können bauordnungsrechtliche Bedenken von solchem Gewicht gegen die Zulässigkeit eines Bauvorhabens bestehen, dass der Bauherr ihretwegen nicht ohne weiteres auf die Rechtmäßigkeit der erteilten Baugenehmigung vertrauen darf (im Anschluss an BGH, Urteil vom 12.06.1975 - III ZR 34/73, NJW 1975, 1968, 1969).
- c) Sind dem Auftraggeber Umstände bekannt, aufgrund derer sich die Fehlerhaftigkeit der Genehmigungsplanung des Architekten aufdrängt, und macht er von der erteilten Baugenehmigung dennoch Gebrauch, verstößt er regelmäßig gegen die im eigenen Interesse bestehende Obliegenheit, sich selbst vor Schäden zu bewahren (§ 254 Abs. 1 BGB).

BGH, Urteil vom 10.02.2011 - VII ZR 8/10

### **2. Werkunternehmer hat Vorarbeiten zu prüfen!**

- a) Jeder Werkunternehmer, der seine Arbeiten in engem Zusammenhang mit den Vorarbeiten eines anderen oder aufgrund dessen Planung ausführt, hat zu untersuchen und gegebenenfalls auch Erkundigungen einzuziehen, ob diese Vorarbeiten eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und kei-

ne Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit in Frage stellen können.

- b) Ein Installateur, der den Auftrag hat, eine Hausleitung an eine Grundleitung mit Rückstausicherung anzuschließen, muss prüfen, ob die von ihm ausgewählte Grundleitung eine solche Sicherung hat.

BGH, Urteil vom 30.06.2011 - VII ZR 109/10

### **3. Aufklärungspflicht des Unternehmers bei drohenden Gefahren für sein Gewerke**

- 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

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### **III. Leitsätze zum Vergaberecht**

#### **1. Ermessensspielraum der Vergabestelle bei Beurteilung des Nachweises der Gleichwertigkeit**

- a) Die ordnungsgemäße Unterzeichnung eines Hauptangebots deckt regelmäßig auch mit eingereichte Nebenangebote, wenn die vom Auftraggeber festgelegten und von der einschlägigen Vergabe- und Vertragsordnung hierfür vorgesehenen Anforderungen eingehalten sind.

- b) Die Beurteilung des Nachweises der Gleichwertigkeit einer angebotenen Variante durch die Vergabestelle ist im Schadensersatzprozess nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar, ob sie sich in Anbetracht der auf eine transparente Vergabe im Wettbewerb gerichteten Zielsetzung des Gesetzes und der Vergabe- und Vertragsordnungen als vertretbar erweist.

BGH, Beschluss vom 23.03.2011 - X ZR 92/09

#### **2. Zum Beginn eines Vergabeverfahrens**

- a) Ein Vergabeverfahren beginnt dann, wenn die Vergabestelle nach außen erkennbar den ersten Schritt zur Durchführung desjenigen Verfahrens in die Wege leitet, welches zu einem konkreten Vertragsabschluss führen soll. Bei europaweiten Vergaben ist dies grundsätzlich die Absendung der Vergabebekanntmachung an das EU-Amtsblatt.
- b) Ist in der Bekanntmachung keine Äußerung dazu enthalten, ob Nebenangebote zugelassen sind oder nicht, sind diese nicht zugelassen.
- c) Verlangt der öffentliche Auftraggeber die Benennung eines Fabrikats, kann das Angebot eines Bieters, welcher einen Hersteller, aber keine Typenangabe benennt, nicht ohne Weiteres wegen fehlender Angaben ausgeschlossen werden.

OLG München, Beschluss vom 12.11.2010 - Verg 21/10

#### **3. Vorsicht vor Angebotsangaben im Begleitschreiben!**

- a) Ein Begleitschreiben des Bieters ist regelmäßig Bestandteil seines Angebots. Sofern das Schreiben angebotsrelevante Inhalte wie Angebotspreis oder Lieferfristen umfasst, muss die Vergabestelle diese Erklä-



rungen berücksichtigen. Es ist dann eine Frage der Auslegung des Angebotes, wie die im Begleitschreiben aufgeführten Inhalte sich in den Gesamtkontext des Angebots einfügen.

