

RECHT AKTUELL 4/2011

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

mit der vorliegenden Ausgabe von Recht Aktuell informieren wir Sie letztmalig in diesem Jahr über Neues aus den von uns betreuten Rechtsgebieten, aktuelle Entwicklungen unserer Kanzlei sowie anstehende Termine.

Doch zunächst möchten wir an dieser Stelle auf die in vielen Fällen drohende Jahresendverjährung zum 31.12.2011 hinweisen. Wir regen an, Ihre Unterlagen auf Ansprüche zu prüfen, die möglicherweise von der Verjährung betroffen sein könnten. Dies sind zunächst solche Ansprüche, die im Jahr 2008 entstanden sind und der gesetzlichen, dreijährigen Regelverjährung unterliegen. Zum Ende dieses Jahres ist zusätzlich zu beachten, dass auf Grund der Übergangsregelungen zur Einführung des neuen Verjährungsrechts im Jahre 2002 zum 31.12.2011 – mit wenigen Ausnahmen – auch nahezu alle Ansprüche verjähren, die bereits vor dem 01.01.2002 entstanden sind, und zwar unabhängig davon, wann Sie Kenntnis von diesen Ansprüchen erlangt haben (zehnjährige kenntnisunabhängige Verjährung).

Bitte beachten Sie zusätzlich für das kommende Jahr, dass die zehnjährige kenntnisunabhängige Verjährung im Gegensatz zur dreijährigen Regelverjährung keine Jahresendverjährung ist. Für Ansprüche, die ab dem 01.01.2002 entstanden sind, tritt sie auch unterjährig ein. Ist also ein Anspruch z.B. am 24.01.2002 entstanden und von der zehnjährigen Verjährung betroffen, verjährt dieser Anspruch kenntnisunabhängig mit Ablauf des 24.01.2012.

Gerne unterstützen wir Sie dabei, mögliche Ansprüche zu prüfen und mit rechtzeitigen Maßnahmen einen drohenden Verjährungseintritt zu verhindern.

Aus dem laufenden Kanzleibetrieb heraus freuen wir uns, Ihnen mitteilen zu können, dass Herr Rechtsanwalt Carsten Huch-Hallwachs zusätzlich zu seiner Qualifikation als Fachanwalt für Arbeitsrecht nunmehr auch den Fachanwaltstitel für Gewerblichen Rechtsschutz führt. Wir dürfen außerdem einmal mehr von einem Neuzugang berichten: Für die Praxisgruppe Bank- und Kapitalmarktrecht konnten wir mit Herrn Rechtsanwalt Sven Johannsen einen bereits erfahrenen Berufsträger und gelernten Bankkaufmann gewinnen. Herr Johannsen hat seit dem Jahr 2008 einschlägige Praxiserfahrungen in der Betreuung streitiger Verfahren aus dem Bereich der Kapitalmarktinformationshaftung gesammelt. Neben diesem Tätigkeitsschwerpunkt ist er bei uns mit bankaufsichtsrechtlichen Themen betraut.

Darüber hinaus freuen wir uns, Sie heute auf unseren neuen Internetauftritt aufmerksam machen zu können. Sie werden feststellen, dass die Homepage nicht nur ein neues Design, sondern vor allem umfangreiche Inhalte für Sie bereit hält. In der Rubrik „Aktuelles“ informieren wir regelmäßig über Neues aus Gesetzgebung und Rechtsprechung. Es besteht die Möglichkeit, neue Beiträge schnell, zuverlässig und bequem über unsere RSS-Feeds zu verfolgen. Besuchen Sie uns gerne im Internet unter www.kaufmannlutz.com.

Die nachfolgenden Seiten bilden in gewohnter Weise aktuelle Themen der von uns betreuten Rechtsgebiete ab. Wir hoffen auf Ihr reges Interesse und wünschen Ihnen ein frohes und besinnliches Weihnachtsfest sowie einen guten Start in das Jahr 2012.

Herzliche Grüße

Ihre Kaufmann Lutz Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

VERANSTALTUNGEN

Bank- und Kapitalmarktrecht

- **Prospektierung nach dem neuen Vermögensanlagengesetz** Dr. Ferdinand Unzicker
VGF Intensiv-Workshop | 20.01.2012 | 10.00 – 16.00 Uhr | Berlin
Weitere Informationen unter www.vgf-gmbh.de

Real Estate

- **Fortbildungsabende des IFBBA**
Unser Partner Prof. Dr. Robert Kaufmann ist 1. Vorsitzender des Vorstands des Instituts für Baurecht und Baubetrieb an der Hochschule Augsburg e.V. (IFBBA). Auch im Jahr 2012 veranstaltet das Institut im Rahmen des Jour fixe Fortbildungsabende in den Räumlichkeiten des IFBBA an der Hochschule Augsburg, Brunnenlechgäßchen 1, 86161 Augsburg. Die Veranstaltungen beginnen jeweils um 18:30 Uhr.

- 14.02.2012 | HOAI 2012 – die Reform der Reform des Honorarrechts?
24.04.2012 | Verschuldensunabhängige Haftung des Baustoffhändlers
für die Aus- und Einbaukosten bei Mängeln am Bauwerk
(Urteil des EUGH vom 16.06.2011)
09.10.2012 | Änderungen beim Bauträgervertrag – Möglichkeiten
und Risiken
27.11.2012 | Die Berechnung der Nachtragsvergütung – neueste
Entwicklungen im Bauvertragsrecht und in der
Baubetriebslehre (unter Beteiligung von Dr. Wolfgang Abel)

Genauere Hinweise zum Ablauf der Veranstaltungen sowie allgemeine Informationen zu Anmeldung, Anfahrt etc. können unter www.ifbba.de abgerufen werden.

Für Fragen zu den Veranstaltungen, dem Teilnehmerkreis sowie zur Anmeldung stehen Ihnen die Referenten bzw. Verantwortlichen sowie Mareike Müller (Telefon: +49(0)89-54 41 47-0, E-Mail: mueller@kaufmannlutz.com) sehr gerne zur Verfügung.

RECHT AKTUELL 4/2011

	Arbeitsrecht	
4	Das neue Familienpflegezeitgesetz zum 01.01.2012	Dr. Susanne Adlberger
<hr/>		
	Bank- und Kapitalmarktrecht	
6	Zur Erlaubnispflichtigkeit des „Ankaufes“ privater Lebensversicherungen	Sven Johannsen
<hr/>		
	Privates Bau- und Architektenrecht	
8	Neue Tiefgaragen und Parkhäuser ohne Gefälle – Mangel im Rechtssinne oder nicht?	Dr. Hubert Bauriedl
11	Zur Erstattungsfähigkeit der Kosten für Privatgutachten	Matthias Simon, LL.M.
12	Wieder einmal: Das Bautagebuch des Architekten	Dr. Michael T. Stoll
13	Haftung des Unternehmers für den Werkerfolg auch dann, wenn die Art der Ausführung vorgegeben ist	Dr. Robert Castor
<hr/>		
	Öffentliches Baurecht	
15	Nachbarklage gegen Erweiterungsbau kann auch den Bestand eines vor 30 Jahren bauaufsichtlich zugelassenen Gebäudes in Frage stellen	Dr. Christian Braun
<hr/>		
	Gewerblicher Rechtsschutz	
18	Urheberrechtliche Zulässigkeit einer Bildersuche bei Google	Carsten Huch-Hallwachs
<hr/>		
	Handels- und Gesellschaftsrecht	
20	Geschlechtsbezogene Benachteiligung durch die Stellenanzeige „Geschäftsführer gesucht“?	Dr. Christian Dittert
<hr/>		
	Vergaberecht	
23	Ausschreibung kann wegen fehlender Haushaltsmittel aufgehoben werden	Magdalena Götsche
<hr/>		

ARBEITSRECHT

Das neue Familienpflegezeitgesetz zum 01.01.2012

Dr. Susanne Adlberger | Adlberger@kaufmannlutz.com

1. Ausgangslage

Der Bundestag hat am 20.10.2011 dem Entwurf eines Familienpflegezeitgesetzes zugestimmt, mit dem die bessere Vereinbarkeit von Pflege und Beruf sichergestellt werden soll. Das Gesetz tritt zum 01.01.2012 in Kraft.

Bisher gab es für einen Arbeitnehmer nach Einführung des Pflegezeitgesetzes (PflfZG) im Juli 2008 nur zwei Alternativen der Pflegezeit. Bei einer akut eingetretenen Pflegesituation durfte ein Arbeitnehmer kurzfristig bis zu zehn Arbeitstage von der Arbeit fern bleiben, um eine bedarfsgerechte Pflege für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen zu organisieren oder dessen pflegerische Versorgung sicherzustellen. Das Einverständnis des Arbeitgebers ist hierfür nicht erforderlich. In der zweiten Alternative konnte ein Arbeitnehmer bei Pflege eines nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung eine teilweise oder vollständige Freistellung von der Arbeitsverpflichtung von bis zu sechs Monaten vom Arbeitgeber verlangen. Problem hierbei ist, dass das Pflegezeitgesetz grundsätzlich keine Entgeltfortzahlung für diese Pflegezeiten vorsieht, das heißt der Arbeitnehmer hat zwar einen Freistellungsanspruch, muss aber auf seinen Lohn verzichten, wenn nicht ein Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder eine arbeitsvertragliche Regelung die Lohnfortzahlung ausnahmsweise normiert.

