

Ausgabe 01.2018



SCHRAMEK, MEIER & COLL.
RECHTSANWÄLTE

WEIMAR

news

NEWSLETTER DER KANZLEI
SMC SCHRAMEK, MEIER & COLL. -
RECHTSANWÄLTE

BAU- UND ARCHITEKTENRECHT · VERGABERECHT · ARBEITSRECHT · VERKEHRSRECHT
FAMILIENRECHT · ERBRECHT · MIET- UND WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT



Andreas Schramek Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Christian Meier Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Fee-Marie von Witzleben Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht
Fachanwältin für Erbrecht

Stefan Vasters Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Petra Schäfer Rechtsanwältin
Fachanwältin für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Jens Greskamp Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dipl.-Bauing.

Bernhard Leisner Rechtsanwalt



Inhalt

EDITORIAL

Andreas Schramek & Christian Meier **03**

ARBEITSRECHT

Unzulässige Mitarbeiterüberwachung von Andreas Schramek **04**

VERKEHRSRECHT

Die Dashcam / Crashcam im deutschen Recht von Andreas Schramek **06**

FAMILIENRECHT

Umgangsrecht der Großeltern mit ihrem Enkel gem. § 1685 BGB
von Fee-Marie von Witzleben **07**

MIET- UND WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT

Durchsetzbarkeit von Klauseln zu Schönheitsreparaturen
am Ende eines Mietvertrages von Petra Schäfer **08**

GESELLSCHAFTSRECHT

Angabe des Geschäftsanteils eines Gesellschafters in der Gesellschafterliste
von Madelaine Isabelle Baade **09**

BAURECHT

Die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe
von Bernhard Leisner **10**

Neue Rechtsprechung im Baurecht:

Keine Schadensberechnung mehr nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten!
von Jens Greskamp **12**

Neues Bauvertragsrecht: Anspruch des Unternehmers auf Bauhandwerkersicherung seit 01.01.2018
gegenüber einem Verbraucher auch bei Bau eines Einfamilienhauses? von Stefan Vasters **14**

ORIGINELLES

OLG Celle: Transport von Quark unterliegt dem Sonntagsfahrverbot von Andreas Schramek **16**

Ein Fläschchen Wein im Urlaub von Andreas Schramek **16**

SMC Autoren & RB Gastautorin **17**

Impressum **19**

EDITORIAL



Sehr geehrte Damen und Herren,

in seiner „brandneuen“ Entscheidung hat der BGH mit Urteil vom 22.02.2018, Az: VII ZR 46/17 klargestellt, dass es im Bauprozess keine Schadensberechnung mehr nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten gibt. Aktuelle Verfahren, mit welchen bei Baumängeln Mängelbeseitigungskosten auf dieser Grundlage geltend gemacht werden, sollten deswegen dringend im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung überprüft werden.

In diesem Heft hat sich Rechtsanwalt Jens Greskamp eingehend mit dem Urteil auseinandergesetzt.

Frau Rechtsanwältin von Witzleben betrachtet in ihrem Artikel das Umgangsrecht der Großeltern mit ihren Enkeln.

In einem Gastbeitrag unserer Kooperationspartner setzt sich Frau Rechtsanwältin Madelaine Isabelle Baade mit der Angabe des Geschäftsanteils eines Gesellschafters in der Gesellschafterliste auseinander.

Auch in unseren weiteren Beiträgen in diesem Heft zum Arbeits-, Verkehrs-, Bau- und Wohnungseigentumsrecht / Mietrecht halten wir interessante Neuigkeiten für Sie bereit.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre der vorliegenden SMC-News und verbleiben mit den besten Grüßen aus Weimar

Andreas Schramek
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht
Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Coll. Part mbB

Christian Meier
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht
Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Coll. Part mbB



Andreas Schramek Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

UNZULÄSSIGE MITARBEITERÜBERWACHUNG

Oftmals besteht in Unternehmen die nicht ganz fernliegende Möglichkeit, dass es zu Gesetzesverstößen oder sonstigen Regelwidrigkeiten durch Mitarbeiter kommen kann oder bereits gekommen ist.

So verständlich der Informationsbedarf des Arbeitgebers auf der einen Seite ist, umso problematischer sind auf der anderen Seite häufig die Mittel, die aus diesem Anlass eingesetzt werden. Dies gilt insbesondere für die Videokontrolle, aber auch für den Einsatz von Privatdetektiven, die Erstellung von Bewegungsprofilen, den Einsatz von RFID-Technik oder von spezifischen Überwachungsprogrammen.

Videüberwachung

Der Einsatz von Videotechnik breitet sich nicht nur auf öffentlichen Plätzen, sondern auch zunehmend in Betrieben aus. Diese Observations-technik hat auch nach Meinung des Gesetzgebers eine „besondere Eingriffsqualität“, die bei einer heimlichen Vorgehensweise noch erheblich gesteigert wird.

Der Betroffene wird in seinen Verhaltensweisen einschließlich seiner Bewegungen sowie seiner jeweiligen Stimmungen weitestgehend erfasst.

Befindet sich der Arbeitsplatz in einem öffent-

lich zugänglichen Raum, z. B. Laden, Tankstelle, Bankfiliale, so gilt bis 25.05.2018 die Spezialvorschrift des § 6b Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) a. F., die nach dem 25.05.2018 durch den weitgehend inhaltsgleichen § 4 BDSG n. F. abgelöst wird.

Nach diesen Vorschriften ist die Beobachtung durch Video-Technik insbesondere dann zulässig, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für „konkret“ festgelegte Zwecke erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Es geht also in der Regel darum, die Begehung von Diebstählen und anderen strafbaren Handlungen zu verhindern.

Dieser Zweck muss bereits vor dem Einsatz der Anlage konkretisiert (aus welchen Gründen drohen welche Delikte?) und auch dokumentiert sein; anderenfalls könnte die Rechtmäßigkeit des Videoeinsatzes nicht überprüft werden.

Gleichwohl können trotz Vorliegens solcher Gründe schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen, wenn z. B. der Zweck, strafbare Handlungen zu verhindern, nicht die Überwachung von Toiletten und Umkleieräumen rechtfertigt. Auch sei die Überwachung auf das Notwendige zu beschränken.

So muss z. B. Arbeitnehmern, die in öffentlich zugänglichen Räumen als Verkäufer, Bankangestellte und Museumswärter etc. beschäftigt sind, die Möglichkeit eingeräumt werden, sich zumindest während der Pausen durch Rückzug in einen nicht überwachten Raum der Videokontrolle zu entziehen.

Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters ist dann besonders gravierend, wenn die Videokontrolle kontinuierlich erfolgt und der Betroffene ihr nicht ausweichen kann.

Für die Anwendung des § 4 Abs. 1 und 2 BDSG reicht es bereits, wenn die Videokamera Bilder auf einen Monitor überträgt. Eine Aufzeichnung sei insoweit nicht erforderlich.

Insoweit ist festzuhalten, dass auch eine bloße Kamera-Attrappe einer realen Kamera gleichzustellen ist. Entscheidend ist, dass hier ein effektiver „Überwachungsdruck“ entsteht.

In **nicht öffentlich zugänglichen Räumen** ist nach der Rechtsprechung die Beobachtung durch eine versteckte Kamera, deren Existenz dem betroffenen Arbeitnehmer nicht bekannt ist, als übermäßiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht grundsätzlich unzulässig.

Auch eine offen eingesetzte, aber ausschließlich der Kontrolle des Arbeitsverhaltens dienende Videotechnik wird als Verstoß gegen die Menschenwürde und damit als unzulässig gewertet. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers für eine Überwachung spricht, weil sich z. B. erhebliche Warenverluste nur auf diese Weise aufklären lassen.

Die Videokontrolle ist also nur in Bezug auf solche Arbeitnehmer zulässig, gegen die ein konkreter auf Tatsachen gestützter Verdacht einer strafbaren Handlung besteht. Richtet sich der Verdacht gegen ein Gruppenmitglied, so kann vorübergehend die gesamte Gruppe observiert werden, sofern es sich nicht nur um den Verdacht einer relativ geringfügigen Verfehlung handelt.