- b) Enthält ein Angebot widersprüchliche Preisangaben, so ist für den öffentlichen Auftraggeber der von dem Bieter tatsächlich gewollte Preis nicht erkennbar. Grundsätzlich dürfen jedoch nur Angebote gewertet werden, welche vollständige und widerspruchsfreie Preisangaben enthalten. Der Grund hierfür liegt darin, dass Manipulationen begegnet werden soll, denn der Bieter hätte es sonst bei unvollständigen oder widersprüchlichen Preisangaben in der Hand, die Auskömmlichkeit oder Wettbewerbsfähigkeit seines Angebotes je nach Lage des Ausschreibungsverfahrens herzustellen.

VK Sachsen, Beschluss vom 22.06.2011 - 1/SVK/024-11

#### **IV. Mietrecht**

##### **1. Flächenabweichungen und ihre Folgen für die mietrechtliche Praxis**

Sowohl im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Mieterhöhungen, Abrechnungen von Betriebs- und Heizkosten sowie auch Rückforderungsansprüchen wegen überzahlten Mietzinses spielt die Frage eine Rolle, ob die dabei zugrunde gelegten Flächen korrekt errechnet wurden.

###### **a) Flächenabweichung und Gewährleistungsrechte**

Ist im **Wohnraum-Mietvertrag** eine Mietfläche für das Mietobjekt angegeben, so liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Mangel der Mietsache gem. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB in der Regel dann vor, wenn die tatsächlich vorhandene Fläche, von der im Vertrag angegebenen um mehr als 10 % abweicht. Unerheblich ist dabei nach der Recht-

sprechung, ob die Wohnfläche mit dem Zusatz „ca.“ angegeben ist.

Ausgenommen vom vorstehenden Grundsatz bleibt lediglich, wenn im Mietvertrag ein Quadratmetermietzins vereinbart ist. Hier können auch bei kleineren Differenzen Ansprüche begründet werden.

Auch bei der **Gewerberaummiete** kann das erhebliche Abweichen der vertraglich vereinbarten von der tatsächlichen Mietfläche einen Mangel begründen. Die noch zulässige Toleranz wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls bei 10 % angesetzt. Bei Gewerberaummietverträgen ist danach stets zu prüfen, ob eine bestimmte Mindestgröße für die Parteien von Bedeutung war und ob sich diese im Vertrag niedergeschlagen hat. Häufig ist in gewerblichen Mietverträgen ein bestimmter Quadratmetermietpreis vereinbart. Gerade in diesen Fällen stellt sich deswegen auch die Frage nach einer Abweichung der vertraglich vereinbarten von der tatsächlichen Größe der Mietfläche. Es sollte deshalb auch im Gewerberaummietvertrag festgelegt werden, wie die Mietfläche zu berechnen ist (z. B. gif, DIN 277, II. BV etc.). Auch kann hierfür vertraglich geregelt werden, welche prozentuale Abweichung erheblich ist, sodass der Mietzins entsprechend anzupassen ist.

Wird die Toleranzgrenze von 10 % überschritten, so errechnet sich die **Mietminderung** prozentual nach der Minderfläche - also ohne Berücksichtigung einer Toleranzgrenze. Bemessungsgrundlage ist dabei die Bruttomiete.

Des Weiteren steht dem Mieter bei einer über der Wesentlichkeitsgrenze liegenden Flächenabweichung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Recht zu, das Mietverhältnis **fristlos** wegen Nichtgewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs zu **kündigen**.

###### **b) Flächenabweichungen und Betriebskostenabrechnungen**

Auch in diesem Bereich wurde die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im vorstehenden Sinne konsequent fortgeführt. Im Ergebnis ist danach auch bei Betriebskostenabrechnun-

gen grundsätzlich die vertraglich vereinbarte Mietfläche anzusetzen, es sei denn, diese weicht um mehr als 10 % von der tatsächlichen Fläche ab.

### **c) Flächenabweichung und Mieterhöhungsverlangen**

Vom Bundesgerichtshof ist die 10 %-Grenze auch auf das Recht zur Mieterhöhung konsequent übertragen worden:

Weicht die Wohnfläche um mehr als +/- 10 % von der tatsächlichen Wohnfläche ab, so wird auch im Rahmen der Mieterhöhung auf die tatsächliche Wohnfläche abgestellt.