Mit dem neuen Familienpflegezeitgesetz ab 01.01.2012 ist es nun als Arbeitnehmer möglich, die Arbeitszeit für bis zu zwei Jahre zu verringern, ohne vollständig auf den darauf entfallenden Gehaltsanteil verzichten zu müssen. Das Gesetz sieht eine finanzielle Aufstockung vor. Knackpunkt bei diesem Gesetz ist jedoch, dass ein Anspruch auf eine sogenannte Familienpflegezeit gegenüber dem Arbeitgeber nicht besteht. Der Arbeitnehmer ist darauf angewiesen, dass er eine

einvernehmliche Vereinbarung entsprechend den Vorgaben des Familienpflegezeitgesetzes mit dem Arbeitgeber erzielt. Im Einzelnen regelt das neue Gesetz folgende Eckpunkte:

2. Gesetzesinhalt

Jeder Arbeitnehmer kann bei entsprechender einvernehmlicher Vereinbarung mit seinem Arbeitgeber zur Pflege eines nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung seine wöchentliche Arbeitszeit für maximal zwei Jahre auf bis zu 15 Stunden reduzieren. Sein monatliches Arbeitsentgelt in der Pflegephase wird durch den Arbeitgeber um die Hälfte des Produkts aus monatlicher Arbeitszeitverringerung in Stunden und dem durchschnittlichen Entgelt pro Arbeitsstunde aufgestockt, wobei die Aufstockung durch Entnahme von Arbeitsentgelt aus Wertguthaben oder durch Entnahme von Arbeitszeit aus Arbeitszeitguthaben erfolgt, die in der sogenannten Nachpflegephase wieder auszugleichen ist. Der Arbeitgeber tritt sozusagen in Vorleistung für künftig erbrachte Arbeitsleistungen. In der Nachpflegephase arbeitet der Arbeitnehmer wieder seine volle Arbeitszeit und erhält weiterhin das reduzierte Gehalt, bis der durch den Arbeitgeber geleistete Aufstockungsbetrag ausgeglichen ist. Der Arbeitgeber kann zur Zwischenfinanzierung dieser Aufstockungsbeträge ein zinsloses Darlehen beim Bundesamt für Familie beantragen, das er in der Nachpflegephase zurückzahlen muss. Ferner ist es erforderlich, dass der Arbeitnehmer eine sogenannte Familienpflegezeitversicherung abschließt, mit der das Risiko des Todes sowie der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit zugunsten des Arbeitgebers abgesichert wird. Diese Voraussetzung kann auch durch Aufnahme in eine vom Bundesamt für Familie abgeschlossene Gruppenversicherung erfüllt werden. Eine neue Familienpflegezeit für dieselbe pflegebedürftige Person ist erst nach Ende der Nachpflegephase möglich. Wie auch beim Mutterschutz, der Elternzeit und der

Pflegezeit nach Pflegezeitgesetz genießt der Arbeitnehmer während der Familienpflegezeit und der Nachpflegephase einen Sonderkündigungsschutz.

3. Fazit

Inwieweit diese durchaus von bürokratischen Anforderungen geprägte Familienpflegezeit vom Arbeitnehmer in Anspruch genommen werden wird, wird sich zeigen. Vor dem Hintergrund, dass es jedoch keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf diese Familienpflegezeit gibt, sondern der Arbeitnehmer darauf

angewiesen ist, hierzu mit seinem Arbeitgeber eine einvernehmliche Vereinbarung zu treffen, bestehen Zweifel, ob diese gesetzliche Neuregelung, die konzeptionell eine Art umgekehrte Altersteilzeit ist, gut angenommen werden wird. Allerdings gilt es auch aus Arbeitgebersicht zu bedenken, dass gute Mitarbeiter nicht selbstverständlich sind, sondern dass es unter Umständen durchaus vorteilhaft sein kann, entsprechendes Entgegenkommen zu zeigen, um die weitere, wenn auch zunächst zeitlich eingeschränkte Mitarbeit eines wertvollen Arbeitnehmers sicherzustellen.

BANK- UND KAPITALMARKTRECHT

Zur Erlaubnispflichtigkeit des „Ankaufes“ privater Lebensversicherungen

Sven Johannsen | Johannsen@kaufmannlutz.com

1. Einführung

In Zeiten verunsicherter Finanzmärkte wird das Einlagengeschäft als Mittel der Kapitalbeschaffung nicht nur für Kreditinstitute immer wichtiger. Die Verwaltungspraxis und Rechtsprechung haben sich daher in jüngerer Zeit zunehmend mit Fallkonstellationen beschäftigt, bei denen ein Käufer auf Grund eines Vertrages von Verkäufern z.B. Bauspar- oder Lebensversicherungsverträge übernimmt und diese anschließend kündigt. Das hierdurch frei werdende Kapital fließt an den Käufer und erst anschließend – je nach vertraglicher Ausgestaltung – in laufenden Raten oder zu einem festen, zukünftigen Zeitpunkt an den Verkäufer. Der Käufer verwendet das eingezogene Geld in der Zwischenzeit für eigene Investitionszwecke.

Bei einer solchen Fallgestaltung liegt die Einstufung als Bankgeschäft in Form des Einlagengeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG und der damit verbundenen Erlaubnispflichtigkeit nach § 32 KWG nahe. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat bereits mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass sie die beschriebene Fallkonstellation als erlaubnispflichtig ansieht.

2. Entscheidung

Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main hat mit Urteil vom 11.07.2011 (Az.: 9 K 646/11.F) zu einer solchen Konstellation Stellung bezogen. In dem dem Urteil zu Grunde liegenden Sachverhalt schloss die Klägerin mit ihren Kunden Verträge, welche sie selbst als „Kaufverträge“ bezeichnete. Die Einschaltung der Klägerin sollte ausweislich des „Kaufvertrags“ dem Zweck der einfacheren Abwicklung des Rückkaufs von Lebensversicherungen dienen. Die Vertragsgestal-

tung war maßgebend darauf ausgerichtet, dass die Versicherungen durch die Klägerin als Bevollmächtigte des jeweiligen Kunden gekündigt werden, diese sich den Rückkaufwert auszahlen lässt und diesen wiederum nur zu einem Teil sofort an den Verkäufer auszahlt, während der Restbetrag für den im Vertrag festgelegten Zeitraum bei der Klägerin verblieb. Die Klägerin nutzte diese Gelder bis zur Rückzahlung an den Verkäufer für den Ankauf und die Finanzierung von Immobilien.

Die Beklagte BaFin ordnete im August 2010 per Bescheid gegenüber der Klägerin gem. § 37 Abs. 1 KWG die sofortige Einstellung des nach ihrer Auffassung unerlaubt betriebenen Einlagengeschäfts an. Die hiergegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht sah in dem Sachverhalt eine Annahme unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 KWG. Dass die Klägerin ihr Vertragswerk selbst als Kaufvertrag bezeichnet, steht dem nicht entgegen. Es gehe nicht um eine rechtsdogmatische Einordnung der zu Grunde liegenden Verträge. Die Frage, ob ein Unternehmen fremde Gelder als Einlage annehme, bestimme sich vielmehr auf Grund einer Wertung aller Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung, wobei wichtige Indizien für die Annahme eines Einlagengeschäfts sind, dass auf Grund typisierter Verträge von einer Vielzahl von Geldgebern, die keine Kreditinstitute sind, fremde Gelder zur unregelmäßigen Verwahrung als Darlehen oder in ähnlicher Weise ohne Bestellung der Art nach banküblicher Sicherheiten laufend angenommen würden. Diese Voraussetzungen lägen hier vor, da sich schon bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung das Geschäftsmodell der Klägerin so darstelle, dass der Klägerin für einen von vornherein festgelegten Zeitraum Geld überlassen werde,

ohne dass der Klägerin in irgendeiner Weise von dem Verkäufer Vorgaben gemacht würden, wie sie mit dem Geld umzugehen habe.

Zudem könne an der unbestimmten Rückzahlbarkeit der Gelder im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 KWG kein Zweifel bestehen, da sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergebe, dass die Klägerin in der im Vertrag festgelegten Weise zur Rückzahlung der Gelder verpflichtet sei. Dies genüge, um das Geschäft als Einlagengeschäft zu qualifizieren, ohne dass es noch auf die genaue rechtsdogmatische Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstypus ankäme.

3. Bewertung

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, gegen welche das Rechtsmittel der Berufung zum Hessischen Verwaltungsgerichtshof (Az.: 6 A 1820/11) eingelegt wurde, steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zum Vorliegen eines erlaubnispflichtigen Einlagengeschäfts. Der streitgegenständliche „Kaufvertrag“ ist zudem durch Geschäftsbesorgungselemente (Kündigung der Versicherung, Einziehung der Gelder usw.) geprägt. Nach dem für die Verwaltungspraxis wichtigen BaFin-Merkblatt „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäftes“

schließt die bürgerlich-rechtliche Geschäftsbesorgung das bankaufsichtsrechtliche Einlagengeschäft aus, solange die Geldverwahrung nur ein untergeordneter Teilaspekt des Geschäftsbesorgungsverhältnisses ist. So lag der Fall hier allerdings nicht, denn die vornehmliche Verwendung der Gelder für eigene Investitionszwecke lässt die Annahme eines untergeordneten Nebenzwecks als kaum vertretbar erscheinen.

4. Praxisfolgen

Anbietern von entsprechenden Geschäftsmodellen bleibt es im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung und Verwaltungspraxis unbenommen, eine Gestaltungsmöglichkeit zu wählen, welche nicht zur Einstufung als Einlagengeschäft führt. Beispielsweise sei erwähnt, dass nach der Verwaltungspraxis der BaFin die Vereinbarung einer qualifizierten Rangrücktrittsklausel, bei der der Anspruch auf Rückzahlung so lange und so weit ausgeschlossen wird, wie die Kapitalrückzahlung einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würde, mangels unbedingter Rückzahlbarkeit ausreichen kann, den Tatbestand des Einlagengeschäfts auszuschließen.

PRIVATES BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

Neue Tiefgaragen und Parkhäuser ohne Gefälle – Mangel im Rechtssinne oder nicht?

Dr. Hubert Bauriedl | Bauriedl@kaufmannlutz.com

Seit dem Erscheinen des DBV-Merkblatts „Parkhäuser und Tiefgaragen“ [2. überarbeitete Ausgabe September 2010] ist in Fachkreisen Streit darüber entstanden, ob neue Tiefgaragen und Parkhäuser noch mit Gefälle ausgeführt werden müssen oder – wie früher – wieder ohne Gefälle ausgeführt werden dürfen. Denn dort heißt es – aus Platzgründen verkürzend und aus dem Zusammenhang gerissen – auf Seite 21:

„Sind Risse und Arbeitsfugen dauerhaft geschlossen und geschützt, ist aus Dauerhaftigkeitsgründen kein Gefälle notwendig.“

Im Gegensatz dazu steht in dem vom Januar 2010 stammenden Grundsatzpapier „Münchener Runde“, einer aus Bauherren, Planern, Projektentwicklern, Sachverständigen und sachkundigen Planern bestehenden Gruppe von Mitgliedern der Bayerischen Ingenieurekammer-Bau:

„Standortunabhängig ist ein Gefälle von größer oder gleich 2% erforderlich. Unmittelbar auf Wände, Stützen zulaufendes Gefälle ist nicht fachgerecht.“

Angesichts dieses Widerspruchs stellt sich die Frage, was passiert, wenn sich Juristen mit den sich daraus ergebenden Rechtsfragen befassen?