Einsatz von Privatdetektiven

Wird ein Privatdetektiv eingesetzt, so werden die Observierten in der Regel bewusst im Unklaren gelassen, dass eine Kontrollmaßnahme stattfindet.

Das BAG hat mittlerweile den Einsatz von Privatdetektiven unter denselben Voraussetzungen

wie die verdeckte Videoüberwachung anerkannt. Dies gilt aber nur für nicht unerhebliche Straftaten. Besteht der Verdacht, ein Arbeitnehmer täusche eine Erkrankung nur vor, so steht mit der Einschaltung des medizinischen Dienstes der gesetzlichen Krankenkassen nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 SGB V ein kostengünstigeres und weniger belastendes Verfahren zur Verfügung.

Beobachtet dagegen ein Vorgesetzter zufällig in seiner Freizeit einen krankgeschriebenen Mitarbeiter bei einer „krankheitswidrigen“ Tätigkeit, so kann er dies zumindest nach Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz mit seinem Fotohandy im Bild festhalten.

Bewegungsprofile mit Hilfe von GPS

Gerade im handwerklichen Bereich ist es oft von großem Interesse zu wissen, wer sich zu welchem Zeitpunkt an welchem Ort aufhält. Gleiches gilt natürlich für Außendienstmitarbeiter und Transportfahrer. Es mag zwar im Falle eines gerade eingegangenen Auftrages der Einsatz von GPS-Technik zur Erweiterung des Fahrauftrages sinnvoll sein, jedoch ist der Preis, den die Beschäftigten dafür zu zahlen haben, nicht unerheblich.

Die Überwachung des Aufenthaltsortes ist ähnlich belastend wie die Beobachtung durch eine Videokamera, denn jede Pause, jedes Parken am Straßenrand, jeder kurze Besuch in einem Laden wird erfasst. Detektive oder andere Personen, die heimlich an Lkws GPS-Sensoren anbringen, um auf diese Weise ein Bewegungsprofil der Fahrer zu erstellen, machen sich strafbar. Der BGH hat insoweit eine Verurteilung gemäß § 44 BDSG a. F. bestätigt.

EDV-Überwachungssysteme

Auf dem Markt werden z.B. Programme angeboten, die in regelmäßigen Abständen Screenshots machen, das heißt, den jeweiligen Bildschirminhalt am Arbeitsplatz des Arbeitnehmers festhalten und jede Aktivität auf dem



PC bis hin zum Tastaturanschlag erfassen. Dies kann durch eingebaute Kameras im PC oder im Laptop ergänzt werden, die sich unbemerkt aktivieren lassen.

Derartige „Spyware“ hat die Rechtsprechung schon beschäftigt. Hierbei ging es um die Frage, in welchem Umfang ein Arbeitnehmer seinen Dienst-PC auch während der Arbeitszeit privat genutzt hat.

Da der Arbeitgeber nach den von ihm erfassten Datenmaterial davon ausgehen konnte, dass der Arbeitnehmer in erheblichem Umfang Privat-tätigkeiten am Arbeitsplatz erledigt hatte, kündigte er das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

Der klagende Arbeitnehmer erhielt in allen drei Instanzen Recht. Die durch einen sog. „Keylogger“ gewonnenen Kenntnisse über die Privat-tätigkeiten des Klägers dürfen lt. BAG im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden und unterliegen einem Beweisverwertungs- verbot.

Die Aufklärungsmaßnahme war über den Informationsbedarf des Arbeitgebers hinausgegangen. Der Arbeitgeber habe beim Einsatz der Software gegenüber dem Arbeitnehmer

keinen auf Tatsachen beruhenden Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung gehabt. Die Überwachung sei also „ins Blaue hinein“ erfolgt und daher unverhältnismäßig.

Besteht in einem Unternehmen ein Betriebsrat, ist darauf zu achten, dass der Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVerfG grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht hat, da es sich um die „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen“ handelt.

Fazit

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass erhebliche Eingriffe in die Persönlichkeits-sphäre im Grundsatz nur dann gerechtfertigt sind, wenn ein durch Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung besteht.

„Zufallsergebnisse“ aus einer generellen Überwachung werden in der Regel nicht verwertbar und damit unzulässig sein.



Andreas Schramek Rechtsanwalt
 Fachanwalt für Arbeitsrecht
 Fachanwalt für Verkehrsrecht

DIE DASHCAM / CRASHCAM IM DEUTSCHEN RECHT

Dashcam-Videos sind vor allem aus Russland bekannt, wo sie nicht nur zur Beweissicherung bei Verkehrsunfällen aufgenommen werden, sondern auch um eher zweifelhafte Videos bei Youtube oder anderen Plattformen hochzuladen.

Dass aufgrund auch des strengen Datenschutzes hierzulande die Veröffentlichungen von Dashcam-Aufnahmen auf erhebliche Skepsis stoßen, dürfte klar sein. Ob aber der Einsatz von Dashcams oder Crashcams in Deutschland per se verboten ist, soll dieser Artikel klären.

Im Rahmen eines Strafprozesses hat das Amtsgericht Nienburg über die Frage der Verwertung von Dashcam-Aufnahmen entschieden. Das Gericht hat die Verwertbarkeit als Beweis im Strafverfahren nur in einem sehr engen Rahmen gebilligt.

Der Zeuge, der den Angeklagten bei seiner Tat filmte, hatte seine Dashcam nämlich nicht permanent eingeschaltet, sondern die Kamera nur in der konkreten strafrechtlich relevanten Situation aktiviert und vorausschauend als Beweismittel eingesetzt. Aufgrund dieser kurzen, anlassbezogenen Aufnahme, auf der zudem keine Personen, sondern nur das Täterfahrzeug zu sehen war, fiel die Interessenabwägung des Gerichts pro Zulässigkeit der Dashcam-Aufnahmen aus.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat es grundsätzlich für zulässig erachtet, in einem Bußgeldverfahren ein Video zu verwerten, welches ein dritter Verkehrsteilnehmer mit einer Dashcam aufgenommen hat. Dies gilt jedenfalls für die Verfolgung schwerwiegender Verkehrsordnungswidrigkeiten, so wie vorliegend bei einem Rotlichtverstoß an einer mindestens seit 6 Sekunden Rot zeigenden Ampel.

Etwas konkreter wurde das OLG Nürnberg in seinem Hinweisbeschluss vom 10.08.2017. In dem dortigen Fall stritten die Parteien um Schadenersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall auf der Autobahn. Der LKW der Beklagten fuhr dem klägerischen, vor ihm fahrenden Fahrzeug heckseitig links auf, wodurch das klägerische Fahrzeug beschädigt wurde. Im Fahrzeug befand sich eine Dashcam, mit der das Unfallgeschehen aufgezeichnet wurde.

Das erstinstanzlich entscheidende Landgericht sah eine Verwertbarkeit der Aufzeichnungen als gegeben an und wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers habe – so der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 10.08.2017 – offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Das Erstgericht habe sich zutreffend die Überzeugung gebildet, dass die im Beklagten-LKW installierte Dashcam so konfiguriert gewesen sei, dass sie nur bei starker Erschütterung ein insgesamt 30 Sekunden langes Aufzeichnungssegment aus dem Zwischenspeicher dauerhaft auf die eingesetzte SD-Karte speichere, jedoch keine permanente Aufzeichnungsspeicherung erfolge.

Über die Verwertbarkeit von Beweismitteln, die unter Verstoß gegen gesetzliche Normen gewonnen wurden (Bundesdatenschutzgesetz), sei daher stets aufgrund einer Interessen- und Güterabwägung nach dem im Einzelfall gegebenen Umständen zu entscheiden. Im Rahmen der Abwägung würden dabei das informelle

Selbstbestimmungsrecht, das Recht am eigenen Bild und datenschutzrechtliche Normen angesprochen.

Die Tatsache, dass im vorliegenden Fall die Kamera nur dauerhaft aufzeichnet, wenn es zu einer Kollision gekommen ist und auch nur dann ein Zeitfenster von 30 Sekunden gespeichert hat, rechtfertigte die Verwertbarkeit dieser Aufzeichnung.

Fazit

Der Dashcam-Einsatz von Privatleuten zwecks Jagd auf Verkehrssünder zum Ausleben privater Ordnungsphantasien ist allerdings ganz klar verboten.