### **d) Wohnflächenangaben im Mietvertrag**

Ist die Wohnfläche zwischen den Parteien streitig, stellt sich die Frage, wie die Wohnfläche korrekt zu berechnen ist.

Eine gesetzliche Definition und Vorschrift zur Berechnung der Wohnfläche besteht in Form der Wohnflächenverordnung (WoFIV). Diese gilt derzeit allerdings nur für Wohnraum, dessen Wohnfläche nach dem Wohnraumförderungsgesetz zu ermitteln ist.

Für den **frei finanzierten Wohnraum** existieren keine entsprechenden Vorschriften.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist deshalb im Hinblick auf den Begriff Wohnfläche zunächst eine Auslegung vorzunehmen, die jeweils anhand der im Einzelfall im Mietvertrag oder hierzu getroffenen Nebenabsprachen vorzunehmen ist. Einfach gestaltet sich dies, wenn ein namentlicher Bezug auf eine allgemein bekannte Berechnungsnorm (wie z. B. für die Wohnfläche nach DIN 283, WoFIV oder der II. BV) vorliegt. Es kann aber auch nach entsprechender Auslegung davon auszugehen sein, dass sich die Parteien auf einen „Berechnungsmodus eigener Art“ geeinigt haben.

Fehlt es aber an einer im Mietvertrag vereinbarten Wohnfläche und ist auch keine andere Berechnungsweise ortsüblich, so ist nach der Rechtsprechung die Wohnfläche entsprechend den für preisgebundenen Wohnraum im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln.

Stichtag ist hierbei der 01.01.2004. Für Mietverträge, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind, ist auf die Regelungen der §§ 42-44 der **II. Berechnungsverordnung** (II. BV) abzustellen. Für Vertragsabschlüsse nach diesem Zeitpunkt gilt die am **01.01.2004** in Kraft getretene **Wohnflächenverordnung** (WoFIV).

Unterschiede werden sich hierbei insbesondere insoweit ergeben, als es um die Frage geht, inwieweit Balkone, Loggien, Dachgärten oder Terrassenflächen in die Wohnfläche einzube-rechnen sind.

Nach der II. Berechnungsverordnung können derartige Flächen bis zur Hälfte angerechnet werden. Demgegenüber ist in der Wohnflächenverordnung geregelt, dass derartige Flächen „in der Regel zu einem Viertel, höchstens jedoch zur Hälfte ..., anzurechnen“ sind.

Im **Ergebnis** ist deshalb jedenfalls den Vermietern von Wohnraum zu raten, von der Angabe einer bestimmten Wohnfläche im Mietvertrag abzusehen. Wird, möglicherweise auf entsprechende Forderung des Mieters, eine Wohnflächenangabe im Mietvertrag festgehalten, so sollte dies auf der Grundlage eines verlässlichen Aufmaßes sowie der Angabe des Berechnungsmodus (II. BV, DIN 283 oder WoFIV) geschehen, der der Wohnflächenberechnung zugrunde gelegt wurde.

Absichern hinsichtlich der Wohnflächenberechnung kann sich der Vermieter unter Umständen durch einen Haftungsausschluss im Mietvertrag. Dieser sollte aber, um wirksam zu sein, individuell vereinbart werden.

### **e) Angaben zur Wohnfläche außerhalb des Mietvertrages**

Soweit in dem Mietvertrag keine Angaben zur Wohnfläche enthalten sind, ist der Mieter grundsätzlich damit ausgeschlossen, sich im Hinblick auf die Zusicherung der Mietfläche auf Zeitungsinserate, Exposés oder anderweitige Urkunden zu berufen, um wegen dieser Angaben Rechte auf Mietminderung oder fristlose Kündigung des Mietvertrages geltend zu machen. Dies gilt selbst dann, wenn der Vermie-

ter in einer Betriebskostenabrechnung bestimmte Flächenangaben gemacht hat.