1. Rechtliches Umfeld

Die werkvertragliche Verpflichtung zur Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen, der eingeführten Technischen Baubestimmungen sowie der anerkannten Regeln der Technik bei Abnahme trifft sowohl die planenden und objektüberwachenden als auch die ausführenden Unternehmer im Verhältnis zum Besteller (Stufe I).

Handelt es sich bei dem Bauvorhaben um eine Bau-trägermaßnahme, trifft den Bau-träger gegenüber den Bau-trägerkäufern, bei denen es sich regelmäßig um Verbraucher handelt, dieselbe Verpflichtung (Stufe II), jedoch angereichert um Aufklärungs- und Hin-weispflichten, die den Wissensvorsprung zwischen Unternehmer und Verbraucher ausgleichen sollen.

Ein Mangel im Rechtssinne ist relativ, d.h. er beurteilt sich in jedem auf Stufe I und II existierenden Ver-tragsverhältnis für sich. Ein Mangel des Bau-trägers zum Käufer muss nicht auch ein Mangel des Unter-nehmers zum Bau-träger sein und umgekehrt. Tech-niker neigen jedoch dazu, einen Mangel unabhängig von den zugrunde liegenden Vertragsverhältnissen zu beurteilen, rein nach dem, was ihnen technisch richtig erscheint. Das ist jedoch stets nur eine Vor-stufe für die maßgebliche juristische Beurteilung.

2. Vor Vertragsabschluss

Vor Vertragsabschluss ist die juristische Welt noch in Ordnung (zu bringen), und zwar durch eine möglichst klare Vereinbarung der vertraglich geschuldeten Be-schaffenheit i.S.v. §§ 633 Abs. 1 BGB, 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B 2009.

a) Auf Stufe I sind regelmäßig nur Unternehmer, d.h. Personen, die sich gewerbsmäßig mit Planungs- und Bauleistungen beschäftigen, beteiligt. Sie ver-fügen über technisches Fachwissen und Erfahrung im Umgang mit technischen und wirtschaftlichen Zielkonflikten. Ihnen sind die öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen aus der Garagen- und Stell-platzverordnung, die eingeführten Technischen Bau-bestimmungen sowie geltende anerkannte Regeln der Technik weitgehend bekannt. Dass Stahlbeton eine gerissene Bauweise ist, die statisch in ungeris-

¹ www.bayika.de/de/aktuelles/kurznachrichten/bautechnik/2010-04-28.php

senem Zustand bemessen wird, bedarf hier keiner Erläuterung.

b) In Stufe II trifft dagegen ein fachkundiger Unternehmer auf einen Laien, der weder von der Technik selbst noch vom Umgang mit Zielkonflikten und den sich daraus für ihn u.U. ergebenden Konsequenzen eine Ahnung hat. Ein Riss in einem Bauteil, das ungerissen berechnet worden ist, stellt für ihn daher ohne weiteres einen Mangel dar.

c) Für die Vertragsgestaltung und -auslegung kommt als rechtliche Nebenbedingung hinzu, dass die Vertragsunterlagen regelmäßig vom Bauträger stammen und deswegen aus der Sicht des jeweiligen Vertragspartners auszulegen sind, also sowohl von unten als auch von oben, im Zweifel gegen den Bauträger. Dies zwingt den Bauträger gegenüber Planern und Ausführenden bei jeder vermeintlichen Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik zu einer intensiveren Beschreibung als er dies gegenüber einem Unternehmer für erforderlich halten mag, kommt ihm aber auf der anderen Seite beim Verbraucher wieder zugute.

d) Ein Beispiel: Wenn die Zufahrtsrampe einer Mittel- oder Großgarage i.S.v. § 1 Abs. 7 BayGaStellV mit einer größeren Neigung als 15% hergestellt werden soll, vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 BayGaStellV, dann sollte dies im Verhältnis zwischen Planer und Bauträger von der erfolgreichen Erteilung einer entsprechenden Abweichung durch die zuständige Genehmigungsbehörde abhängig gemacht werden, bevor gebaut wird. Bei Rampenneigungen größer 20% ist der Planer gut beraten, wenn er den Bauträger schriftlich darauf hinweist, dass damit ein erhöhter Verschleiß der Fahrbahn im Vergleich zu einer nur 15% steilen Rampe verbunden ist, vgl. OLG München, Urteil vom 11.11.2008 (Az.: 9 U 3880/06).

Der Empfehlung zur Übernahme dieser Bauherrenentscheidung in Kauf- und Nutzerverträgen im eingangs erwähnten DBV-Merkblatt (dort auf Seite 11) folgend, könnte es in der Baubeschreibung zum Bauträgervertrag dann heißen:

„Tiefgarage in Stahlbetonbauweise gemäß Baugenehmigung, statischer Berechnung, Brandschutznachweis und Lüftungsgutachten mit wartungsbedürftiger Beschichtung. Von § 3 Abs. 1 S. 2 BayGaStellV (Rampenneigung in Mittel- und Großgaragen nicht mehr als 15%) wurde in der Baugenehmigung eine Abweichung erteilt. Die Rampenneigung beträgt da-

von abweichend bis zu 20%. Hierdurch kommt es im Vergleich zu einer nur 15% steilen Zufahrtsrampe zu erhöhter Abnutzung des Fahrbahnbelags mit entsprechend erhöhten Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten, die von den Wohnungseigentümern zu tragen sind.“

e) Dem Verfasser ist in über zwölf Jahren nur ein einziger Fall bekannt geworden, in dem sich ein Statiker von seinem Bauherrn bei Vertragsabschluss schriftlich hat freizeichnen lassen, weil er zur Einsparung von Bewehrung die Anforderungen der DIN 1045 unterschreiten sollte und der Bauträger die dadurch programmierten Risse bewusst hinnahm. Da in den Bauträgerverträgen jedoch kein Hinweis auf diesen „Kompromiss“ an die Käufer enthalten war, wurde der Bauträger auf Klage der Wohnungseigentümer zum Abbruch der zu gering bemessenen und zur Neuherstellung einer ausreichend bemessenen Bodenplatte der Tiefgarage rechtskräftig verurteilt – aus Technikersicht ein GAU.

3. Nach Vertragsabschluss

Nach Vertragsschluss, aber vor Ausführung können sich allenfalls noch der Planer und der ausführende Unternehmer durch einen Bedenkenhinweis gegenüber dem Bauträger von einer entsprechenden Mangelverantwortung befreien, vgl. § 13 Abs. 3 VOB/B 2009, indem sie den Bauträger im Beispiel auf § 3 Abs. 1 S. 2 BayGaStellV sowie die bei steilerer Ausführung erhöhte Abnutzung des Fahrbahnbelags mit entsprechend erhöhten Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten schriftlich hinweisen und sich nach Vorlage der Baugenehmigung mit Abweichung zu § 3 Abs. 1 S. 2 BayGaStellV zur Vornahme der Planung/Ausführung anweisen lassen. Dafür tragen sie im Mangelfall die Darlegungs- und Beweislast.

Ansonsten können nachträgliche Änderungen der geschuldeten Beschaffenheit nur noch einvernehmlich vereinbart werden, und zwar sowohl im Verhältnis von Planer und ausführendem Unternehmer zum Bauträger als auch im Verhältnis vom Bauträger zu den Käufern. Auf einseitige Änderungsvorbehalte in seiner Baubeschreibung sollte sich der Bauträger bei Abweichungen von den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen bzw. den anerkannten Regeln der Technik nicht verlassen.

4. Transfer auf Gefälle in Tiefgaragen und Parkhäusern

a) Als Argumente für einen Verzicht auf die Ausbildung eines Gefälles werden Einkaufs- und Kinderwagen angeführt, die sich unabsichtlich in Bewegung setzen sowie qualitativ verbesserte Bemessungsvorschriften in der neuen DIN 1045.

b) Die Entscheidung für oder gegen die Ausführung eines Gefälles setzt voraus, dass der jeweilige Entscheider die für seine Entscheidung maßgeblichen Kriterien kennt. Diese sind zum Teil einzelfallabhängig, z.B. die konkrete Nutzung des Gebäudes als „Gemeinschaftsgarage einer Wohnanlage mittleren Werts“ [kein Gefälle notwendig] im Gegensatz zu einer „Tiefgarage unter hochwertiger Wohnanlage“ (Gefälle empfohlen).

Zum Teil sind die Kriterien verallgemeinerungsfähig, etwa die schädliche Wirkung von Tausalzen und Wasser auf gerissene Stahlbetonbauteile.

Häufig gibt es mehrere technisch umsetzbare Varianten, um den vertraglich geschuldeten Erfolg zu erreichen. Stets spielen dabei finanzielle Aspekte eine entscheidende Rolle, gerade wenn das Gebäude im Interesse eines Auftraggebers erstellt wird, der es nicht halten will, sondern noch während der Herstellung an die späteren Nutzer weiter zu veräußern beabsichtigt. Kurz- und langfristige Ziele geraten dabei regelmäßig in Konflikt miteinander, z.B. niedrigere Baukosten zu höheren Instandhaltungskosten. Schließlich müssen manche Entscheidungen unter fortbestehender Ungewissheit getroffen werden, was landläufig in die Empfehlung mündet, von mehreren möglichen den sichersten Weg einzuschlagen.

c) Wer also wieder ohne Gefälle bauen möchte, hat sowohl als Planer und Unternehmer als auch als

Bauträger erheblichen rechtlichen Erklärungsbedarf, ganz abgesehen von der technischen Herausforderung, Risse und Arbeitsfugen dauerhaft geschlossen und geschützt zu halten. Denn nur wenn letzteres sichergestellt ist, ist laut DBV-Merkblatt aus Dauerhaftigkeitsgründen kein Gefälle notwendig.

Dabei werden sich sowohl der Planer als auch der Bauträger zur theoretischen Richtigkeit einer Ausführung ohne Gefälle, zu fehlenden positiven Langzeiterfahrungen mit neugebauten Tiefgaragen ohne Gefälle, zu dem Streit um die Anerkennung dieses angeblichen „Standes der Technik“ sowie zur erhöhten Wartungsbedürftigkeit zu Lasten der späteren Nutzer zu äußern haben.