Private Verkehrsverstöße anderer Verkehrsteilnehmer zu dokumentieren und das Filmmaterial für private Anzeigen der Verkehrsverstöße bei den Behörden zu benutzen, rechtfertigt nicht den Einsatz einer Dashcam. Dies hat das Verwaltungsgericht Göttingen mit Urteil vom 31.05.2017 entschieden. Mit seinem Urteil setzte das Verwaltungsgericht den Anzeige- und Filmaktivitäten mittels Dashcam eines als „Knöllchen-Horst“ bekannt gewordenen Rentners eine datenschutzrechtliche Grenze.



Fee-Marie von Witzleben Rechtsanwältin
 Fachwältin für Familienrecht
 Fachwältin für Erbrecht

UMGANGSRECHT DER GROSSELTERN MIT IHREM ENKEL GEM. § 1685 BGB

Trennen sich die Eltern, ist es nicht selten, dass auch der Kontakt zwischen den Enkeln und Großeltern abreißt. Gem. § 1665 BGB haben auch Großeltern ein eigenes einklagbares Recht auf Umgang, wenn es dem Wohl des Kindes dient.

Grundsätzlich ist für die Anwendung des § 1665 BGB eine Bindung zwischen den Enkeln und den Großeltern notwendig. Einem Antrag bei Gericht wird daher nicht stattgegeben, wenn vorher nur ein geringer oder gar kein Kontakt bestand. Sofern aber die Großeltern den Enkeln nahestanden, kann es von Kindeswohlinteresse sein, die Beziehung weiter aufrecht zu erhalten. Dass eine Bindung zwischen den Enkeln und den Großeltern besteht und deren Aufrechterhaltung für die Entwicklung des Kindes förderlich ist, muss positiv durch das Gericht festgestellt werden.

Mögliche frühere Kontakte und welche Gründe für einen möglichen zwischenzeitlichen Kontaktabbruch ausschlaggebend gewesen sind, ist dabei für die Entscheidung unerheblich. Maßgeblich ist, ob im Zeitpunkt der Entscheidung über das Umgangsbegehren der Großeltern das Kind noch eine Bindung zu diesen hat. Dafür tragen die Großeltern die umfassende Feststellungslast.



Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, dass der Erziehungsvorrang verfassungsrechtlich allein den Eltern zusteht. Ist zu befürchten, dass die Großeltern diesen Erziehungsvorrang missachten, kann dies das Umgangsrecht als nicht kindeswohl dienlich erscheinen lassen. Einem Umgangsrecht der Großeltern können ferner erhebliche Spannungen zwischen den Eltern bzw. einem Elternteil entgegenstehen aufgrund derer zu befürchten ist, dass die Kinder bei weiteren Kontakten seelisch belastet werden oder in einen Loyalitätskonflikt geraten.

Von großer Bedeutung sind auch die Wünsche und der Wille des Kindes, welches durch das Gericht separat angehört wird. Dieser Wille hat eine größere Bedeutung je älter das Kind ist.

Wenn ein Umgang gewährt wird, ist zu berücksichtigen, dass das Kind üblicherweise bereits

Umgang wenigstens alle 14 Tage mit dem anderen Elternteil pflegt. Es soll kein „Umgangstourismus“ stattfinden, sodass dieser an einem Nachmittag alle zwei Wochen oder einmal im Monat angemessen erscheint. Wenn es keinen anderen umgangsberechtigten Elternteil gibt, kann der Aufenthalt auch über Wochenenden gehen.

Fazit

Allein ein Verwandtschaftsverhältnis begründet nicht die Vermutung, dass der Umgang des Kindes mit den Großeltern dem Kindeswohl dient, sondern dies muss im Einzelnen positiv festgestellt werden.



Petra Schäfer Rechtsanwältin
Fachanwältin für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

DURCHSETZBARKEIT VON KLAUSELN ZU SCHÖNHEITS- REPARATUREN AM ENDE EINES MIETVERTRAGES

Vereinbarungen zu Schönheitsreparaturen und Renovierungsklauseln finden sich in nahezu jedem Mietvertrag. Immer wieder sind diese Anlass für Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter.

Durch den BGH wurde bereits entschieden, dass eine Endrenovierungsklausel und eine

SM

Klausel zu laufenden Schönheitsreparaturen sowie auch eine damit verbundene Quotenklausel unwirksam sind. Die Quotenklausel bedeutet, dass, sofern die Schönheitsreparaturen noch nicht länger als einen bestimmten Zeitpunkt zurückliegen, der Mieter anteilig die Kosten zu tragen hat.

Diese in Mietverträgen bisher übliche Quotenklausel beurteilte der BGH bereits als insgesamt unwirksam. Versuche, die Klausel im Hinblick auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung starrer Fristen zur Durchführung der Schönheitsreparaturen zu relativieren, scheitern immer wieder am Transparenzgebot.

Unabhängig davon entschied der BGH außerdem, dass Schönheitsreparaturen für den Fall, dass die Wohnräume mit Beginn des Mietverhältnisses durch den Vermieter unrenoviert übergeben werden, ohne dass dem Mieter hierfür ein entsprechender Ausgleich zugutekommt, ebenfalls nicht wirksam vereinbart werden können.

Nach den Entscheidungen des BGH zur Unwirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln in Verbindung mit einer Endrenovierungsklausel schränkt das LG Berlin die Rechte des Vermieters erneut ein. In seiner Entscheidung vom 27.01.2017, Az: 65 S 338 / 16, geht das LG Berlin noch einen Schritt weiter. Nach Beendigung des Mietverhältnisses forderte der Vermieter im entschiedenen Fall Schadensersatz gegenüber dem Mieter aufgrund nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen, welchen das LG Berlin nicht gewährte. Die maßgebliche Klausel im Mietvertrag

„Bei seinem Auszug hat der Mieter die Mieträume in sauberem und renoviertem Zustand mit allen ... Schlüsseln zurückzugeben“

erweckt beim Mieter den Eindruck, er müsse die Wohnung bei Ende des Mietverhältnisses ungeachtet des tatsächlichen Zustands infolge seines vertragsgemäßen Grades der Abnutzung renovieren. Sie ist daher unwirksam.

Damit ist auch eine formularmäßige Übertragung der laufenden Schönheitsreparaturen unwirksam, auch wenn diese Klausel für sich allein genommen wirksam wäre, da sie wegen ihrer inneren Zusammengehörigkeit nicht teilbar ist.

Die Formulierung „renovierter Zustand“ lässt insoweit keine Differenzierung erkennen. Der BGH hat bereits in seinem Urteil vom 14.05.2003, Az. VIII ZR 308 / 02, für einen vergleichbaren Sachverhalt, in dem die Formulierung „bei Auszug ist die Wohnung fachgerecht renoviert zurückzugeben“ verwendet wurde, folgendes überzeugend ausgeführt:

„Es kann zwar auch eine längere zurückliegende fachgerechte Renovierung gemeint sein, aufgrund derer eine umfassende Neurenovierung noch nicht erforderlich ist. Näher liegt aus der Sicht eines durchschnittlichen Mieters jedoch ein Verständnis dahin, dass die Wohnung bei Auszug in jedem Fall frisch reno-

viert sein muss oder jedenfalls seit der letzten Renovierung keine Abnutzungerscheinungen aufweisen darf.“

Die formularmäßige Übertragung sowohl laufender Schönheitsreparaturen und darüber hinaus die formularmäßige Verpflichtung zur Endrenovierung führt in der Summe und ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Beeinträchtigung des Mieters. Die Formularklauseln sind damit in ihrer Gesamtheit unwirksam. Auch dieses ist seit längerem durch die Rechtsprechung des BGH geklärt. Eine unangemessene Benachteiligung einer Vertragspartei – und damit eine Unwirksamkeit der Gesamtregelung – kann sich aus dem Zusammenwirken zweier Klauseln auch dann ergeben, wenn eine dieser Klauseln schon für sich gesehen unwirksam ist – wie das bei der Endrenovierungsklausel der Fall ist. Beide Klauseln sind wegen ihrer inneren Zusammengehörigkeit nicht teilbar.