Anders kann sich dies nach einer jüngeren Entscheidung des Bundesgerichtshofs nur dann darstellen, wenn es dem Mieter ersichtlich auf eine bestimmte Wohnfläche ankam, so z. B. wenn der Mieter sich vor Vertragsabschluss Grundrisspläne, eine Wohnflächenberechnung etc. hat vorlegen lassen. Kam es dem Mieter auf eine bestimmte Wohnfläche an und wurde nur im Mietvertrag eine entsprechende Zusicherung nicht mehr aufgenommen, dann kann der Mieter später bei einer Abweichung von mehr als 10 % auch die bereits dargelegten Rechte geltend machen.

#### **f) Wohnfläche und öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen**

Auch hier stellt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entscheidend auf die vertragliche Vereinbarung ab. Haben danach die Parteien eine bestimmte Wohnfläche im Mietvertrag vereinbart, sind Flächen von Räumen, die zu Wohnzwecken vermietet sind, bei der Wohnflächenermittlung unabhängig davon mit einzurechnen, ob sie nach den Bestimmungen der II. BV als Wohnraum anzurechnen sind.

Nach dieser Rechtsprechung ist entscheidend für eine Beschaffenheitsvereinbarung über den Umfang der Wohnfläche die Einigung darüber, auf welche Flächen sich der beabsichtigte Nutzungszweck erstrecken soll und nicht die Frage, ob der tatsächlichen Nutzung öffentlich-rechtliche Gründe entgegen stehen.

Im Ergebnis ist damit ein gewährleistungspflichtiger Mangel bei einem Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn die Baurechtsbehörde die Nutzung untersagt.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## **2. Klage auf zukünftige Leistung bei Mietrückständen**

**Eine Klage des Vermieters auf zukünftige Leistungen gemäß § 259 ZPO ist zulässig, wenn der Mieter einen Rückstand an Miete und Mietnebenkosten in einer die Brutto-**

**miete mehrfach übersteigenden Höhe hat auflaufen lassen.**

BGH, Urteil vom 04.05.2011 - VIII ZR 146/10

Zu entscheiden war über eine Klage auf rückständige Mieten, Räumung einer Mietwohnung und Nutzungsentschädigung bis zur vollständigen Wohnungsräumung. Der Klage lag zugrunde, dass der Vermieter einen Wohnungsmietvertrag wegen Zahlungsrückständen fristlos gekündigt und den Mieter zur Räumung aufgefordert hatte. Die Mietrückstände betragen zum Zeitpunkt der Kündigung € 1.410,00 bei einer vertraglich vereinbarten Monatsbruttomiete von € 470,00. Nachdem das Amtsgericht der Klage des Vermieters in vollem Umfang stattgegeben hatte, hob das vom Mieter im Zuge der Berufung angerufene Landgericht das Urteil teilweise auf und wies insbesondere die Klage auf zukünftige Zahlung ab. Die Klage sei insoweit unzulässig, weil der Mieter die Berechtigung der Mietforderungen des Vermieters weder ernsthaft bestritten habe, noch Anhaltspunkte für eine dauerhafte Zahlungsunfähigkeit der Beklagten ersichtlich seien. Insbesondere könne aus der Nichtzahlung von drei Monatsmieten innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren nicht eine Zahlungsunfähigkeit des Mieters hergeleitet werden.

Auf die Revision des Vermieters hin hob der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil des Landgerichts auf. Entgegen dessen Auffassung sei die auf künftige Nutzungsentschädigung gerichtete Zahlungsklage zulässig. Gemäß § 259 ZPO könne Klage auf zukünftige Leistung erhoben werden, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Wenn ein Mieter einen Rückstand in einer Höhe habe auflaufen lassen, welche die Bruttomonatsmiete mehrfach übersteige, sei - so der Bundesgerichtshof - zu besorgen, dass der Mieter künftige Nutzungsentgeltforderungen des Vermieters nicht rechtzeitig erfüllen werde. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich hierbei um Mieten oder Nutzungsentschädigungen (aufgrund einer vorangegangenen Kündigung) handele.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs stärkt die prozessualen Rechte von Vermietern in bemerkenswerter Weise. Anders als bisher können Vermieter nun sämtliche bis zum voraussichtlichen Ende eines Mietvertrages anfallenden Mieten zusammen mit den bereits aufgelaufenen Mietrückständen einklagen. Sollte es nach einem stattgebenden Urteil erneut zu Mietrückständen während der Laufzeit des Mietvertrages kommen, hat der Vermieter dann einen Vollstreckungstitel in der Hand, mit dem sich eine erneute Klageerhebung vermeiden lässt. Ebenfalls erleichtert wird die Kombination eines Klageantrages auf Räumung mit einem Antrag auf Verurteilung zur Zahlung von Nutzungsentschädigung bis zur Herausgabe des Mietgegenstandes. Voraussetzung ist jeweils nur noch, dass der Mieter durch das Auflaufenlassen von Mietrückständen, welche die vereinbarte Monatsbruttomiete um ein Mehrfaches übersteigen, seine Unwilligkeit oder Unfähigkeit zu pünktlichen Zahlungen unter Beweis gestellt hat.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