Im Streitfall urteilen dann Gerichte und sachkundige Planer als Sachverständige darüber, ob die gebotenen eingehenden Hinweise, zu denen auch das DBV-Merkblatt wiederholt auffordert, hinreichend klar und deutlich waren. Es ist eine Frage der jeweiligen Risikotoleranz, ob man als Planer und Bauträger gewillt ist, derartige Risiken einzugehen (siehe oben unter Ziffer 1 lit. e).

d) Weder ein technisches noch ein rechtliches Problem dürfte dagegen derjenige haben, der ein ausreichendes Gefälle auch dort herstellt, wo es aus Dauerhaftigkeitsgründen nicht erforderlich ist.

Denn er „verstößt“ jedenfalls nicht gegen die anerkannten Regeln der Technik, vgl. § 13 Abs. 7 Nr. 3a VOB/B und braucht in keinem einzigen Vertragsverhältnis auf die Wirksamkeit eines rechtlichen Hinweises bzw. darauf zu vertrauen, dass Risse und Arbeitsfugen auch tatsächlich dauerhaft geschlossen und geschützt sind. Aus rechtlicher Sicht ist dies der sicherere Weg zu einer insoweit vertragsgemäßen Leistung.

Zur Erstattungsfähigkeit der Kosten für Privatgutachten

Matthias Simon | Simon@kaufmannlutz.com

Das Oberlandesgericht (OLG) Saarbrücken hatte in einem Beschluss vom 14.10.2011 (Az.: 9 W 131/11) die umstrittene und häufig praxisrelevante Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten für Privatgutachten im Bauprozess zu entscheiden.

Folgende Leitsätze stehen dem Beschluss voran:

- Bei der Beurteilung der Frage, ob aufgewendete Kosten im Sinne des § 91 ZPO notwendig waren, kommt es darauf an, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die Kosten auslösende Maßnahme im Zeitpunkt ihrer Veranlassung als sachdienlich ansehen durfte.
- Dabei darf die Partei ihr berechtigtes Interesse verfolgen und die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen. Hiernach können anerkanntermaßen auch die Kosten eines im Verfahren verwendeten Privatgutachtens erstattungsfähig sein.

1. Ausgangssituation

Im vorliegenden Fall hatte das OLG Saarbrücken in einem sofortigen Beschwerdeverfahren zu entscheiden, in dem sich der Kläger des Ausgangsverfahrens gegen die Berücksichtigung von Kosten für die Tätigkeit eines Privatsachverständigen wandte.

Die Kosten hatte der Beklagte im Rahmen der gerichtlichen Kostenausgleichung nach § 91 ZPO angemeldet. Sie wurden daraufhin mit Beschluss des Landgerichts Saarbrücken als erstattungsfähig berücksichtigt.

2. Entscheidung

Das Oberlandesgericht Saarbrücken sah die sofortige Beschwerde des Klägers zwar als zulässig, in der Sache aber als nicht begründet an. Bei den streitgegenständlichen Kosten für die Beauftragung eines Privatsachverständigen durch den Beklagten handle es sich demnach um erstattungsfähige Kosten, die im Rahmen der gerichtlichen Kostenausgleichung nach § 91 ZPO zu berücksichtigen sind. § 91 ZPO regelt, dass die unterliegende Partei die Kosten des Rechts-

streits zu tragen hat, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

Allerdings führt das OLG unter Bezugnahme auf einen Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 17.12.2002 (Az.: VI ZB 56/02) zunächst aus, dass die Kosten für ein Privatgutachten, das vor oder während eines Prozesses eingeholt wurde, nur ausnahmsweise als notwendig im Sinne des § 91 ZPO anzusehen sind. Für das Bestehen dieser Notwendigkeit stellt das OLG, dem BGH folgend, zwei zentrale Voraussetzungen auf: Zum einen muss die Einholung des Gutachtens zeitlich unmittelbar prozessbezogen sein; zum anderen muss sich die kostenauslösende Maßnahme aus anfänglicher Sicht der Partei als sachdienlich darstellen.

Prozessbezogen ist die Einholung eines privaten Sachverständigengutachtens demnach, wenn sich das gerichtliche Verfahren, in welchem es Verwendung finden soll, „einigermaßen konkret abzeichne[t]“. Hierunter ist vor allem ein enger sachlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen Gutachteneinholung und Prozess zu verstehen.

Als sachdienlich stellt sich die Einholung eines privaten Sachverständigengutachtens dar, wenn es der Partei ohne das Sachverständigengutachten nicht möglich ist, auf die zum Teil technisch-komplexen Fragestellungen des Bauprozesses zu erwidern, die Feststellungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen zu erschüttern oder zu widerlegen beziehungsweise substantiierten Sachvortrag zu erbringen.

Diese Voraussetzungen sah das erkennende Gericht in vorliegendem Fall als gegeben an.

3. Praxishinweis

Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die Kosten eines Privatgutachters, die ein Auftraggeber/Bauherr im Rahmen eines Mangelprozesses aufwenden musste, um Schäden festzustellen, Mangelfolge-

schäden sind, die zu einem Schadensersatzanspruch führen können. Für die klageweise Geltendmachung dieses „Schadensersatzes neben der Leistung“ bedarf es – anders als hinsichtlich des Nacherfüllungsanspruchs – auch keiner Fristsetzung, da die Kosten des Gutachtens auch durch eine Nacherfüllung nicht mehr behoben werden können.

Neben der gerichtlichen Kostenfestsetzung besteht für den geschädigten Beauftragenden eines sachverständigen Gutachters somit auch die Möglichkeit, die Kosten für ein Sachverständigengutachten als Schadensersatzanspruch innerhalb der jeweiligen Leistungsklage im Baumängelprozess geltend zu machen.

Hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit des Privatgutachtens ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die

vorgenannte Rechtsprechung vor allem für Sachverständigengutachten gilt, die vor einem drohenden Bauprozess eingeholt worden sind. Das sogenannte prozessbegleitende Privatgutachten wird seltener und nur unter strengen Voraussetzungen erstattungsfähig sein. Das Argument hierfür ist, dass es grundsätzlich Aufgabe des Gerichts ist, den Sachverhalt durch einen gerichtlichen Sachverständigen aufzuklären und zu erforschen.

Allerdings wird auch ein prozessbegleitendes, während des Rechtsstreits in Auftrag gegebenes Privatgutachten erstattungsfähig sein können, wenn eine Partei ohne die Hilfe eines Sachverständigen nicht in der Lage ist, auf den technisch-komplexen Sachverhalt der Gegenseite entsprechend ihrer prozessualen Darlegungs- und Beweislast zu erwidern.

Wieder einmal: Das Bautagebuch des Architekten

Dr. Michael T. Stoll | Stoll@kaufmannlutz.com

Die Verpflichtung eines Architekten zum Führen eines Bautagebuches war wieder einmal Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung (Urteil des Bundesgerichtshofes, BGH, vom 28.07.2011, Az.: VII ZR 65/10).

1. Entscheidung

Ausgangspunkt war, dass der Architekt, der auf Grundlage der HOAI 1995 mit der sog. „Vollarchitektur“, also den Leistungsphasen 1 bis 9 beauftragt war, den Bauherrn auf Zahlungen restlichen Architektenhonorars verklagt hat.

Der Bauherr hat sich gegen die Klage mit einer Überzahlung verteidigt, die er neben Schadensersatzansprüchen wegen Baukostenüberschreitung auch damit begründet hat, dass der Architekt für die gegenständlichen Bauvorhaben keine Bautagebücher geführt hat. Der Architekt bestritt diese Behauptung, war aber der Auffassung, dass er letztlich als Erfolg das Entstehenlassen eines mangelfreien Gebäudes

schulde. Das Führen eines Bautagebuches durch den Architekten zähle nicht zu den Leistungspflichten des Architekten, sondern allenfalls zu seinen Nebenpflichten, so dass sich der Architekt bei Nichtführen eines Bautagebuches dem Bauherrn gegenüber allenfalls dadurch schadensersatzpflichtig machen könne, dass er ohne Bautagebuch nicht mehr hinreichend nachweisen könne, dass er seinen Überwachungspflichten in ausreichendem Maße nachgekommen sei. Zudem sei auch nicht dargelegt, weshalb im konkreten Fall überhaupt die Erforderlichkeit des Führens eines Bautagebuches bestanden habe.

Diesem Verteidigungsverhalten hat der BGH eine Abfuhr erteilt. Er hat darauf hingewiesen, dass sich die Erforderlichkeit des Führens eines Bautagebuches aus dem Sinn und Zweck desselben ergebe: Das Bautagebuch habe die Aufgabe, das Baugeschehen mit allen wesentlichen Einzelheiten zuverlässig und beweiskräftig festzuhalten. Gerade bei Störungen im Bauablauf oder Auseinandersetzungen mit anderen Baubeteiligten kann das Bautagebuch des Ar-

chitekten von großer Bedeutung sein. Sofern daher in einem Architektenvertrag auf die Leistungen der HOAI Bezug genommen wird, umfasse die Leistungsverpflichtung des Architekten auch das Führen des Bautagebuches. Das Führen und Vorliegen eines ordnungsgemäßen Bautagebuches sei daher ein architektenvertraglicher Teilerfolg. Hat der Besteller den geschuldeten Teilerfolg nicht erbracht, ist sein Werk mangelhaft. Da das Bautagebuch nachträglich nicht mehr zuverlässig erstellt werden kann, sei auch eine Fristsetzung (ggf. mit Ablehnungsandrohung) nicht erforderlich. Vielmehr kann der Besteller sogleich Minderung geltend machen.

2. Praxistipp

Die Geltendmachung einer Honorarminderung, bloß weil das (geführte) Bautagebuch nicht übergeben wurde, ist nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes jedoch nicht berechtigt. Denn zur Erfüllung der Pflicht des Architekten, ein Bautagebuch zu führen, ist die Aushändigung desselben an den Besteller nicht erforderlich. Der Architekt habe schließlich ein berechtigtes Interesse daran, dass das Bautagebuch bei ihm verbleibt, da es auch dazu dient, gegenüber dem Besteller eine ordnungsgemäße Bauüberwachung zu dokumentieren (BGH, Urteil

vom 28. 07.2011, Az.: VII ZR 65/10). Letztlich wird der Architekt den Besteller jedoch Einsicht in das Bautagebuch nehmen lassen oder ihm Kopien aushändigen müssen.

