

## Inhaltsverzeichnis

### Urheberrecht

Haftung für Links – Erste deutsche Entscheidung

### Arbeitsrecht

Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

### Mietrecht

Mietminderung bei Umweltveränderungen

### Wohnungseigentumsrecht

Die Haftung des WEG-Verwalters bei Baumaßnahmen und der Inanspruchnahme von externen Fachleuten

### Mietrecht

Die Verantwortlichkeit des Mieters für Wohnungsschäden nach einem Polizeieinsatz

### Gesellschaftsrecht

Die organschaftliche Vertretungsmacht bei der kommunalen GmbH

### Baurecht

Keine Mängelrechte vor Abnahme der Bauleistung

### In eigener Sache

Mandantentreffen 2017

## Urheberrecht

### Haftung für Links - Erste deutsche Entscheidung

Mit Beschluss vom 18.01.2016, Az. 310 O 402/16 hat das LG Hamburg in einem einstweiligen Verfügungsverfahren entschieden, dass derjenige auch für Urheberrechtsverletzungen haftet, der einen Link zu einer Seite mit urheberrechtsverletzendem Inhalt setzt.

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Ein Fotograf stieß auf einer Webseite auf einen Artikel, welcher durch ein von ihm angefertigtes und unter einer Creative-Common-Lizenz

veröffentlichtes Foto illustriert war. Durch die Creative-Common-Lizenz darf das Bild grundsätzlich kostenlos auf einer Webseite eingebunden werden, wenn der Fotonachweis richtig angegeben wird. Hier war die Quelle des Bildes zwar korrekt angegeben, das Bild war allerdings nachträglich bearbeitet worden, was wiederum nicht im Bildnachweis vermerkt wurde. Somit hatte der Seitenbetreiber eine Urheberrechtsverletzung begangen.

In dem vom Landgericht Hamburg entschiedenen Verfahren ging es nun darum, ob es auch eine Urheberrechtsverletzung darstellt, wenn ein Seitenbetreiber zwar das urheberrechtsverletzende Bild nicht selbst eingebunden, aber einen Textlink auf die Seite gesetzt hat, auf der das Foto abgebildet war.

Das LG Hamburg bejaht dies und stützt seine Entscheidung u.a. auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 08.09.2016 – C-160/15 zur Linkhaftung.

In diesem entschied dieser, dass schon das Setzen eines Links eine Urheberrechtsverletzung sein kann, wenn auf der verlinkten Webseite ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne Einwilligung des Urhebers veröffentlicht ist. Gelten sollte dies dann, wenn der entsprechende Link mit Gewinnerzielungsabsicht bereitgestellt wurde und der Linksetzende vorher keine Nachprüfung vorgenommen hat, um sich zu vergewissern, dass das betroffene Werk auf der verlinkten Webseite nicht unbefugt veröffentlicht wurde.

Nach der Entscheidung des Landgerichts Hamburg hat der Seitenbetreiber durch den von ihm gesetzten Link, die Webseite mit dem urheberrechtsverletzenden Inhalt öffentlich gemacht und damit einem neuen Publikum Zugang verschafft, ohne die Rechte des Fotografen einzuholen. Da die verlinkende Webseite auch kommerziell betrieben wird, sei es dem Betreiber auch zumutbar gewesen, die verlinkten Inhalte auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

Nach Ansicht des Landgerichts Hamburg soll es bei der vom Europäischen Gerichtshof geforderten Gewinnerzielungsabsicht nicht auf die Gewinnerzielungsabsicht bezüglich der konkreten Links, sondern auf die Gewinnerzielungsabsicht der verlinkenden Webseite im Ganzen ankommen.

Wie weit die ebenfalls vom Europäischen Gerichtshof geforderten Prüfpflichten des verlinkenden Seitenbetreibers gehen, führt das Landgericht nicht aus.