## **V. Leitsätze zum Mietrecht**

### **1. Kann der Verbrauch mit Wasserzählern bei abgelaufener Eichfrist nachgewiesen werden?**

a) Ist im Mietvertrag eine nach § 556a Abs. 1 S. 2 BGB zulässige Betriebskostenabrechnung auf der Grundlage eines erfassten Verbrauchs vereinbart, kommt es für die inhaltliche Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung allein darauf an, ob der tatsächliche Verbrauch zutreffend erfasst worden ist.

b) Beruhen die in die Betriebskostenabrechnung eingestellten Verbrauchswerte auf der Ablesung eines geeichten Messgeräts, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass diese Werte den tatsächlichen Verbrauch richtig wiedergeben.

c) Den von einem nicht (mehr) geeichten Messgerät abgelesenen Verbrauchswerten kommt die Vermutung ihrer Richtigkeit nicht zu. In diesem Fall muss der Vermieter im Prozess die Richtigkeit der abgelesenen Werte zur Überzeugung des Tatrichters nachweisen.

BGH, Urteil vom 17.11.2010 - VIII ZR 112/10

### **2. Ersatzansprüche des Mieters wegen selbst erbrachter Schönheitsreparaturen verjähren innerhalb von 6 Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses**

Ersatzansprüche des Mieters wegen Schönheitsreparaturen, die er während des Mietverhältnisses in der irrigen Annahme einer entsprechenden Verpflichtung ausgeführt hat, verjähren nach § 548 Abs. 2 BGB binnen sechs Monaten ab Beendigung des Mietverhältnisses.

BGH, Urteil vom 04.05.2011 - VIII ZR 195/10

### **3. Zurückbehaltungsrecht wegen Mängel setzt Kenntnis des Vermieters voraus**

Wegen eines Mangels der Wohnung, von dem der Vermieter keine Kenntnis hat, kann der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht erst an den Mieten geltend machen, die fällig werden, nachdem der Mieter dem Vermieter den Mangel angezeigt hat.

BGH, Urteil vom 03.11.2010 - VIII ZR 330/09

### **4. Zur Berücksichtigung von Modernisierungen durch den Mieter bei Mieterhöhungen**

Eine vom Mieter auf eigene Kosten geschaffene Ausstattung der Mietsache (hier: Bad und Sammelheizung) bleibt bei der Ermittlung der

ortsüblichen Vergleichsmiete grundsätzlich auf Dauer unberücksichtigt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Vermieter dem Mieter die Kosten erstattet hat oder die Parteien eine konkrete anderweitige Vereinbarung getroffen haben; hierzu genügt es nicht, dass sich der Mieter bei Abschluss des Mietvertrags zum Einbau der Ausstattung verpflichtet hat.

BGH, Urteil vom 07.07.2010 - VIII ZR 315/09

#### **5. Kein Schuldanerkenntnis durch vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforderung oder durch vorbehaltlose Erstattung eines Guthabens**

Jedenfalls seit der gesetzlichen Einführung der ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen gemäß § 556 Abs. 3 S. 2, 3 und S. 5, 6 BGB durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19.06.2001 erlauben weder die vorbehaltlose Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter noch die vorbehaltlose Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter für sich genommen die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, das einer späteren Nach- oder Rückforderung während des Laufs der genannten Fristen entgegensteht (Fortführung von BGH, Urteile vom 18.01.2006 - VIII ZR 94/05; vom 11.11.2008 - VIII ZR 265/07).