Zwar mag es auch sein, dass die Pflicht zur Führung eines Bautagebuches dem ein oder anderen objektüberwachenden und bauleitenden Architekten lästig erscheint. Doch nicht nur unter Honorargesichtspunkten sollte ein Bautagebuch tatsächlich geführt werden. Oftmals werden Architekten für behauptete Fehler der Objektüberwachung in Anspruch genommen – entweder gemeinsam mit dem ausführenden Unternehmer oder alleine, wenn der Ausführende sich in Insolvenz befindet oder die Mängelhaftung bereits abgelaufen ist. Kann der Architekt seine Tätigkeiten im Rahmen der Objektüberwachung durch ein sauber und vollständig geführtes Bautagebuch nachweisen, dürfte dem Bauherrn der Nachweis einer fahrlässigen Pflichtverletzung schwer fallen. Umgekehrt ist bereits die Tatsache, dass ein Bautagebuch nicht geführt wurde, ein erstes Indiz, dass es der Architekt mit seinen Pflichten „nicht so genau“ nimmt, und wird daher den Richter leichter zur Annahme einer fahrlässigen Pflichtverletzung bei der Bauüberwachung bringen.

Haftung des Unternehmers für den Werkerfolg auch dann, wenn die Art der Ausführung vorgegeben ist

Dr. Robert Castor | Castor@kaufmannlutz.com

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem Urteil vom 29.09.2011 (Az.: VII ZR 87/11) nochmals zum „funktionalen Mangelbegriff“ Stellung genommen. Der Entscheidung wurden die folgenden amtlichen Leitsätze vorangestellt:

- Eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit liegt vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt.
- Berufet sich der Unternehmer zu seiner Entlastung

darauf, er habe aufgrund bindender Anordnung einer untauglichen Ausführungsweise durch den Auftraggeber die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllen können, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Behauptung.

1. Sachverhalt

Die Parteien streiten wegen der Beschädigung eines Elektrodükers. Die Klägerin war mit der Herstellung des Dükers beauftragt. Da entlang des Dükers später

eine Spundwand gerammt werden sollte, sollte die Lage des Dükers von der Beklagten vermessen und dokumentiert werden. Die Angaben der Beklagten sollten dann wiederum als Grundlage für die Herstellung der Rammpläne dienen. Zur Dokumentation des Dükers hat die Beklagte lediglich die Start- und Zielgrube des Dükers vermessen und diese Punkte im Lageplan idealisiert geradlinig verbunden. Eine Einmessung des tatsächlichen Verlaufs des Dükers erfolgte nicht. Da die unrichtigen Angaben zur Lage des Dükers in den Rammplänen übernommen wurden, kam es bei den Rammarbeiten zu einer Beschädigung des Dükers. Die Klägerin verlangt vor diesem Hintergrund Schadensersatz von der Beklagten.

2. Entscheidung des BGH

Zunächst geht der BGH – ebenso wie die Vorinstanz – vom „funktionalen Mangelbegriff“ aus. Danach liegt eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Da die Vermessung des Dükers vereinbarungsgemäß zur Herstellung der Rammpläne gedacht war, schuldet die Beklagte als vertragliche Beschaffenheit eine hierfür funktionstaugliche Dokumentation. Die Darstellung des Verlaufs auf Grundlage einer idealisierten Linie erfüllt diese Funktion nicht. Die von der Beklagten durchgeführte Vermessung und Dokumentation weicht daher von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit ab und ist damit mangelhaft.

Das in der vorangegangenen Instanz befasste Gericht hatte nun in einem weiteren Schritt den Einwand der Beklagten geprüft, dass lediglich die Vermessung der Start- und Zielgrube des Dükers geschuldet gewesen sei, nicht aber eine weitergehende, konkrete Vermessung des gesamten Verlaufs. Diesem Einwand erteilt der BGH prinzipiell eine Absage: Selbst wenn nämlich die Klägerin nur die Dokumentation einer idealisierten geradlinigen Verbindung ohne präzise Einmessung des Dükers verlangt haben sollte, wäre

das Werk dennoch funktionsuntauglich und damit mangelhaft, weil diese Vereinbarung zur Art der Ausführung keinen Einfluss auf die trotzdem vertraglich vorausgesetzte Verwendung hat. Mit anderen Worten liegt nach Auffassung des Gerichts definitionsgemäß auch dann ein Mangel vor, wenn schon die vom Auftraggeber vorgegebene Art der Ausführung ungeeignet ist, die vereinbarte Funktionalität des Werkes zu erreichen. In den Fällen, in denen das Werk die vertraglich vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt, ist der Unternehmer also nur dann nicht verantwortlich, wenn er auch seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist. Hierfür ist der Unternehmer darlegungs- und beweisbelastet.

Im Ergebnis verweist der BGH den Rechtsstreit zur erneuten Vernehmung der Zeugen an die Vorinstanz zurück.

3. Hintergrund

Mit der Entscheidung bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung. Bedeutung hat die Entscheidung daher vor allem für die Abgrenzung zwischen Vereinbarungen zur Art der Ausführung (kein Einfluss auf die Erfolgshaftung) und Vereinbarungen zum Erfolg (dann ggf. keine Erfolgshaftung). Die Beklagte hätte sich mit Blick auf die Erfolgshaftung also nur mit der Behauptung verteidigen können, die Bestandserfassung sei nicht als Grundlage für die Rammpläne, sondern zu anderen Zwecken beauftragt worden, für die die Dokumentation der Beklagten ausreichend gewesen wäre. Alternativ hätte die Beklagte darlegen und beweisen müssen, dass sie ihrer Prüf- und Hinweispflicht nachgekommen ist.

Am Ende seiner Entscheidung weist das Gericht zu Gunsten der Beklagten klarstellend darauf hin, dass dem geltend gemachten Anspruch aber auch ein Mitverschulden der Klägerin entgegenstehen kann. Da die Klägerin die Planung ungeprüft für die Rammpläne übernommen hat, sollen gegen die Berücksichtigung eines hälftigen Mitverschuldens „revisionsrechtlich“ keine Bedenken bestehen.

ÖFFENTLICHES BAURECHT

Nachbarklage gegen Erweiterungsbau kann auch den Bestand eines vor 30 Jahren bauaufsichtlich zugelassenen Gebäudes in Frage stellen

Dr. Christian Braun | Braun@kaufmannlutz.com

1. Einführung

Das VG Frankfurt am Main (Urteil vom 16.05.2011, Az.: 8 K 3785/10) hat zum öffentlichen Baurecht eine Entscheidung getroffen, die für die Eigentümer bzw. Erwerber von Bestandsimmobilien zu unerwarteten Rechtsunsicherheiten führen kann. Dies insbesondere für den Fall, dass für das Bestandsgebäude im Rahmen des damaligen Baugenehmigungsverfahrens Befreiungen von dem im Bebauungsplan festgesetzten Maß der baulichen Nutzung in erheblichem Umfang zugelassen wurden. Zumindest wenn eine Erweiterung von solchen Bestandsgebäuden vorgesehen ist, wird nunmehr auch die wirksame Genehmigung des Bestandes gehäuft einer Überprüfung durch die Bauaufsichtsbehörden und Nachbarn unterzogen werden. Maßgeblich für den Ausgang dieser Verfahren ist zum einen die Frage, inwiefern die Baugenehmigung bzw. die Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans (im Folgenden teilweise nur als Baugenehmigung bezeichnet) für das Bestandsgebäude rechtmäßig, rechtswidrig oder gar nichtig sind und zum anderen unter welchen Voraussetzungen eine drittschützende Rechtsverletzung des vom Vorhaben betroffenen Nachbarn angenommen wird.

a) Bestandsschutz

Die Erteilung einer Genehmigung führt dazu, dass das auf dieser Grundlage errichtete Gebäude grundsätzlich formellen Bestandsschutz genießt. Für den Bestandsschutz spielt es keine Rolle, ob die Genehmigung in rechtmäßiger oder rechtswidriger Weise erteilt worden ist. Der Inhaber oder Erwerber einer Bestandsimmobilie, für die ein entsprechender Ge-

nehmigungsbescheid vorliegt, kann mithin grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Bestand des genehmigten Gebäudes bei fortgesetzter und gleichbleibender Nutzung gesichert ist. Zwar kann eine rechtswidrige Genehmigung gem. § 48 Abs. 3 VwVfG zurückgenommen werden. Dies würde jedoch zu einer Entschädigungspflicht für die Bauaufsichtsbehörde führen, weshalb in der Regel nicht mit einer Rücknahme gerechnet werden muss.

Abweichendes gilt dagegen, wenn die Baugenehmigung nichtig ist. Eine nichtige Genehmigung entfaltet keine Rechtswirkungen und genießt daher auch keinen formellen Bestandsschutz. Im Fall der Nichtigkeit kann die Bauaufsichtsbehörde gegen das genehmigte Vorhaben einschreiten, ohne Entschädigungsansprüche auszulösen.

b) Rechtsschutz des Nachbarn

Die Klage eines von einer Baugenehmigung betroffenen Nachbarn ist nur dann erfolgreich, wenn die Verletzung einer Rechtsposition geltend gemacht werden kann, die gerade den klagenden Nachbarn schützen soll (sogenannte „drittschützende“ Rechte). Ohne die Verletzung solcher drittschützender Rechte wird die Nachbarklage unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung abgewiesen.

Aus nachbarlicher Sicht ist das schärfste Schwert zur Abwehr eines ungewünschten Bauvorhabens der sogenannte Gebietsgewährleistungsanspruch. Danach steht jedem Inhaber eines Grundstücks innerhalb eines Bebauungsplangebiets ein Anspruch darauf zu, dass auch auf den anderen Grundstücken nur solche Vorhaben errichtet werden, die der Art (z.B. Wohnen

oder Gewerbe) der vorgegebenen baulichen Nutzung entsprechen. Soweit mithin für die Art der baulichen Nutzung vorgegeben ist, dass ausschließlich Wohnbebauung zulässig ist, kann ein genehmigter Gewerbebetrieb von jedem Eigentümer eines Grundstücks im Plangebiet erfolgreich verhindert werden.