Sollte sich die Auffassung des Landgerichts Hamburg durchsetzen, muss jetzt vor dem Setzen eines Links stets geprüft werden, ob der Seitenbetreiber für den verlinkten Inhalt die erforderlichen Rechte hat. Wie weit der Prüfungsumfang dabei ist, d.h. ob man sich um eine Klärung der Rechte nur bemühen muss oder ob man sich abschließend davon überzeugen muss, dass die verlinkte Seite ihrerseits alle Rechte eingeholt hat, bleibt genau so offen, wie die Frage was passiert, wenn sich der Inhalt der verlinkten Seite im Nachhinein ändert. Eine abschließende Klärung zur Linkhaftung zu den oben genannten und weiteren Fragen steht noch aus. Seitenbetreiber, die derzeit kein Haftungsrisiko eingehen wollen, sollten daher auf das Setzen von Links verzichten, wenn nicht zweifelsfrei geklärt werden kann, dass der verlinkte Inhalt nicht gegen Urheberrechte verstößt.

Isabel Felgenhauer  
Rechtsanwältin

## Arbeitsrecht

### **Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)**

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regelt die Arbeitnehmerüberlassung (auch Zeitarbeit oder Leiharbeit genannt). Der Bundestag hat hierzu ein neues Gesetz verabschiedet, welches ab 01.04.2017 in Kraft tritt und neue Regelungen beinhaltet.

#### **Grundsätzliches zum AÜG**

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regelt die rechtlichen Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung. Wesentliches Merkmal der Arbeitnehmerüberlassung ist, dass Arbeits-

vertrag und auch Arbeitsleistung vertraglich grundsätzlich auseinander fallen. Der Arbeitnehmer (Leiharbeiter) schließt den Arbeitsvertrag nämlich mit dem Zeitarbeitsunternehmen (Verleiher) und erbringt seine Arbeitsleistung bei dem Kunden des Zeitarbeitsunternehmens (der Entleiher).

Das AÜG regelt bspw., dass die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung gegen Entgelt erlaubnispflichtig ist sowie ohne behördliche Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung der Überlassungsvertrag grundsätzlich unwirksam ist und es entsteht kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und dem Entleiher.

Darüber hinaus regelt das AÜG bestimmte Nachweise und Dokumentationspflichten des Verleihers und begründet bestimmte Rechte des Leiharbeiters.

Grundsätzlich haben Leiharbeiter nach dem AÜG auch das Recht auf gleiche Bezahlung wie Stammebelegschaft sie in identischen Fällen erhält. Allerdings kann vom Anspruch auf gleiche Bezahlung durch einen gültigen Tarifvertrag abgewichen werden. Hiervon wird faktisch flächendeckend Gebrauch gemacht.

#### **Neue Regelungen im AÜG**

Die wesentlichen Punkte des neuen Gesetzes sind:

- Leiharbeiter sollen künftig nur noch bis zu einer Überlassungsdauer von 18 Monaten bei einem Entleiher eingesetzt werden können. Allerdings können in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung abweichende Regelungen getroffen werden.

- Leiharbeiter sollen künftig nach 9 Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitern gleichgestellt werden. Allerdings sind auch hier Abweichungen möglich, wenn durch Tarifvertrag sichergestellt ist, dass Leiharbeiter innerhalb von 15 Einsatzmonaten (nicht Überlassungsmonate) stufenweise das Arbeitsentgelt der Stammebelegschaft erreichen. Dabei kann zusätzlich noch vereinbart werden, dass die 15-monatige Einsatzzeit erst ab einer Einarbeitungszeit von 6 Wochen beginnt.

- Leiharbeiter dürfen künftig zwingend nicht mehr als Streikbrecher eingesetzt werden.

- Zukünftig soll die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung (Scheinwerkverträge) auch dann die Rechtsfolgen einer Beschäftigung beim Entleiher herbeiführen, wenn dieser eine Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung vorweisen kann.

### **Auswirkungen des neuen AÜG**

Die Auswirkungen des neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes können noch nicht vollständig vorhergesehen werden. Die Änderungen werden in der Praxis für die Leiharbeiter wohl weniger spürbar sein, als vom Gesetzgeber beabsichtigt, da es viel Gestaltungsspielraum für die gewerblichen Zeitarbeitsfirmen gibt.

Die Änderung zur Überlassungshöchstdauer könnte in der Praxis entweder dadurch ausgehebelt werden, dass Leiharbeiter ein paar Wochen vor dem Erreichen der entsprechenden Frist vom Entleiher abgezogen werden. Die Überlassungshöchstdauer ist nämlich wohl nach derzeitigem Stand arbeitnehmerbezogen und nicht arbeitsplatzbezogen.