Der Verwender einer aus zwei Teilen bestehenden Klausel, deren einer Teil nur Bestand haben kann, wenn der andere unwirksam ist, kann sich wegen des Gebots der Transparenz vorformulierter Vertragsbedingungen nicht zu seinen Gunsten auf die Unwirksamkeit des anderen Klauselteils berufen.

Fazit

Der BGH hält Quotenabgeltungsklauseln, jedenfalls in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam. Demnach dürfte eine Endrenovierung vom Mieter nur mit einer Individualvereinbarung verlangt werden. Es empfiehlt sich daher, zur Vermeidung von Streitigkeiten vor Abschluss eines Mietvertrages anwaltlichen Rat einzuholen.



Gastautorin der RB Reiserer Biesinger
Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH
Madelaine Isabelle Baade
Rechtsanwältin

ANGABE DES GESCHÄFTS- ANTEILS EINES GESELLSCHAFTERS IN DER GESELLSCHAFTERLISTE

[OLG Nürnberg, Beschluss vom
23.11.2017 – 12W 1866/17]

Die bloße Angabe des Nichtüberschreitens bestimmter Erheblichkeitsschwellen bei Kleinstbeteiligungen – hier: die Formulierung „< 1%“ – in der Gesellschafterliste zur Bezeichnung der „durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelten jeweiligen prozentualen Beteiligung am Stammkapital“ ist – jedenfalls derzeit – unzulässig.

So entschied das OLG Nürnberg nun mit seinem Beschluss vom November 2017 auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2).

Die GmbH als Beteiligte zu 1) wurde im Jahr 2014 im Handelsregister eingetragen. Zugleich wurde eine Gesellschafterliste in den Registerordner aufgenommen. Aufgrund der durch den Notar als Beteiligten zu 2) im Jahr 2017 beurkundeten Vorgänge ergaben sich Veränderungen des Gesellschafterbestandes. Der Beteiligte zu 2) reichte daraufhin eine entsprechende neue notarielle Gesellschafterliste beim Registergericht ein. Mit Zwischenverfügung beanstandete das Registergericht, dass

RB

die vorgelegte Gesellschafterliste nicht dem § 40 GmbHG entspreche, da die hinsichtlich der durch den Nennbetrag des Geschäftsanteils vermittelten prozentualen Beteiligung allein enthaltene Angabe „< 1%“ den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge. Gegen diese Zwischenverfügung richtete sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2).

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg, zur Begründung führte der Senat aus:

Obwohl das Registergericht nur Verwahrstelle sei, dürfe es die eingereichte Gesellschafterliste jedenfalls darauf überprüfen, ob sie den Anforderungen des § 40 Abs. 1 GmbHG entspreche, ihm stehe insoweit ein formelles Prüfungsrecht zu. Nach dem durch Art. 14 des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.06.2017 geänderten § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n.F. müsse die Gesellschafterliste auch die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital enthalten. Halte ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil, so sei nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F. in der Liste der Gesellschafter zudem „der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben“. Nach der Gesetzesbegründung der Bundesregierung solle dies der „Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste“ sowie der schnellen Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten dienen. So solle die Gesellschafterliste „für die Praxis leichter lesbar“ werden und verbessere dadurch die Auskunft über die maßgeblichen Gesellschafter. Bei der Beteiligten zu 1) betrage die durch den Nennbetrag vermittelte prozentuale Beteiligung jeweils 0,001%. Dies sei nach dem Gesetzeswortlaut auch exakt so anzugeben. Zwar würde die Zulässigkeit von Rundungen in der

Literatur unterschiedlich beurteilt. So werde teilweise eine Rundung auf eine Stelle hinter dem Komma für zulässig erachtet. Zum Teil werde auch – unter Hinweis auf die Üblichkeit im kaufmännischen Geschäftsverkehr – eine Rundung auf zwei Stellen hinter dem Komma für zulässig gehalten. Dies komme hier jedoch nicht in Betracht, da im vorliegenden Fall eine Rundung zu der Angabe 0,0 % oder 0 % führen würde, wodurch der irreführende Eindruck einer nicht gegebenen Beteiligung erweckt würde.

Fazit

Auch Kleinstbeteiligungen sind im Rahmen der beim Registergericht eingereichten Gesellschafterliste exakt anzugeben. Zwar schlägt der Referentenentwurf einer Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (GesLV) des BMJV vor, dass – zwecks Erleichterung für die Praxis – die Angabe „ < 1 % “ genüge, wenn der Anteil des Nennbetrags eines einzelnen Geschäftsanteils weniger als 1,0 Prozent vom Stammkapital betrage. Diesem Entwurf wird jedoch erhebliche Kritik entgegengebracht, unter anderem weil er in diametralem Gegensatz zum Gesetzeswortlaut steht. Es bleibt daher fraglich, ob die im Entwurf vorliegende Verordnung tatsächlich umgesetzt wird. Jedenfalls derzeit ist somit eine exakte Angabe auch unterhalb einer Erheblichkeitsschwelle erforderlich.



SM

Bernhard Leisner Rechtsanwalt

DIE ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG IM BAUGEWERBE

Arbeitnehmerüberlassung im Allgemeinen

Von Arbeitnehmerüberlassung wird gesprochen, wenn ein selbstständiger Unternehmer (Verleiher) einen seiner eigenen Arbeitnehmer vorübergehend an einen anderen Unternehmer (Entleiher) ausleiht. Die Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung sind im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) geregelt. Nach § 1 AÜG bedarf die Arbeitnehmerüberlassung allgemein, d.h. unabhängig von der Branche, einer behördlichen Erlaubnis. Für die Erteilung dieser sind je nach Sitz des Verleihers verschiedene Agenturen für Arbeit zuständig. Die Erlaubnis wird im ersten, zweiten und dritten Jahr jeweils nur auf ein Jahr befristet erteilt. Erst ab dem vierten Jahr kann sie unbefristet erteilt werden. Befristete Erlaubnisse werden bei entsprechendem Antrag verlängert, wenn nicht die Behörde die Verlängerung versagt. Der Verlust der Erlaubnis bzw. die fehlende Verlängerung muss der Verleiher dem Entleiher nach § 11 Absatz 3 AÜG unverzüglich mitteilen. Die Arbeitnehmerüberlassung selbst bedarf zudem eines Vertrages zwischen dem Verleiher und dem Entleiher, welcher dem Schriftform Erfordernis unterliegt. Im Vertrag muss zudem ausdrücklich geregelt werden, dass diese Arbeitnehmer „überlassen werden“.

Sonderfall Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe

Die Arbeitnehmerüberlassung in das Baugewerbe ist, mit zwei Ausnahmen, grundsätzlich unzulässig. Welche Betriebe unter den Begriff des Baubetriebes fallen und damit dem Baugewerbe zuzuordnen sind, ist anhand der Regelungen der Baubetriebe-Verordnung zu bestimmen. Betriebe des Baugewerbes sind nach dieser Verordnung solche Betriebe, die gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Bauplatz erbringen. Bauleistungen sind wiederum Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Zu unterscheiden sind hiervon Betriebe des sogenannten Baunebengewerbes. Darunter fallen jene Betriebe der Bauinstallationen und sonstiger Ausbaugewerke wie beispielsweise Gas-, Wasser-, Heizungs- oder Elektroinstallationen. Traditionell werden insbesondere die Bereiche Garten- und Landschaftsbau, Gerüstbau und das Dachdeckerhandwerk als Baunebengewerbe vom Bauhauptgewerbe unterschieden. Zu berücksichtigen ist in jedem Fall, dass auch im Fall der ausnahmsweise zulässigen Arbeitnehmerüberlassung eine Überlassung aus konkreten Tätigkeitsbereichen nur in dieselben Tätigkeitsbereiche zulässig ist, nicht jedoch die Überlassung von Arbeitnehmern aus dem Baunebengewerbe in das Bauhauptgewerbe.