Abweichungen vom festgesetzten Maß (z.B. Geschossflächenzahl) der baulichen Nutzung lassen den Gebietscharakter dagegen in der Regel unberührt und haben nur Auswirkungen auf das Baugrundstück und die sich unmittelbar anschließenden Nachbargrundstücke. Zum Schutz des unmittelbar betroffenen Nachbarn wird insoweit auf das Rücksichtnahmegebot zurückgegriffen. Eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots wird jedoch nur in Ausnahmefällen, z.B. bei einer erdrückenden Wirkung des Bauvorhabens, angenommen. Befreiungen vom Maß der baulichen Nutzung können vom Nachbarn mithin nur unter engen Voraussetzungen abgewehrt werden.

2. Entscheidungserheblicher Sachverhalt

Dem Urteil des VG Frankfurt am Main lag u.a. folgender Sachverhalt zu Grunde: Das Grundstück des klagenden Nachbarn und des Bauherrn liegen jeweils im Geltungsbereich eines im Jahr 1977 in Kraft getretenen Bebauungsplans. Für die Grundstücke ist jeweils eine Grundflächenzahl (GRZ) von 0,6 und eine Geschossflächenzahl (GFZ) von 2,0 im Bebauungsplan festgesetzt worden [Anm.: Die Grundflächenzahl gibt an, wie viele Quadratmeter Grundfläche je Quadratmeter Grundstücksfläche zulässig sind (§ 19 Abs. 1 BauNVO). Die Geschossflächenzahl bestimmt, wie viele Quadratmeter Geschossfläche je Quadratmeter Grundstücksfläche zulässig sind (§ 20 Abs. 2 BauNVO)].

Das Grundstück des klagenden Nachbarn wurde mit einem genehmigten sechsgeschossigen Gebäude bebaut. Auf dem Grundstück des Bauherrn wurde im Jahr 1974 ein 22-geschossiges Bürogebäude mit zwei technischen Geschossen – nach vorausgegangener Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans zur GFZ und GRZ – genehmigt. Durch das auf Grundlage dieser Genehmigung errichtete Hochhaus ist eine GFZ von 7,06 und eine GRZ von 0,71 entstanden.

Mit dem im Jahr 2008 eingereichten Bauantrag sollte das bestehende Hochhaus u.a. um einen Vorbau grenzständig zum klägerischen Grundstück erwei-

tert werden. Mit dem Bauantrag wurde daher u.a. eine weitere Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans für eine GFZ von 8,5 und eine GRZ von 0,83 beantragt. Baugenehmigung und Befreiung wurden antragsgemäß erteilt. Nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens hat der vom Anbau unmittelbar betroffene Nachbar Klage erhoben.

3. Tragende Entscheidungsgründe

Das VG Frankfurt am Main hat hier zugunsten des betroffenen Nachbarn eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots angenommen und die Baugenehmigung nebst Befreiung für den Erweiterungsbau des Hochhauses aufgehoben. Voraussetzung für die Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans ist gem. § 31 Abs. 2 BauGB u.a., dass die Befreiung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Insoweit ist anerkannt, dass die Würdigung nachbarlicher Interessen nach dieser Vorschrift unabhängig davon zu erfolgen hat, ob diese Interessen sich auf nachbarschützende Vorschriften stützen können, denn aus dem Anspruch des Nachbarn auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Befreiungsantrag folgt, dass auch nachbarliche Interessen, die sich nicht auf eine nachbarschützende Vorschrift stützen können, in die planungsrechtliche Abwägung, wie sie auch die Erteilung der Befreiung darstellt, einfließen müssen. Die auf dieser Grundlage vorzunehmende Würdigung der nachbarlichen Interessen führt bei einer wesentlichen Beeinträchtigung der nachbarlichen Interessen zu einer Verletzung des drittschützenden Gebots der Rücksichtnahme.

Das VG Frankfurt am Main hat hier angenommen, dass die Befreiung von der festgesetzten GFZ gegenüber dem Kläger rücksichtslos ist. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass für die Beurteilung der zu beachtenden nachbarlichen Belange nicht lediglich auf die Differenz zwischen dem bereits bestehenden Gebäude und der nunmehr vorgesehenen Erweiterung abgestellt wurde, sondern dass die vom Gesamtvorhaben ausgehende GFZ herangezogen wurde. Dies wurde damit begründet, dass die im Jahr 1974 erteilte Befreiung von der GFZ nichtig (von Anfang an unwirksam) ist. Nach den maßgeblichen Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder (vgl. § 44 VwVfG) ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

Für Befreiungen ist es anerkannt, dass diese nur dann erteilt werden dürfen, wenn das Planungskonzept des Bebauungsplans nicht unterlaufen wird. Bei tragenden Planinhalten kommen mithin nur geringfügige Abweichungen in Betracht. Die hier getroffenen Festsetzungen im Bebauungsplan zur GFZ und GRZ ergaben nach den Berechnungen des VG eindeutig, dass hier allenfalls eine Bebauung mit vier bis fünf Vollgeschossen angedacht war. In Betracht kommt daher allenfalls eine Befreiung von der GFZ, um ein fünftes bzw. sechstes Vollgeschoss zu ermöglichen. Ein genehmigtes 22-geschossiges Hochhaus sprengt damit für jedermann offensichtlich erkennbar das Planungskonzept des Bebauungsplans. Eine dennoch erteilte Befreiung stellt damit einen Akt der Willkür dar und führt zur Nichtigkeit der erteilten Befreiung.

4. Fazit

Bei Überschreitungen des festgesetzten Maßes der baulichen Nutzung wird dem betroffenen Nach-

barn in der Regel nur unter engen Voraussetzungen Rechtsschutz zugebilligt. Auch die gerichtliche Feststellung, dass eine Baugenehmigung bzw. Befreiung nicht nur rechtswidrig, sondern nichtig sind, erfolgt nur selten.

Hier hat das VG dagegen zu Recht entschieden, dass eine Befreiung von einer im Bebauungsplan festgesetzten GFZ – bei einer Befreiung für ein Vielfaches des eigentlich Zulässigen – nichtig ist und das Rücksichtnahmegebot zugunsten des betroffenen Nachbarn verletzt wird.

Die Entscheidung des VG Frankfurt am Main wird, soweit die Obergerichte dieser Entscheidung folgen, zu erheblichen Rechtsunsicherheiten für potenzielle Investoren und Erwerber beim Kauf von Bestandsimmobilien führen. Die vorhandenen Genehmigungen müssen nunmehr sorgfältig auf Befreiungen und deren Wirksamkeit hin überprüft werden.

GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ

Urheberrechtliche Zulässigkeit einer Bildersuche bei Google

Carsten Huch-Hallwachs | Huch-Hallwachs@kaufmannlutz.com

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem Urteil vom 19.10.2011 (Az.: I ZR 140/10) entschieden, dass der Suchmaschinenbetreiber Google nicht wegen Urheberrechtsverletzung in Anspruch genommen werden kann, wenn in seinen Vorschaubildern urheberrechtlich geschützte Werke Dritter abgebildet sind.

Insoweit verfügt die von Google betriebene Internet-Suchmaschine über eine textgesteuerte Bildsuchfunktion, mit der man durch Eingabe von Suchbegriffen nach Abbildungen etc. suchen kann. Sofern Dritte ihre urheberrechtlich geschützten Werke ins Internet eingestellt haben, besteht dann die Möglichkeit, dass diese im Zusammenhang mit dem eingegebenen Suchwort erscheinen. Die von der Suchmaschine aufgefundenen Bilder werden sodann in einer Ergebnisliste in verkleinerter Form als sog. Vorschaubilder („thumbnails“) abgebildet. Die Vorschaubilder enthalten in der Regel einen elektronischen Verweis (Link), über den man zu der Internetseite mit der wiedergegebenen Abbildung gelangen kann.

Der Kläger in dem vorliegenden Rechtsstreit ist Fotograf. Im Rahmen einer Suchanfrage bei Google erschienen als Vorschaubilder dessen angefertigte, urheberrechtlich geschützte Lichtbilder über die Fernsehmoderatorin Collien Fernandes. Als Fundort der Abbildungen wurden zwei näher bezeichnete Internetseiten angegeben, die allerdings nicht von dem Kläger betrieben werden. Der Kläger hatte zudem vorgetragen, er habe den Betreibern dieser Internetseiten keine Nutzungsrechte an den von ihm angefertigten Lichtbildern eingeräumt, so dass die Abbildung dieser Vorschaubilder in jedem Fall rechtswidrig erfolgt.

Vor diesem Hintergrund hat der Kläger Google wegen Urheberrechtsverletzung u.a. auf Unterlassung in Anspruch genommen. Der Klage wurde zunächst stattgegeben, die Berufung jedoch durch das Beru-

fungsgeschicht zurückgewiesen. Die Revision des Klägers vor dem BGH hatte keinen Erfolg.

Der BGH hat entschieden, dass ein Urheber, der eine Abbildung eines urheberrechtlich geschützten Werkes ins Internet stellt, ohne technisch mögliche Vorkehrungen gegen ein Auffinden und Anzeigen dieser Abbildung durch Suchmaschinen zu treffen, durch schlüssiges Verhalten seine Einwilligung in eine Wiedergabe von Vorschaubildern der Abbildung erklärt. Es erfolge folglich zwar ein Eingriff in das ausschließliche Recht des Urhebers der öffentlichen Zugänglichmachung seines Werkes gemäß § 19a UrhG. Dieser Eingriff sei indes nicht rechtswidrig, weil eine konkludente Einwilligung des Urhebers vorliegt.

Diese die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ins Urheberrecht ausschließende Einwilligung liegt nach Auffassung des BGH auch dann vor, wenn die Abbildung eines Werkes von einem Dritten bereits vormalig mit Zustimmung des Urhebers ohne Schutzvorkehrungen ins Internet eingestellt worden ist. So hatte nämlich der Kläger bereits zu einem früheren Zeitpunkt Dritten das Recht eingeräumt, seine Lichtbilder im Internet öffentlich zugänglich zu machen. Demzufolge konnte der Kläger im Streitfall dann auch nicht mehr mit dem Einwand durchdringen, er habe den speziellen Betreibern der Internetseiten, auf die Google elektronisch verwiesen hat und wo die Vorschaubilder der Lichtbilder eingestellt waren, keine Nutzungsrechte eingeräumt. Dies ist nach Ansicht des BGH nicht maßgeblich.