Außerdem kann durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung die maßgebliche Höchstdauer erhöht werden, so dass es in der Praxis der Zeitarbeitsbranche wohl auf mindestens 24 Monate Überlassungshöchstdauer hinauslaufen wird. Darüber hinaus würde es auch ausreichen, wenn der Leiharbeiter einfach drei Monate bei einem anderen Kunden „zwischengeparkt“ wird; denn dann beginnt die Frist erneut zu laufen, da nur solche Überlassungszeiten zu addieren sind, zwischen denen weniger als drei Monate liegen. Des Weiteren zählen auch nur die Zeiten, die ab dem Inkrafttreten des Gesetzes entstehen. Also wird bei der Anwendung der tarifvertraglichen Abweichungsmöglichkeiten wohl erst ab 2019 mit den ersten einschlägigen Fällen zu rechnen sein.

Vom Grundsatz der gleichen Bezahlung für gleiche Arbeit kann auch in Zukunft durch Tarifvertrag abgewichen werden.

Leiharbeiter dürfen während eines Streiks eingesetzt werden, wenn sie keine Arbeit der streikenden Stammebelegschaft übernehmen. Hier wird die Praxis zeigen müssen, ob Leiharbeiter weiter als Streikbrecher eingesetzt werden und wie die Abgrenzung der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit im Zweifel kontrolliert und nachvollzogen wird.

Bezüglich der Rechtsfolgen bei einem Scheinwerkvertrag ist zu beachten, dass der Leiharbeiter binnen des ersten Monats der Überlassung oder binnen eines Monats nach der Unwirksamkeit der Überlassung, schriftlich erklären kann, an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten zu wollen. In diesen Fällen kommt kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande, obwohl dies eigentlich von § 9 Nr. 1 AÜG i. V. m. § 10 Abs. 1 AÜG bezweckt ist. Es ist davon auszugehen, dass die Zeitarbeitsfirmen sich solch eine Erklärung vom Leiharbeiter vorab schriftlich und vor jeder Überlassung unterzeichnen lassen. Hier wird es darauf ankommen, wie die Arbeitsgerichte solch eine vorsorgliche Erklärung arbeitsrechtlich werten.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass hier abzuwarten bleibt, inwieweit sich in der Praxis für die Leiharbeiter tatsächlich die gesetzlich angestrebten Änderungen ergeben werden oder in welcher Form die gewerblichen Zeitarbeitsfirmen die vielen Gestaltungsspielräume hierzu nutzen werden.

René Illgen  
Rechtsanwalt

## **Mietrecht**

### **Mietminderung bei Umweltveränderungen**

Die Rechtsprechung vollzieht derzeit eine sehr vermietetfreundliche Kehrtwende und billigt dem Mieter praktisch eine Mietminderung bei nachträglich eingetretenem Baulärm und dgl. deutlich seltener zu.

## Ausgangspunkt

Die Miete ist kraft Gesetzes gemäß § 536 BGB in gleichem Umfang gemindert, wie der vertragsgemäße Gebrauch des Mietobjektes beeinträchtigt ist. Es bedarf weder eines Antrages des Mieters auf Minderung, noch einer Bewilligung durch den Vermieter. Eine Minderung ist lediglich dann ausgeschlossen, wenn

- der Mieter den Mangel zu vertreten hat (arg. § 242 BGB) oder
- der Mieter den Mangel nicht angezeigt hat und der Vermieter hiervon nicht ohnehin hätte Kenntnis haben müssen (§ 536 c BGB) oder
- der Mieter den Mangel bereits bei Vertragsschluss kannte oder hätte kennen müssen (§ 536 b BGB).

Unerheblich ist dabei, ob der Gebrauch durch die fehlerhafte Beschaffenheit des Mietobjektes selbst (bauliche Mängel) oder Einwirkungen von außen (z. B. Lärm, Gerüche) beeinträchtigt ist.