BGH, Urteil vom 12.01.2011 - VIII ZR 296/09

#### **6. Zur Zulässigkeit von Vertragsübertragungsklauseln in Gewerberaummietverhältnissen**

a) Formulärmäßige Klauseln, die dem Verwender das Recht einräumen, seine vertragliche Stellung als Vermieter von Gewerberäumen jederzeit auf eine andere Person zu übertragen, stellen nicht generell eine unangemessene Benachteiligung dar. Vielmehr ist, wenn der Mieter Unternehmer

ist, eine am Maßstab des § 307 BGB ausgerichtete Prüfung der Umstände des Einzelfalls vonnöten.

b) Dabei ist auf der Vermieterseite ein grundsätzliches Interesse eines gewerblichen, als Gesellschaft organisierten Vermieters anzuerkennen, einen wirtschaftlich für sinnvoll erachteten künftigen Wandel der Rechtsform oder Rechtsinhaberschaft durch die Möglichkeit einer Bestandsübernahme zu erleichtern. Dem wird ein Interesse des Mieters entgegengehalten sein, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Vermieters zu vergewissern. Dieses Mieterinteresse wird um so eher Beachtung fordern, je stärker das Vertragsverhältnis von einem besonderen Interesse des Mieters an der Person eines bestimmten Vermieters (mit-) geprägt wird.

Rechtsanwalt Dr. Michael Giebel

## **VI. Arbeitsrecht**

### **Anspruch auf Einsicht in die Personalakte auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

**Ein Arbeitnehmer hat auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Einsicht in seine Personalakte. Dieser Anspruch setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer ein konkretes berechtigtes Interesse darlegt.**

BAG, Urteil vom 16.11.2010 - 9 AZR 573/09

Ein Arbeitnehmer begehrt nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Einsicht in seine ehemalige Personalakte. Diese wurde beim Arbeitgeber weiter aufbewahrt und in Papierform geführt.

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Arbeitnehmer Recht. Das Einsichtsrecht des Arbeitnehmers resultiere aus der dem Arbeitsverhältnis anhaftenden nachwirkenden Schutz-



und Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers gemäß Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Schutz- und Rücksichtnahmepflicht gelte auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus, solange dem Arbeitgeber aufgrund der ehemaligen Arbeitsbeziehung persönlichkeitsrelevante Lebensbereiche des Arbeitnehmers eröffnet seien. Daher müsse der Arbeitnehmer auch kein konkretes berechtigtes Interesse an seiner Einsichtnahme darlegen. Dies folge aus der gesetzgeberischen Interessenentscheidung des neuen § 32 BDSG. Der Arbeitnehmer müsse auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kontrollieren können, ob der Arbeitgeber keine unrichtigen Daten über ihn aufbewahre.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Feststellung des Bundesarbeitsgerichts, dass das Einsichtsrecht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht aus § 83 Abs. 1 S. 1 BetrVG folge, da diese Norm ein Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetze. Auch einen Auskunftsanspruch nach § 34 BDSG verneinte das Bundesarbeitsgericht, da diese Regelung voraussetze, dass personenbezogene Daten automatisiert erarbeitet oder genutzt würden (§ 27 BDSG). Dies gelte jedoch bei Personalakten, die in Papierform geführt werden, nicht.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **VII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Übergang eines Betriebsteils**

**Die gesetzlichen Regelungen des § 613a BGB finden auch Anwendung, wenn nicht der gesamte Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft erworben wird. Dies setzt voraus, dass die erworbenen Elemente schon beim Betriebsveräußerer eine Einheit dargestellt haben und diese vom Erwerber identitätswahrend fortgeführt**

**wird. Damit ein Arbeitsverhältnis auf den Betriebserwerber übergeht, muss der Arbeitnehmer der Einheit zugeordnet sein.**