Entscheidend ist vielmehr, dass der Kläger vormalig Dritten das Recht eingeräumt hat, die Lichtbilder im Internet öffentlich zugänglich zu machen. Die so von einem Dritten mit Zustimmung des Urhebers durch Einstellen von Abbildungen des Werkes ins Internet wirksam erklärte Einwilligung in die Anzeige in Vor-

schaubildern ist nach Ansicht des BGH nicht auf die Anzeige von Abbildungen des Werkes beschränkt, die mit Zustimmung des Urhebers ins Internet eingestellt worden sind. Vielmehr sei allgemein bekannt, dass Suchmaschinen, die das Internet in einem automatisierten Verfahren nach Bildern durchsuchen, nicht danach unterscheiden können, ob ein aufgefundenes Bild von einem Berechtigten oder einem Nichtberechtigten ins Internet eingestellt worden ist. Deshalb könne und dürfe der Betreiber einer Suchmaschine eine solche Einwilligung so verstehen, dass sie sich auch auf die Anzeige von solchen Abbildungen in Vorschaubildern erstreckt, die ohne Zustimmung des Urhebers ins Internet eingestellt worden sind.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass ein Urheber stets die ihm möglichen technischen Vorkehrungen gegen ein Auffinden und Anzeigen seiner Werke in Abbildungen durch Suchmaschinen vornehmen muss, um die Verwendung als Vorschaubilder durch Suchmaschinenbetreiber zu verhindern. Dies gilt insbesondere, wenn er seine Werke bereits vormalig ohne technische Vorkehrungen ins Internet eingestellt hatte. Unabhängig hiervon bleibt es natürlich dem Urheber stets unbenommen, diejenigen wegen Urheberrechtsverletzung in Anspruch zu nehmen, die seine Abbildungen unberechtigt ins Internet gestellt haben.

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Geschlechtsbezogene Benachteiligung durch die Stellenanzeige „Geschäftsführer gesucht“?

Dr. Christian Dittert | Dittert@kaufmannlutz.com

Eine der Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht bildet der Bereich des Geschäftsführer-Anstellungsverhältnisses sowie vorgelagert der Suche nach einem geeigneten Kandidaten (oder einer Kandidatin), in vielen Fällen durch eine Stellenausschreibung. Das nachfolgend diskutierte Urteil des OLG Karlsruhe vom 13.09.2011 (Az.: 17 U 99/10) zeigt diesen Grenzbereich in einem Nebenpunkt anschaulich auf, nämlich in der oft diskutierten Frage, ob der Geschäftsführer eines Unternehmens Arbeitnehmer ist oder nicht: So hatte die hier klagende Rechtsanwältin ihre Klage auf Entschädigung wegen geschlechtsbezogener Benachteiligung zunächst beim Arbeitsgericht Karlsruhe anhängig gemacht. Dieses hatte den damit beschrittenen Weg zu den Arbeitsgerichten für versperrt gehalten (§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG) und den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 S. 3 GVG bindend an das Landgericht Karlsruhe verwiesen. Die Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht offenbart sich damit auch in prozessualer Hinsicht, wenn es darum geht, ob eine Klage vor den Arbeitsgerichten oder den ordentlichen Zivilgerichten zu erheben ist.

Das vorbezeichnete Urteil des OLG Karlsruhe ist in erster Linie jedoch aufgrund eines anderen, materiell-rechtlichen Aspekts bemerkenswert.

1. Sachverhalt

Dem Rechtsstreit zugrunde lag die Klage einer auch als Rechtsanwältin zugelassenen Juristin, die von einem mittelständischen Logistik-, Transport- und Umzugsunternehmen Entschädigung wegen geschlechtsbezogener Benachteiligung und daraus resultierenden Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verlangte. Stein des Anstoßes war dabei eine Stellenanzeige des beklag-

ten Unternehmens, welches einen Geschäftsführer suchte, mit folgendem Inhalt:

„Geschäftsführer im Mandantenauftrag zum nächstmöglichen Eintrittstermin gesucht für mittelständisches Logistik-, Transport- & Umzugsunternehmen mit Sitz im Raum K. Fähigkeiten in Akquisition sowie Finanz- und Rechnungswesen sind erforderlich, Erfahrungen in Führungspositionen erwünscht. Frühere Tätigkeiten in der Branche nicht notwendig. Ihre schriftlichen, vollständigen Bewerbungsunterlagen mit Angabe Ihres nächstmöglichen Eintrittsdatums und Ihren Gehaltsvorstellungen senden Sie bitte an: [...]“

Die Klägerin bewarb sich auf diese Stellenanzeige hin, wurde aber nicht berücksichtigt. Sie machte daraufhin eine Entschädigung in Höhe von EUR 24.765,00 wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung gemäß § 15 Abs. 2 AGG geltend. Das LG Karlsruhe wies die Klage in erster Instanz ab. Zur Begründung führte das Gericht u.a. an, dass die Überschrift „Geschäftsführer“ für sich genommen noch keine Verletzung der Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung darstelle. Weiter stützte sich das LG Karlsruhe auf die Tatsache, dass durch das beklagte Unternehmen im Verfahren zur Besetzung der vakanten Geschäftsführerstelle auch eine weibliche Bewerberin zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden war.

2. Entscheidung

Das OLG Karlsruhe hob mit seinem Urteil vom 13.09.2011 die erstinstanzliche Entscheidung des LG Karlsruhe auf und sprach der Klägerin eine Entschädigung in Höhe eines Bruttomonatsgehalts der ausgeschriebenen Geschäftsführerstelle (EUR 13.257,36)

zu. Das Berufungsgericht sah eine geschlechtsbezogene Benachteiligung und einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG als gegeben an.

Bemerkenswert ist die hierzu gegebene Begründung. Eine Benachteiligung der Klägerin als Person weiblichen Geschlechts sei bereits darin zu sehen, dass diese letztlich die ausgeschriebene Stelle als „Geschäftsführer“ nicht erhalten habe. Insofern habe sie eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine andere Person (§ 3 Abs. 1 AGG), nämlich diejenige, die die Stelle erhalten hat. Die Stellenausschreibung sei nicht geschlechtsneutral erfolgt, so dass sich aus § 22 AGG die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung der Klägerin ergebe. Die Beklagte habe diese Vermutung nicht widerlegen können.

Geschlechtsneutral – so das OLG Karlsruhe – ist eine Ausschreibung formuliert, wenn sie sich in ihrer gesamten Ausdrucksweise sowohl an Frauen als auch an Männer richtet. Dem sei jedenfalls dann Rechnung getragen, wenn die Berufsbezeichnung in männlicher und weiblicher Form verwendet oder ein geschlechtsneutraler Oberbegriff gewählt werde. Im entschiedenen Fall sei der eindeutig männliche Begriff „Geschäftsführer“ weder durch den Zusatz „/in“ noch durch den Zusatz „m/w“ ergänzt worden. Der Begriff „Geschäftsführer“ sei auch kein geschlechtsneutraler Oberbegriff. Ob dies möglicherweise nach allgemeinem Sprachgebrauch der Fall sei, sei nicht entscheidend, da die Terminologie in Stellenausschreibungen eine andere sei. Das OLG Karlsruhe beruft sich zusätzlich auf § 6 Abs. 3 AGG, wo ausdrücklich von „Geschäftsführern und Geschäftsführerinnen“ die Rede ist.

Des Weiteren kommt das OLG Karlsruhe zu dem Ergebnis, dass auch keine Relativierung einer vordergründig männlichen Begriffsbezeichnung im Gesamtkontext der Stellenausschreibung ersichtlich sei. Nach einer Literaturauffassung soll sich daraus ergeben können, dass eine Geschlechtsdiskriminierung gegebenenfalls nicht beabsichtigt sei. Das OLG Karlsruhe verneint jedoch eine solche Relativierung, da weder an irgendeiner Stelle der Annonce explizit weibliche Bewerber angesprochen würden noch als typischerweise „weiblich“ empfundene Fähigkeiten oder Tätigkeitsfelder genannt seien. Im Gegenteil sei die Überschrift „Geschäftsführer“ optisch durch eine größere Schrift und durch Zentrierung noch hervorgehoben. Hinzu komme, dass die Logistik-, Transport- und Umzugsbranche ein typischerweise „männliches“ Betätigungsfeld darstelle, wenngleich

in der Annonce frühere Tätigkeiten in diesem Bereich als nicht notwendige Qualifikation bezeichnet sind.

Schließlich zeige auch die Tatsache, dass von 85 Interessenten auf die ausgeschriebene Stelle nur vier weiblich waren, dass sich Frauen von dieser Anzeige tatsächlich weniger angesprochen gefühlt hätten.

In der Konsequenz dieser Auffassung des OLG Karlsruhe, dass eine geschlechtsdiskriminierende Stellenausschreibung vorliege, griff damit die Beweislastumkehr nach § 22 AGG ein, wonach das stellenausschreibende Unternehmen nunmehr zu beweisen hatte, dass keine Geschlechtsdiskriminierung vorlag. Dieser Nachweis hätte dem beklagten Unternehmen nur gelingen können, wenn es darlegen hätte können, dass das Geschlecht der Klägerin bei der Auswahlentscheidung „überhaupt keine Rolle“ gespielt hat, in einem Motivbündel für die letztlich getroffene Einstellungsentscheidung weder das weibliche Geschlecht negativ noch das männliche Geschlecht positiv beeinflussend gewirkt hat. Dieser Nachweis gelang dem beklagten Unternehmen vorliegend nicht. Die Tatsache, dass eine weibliche Bewerberin zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden war, reichte hierfür nach Auffassung des OLG Karlsruhe nicht aus. Das beklagte Unternehmen hatte sich außerdem mit dem Einwand verteidigt, die Klägerin habe über mangelnde Akquisitionserfahrung verfügt und sei deshalb nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Damit war jedoch nach Auffassung des OLG Karlsruhe nicht erwiesen, dass das Geschlecht der Klägerin keine Rolle bei der Bewerberauswahl gespielt hat.

In Folge der festgestellten, geschlechtsbezogenen Benachteiligung der Klägerin sprach das OLG Karlsruhe dieser gemäß § 15 Abs. 2 AGG eine Entschädigung zu. Es ging dabei davon aus, dass die Klägerin mit ihrer Bewerbung nicht ausschließlich auf die Geltendmachung einer Entschädigung abgezielt und die Bewerbung mithin subjektiv auch ernst gemeint hatte. Als angemessene Entschädigung sah das OLG Karlsruhe ein Bruttomonatsgehalt des ausgeschriebenen Geschäftsführergehalts an. Das OLG Karlsruhe berücksichtigte dabei die Umstände des Einzelfalles, u.a. das zweimalige Erscheinen der diskriminierenden Anzeige auf der einen Seite, die ausschließlich in der Überschrift „Geschäftsführer“ liegende Diskriminierung der Klägerin auf der anderen Seite. Das Berufungsgericht sprach der Klägerin damit etwas mehr als die Hälfte der eingeklagten Summe als Entschädigung zu.