Das AÜG sieht vom grundsätzlichen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in das Baugewerbe zwei Ausnahmen vor. Eine erste Ausnahme besteht nach § 1b Satz 2 a AÜG. Nach diesem darf ein Betrieb, der nicht zum Baugewerbe gehört, Arbeitnehmer an Betriebe die zum Baugewerbe gehören ausleihen, wenn Tarifverträge dies ausdrücklich zulassen. Dabei muss sowohl der verleihende Betrieb außerhalb des Baugewerbes als auch der entleihende Betrieb des Baugewerbes von einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag erfasst sein, der



die Ausnahme von der Einschränkung der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich zulässt. Der Tarifvertrag muss dazu eine sogenannte Tariföffnungsklausel enthalten. Zusätzlich zur tarifvertraglichen Regelung ist jedenfalls die vorgenannte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erforderlich. Ob eine Arbeitnehmerüberlassung aus einem Nicht-Baubetrieb in einen Baubetrieb ausnahmsweise nach § 1b Satz 2 a AÜG zulässig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden. Es müsste im Einzelfall gesondert geprüft werden, welchem Tarifvertrag das eventuell entleihende Unternehmen unterfällt, ob dieser auch sachlich für die vom Unternehmen durchgeführten Arbeiten Anwendung findet und ob dieser Tarifvertrag eine Tariföffnungsklausel enthält. Eine weitere Ausnahme gilt für die Arbeitnehmerüberlassung von einem Betrieb des Baugewerbes in einen anderen Betrieb des Baugewerbes nach § 1b Satz 2 b) AÜG. Die Arbeitnehmerüberlassung ist zwischen Betrieben des Baugewerbes möglich, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird. Die maßgeblichen Tarifverträge müssen dann keine Angaben zur Arbeitnehmerüberlassung und deren Zulässigkeit enthalten. Der Nachweis kann durch Vorlage einer Bestätigung der jeweils zuständigen Einzugsstelle für die Sozialkassenbeiträge erfolgen.

Auch die Arbeitnehmerüberlassung von Unternehmen aus dem europäischen Wirtschaftsraum in denselben Bereich des Baugewerbes nach Deutschland ist ausnahmsweise zulässig, wenn der Betrieb des Baugewerbes mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des europäischen Wirtschaftsraumes nachweislich seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausübt, die unter den fachlichen Geltungsbereich derselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen, von denen der Betrieb des Entleihers erfasst wird. Der zudem erforderliche Nachweis über die ordnungsgemäße Teilnahme am Urlaubskassenverfahren der deutschen Bauwirtschaft kann für ausländische Unternehmen durch eine Bescheinigung der Sozialkasse-BAU, Abteilung Europaangelegenheiten, erbracht werden.

Pflichten des Entleihers

Mit der Überlassung von Arbeitnehmern werden insbesondere für das verleihende Unternehmen, jedoch auch für das entleihende Unternehmen Pflichten begründet. Die wichtigsten Pflichten der Entleihbetriebe sind als Spiegelbilder zu den im AÜG, im Mindestlohngesetz und im Arbeitnehmerentsendegesetz geregelten Ordnungswidrigkeiten und Straftatbestände erkennbar. Die durch das AÜG begründeten Pflichten richten sich zumeist an den Verleiher und nur eingeschränkt an den Entleiher. Der Entleiher ist jedoch insbesondere verpflichtet:

- » nur Arbeitnehmer einzusetzen, die von einem Verleiher mit entsprechender Erlaubnis verliehen werden
- » entlehene Arbeitnehmer nicht weiter zu verleihen
- » ausländische entlehene Arbeitnehmer keinesfalls ohne Aufenthaltstitel im Inland einzusetzen (selbst wenn eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung vorliegt)
- » entlehene Arbeitnehmer auf freie Stellen im eigenen Unternehmen hinzuweisen, um eine Übernahme zu ermöglichen bzw.

zu erleichtern.

- » entlehene Arbeitnehmer nicht länger als 18 Monate zu beschäftigen.

Verstöße gegen Bestimmungen des AÜG können regelmäßig als Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeldern bis zu EUR 30.000 geahndet werden. Werden ausländische Arbeitnehmer ohne Aufenthaltstitel im Inland eingesetzt droht ein Bußgeld von bis zu EUR 500.000. Werden mehr als fünf ausländische Arbeitnehmer eingesetzt, die die Tätigkeit nicht ausüben dürfen oder werden diese zu „ungünstigen Arbeitsbedingungen“ beschäftigt, kann dies jeweils sogar als Straftat geahndet werden.

Stellt sich heraus, dass die Arbeitnehmerüberlassung ohne erforderliche Erlaubnis erfolgte, entsteht bzw. besteht zudem kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem überlassenen Arbeitnehmer. Die Entleiher haften dem überlassenen Arbeitnehmer gegenüber auf Arbeits- und insbesondere auf den Mindestlohn. Gegenüber den Sozialversicherungsträgern besteht nach § 28e SGB IV in jedem Fall eine gesamtschuldnerische Haftung des Entleihers neben dem Verleiher für Sozialversicherungsbeiträge.

Fazit

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Arbeitnehmerüberlassung auch für den Entleiher mit ganz erheblichen Risiken verbunden sein kann. Es erscheint ratsam, die Beschäftigung entliehener Arbeitnehmer auf das absolut notwendige Maß zu begrenzen. Entleiher sollten neben der Abfrage der oben genannten Nachweise zusätzlich darauf achten, dass der Überlassungsvertrag schriftlich geschlossen wird, die Arbeitnehmer ausdrücklich „überlassen“ werden und die Überlassung höchstens für 18 Monate erfolgt. Bei überlassenen ausländischen Arbeitnehmern ist wegen der besonders empfindlich hohen Bußgelder zu prüfen, ob diese über gültige Aufenthaltstitel verfügen.

RB Seminar

21. Juni 2018
in Weimar

„Die neue europäische Datenschutz- Grundverordnung“

Allgemeines zur DS-GVO

Grundsätze der DS-GVO
Rechte der Betroffenen
Pflichten der Verantwortlichen

Auftragsdatenverarbeitung

Wann liegt diese vor?
Was ist zu beachten?

Haftung

Welche konkreten Folgen drohen?

Checkliste

Empfehlungen zur Fehlervermeidung

Uhrzeit: 14.00 Uhr

Dauer der Veranstaltung ca. 3 Stunden,
die Teilnahme ist kostenfrei

Ort: Kanzlei SMC

Carl-von-Ossietzky-Straße 67 a
99423 Weimar

Anmeldung per
E-Mail unter:

[simone.schmidt@
schramek-meier.de](mailto:simone.schmidt@schramek-meier.de)



Jens Greskamp Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dipl.-Bauing.



NEUE RECHTSPRECHUNG IM BAURECHT KEINE SCHADENS- BERECHNUNG MEHR NACH FIKTIVEN MANGEL- BESEITIGUNGSKOSTEN!

Mit seinem Grundsatzurteil vom 22.02.2018 (Az. VII ZR 46/17) hat der BGH die Möglichkeiten der Berechnung von Schadensersatzansprüchen infolge mangelhafter Leistung neu definiert. Die Entscheidung hat weitreichende Bedeutung für die Praxis.

Ausgangslage

Dem Besteller (Auftraggeber) stehen im Falle einer mangelhaften (Bau-) Leistung Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftragnehmer zu, wenn die entsprechenden Voraussetzungen hierfür vorliegen. Keine Änderungen zur bisherigen Rechtslage ergeben sich für den Fall, dass der Besteller den Mangel beseitigen lässt. Hierfür kann er entweder Kostenvorschuss verlangen, über den nach Mangelbeseitigung abzurechnen ist. Andererseits kann er auch die für die Mangelbeseitigung bereits entstandenen Kosten als konkreten Schaden geltend machen.

Alternativ hierzu konnte der Auftraggeber den mangelbedingten Schaden bisher auch auf der Grundlage der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten ermitteln. Diese fiktiven

Mangelbeseitigungskosten konnte er stets verlangen, unabhängig davon, ob er den Mangel beseitigt oder nicht, denn die mangelhafte Leistung stellte unabhängig von deren Beseitigung bereits den Schaden dar. Diese Vorgehensweise war weit verbreitete und gängige Praxis, denn sie bietet dem Auftraggeber eine vergleichsweise einfache und unkomplizierte Möglichkeit, den Schaden infolge eines Mangels der Höhe nach zu bemessen, ohne diesen beseitigen zu müssen. Üblich ist, die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Leistungen durch einen Sachverständigen ermitteln und die notwendigen Kosten der Höhe nach bewerten zu lassen.