## Bisherige Rechtsauffassung

Bislang war herrschende Rechtsauffassung, dass die Miete bei Beeinträchtigungen ohne Rücksicht darauf gemindert ist, ob der Vermieter den Mangel zu vertreten hat. Auch wenn die Stadt oder ein Nachbar also mit einer Baumaßnahme, die der Vermieter nicht beeinflussen, geschweige denn verhindern könnte, Lärm und Schmutz verursachen, musste der Vermieter eine Minderzahlung hinnehmen.

## Neuere Rechtsauffassung

Nunmehr hat sich - vor allem durch den BGH - eine Trendwende vollzogen. So wird neuerdings nicht nur geprüft, ob und in welchem Maße ein Mangel besteht, sondern auch, ob der Vermieter diese Einwirkung von außen entschädigungslos hinnehmen muss oder sie abwehren kann, § 906 Abs. 2 BGB. Kann der Vermieter sodann plausibel darlegen und im Streitfall beweisen, dass die Immissionen entschädigungslos im Nachbarschaftsverhältnis zu dulden sind, müsse sie auch der Mieter im Mietverhältnis - minderungsfrei - hinnehmen.

## Empfehlung

Um beweisen zu können, dass die Einwirkungen hinzunehmen sind, sollte der Vermieter die Baustellen regelmäßig besichtigen und unter Beweissicherung prüfen, ob Grenzwerte eingehalten sind und Beeinträchtigungen das orts-

übliche und zumutbare Maß überschreiten, ggf. abwehrend eingreifen.

Über die im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses bereits absehbaren Umweltveränderungen sollte der Vermieter offen informieren, so insb. wenn er selbst das Nachbargebäude in absehbarer Zeit umbauen oder abreißen möchte, denn dann hat der Mieter in Kenntnis der Beeinträchtigung gemietet, was eine Minderung ausschließt, § 536 b BGB.

Nähere Informationen, Hintergründe und Fundstellen finden Sie im ausführlichen Artikel auf der Kanzleihomepage <http://www.strunz-alter.de/leistungen/kanzleiforum>.

Noreen Walther  
Rechtsanwältin

## Wohnungseigentumsrecht

### Die Haftung des WEG-Verwalters bei Baumaßnahmen und der Inanspruchnahme von externen Fachleuten

Das Landgericht München I hat mit Urteil vom 31.03.2016 (Az. 1 S 19002/11 WEG) die Grundsätze festgestellt, nach denen eine WEG-Verwaltung bei der externen Vergabe von Sanierungsmaßnahmen in Haftung genommen werden kann. Im Mittelpunkt stehen dabei die Pflichten des Verwalters, die trotz einer Fremdvergabe der Bauleitung oder anderer spezieller Leistung bei ihm unter dem Gesichtspunkt des Handelns eines sorgfältigen, ordentlichen Kaufmannes verbleiben.

Die im Ermächtigungsbeschluss der Wohnungseigentümergeinschaft festgelegten Kriterien der Auswahl eines externen Bauleiters sind durch den Verwalter zwingend zu beachten. Insbesondere handelt es sich dabei neben den zu realisierenden Aufgabenstellungen um die Solvenz und den Versicherungsschutz des zu Beauftragenden. Durch den Verwalter ist vor der Beauftragung zu prüfen, ob diese Beauftragung tatsächlich auch vom Versicherungsumfang erfasst ist.

Mit der Beauftragung eines Dritten ist der Verwalter nur weitgehend von den Pflichten im Zusammenhang der Ausführung des Auftrages entbunden. Bei ihm verbleibt die Evidenzkontrolle, d.h. verläuft die Abarbeitung

des Auftrages und die Baumaßnahme ordnungs- und beschlussgemäß. Insbesondere betrifft dies auch die Einhaltung des von der Wohnungseigentümergeinschaft beschlossenen Kostenvolumens. Sobald eine Überschreitung des Kostenrahmens droht, hat der Verwalter dafür Sorge zu tragen, dass sich die Wohnungseigentümer mit dem Sachverhalt befassen und eine Entscheidung treffen.

In der obigen Entscheidung wurde klar herausgearbeitet, dass die Kontrolle der Einhaltung des Limits beim Auftraggeber, der Wohnungseigentümergeinschaft vertreten durch den Verwalter, verbleiben muss.



Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft im Beschluss der Beauftragung eines Bauleiters Kriterien des Versicherungsschutzes festgelegt hat und diese nicht erfüllt werden, hat der Verwalter vor Abschluss des Vertrages die Wohnungseigentümer in Kenntnis zu setzen und eine Entscheidung dieser herbeizuführen, ob der Vertrag trotz dieser fehlenden Voraussetzung geschlossen werden soll.

Diese Entscheidungen zur Kostenüberschreitung und des Versicherungsschutzes des Beauftragten können nicht auf den Verwalter delegiert werden.

Andererseits hat das LG München I in diesem Zusammenhang entschieden, dass die fachliche Überprüfung des Beauftragten und auch die Prüfung der entsprechenden Verträge dazu auf den Verwalter übertragen werden können.

Aus den oben genannten Gründen wurde der WEG-Verwalter in Haftung genommen und der Wohnungseigentümergeinschaft der Schadenersatzanspruch zuerkannt.

Dietmar Strunz  
Rechtsanwalt

## Mietrecht

### Die Verantwortlichkeit des Mieters für Wohnungsschäden nach einem Polizeieinsatz

Beschädigt der Mieter durch sein Tun oder Unterlassen während des Mietverhältnisses die Mietsache, verstößt der Mieter gegen seine mietvertraglichen Pflichten und verletzt das Eigentum des Vermieters, so dass der Vermieter einen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens gegen den Mieter hat. Voraussetzung dafür ist, dass das Tun oder Unterlassen des Mieters auch ursächlich für den eingetretenen Schaden war. Problematisch kann diese notwendige Ursächlichkeit sein, wenn die Beschädigung der Mietsache nicht durch den Mieter selbst erfolgt, sondern durch Dritte, z. B. die Polizei.

Führt die Polizei eine Wohnungsdurchsuchung durch und beschädigt sie dabei die Wohnungseingangstür, ist dieser Ursachenzusammenhang nur dann gegeben, wenn der Mieter später hinsichtlich der Tat rechtskräftig verurteilt wird, auf deren Tatverdacht die Durchsuchung gestützt war.

Dies wird an folgender Sachverhaltskonstellation deutlich: Gegen den Mieter einer Wohnung bestand der Verdacht des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Die Polizei durchsucht aufgrund eines darauf gestützten richterlichen Beschlusses die Wohnung des Mieters. Dabei beschädigen die Polizeibeamten die Wohnungseingangstür. Die Polizei findet bei der Durchsuchung 26 g Marihuana. Der Mieter wird dafür wegen vorsätzlichen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln verurteilt. Von dem der Durchsuchungsanordnung zugrundeliegenden Tatvorwurf wurde der Mieter jedoch freigesprochen.

Der Vermieter verklagte daraufhin den Mieter auf Ersatz der durch die Beschädigung der Wohnungseingangstür entstandenen Kosten. Sowohl vor dem Amtsgericht Nürnberg als auch vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth blieb die Klage ohne Erfolg. Mit der Revision wurde das Klagebegehren weiterverfolgt.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs, Urteil vom 14.12.2016, Az.: VIII ZR 49/16, überschreitet ein Mieter mit der Aufbewahrung von 26 g Marihuana in der Wohnung die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs und ver-

letzt seine gegenüber dem Vermieter bestehende mietvertragliche Obhutspflicht. Denn der Mieter, der seine Wohnung als Aufbewahrungsort für illegale Betäubungsmittel nutzt oder zur Verfügung stellt, muss damit rechnen, dass aufgrund dessen eine Durchsuchung der Wohnung erfolgen wird und es dabei zu Schäden an der Wohnung kommen kann.

Im vorliegenden Fall fehlte es aber an dem erforderlichen Ursachenzusammenhang zwischen der allein feststellbaren Pflichtverletzung - Aufbewahrung von 26 g Marihuana in der Wohnung im Zeitpunkt der Durchsuchung - und der Beschädigung der Wohnungseingangstür. Denn der Mieter wurde für den dem Durchsuchungsbeschluss zugrunde liegenden Tatverdacht freigesprochen. Auch im vorliegenden Zivilprozess wurden keine gegenteiligen Feststellungen getroffen.