Der Kläger war seit 2001 bei einer Wasserwerke-GmbH beschäftigt, zuletzt als Abteilungsleiter im kaufmännischen Bereich. Die GmbH war 1996 von zwei kommunalen Zweckverbänden gegründet worden, nämlich einem Trinkwasserzweckverband (Streitverkündeter) und dem Beklagten, einem Abwasserzweckverband. Die GmbH hatte für diese Gesellschafter die Aufgaben der Versorgung mit Trinkwasser und der Abwasserbeseitigung technisch wie kaufmännisch durchzuführen. Bei der GmbH bestand u. a. eine technische Abteilung „Trinkwasser“, eine weitere technische Abteilung „Abwasser“ sowie eine kaufmännische Abteilung, die die Verwaltungsvorgänge beider Bereiche bearbeitete. Dazu gehörten die Fakturierung der Forderungen, die Rechnungslegung und das Inkasso der Forderungen im Namen der Zweckverbände. Auf Veranlassung der Kommunalaufsicht entschieden die Zweckverbände, die Aufgaben der Trinkwasserversorgung und der Abwasserbeseitigung ab 01.01.2007 selbst durchzuführen. Soweit die dafür erforderlichen Betriebsmittel bei der GmbH waren, ließen sie sich diese durch Rechtsgeschäft übertragen. Sodann wurden fast alle Arbeitnehmer des technischen Bereichs mit neuen Arbeitsverträgen bei den beiden Zweckverbänden eingestellt, die Techniker der Trinkwasserversorgung beim Streitverkündeten, die der Abwasserbeseitigung beim Beklagten. Dagegen wurden nur einige Arbeitnehmer aus dem kaufmännischen Bereich der GmbH von den Zweckverbänden eingestellt.

Der Kläger hat behauptet, im kaufmännischen Bereich der GmbH zu 80 % Vorgänge aus der Abwasserbeseitigung bearbeitet zu haben. Infolge eines Betriebsübergangs sei daher sein Arbeitsverhältnis auf den beklagten Abwasserzweckverband übergegangen. Die Klage hatte wie schon in den Vorinstanzen vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Einen Betriebsteil „Kaufmännische Ver-

waltung Abwasser“ gab es bei der GmbH nicht als übertragbare Einheit. Diese hatte organisatorisch nur die technischen Abteilungen „Trinkwasser“ und „Abwasser“ getrennt. Keiner der Zweckverbände hat jedoch zum 01.01.2007 die für beide Bereiche zuständige kaufmännische Abteilung der GmbH übernommen.

BAG, Urteil vom 07.04.2011 - 8 AZR 730/09

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **2. Widerruf der Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz**

**Nach § 4f Abs. 3 S. 4 BDSG kann die Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz in entsprechender Anwendung von § 626 BGB aus wichtigem Grund widerrufen werden. Weder die Entscheidung des Arbeitgebers, zukünftig die Aufgaben eines Beauftragten für den Datenschutz durch einen externen Dritten wahrnehmen zu lassen, noch die Mitgliedschaft im Betriebsrat stellen einen solchen wichtigen Grund für den Widerruf dar.**

Die seit 1981 bei der Beklagten zu 1) beschäftigte Klägerin wurde im Jahr 1992 zur Datenschutzbeauftragten der Beklagten zu 1) und deren 100%iger Tochtergesellschaft, der Beklagten zu 2), berufen. Diese Aufgabe nahm ca. 30 % ihrer Arbeitszeit in Anspruch. Seit 1994 ist die Klägerin auch Mitglied im Betriebsrat bei der Beklagten zu 1). Am 12.08.2008 beschlossen die Beklagten, die Aufgaben des Beauftragten für den Datenschutz zukünftig konzernweit einheitlich durch einen externen Dritten wahrnehmen zu lassen. Sie widerriefen deshalb die Bestellung der Klägerin. Die Beklagte zu 1) sprach zudem gegenüber der Klägerin eine Teilkündigung dieser Aufgabe aus. Die Klägerin hat sich mit ihrer Klage gegen diese Maßnahmen gewandt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem

Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg.