Urteil des BGH vom 22.02.2018

Die vorbeschriebene Vorgehensweise ist nach der Entscheidung des BGH nun nicht mehr möglich. Ein Besteller, welcher sich dazu entscheidet, einen Mangel nicht beseitigen zu lassen, d.h. den Mangel zu „behalten“, kann seinen Schaden nicht mehr nach den fiktiven Mangelbeseitigungskosten berechnen.

Eine Schadensbemessung nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten bildet das Leistungsdefizit, insbesondere im Baurecht, häufig nicht zutreffend ab. Der Besteller, der keine Aufwendungen zur Mangelbeseitigung tätigt, hat nicht „automatisch“ einen Vermögensschaden in Form und Höhe der nur fiktiven Mangelbeseitigungskosten. Diese Betrachtungsweise kann zu einer Überkompensation des Bestellers führen. Insbesondere bei untergeordneten oder gar optischen Mängeln können die Beeinträchtigungen hieraus nur geringfügig, die Kosten der Mangelbeseitigung dagegen ganz erheblich sein. Dies widerspricht dem schadensrechtlichen Grundsatz, wonach der Besteller durch die mangelhafte Ausführung nicht schlechter aber eben auch nicht besser als bei mangelfreier Leistung gestellt werden soll.

Beseitigt der Besteller den Mangel nicht, so eröffnen sich nach der Entscheidung des BGH folgende Möglichkeiten der Schadensberechnung.

Steht das Werk im Eigentum des Bestellers, so kann er den Schaden in der Weise bemessen, dass er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert bei mangelfreier Leistung und dem tatsächlichen Wert infolge des Mangels ermittelt.

Veräußert der Besteller die mangelbehaftete Sache, so kann er den Schaden auch nach dem konkreten Mindererlös aufgrund des Mangels bemessen.

Beide Varianten dürften in der Praxis dazu führen, dass nun nicht mehr wie bisher allein Marktpreise aus der Bauwirtschaft im Hinblick auf Mangelbeseitigungskosten für die Schadensermittlung maßgebend sind. Vielmehr werden standortbezogene Faktoren einer Immobilie, des Objektes oder des Werkes in die Vermögensbilanz mit einfließen. Ob dies alleine durch Bausachverständige noch bewerkstelligt werden kann, darf bezweifelt werden.

Die dritte vom BGH aufgezeigte Möglichkeit besteht darin, dass der Schaden in Anlehnung

an § 634 Nr. 3, § 638 BGB in der Weise bemessen wird, dass ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung der Minderwert wegen des nicht beseitigten Mangels geschätzt wird. Maßstab ist danach die durch den Mangel des Werks erfolgte Störung des Äquivalenzverhältnisses. Die Störung des Äquivalenzverhältnisses bedeutet, dass der Besteller infolge des Mangels ein „Weniger“ gegenüber der mangelfreien Leistung für den von ihm zu zahlenden Werklohn erhält. Nach der Vorgabe des BGH ist somit ausgehend von der vereinbarten Vergütung der Minderwert in Anlehnung an die Vorschriften über die Minderung zu schätzen. Somit spielt die vereinbarte Vergütung für die Bemessung des Schadens eine maßgebliche Rolle. Keineswegs dürfen die (fiktiven) Mangelbeseitigungskosten quasi „durch die Hintertür“ für die Berechnung des Minderwertes herangezogen werden.

Schuldet der Auftragnehmer beispielsweise eine zweilagige Abdichtung und führt er diese nur einlagig aus, so kann der Vergütungsanteil für die zweite Lage als Bemessungswert für die Schadensermittlung dienen. Ergeben sich die Vergütungsanteile nicht aus dem Vertrag, so sind sie zu schätzen.

Ist der Besteller nicht Eigentümer des Werks, wie dies in der Praxis häufig der Fall ist, bleibt ihm lediglich der letztgenannte Weg der Schadensbemessung.

Rückkehr zum Vorschussanspruch

Der Besteller, welcher Schadensersatz statt der Leistung für nicht beseitigte Mängel in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt, kann vom Unternehmer Vorschuss zur Mangelbeseitigung verlangen, wenn er sich dazu entscheidet, den Mangel doch noch zu beseitigen. Bisher galt, dass der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen ist, sobald der Besteller Schadensersatz verlangt.

Auswirkung auf bereits laufende Verfahren

Das Urteil des BGH wirkt sich auf alle ab dem 01.01.2002 geschlossenen Werkverträge und damit praktisch auf alle bereits laufenden Verfahren und Prozesse aus. Unerheblich ist, ob es sich um BGB-Werkverträge oder VOB-Bauverträge handelt. Dies bedeutet, dass in allen Verfahren, in denen der Besteller Schadensersatz auf der Grundlage fiktiver Mangelbeseitigungskosten verlangt, die Schadensberechnung umzustellen ist. Entweder hat die Schadensberechnung nach den vorgenannten Methoden zu erfolgen, sofern der Besteller den Mangel nach wie vor nicht beseitigen lassen will, oder er muss sich für die Mangelbeseitigung entscheiden und kann Vorschuss verlangen. Nach Beseitigung des Mangels kann er wiederum auf Erstattung der konkreten Mangelbeseitigungskosten umstellen.

Ansprüche gegenüber Architekten und Ingenieuren

Keine Änderungen ergeben sich wiederum für den Fall, dass der Besteller den Mangel beseitigen lässt. In diesem Fall kann er die entstandenen Mangelbeseitigungskosten vom Architekten ersetzt verlangen, sofern die Anspruchsvoraussetzungen bestehen.



Die Schadensermittlung auf der Grundlage fiktiver Mangelbeseitigungskosten war nicht nur gegenüber dem mangelhaft leistenden Unternehmer üblich, vielmehr kam sie auch bei der Schadensbemessung gegenüber dem Architekten zur Anwendung. Auch dies ist nun nach dem Urteil des BGH nicht mehr möglich. Vielmehr stehen dem Besteller die oben genannten Wege der Schadensermittlung zur Verfügung, sofern der Mangel nicht beseitigt wird.



Stefan Vasters
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht



Beruhet der Mangel auf Planungs- oder Überwachungsfehlern des Architekten und hat sich dieser bereits im Bauwerk verwirklicht, so hat der Besteller Anspruch auf Schadensersatz auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages gegenüber dem Architekten. Faktisch gewährt der BGH damit dem Besteller – und dies ist völlig neu – auch einen Vorschussanspruch gegenüber dem Architekten. Nach der bisherigen gefestigten Rechtsprechung war dies nicht möglich, da der Architekt nicht die eigentliche Herstellung des Werkes und somit auch keine Nacherfüllung schuldet. Nach der Entscheidung des BGH ändert sich an diesem Grundsatz nichts, vielmehr soll dem Besteller das Vorfinanzierungsrisiko für die Mangelbeseitigung genommen werden, was er im Rahmen des Schadensersatzes als „Quasi-Vorschussanspruch“ geltend machen kann.

Fazit

Das Grundsatzurteil des BGH hat weitreichende Auswirkungen auf bereits laufende Verfahren und zukünftige Auseinandersetzungen sowohl gegenüber dem ausführenden Unternehmen als auch gegenüber Architekten und Ingenieuren.

NEUES BAUVERTRAGSRECHT

ANSPRUCH DES UNTERNEHMERS AUF BAUHANDWERKER-SICHERUNG SEIT 01.01.2018 GEGENÜBER EINEM VERBRAUCHER AUCH BEI BAU EINES EINFAMILIENHAUSES?

Für die bis zum 31.12.2017 geschlossenen Verträgen lautete die Antwort hierauf:

Nein!

Gegenüber einem „Häuslebauer“, der einen Unternehmer mit der Errichtung eines Einfamilienhauses beauftragte, gab es keinen Anspruch auf Sicherheit nach der bisher geltenden Regelung gem. § 648a BGB (a.F.).

Nach der bis zum 31.12.2017 gültigen Gesetzeslage konnte der Unternehmer eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teils davon vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die pauschaliert mit 10 % des zu sichernden Anspruches berücksichtigt werden, verlangen.