Das Berufungsurteil ist allerdings – soweit ersichtlich – noch nicht rechtskräftig.

3. Stellungnahme

Dem OLG Karlsruhe ist entschieden zu widersprechen. Das LG Karlsruhe hatte mit seiner klageabweisenden Entscheidung erster Instanz richtig geurteilt. Es ist nur schwer nachvollziehbar, dass aus der Überschrift „Geschäftsführer“ über einer Stellenanzeige eine klare Benachteiligung wegen des Geschlechts gefolgert wird. Das OLG Karlsruhe befasst sich zwar mit der Frage, ob der Terminus „Geschäftsführer“ Oberbegriff bzw. Funktionsbezeichnung sein kann, verneint diese Frage aber rechtsirrig. Der Hinweis auf die Formulierung „Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen“ in § 6 Abs. 3 AGG überzeugt nicht, kann allenfalls Indizfunktion haben. Demgegenüber zeigen die Vorschriften des GmbH-Gesetzes, in dem nicht von „Geschäftsführerin“ oder „Geschäftsführerinnen“ die Rede ist, dass es jedenfalls künstlich und sachfremd wirkt, den Begriff „Geschäftsführer“ zwangsläufig geschlechtsspezifisch männlich deuten zu wollen. Bedenklich erscheint die Argumentation des OLG Karlsruhe, wenn es aus dem angeblich typischerweise „männlichen“ Betätigungsfeld der Logistik-, Transport- und Umzugsbranche den Zuschnitt der Stellenanzeige auf ausschließlich männliche

Bewerber ableiten will. Dies gilt umso mehr, als das OLG Karlsruhe nicht gelten lassen will, dass sich vier Frauen auf die Stellenanzeige hin beworben haben, weil mit 81 männlichen Bewerbern ein deutlicher Überhang gegenüber den sich bewerbenden Frauen bestand. Wenn das Berufungsgericht zum einen von einer männlich dominierten Branche ausgeht, dürfte es auf der anderen Seite nicht verwundern, dass für ein derartiges Betätigungsfeld auch deutlich mehr Reaktionen männlicher Bewerber auf eine entsprechende Stellenanzeige eingehen. Mit seinem Berufungsurteil postuliert das OLG Karlsruhe geradezu, dass der Inserent einer Anzeige in einem derartigen Berufsfeld aktiv auf die Einstellung weiblicher Personen hinwirken muss, was die Geschlechterneutralität gleichsam ins Gegenteil pervertiert.

Wenngleich das OLG Karlsruhe mit seinem dargestellten Berufungsurteil über das Ziel hinaus geschossen ist, wird sich die Rechtspraxis darauf einzustellen haben, in welcher Art und Weise obergerichtlich die Bestimmungen des AGG zur Anwendung gebracht werden. Ausgehend von der dem Grunde nach voll zu unterstützenden Kodifizierung des Gleichbehandlungsgedankens kann nur dazu geraten werden, im Anwendungsbereich des AGG größte Sorgfalt darauf zu verwenden, jeden Anschein einer Diskriminierung zu vermeiden.

VERGABERECHT

Ausschreibung kann wegen fehlender Haushaltsmittel aufgehoben werden

Magdalena Götsche | Goetsche@kaufmannlutz.com

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat in einer Entscheidung vom 08.06.2011 (Az.: Verg 55/10) zur Frage der Rechtmäßigkeit der Aufhebung einer PPP-Vergabe wegen fehlender Haushaltsmittel Stellung genommen.

1. Sachverhalt

Der Antragsgegner schrieb zwei PPP-Projekte zur Unterhaltung von Landesstraßen über 16 Jahre im Wege des Verhandlungsverfahrens aus. Auf der Grundlage einer Studie zur Konzeptionierung beider Projekte, die auch eine entsprechende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung enthielt, wurden Mittel in den Landeshaushalt eingestellt. Nach Wertung der in beiden Verfahren eingegangenen finalen Angebote erteilte der Antragsgegner hinsichtlich des ersten Projektes den Zuschlag. Hinsichtlich des zweiten Projektes wurde das Vergabeverfahren dagegen aufgehoben. Der Antragsgegner war hierbei im Rahmen der Wertung zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Eigenrealisierung der Straßenerhaltung wirtschaftlicher als die avisierte Beauftragung sei.

Dies rügte die Antragstellerin als vergaberechtswidrig. Nachdem der Rüge nicht abgeholfen wurde, stellte sie einen Nachprüfungsantrag und verlangte die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung. Sie begründete ihren Antrag mit der Tatsache, dass die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Antragsgegners nicht nachvollziehbar und die Aufhebungsentscheidung ermessensfehlerhaft sei.

Der Antragsgegner habe, nachdem er im Laufe des Vergabeverfahrens das Fehlen der Haushaltsmittel bemerkt habe, insoweit eine Aufstockung vornehmen müssen. Der Antragsgegner wendet ein, der Wirtschaftlichkeitsvergleich sei ordnungsgemäß

durchgeführt worden. Im Übrigen stünden nach Realisierung des einen Projektteils Haushaltsmittel nicht mehr zur Verfügung. Die Vergabekammer wies den Antrag zurück. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin.

2. Entscheidung

Das OLG Düsseldorf weist den auf Aufhebung der Aufhebungsentscheidung gerichteten Antrag als unbegründet zurück.

In konsequenter Fortführung seiner Rechtsprechung führt das Gericht zunächst aus, dass die Rechtswidrigkeit einer Aufhebungsentscheidung noch nicht zu deren Aufhebung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen führen muss, insbesondere wenn sachliche Gründe für die Aufhebung bestehen und es sich nicht lediglich um eine Scheinaufhebung handelt. Beides ist nach Ansicht des OLG vorliegend der Fall. Stünden im Landeshaushalt keine Haushaltsmittel für eine Auftragsvergabe zur Verfügung, so stellt dies einen schwerwiegenden Grund im Sinne des § 26 Nr. 1c VOB/A 2006 (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009) dar, der die Vergabestelle in rechtmäßiger Weise zur Aufhebung berechtigt. Nach dem Haushaltsrecht des Landes NRW dürfen Aufträge nur im Rahmen von Haushaltsmitteln sowie Verpflichtungsermächtigungen erteilt werden. Ob und in welchem Umfang Haushaltsmittel für ein Projekt bereit gestellt werden, ist allein Sache des Haushaltsaufstellers. Stellt sich im Verlaufe eines Vergabeverfahrens heraus, dass die bereit gestellten Mittel nicht ausreichen, so obliegt es auch allein diesem zu entscheiden, ob und in welchem Umfang weitere Mittel bereit gestellt werden.

Auch der Bundesgerichtshof habe die für eine Auftragserteilung fehlenden Haushaltsmittel als Aufhe-

burgsgrund ausdrücklich anerkannt. Eine Berufung des Auftraggebers auf diesen Grund sei nur dann ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber den Kostenbedarf nicht mit der gebotenen Sorgfalt ermittelt hat (BGH, Urteil vom 08.09.1998, Az.: X ZR 99/96; BGH, Urteil vom 05.11.2002, Az.: X ZR 232/00). Im vorliegenden Fall bestünden jedoch keine Anhaltspunkte für eine unzureichende Kostenermittlung des Antragsgegners vor Beginn des Vergabeverfahrens. Weiterhin sei der Antragsgegner auch nicht verpflichtet gewesen, die Aufhebung bereits zu einem früheren Zeitpunkt, namentlich als sich die nachteilige Haushaltslage erstmals abzeichnete, zu erklären. Der Zeitpunkt der Aufhebung ändere nichts an ihrer grundsätzlichen Rechtmäßigkeit. Die aus sachlichen Gründen zulässige und gebotene Aufhebung werde nicht dadurch rechtswidrig, dass der Auftraggeber diese Entscheidung verschleppt. Allenfalls könnten der Antragstellerin in diesem Zusammenhang Schadensersatzansprüche in Höhe der Aufwendungen zustehen, die sie nach dem Zeitpunkt einer gebotenen Aufhebung im Vergabeverfahren getragen hat.

Ferner könne sich der Antragsgegner auch nachträglich noch im Rahmen des Vergabenachprüfungsverfahrens auf den Aufhebungsgrund der mangelnden Haushaltsmittel berufen. Es schade insoweit nicht, dass der Antragsgegner die Aufhebung zunächst in möglicherweise nicht vergaberechtskonformer Wei-

se darauf gestützt hat, dass eine Eigenerbringung der Leistungen nach Wirtschaftlichkeitsberechnung günstiger sei.

3. Fazit

Das OLG Düsseldorf hat mit dieser Entscheidung bestätigt, dass die öffentliche Hand bei einer negativen Änderung der Kassenlage ein Vergabeverfahren in rechtmäßiger Weise aufheben kann. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang weiterhin, dass fehlende Haushaltsmittel auch noch nachträglich im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens als Grund für eine Aufhebung vorgebracht werden können. Gleichwohl kann eine darauf gestützte Aufhebung nur dann zum Erfolg führen, wenn der Auftraggeber im Vorfeld der Vergabe eine sorgfältige Kostenermittlung vorgenommen und dementsprechend Haushaltsmittel bereit gestellt hat. Die Vergabestelle sollte daher vor Beginn eines Vergabeverfahrens besonderen Wert auf eine möglichst umfassende und nachvollziehbare Kostenschätzung legen. Stellt sich sodann im Nachhinein heraus, dass die veranschlagten Haushaltsmittel nicht ausreichen, so steht es der Vergabestelle im Rahmen ihrer Haushaltsprärogative frei zu entscheiden, ob und ggf. wie viel Geld sie „nachschießt“. Will sie dies nicht, so kann sie das Vergabeverfahren nach der dargestellten Entscheidung aus sachlichen Gründen aufheben.

Fragen, Anmerkungen und Wünsche zu Recht Aktuell?

Wir freuen uns über Ihre Fragen, Anmerkungen und Wünsche bezüglich unserer Informationsschrift Recht Aktuell. Sie können uns gerne eine E-Mail zusenden unter kanzlei@kaufmannlutz.com.