Die gesetzliche Regelung der § 4f Abs. 3 S. 4 BDSG, § 626 BGB gewährt dem Beauftragten für den Datenschutz einen besonderen Abberufungsschutz. Damit soll dessen Unabhängigkeit und die weisungsfreie Ausübung des Amtes gestärkt werden. Eine Abberufung ist nur aus wichtigem Grund möglich, wenn eine Fortsetzung des Rechtsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar ist. Zwar ist der Arbeitgeber bei der erstmaligen Bestellung frei, ob er einen internen oder externen Datenschutzbeauftragten bestellt. Hat er hingegen einen internen Beauftragten bestellt, kann er nicht dessen Bestellung allein mit der Begründung widerrufen, er wolle nunmehr einen Externen konzernweit mit dieser Aufgabe beauftragen. Allein in einer solchen Organisationsentscheidung liegt kein wichtiger Grund. Ebenso wenig rechtfertigt die bloße Mitgliedschaft im Betriebsrat, die Zuverlässigkeit eines Beauftragten für den Datenschutz in Frage zu stellen. Auf konkrete Pflichtenverstöße haben sich die Beklagten nicht berufen.

BAG, Urteil vom 23.03.2011 - 10 AZR 562/09

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **VIII. Steuerrecht**

**Kosten eines Zivilprozesses sind als besondere Belastungen einkommensteuerlich absetzungsfähig**

**a) Zivilprozesskosten können Kläger wie Beklagtem unabhängig vom Gegenstand des Prozesses zwangsläufig erwachsen. Unausweichlich sind derartige Kosten jedoch nur, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint.**

**b) Zivilprozesskosten sind nur insoweit einkommensteuerlich abziehbar, als sie notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht überschreiten. Etwaige Leistungen aus einer Rechtsschutzversicherung sind im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen.**

BFH, Urteil vom 12.05.2010 - VI R 42/10

§ 33 des Einkommensteuergesetzes bietet die Möglichkeit, „zwangsläufig“ anfallende außergewöhnliche finanzielle Belastungen steuerlich geltend zu machen. Aufwendungen im Sinne dieser Vorschrift erwachsen dann zwangsläufig, wenn der Betroffene sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann. Soweit die Aufwendungen notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen, können sie in Abzug gebracht werden. Die vom Unterlegenen zu tragenden Kosten eines Zivilprozesses hatte die Rechtsprechung bisher nur bei Rechtsstreiten mit existenzieller Bedeutung als außergewöhnliche Belastung anerkannt.

Im entschiedenen Fall war die Klägerin arbeitsunfähig erkrankt. Nachdem ihr Arbeitgeber seine Gehaltszahlungen einstellte, nahm sie ihre Krankentagegeldversicherung in Anspruch. Nach rund einem halben Jahr wurde Berufsunfähigkeit diagnostiziert. Aufgrund dieses Befundes stellte die Krankenversicherung die Zahlung des Krankentagegelds ein, weil nach Eintritt der Berufsunfähigkeit kein Anspruch mehr bestehe. Daraufhin erhob die

Klägerin erfolglos Klage auf Fortzahlung des Krankengeldes. Die Kosten des verlorenen Zivilprozesses in Höhe von rund 10.000 Euro machte sie erfolglos in ihrer Einkommensteuererklärung geltend. Das Finanzgericht bestätigt die Nichtabzugsfähigkeit der Kosten, da die Klägerin auf ein Familieneinkommen von ca. € 65.000 zurückgreifen könne.

Der Bundesfinanzhof hat das angefochtene Urteil aufgehoben und das Verfahren an das Finanzgericht zurückverwiesen. Er hat seine bisherige Gesetzesauslegung aufgegeben und entschieden, dass Zivilprozesskosten unabhängig vom Gegenstand des Verfahrens im privaten Bereich als außergewöhnliche Belastungen berücksichtigt werden können. Unausweichlich sind derartige Aufwendungen allerdings nur, wenn die Prozessführung hinreichende Aussicht auf Erfolg biete und nicht mutwillig erscheine. Davon sei auszugehen, wenn der Erfolg des Zivilprozesses mindestens ebenso wahrscheinlich wie ein Misserfolg sei. Berücksichtigungsfähig ist in jedem Fall das Honorar nach Rechtsanwaltsvergütungsgesetz bzw. Stundensätze, soweit sie unter dem RVG-Honorar liegen. Ob der Prozess mutwillig war, muss ggf. das Finanzgericht klären.

Für juristische Personen ist diese Rechtsprechung nicht übertragbar. Dort können Kosten eines Rechtsstreits ohnehin als Betriebsausgaben abgesetzt werden.

Rechtsanwalt Dr. Robert Scherzer

**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 September 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