Der Anspruch auf Sicherheit bestand aber nicht, sofern der Besteller eine natürliche Person war

und die Arbeiten die Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses (mit ohne Einliegerwohnung) betrafen (sog. Verbraucherprivileg). Damit konnte der Unternehmer vom klassischen „Einfamilien-Häuslebauer“ keine Sicherheit verlangen. Der Gesetzgeber begründete diese Ausnahme damit, dass der Bau eines Einfamilienhauses durch den „Häuslebauer“ finanziell abgesichert sei und für den Unternehmer deshalb kein Sicherungsinteresse bestehe.

Für die seit dem 01.01.2018 geschlossenen Verträge lautet die Antwort auf die Frage nunmehr: Ja, in bestimmten, nachfolgend aufgeführten Konstellationen:

Die bisherige Regelung des § 648a BGB (a.F.) findet sich nunmehr in § 650f BGB wieder. § 650f BGB gilt allerdings nur, sofern ein Bauvertrag gem. § 650a BGB vorliegt. Hiernach ist ein Bauvertrag ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teiles davon. Gegenüber der alten Fassung in § 648a BGB ist damit der Anwendungsbereich des § 650f BGB weitestgehend gleichgeblieben.

Auch in § 650f BGB findet sich das sog. Verbraucherprivileg wieder, allerdings mit einer entscheidenden Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage:

§ 650f BGB ist gemäß dessen Abs. 6 Nr. 2 nicht anzuwenden, wenn der Besteller ein Verbraucher (= natürliche Person) ist und es sich um einen Verbrauchervertrag nach § 650i BGB oder um einen Bauträgervertrag nach § 650u BGB handelt.

Der Verbrauchervertrag gem. § 650i BGB ist ein Vertrag, durch welchen der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude ver-

pflichtet wird. Ein Verbraucher ist entsprechend der Legaldefinition in § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden können.

Konsequenz der Regelung in § 650i BGB ist, dass bei Beauftragung mehrerer Unternehmer für den Bau eines neuen Einfamilienhauses oder bei erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude durch einen Verbraucher kein Verbrauchervertrag vorliegt. Somit gilt das Privileg des Verbrauchers, keine Sicherheit stellen zu müssen, in diesen Fällen nicht (mehr). Vielmehr kann der Unternehmer, der z.B. nur mit dem Rohbau oder mit anderen einzelnen Gewerken beauftragt ist, nunmehr auch beim Bau eines Einfamilienhauses durch einen Verbraucher Sicherheit verlangen kann. Nur dann, wenn sämtliche Leistungen „aus einer Hand“ kommen, kann der Unternehmer beim Bau eines Einfamilienhauses, das er für einen Verbraucher errichtet, von diesem (wie bisher) keine Sicherheit verlangen.

Dabei ist zu beachten, dass der Anspruch des Unternehmers gegenüber dem Besteller auf Stellung einer Sicherheit vertraglich nicht abbedungen werden kann. Es ist – wie bisher auch – ausdrücklich gesetzlich geregelt, dass abweichende Vereinbarungen unwirksam sind. Dem Verbraucher, der bei dem Bau seines Einfamilienhauses mit verschiedenen Unternehmern den Anspruch auf Sicherheit im Vertrag ausschließt, nützt eine solche Regelung somit nichts.

Daneben ist nunmehr auch höchststrichlerlich entschieden, dass das Verlangen des Unternehmers nach Stellung einer Sicherheit weder eine unzulässige Rechtsausübung noch einen Verstoß gegen des bauvertragliche Kooperationsgebot darstellt, selbst wenn dem Sicherungsverlangen auch andere Motive als die bloße

Erlangung einer Sicherheit zugrunde liegen (BGH, Urteil vom 23.11.2017, VII ZR 34/15).

Für den Unternehmer ergibt sich somit in den Fällen, in denen der Auftrag des Verbrauchers zur Errichtung eines Einfamilienhauses an verschiedene Unternehmer erteilt wird, ein Anspruch auf Stellung einer Sicherheit.

Dieser Anspruch sollte vom Besteller ernst genommen werden. Denn mit Ablauf einer angemessenen Frist (regelmäßig angemessen dürften 2 Wochen sein) nach dem Verlangen zur Stellung der Sicherheit kann der Unternehmer die Arbeiten einstellen oder den Vertrag sogar kündigen und dann vom Besteller die volle vereinbarte Vergütung für die noch nicht erbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen.

Dass das Verlangen nach Stellung einer Sicherheit dabei auch als taktisches Mittel vom Unternehmer genutzt werden kann, liegt auf der Hand. Der Besteller hat aber nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach dem Sicherungsverlangen auch andere Motive als die bloße Erlangung der Sicherheit zugrunde gelegt werden können, nahezu keine Möglichkeit, dem Anspruch auf Sicherheit zu entgehen.

Kommt es auf der Baustelle zwischen dem Besteller und dem Unternehmer zu Streit (z.B. über die Berechtigung eines Nachtrages oder Ausführungsfristen), kann der Unternehmer das Verlangen nach Sicherheit mit der Hoffnung verbinden, der Besteller stellt die Sicherheit nicht innerhalb der angemessenen Frist, so dass ihm nach Ablauf der Frist ein Kündigungsrecht zur Seite steht. Gerade beim Bau eines Einfamilienhauses durch einen Verbraucher wird dieser in der Regel gar nicht über die finanziellen Mittel verfügen, dem Unternehmer auch noch eine Sicherheit auszureichen.

Fazit

Der Verbraucher, der ein Einfamilienhaus errichten und mit verschiedenen Unternehmern abwickeln will, sollte sich bewusst sein, dass er den Unternehmern im Anforderungsfall Sicherheit leisten muss. Ihm ist daher anzuraten, finanzielle Mittel sowohl für die eigentliche Bausumme, als auch darüber hinaus für etwaige Sicherheiten einzuplanen.

Der Verbraucher, der nicht über einen erheblichen Betrag der Bausumme hinaus für mögliche Sicherheiten verfügt – und das werden wohl die meisten Verbraucher sein – sollte in Erwägung ziehen, sein Einfamilienhaus von einem Generalunternehmer erstellen zu lassen, da er dann keine Sicherheit leisten muss.

Der Unternehmer wiederum sollte bei der Errichtung eines Einfamilienhauses, bei dem er nicht als Generalunternehmer tätig ist, die Möglichkeit der Sicherheit kennen.

Im Übrigen gilt weiterhin:

Will der Verbraucher ein Zweifamilienhaus errichten lassen, kann der Unternehmer oder Generalunternehmer wie bisher auch Sicherheit verlangen.



OLG CELLE: TRANSPORT VON QUARK UNTERLIEGT DEM SONNTAGSFAHRVERBOT

1. Frische Milcherzeugnisse im Sinne der gesetzlichen Ausnahme vom Sonn- und Feiertagsfahrverbot des §§ 30 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2a StVO sind alle nicht wärmebehandelten und damit ständig kühlungsbedürftigen Milcherzeugnisse. Auf die Dauer die Haltbarkeit des konkreten Transportgutes im Einzelfall (Mindesthaltbarkeitsdatum) kommt es nicht an.

2. Milcherzeugnisse im Sinne des § 30 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2a StVO sind die in der Anlage 1 zur Milcherzeugnisverordnung (MilchErzV) bezeichneten Produkte. Quark ist dort nicht benannt, so dass der Transport von Quark nicht der gesetzlichen Ausnahme vom Sonn- und Feiertagsfahrverbot unterfällt.

EIN FLÄSCHCHEN WEIN IM URLAUB

Der 1960 geborene Kläger und Inhaber einer Fahrerlaubnis der Klassen A1, C, BE, C1E, CE und T beantragte bei der für ihn zuständigen Führerscheinstelle die Ausstellung eines Ersatzführerscheins mit der Begründung, sein Führerschein sei in Polen wegen einer Alkoholfahrt mit einer Atemalkoholkonzentration 1,03 mg/l (= 2,06 Promille) von der Staatsanwaltschaft zur Durchsetzung eines gegen ihn von einem Schnellgericht verhängten zweijährigen Fahrverbots eingezogen worden.

Das Kraftfahrt-Bundesamt übersandte der zuständigen Führerscheinstelle Unterlagen aus Polen, darunter eine Kopie des rechtskräftig gewordenen Urteils der 2. Strafkammer des Amtsgerichts W. Darin wurde der Kläger

wegen einer mit einem LKW nebst Anhänger auf der Autobahn A2 begangenen Trunkenheitsfahrt mit einer Atemalkoholkonzentration von 1,03 mg/l (= 2,06 Promille) in der ausgeatmeten Atemluft für schuldig erklärt, eine Straftat gemäß Art. 178a § 1 des polnischen Strafgesetzbuches begangen zu haben. Er wurde zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten verurteilt, deren Vollstreckung auf zwei Jahre zur Bewährung ausgesetzt wurde. Zudem wurden gegen den Kläger eine Geldstrafe und ein Fahrverbot für die Dauer von 2 Jahren verhängt.

Die für den Kläger zuständige deutsche Führerscheinstelle forderte den Kläger zur Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens auf. Nachdem der Kläger der Aufforderung zur Beibringung des Gutachtens nicht innerhalb der gesetzten Frist nachgekommen war, entzog ihm die Führerscheinstelle unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung die Fahrerlaubnis für alle erteilten Klassen.

Die dagegen erhobene Klage wies das VG Münster ab. Auch die vom OVG zugelassene Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Die materielle Befugnis der Führerscheinstelle, dem Kläger eine Begutachtung durch eine Begutachtungsstelle für Fahreignung abzuverlangen, folgt aus den Bestimmungen des § 13 Fahrerlaubnisverordnung (FeV), die sich mit der Erklärung von Eignungszweifeln bei Alkoholproblematik befasst.

Nach § 13 Satz 1 Nr. 2c FeV ist ein medizinisch-psychologisches Gutachten beizubringen, wenn ein Fahrzeug im Straßenverkehr bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,6 Promille oder mehr geführt worden ist. Hiervon war im vorliegenden Fall auszugehen.

Dies vorausgeschickt, reicht es zur Annahme eines den Anforderungen des § 13 Satz 1 Nr. 2

FeV genügenden Gefahrenverdachts nicht aus, dass der Kläger in Polen wegen einer Trunkenheitsfahrt mit der angegebenen Atemalkoholkonzentration rechtskräftig strafrechtlich verurteilt worden ist.

Dem Kläger war im Grundsatz zuzustimmen, dass die zum Teil noch erheblichen Unterschiede in Rechtsordnungen der einzelnen Staaten der Europäischen Union einem unbeesehenen Rückgriff auf das bloße Ergebnis eines ausländischen Straf- oder Bußgeldverfahrens entgegenstehen. Bei der Verwertung der Kenntnisse haben die deutschen Behörden zu überprüfen, ob deren Gewinnung inländischen Standards entspricht. Das gilt insbesondere für die Bestimmung von Blut- oder Atemalkoholwerten, die deutschen Standards entsprechen muss. In seiner ausführlichen Begründung führte das OVG Münster im Urteil vom 25.10.2016 aus, dass vor allem die nähere Durchführung der Atemalkoholmessung, d. h. insbesondere die Vornahme von mehr als nur einer Messung und die Einhaltung von Wartezeiten vor und zwischen den Messungen keine ernsthaften Zweifel daran hervorrufen lässt, dass die hierzulande anerkannten Standards für die Gewinnung eines möglichst realitätsnahen Messergebnisses im Wesentlichen bei der Messung des Klägers in Polen beachtet wurden.

Letztendlich würde man also einem fatalen Irrtum unterliegen, wenn man annehmen würde, eine im Ausland begangene Alkoholfahrt würde hierzulande keinerlei Folgen nach sich ziehen.



Andreas Schramek

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Arbeitsrecht
Arzthaftungsrecht
Verkehrsrecht
Strafrecht

1981 – 1986 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg

1986 – 1989 Rechtsreferendariat in Aschaffenburg und Würzburg

Seit September 1989 als Rechtsanwalt zugelassen

1992 Gründung der Kanzlei in Weimar

Seit 1996 Fachanwalt für Arbeitsrecht

Seit 2011 Fachanwalt für Verkehrsrecht

Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein



Christian Meier

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Bau- und Architektenrecht
Bauträgerrecht
Vergaberecht

1983 – 1987 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Würzburg

1987 – 1990 Rechtsreferendariat in Aschaffenburg, Würzburg und Los Angeles

Seit 1990 zugelassen als Rechtsanwalt

1990 – 1994 Anwalt in einer wirtschaftsrechtlichen Kanzlei in Baden-Württemberg

Seit 1994 Partner der Sozietät Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Lehrbeauftragter der Bauhausuniversität Weimar

Mitglied des Vorstands der Arbeitsgemeinschaft Bau- und Immobilienrecht im DAV

Vorsitzender des Fachausschusses Vergaberecht bei der Thüringer Rechtsanwaltskammer

Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen und Referent bei großen Fachtagungen



Fee-Marie von Witzleben

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht
Fachanwältin für Erbrecht
Zertifizierte Mediatorin

Erbrecht
Familienrecht

1988 – 1992 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau

1992 – 1996 Rechtsreferendariat in Erfurt

1997 Aufnahme der Tätigkeit bei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2000 Fachanwältin für Familienrecht

Seit 2004 Partnerin der Kanzlei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2008 Fachanwältin für Erbrecht



Stefan Vasters

Rechtsanwalt
 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Fachanwalt für Vergaberecht

**Bau- und Architektenrecht
 Vergaberecht
 Bauträgerrecht**

Studium der Elektrotechnik und Rechtswissenschaften an den Universitäten Kaiserslautern und Jena

1998 – 2000 Rechtsreferendariat in Erfurt

Seit 2000 als Rechtsanwalt zugelassen

2000 – 2002 tätig als Rechtsanwalt in einer wirtschaftsberatenden Sozietät in Erfurt

Seit 2002 Rechtsanwalt, seit 2008 Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2006 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Petra Schäfer

Rechtsanwältin
 Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

**Mietrecht
 Wohnungseigentumsrecht
 Immobilienrecht**

1986 – 1992 Studium der Rechtswissenschaften in Würzburg

1992 – 1995 Rechtsreferendariat in Schweinfurt und Würzburg

Seit 1995 als Rechtsanwältin zugelassen

Seit 2005 Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Bis 2007 Rechtsanwältin in einer größeren Kanzlei in Halle / Saale

Seit 2008 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Jens Greskamp

Rechtsanwalt
 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Dipl.-Bauing.
 Schweißfachingenieur

**Bau- und Architektenrecht
 Vergaberecht**

1994 – 1999 Studium des Bauingenieurwesens an der Bauhaus-Universität Weimar

2000 Ausbildung zum Schweißfachingenieur

2001 – 2005 Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

2005 – 2007 Rechtsreferendariat am Landgericht Erfurt

2008 – 2015 Tätigkeit in einer überörtlichen Sozietät in Heidelberg und Erfurt mit Schwerpunkt Bau- und Architektenrecht

Seit 2013 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Seit 2015 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in Weimar und seit 2018 Partner der Kanzlei

Bernhard Leisner

Rechtsanwalt

**Bau- und Architektenrecht
 Bauträgerrecht**

Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

2013 – 2015 Rechtsreferendariat am Landgericht Erfurt

Seit 2016 zugelassen als Rechtsanwalt

2016 Tätigkeit für eine Erfurter Rechtsanwaltskanzlei mit baurechtlichem Schwerpunkt

Seit 2017 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Madelaine Isabelle Baade

Rechtsanwältin

Handels- und Gesellschaftsrecht

2008 – 2014 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz und an der Cardiff University mit Schwerpunkt Strafrecht

2014 – 2016 Rechtsreferendariat am Landgericht Frankenthal

Seit 2017 Rechtsanwältin bei RB Reiserer Biesinger Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Impressum

Herausgeber
 SMC Schramek, Meier & Coll. Part mbB, Weimar

Design
 mm.design Martina Meyer · Dipl. Grafikdesignerin, Heidelberg

Fotos SMC
 People: Matthias Eimer, Weimar
 Weimar: Andreas Schramek, fotolia



SCHRAMEK, MEIER & COLL.
RECHTSANWÄLTE

SMC SCHRAMEK, MEIER & COLL. Part mbB
Carl-von-Ossietzky-Straße 67 a . 99423 Weimar
Telefon: 0 36 43 - 8657-0 . Telefax: 0 36 43 - 86 57-23
rechtsanwaelte@schramek-meier.de

www.rae-schramek-meier.de