Die danach allein verbleibende Pflichtverletzung des Mieters in Form der Aufbewahrung der 26 g Marihuana in der Wohnung war jedoch für den bei der Durchsuchung eingetretenen Schaden an der Wohnungstür nicht ursächlich. Die Durchsuchung wäre auch durchgeführt worden, wenn die Polizei in der Wohnung des Mieters keine Betäubungsmittel gefunden hätte.

Erfolgt die Beschädigung der Mietsache durch das Verhalten eines Dritten, welches seine Ursache jedoch im Fehlverhalten des Mieters hat, wird der Vermieter seinen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Mieter der Wohnung zivilrechtlich geltend machen. Dabei sollte er gleichzeitig dem Dritten den Streit verkünden. Stellt sich im Prozessverlauf heraus, dass das Fehlverhalten des Mieters nicht ursächlich für den von dem Dritten verursachten Schaden gewesen ist, sollte der Vermieter in einem zweiten Prozess gegen den Dritten versuchen, dort seinen Schaden ersetzt zu bekommen. Wurde der Schaden im Rahmen eines Polizeieinsatzes verursacht, kommt in der vorliegenden Konstellation ein Amtshaftungsanspruch gegen das Bundesland als Träger der Polizei in Betracht. Sollte dieser Anspruch bestehen, dürfte die Aussicht des Vermieters auf tatsächlichen Ersatz seiner Schäden höher sein, als bei einem bestehenden Anspruch gegen den – in diesen Fällen häufig nicht solventen - Mieter.

Jana Wegert  
Rechtsanwältin

## Gesellschaftsrecht

### Die organschaftliche Vertretungsmacht bei der kommunalen GmbH

Anlässlich eines am 18.11.2016 ergangenen Urteils des Bundesgerichtshofes (BGH, Az.: V ZR 266/14) möchten wir einen oftmals unterschätzten **Problempunkt** im Bereich der kommunalen GmbH in den Fokus rücken. Der BGH hat in dem oben genannten Urteil entschieden, dass die Vertretung einer bayerischen Gemeinde durch deren Bürgermeister im Außenverhältnis gemäß der Bayrischen Gemeindeordnung immer allumfassend und unbeschränkt gilt. Es wurde weiter festgestellt, dass die Gemeinde dann stets durch sämtliche Rechtshandlungen des Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet wird, auch wenn diese ohne einen eigentlich erforderlichen Beschluss des Gemeinde- oder Stadtrates vorgenommen wurden.

Die einschlägige Regelung findet sich in Artikel 38 GO BY und entspricht zum Großteil den Normen in § 51 Abs. 1 SächsGemO, § 31 Abs. 1 ThürKO und §§ 96 Abs. 4, 60 Abs. 2 KVG LSA. Nach diesen Vorschriften ist der Bürgermeister Vorsitzender des Gemeinderats und Vertreter der Gemeinde (nach außen). In diesem Kontext ist der Bürgermeister zugleich Vorsitzender der Gesellschaftsversammlung bei den kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform kraft Amtes, zumeist auch gleichzeitig noch Aufsichtsratsvorsitzender kraft Abstimmung.

Daher sollten Geschäftsführer von kommunalen GmbHs **regelmäßig prüfen** oder zumindest überwachen, inwieweit der Bürgermeister hier Aufgaben, Kompetenzen oder auch Handlungsbefugnisse ausübt, die auf die Gesellschaft auch ohne Gesellschafterbeschluss Auswirkungen haben können.

Explizit hat auch bereits das Bundesarbeitsgericht (BAG) für das Land Sachsen die **unbeschränkte Vertretungsmacht des Bürgermeisters** bejaht und dessen eigenmächtige rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber Dritten für verbindlich erklärt. So sind Situationen denkbar, in denen der Bürgermeister keinen Beschluss der Gesellschafterversammlung erwirkt, aber (situationsbedingt) eigenmächtig wirksame Anweisungen oder Erklärungen als Gesellschaftervertreter gibt. Dies kann am Ende **Schaden für die Gesellschaft**

und den Gemeinderat bzw. Stadtrat bedeuten. **Haftungsfragen für die Geschäftsführer** wegen vermeidbarer Irrtümer und Sorgfalt des gewissenhaften Kaufmanns dürften gleichfalls folgen.

In diesem Kontext ist mithin auch der neuerliche Beschluss des BGH vom 12.01.2017 (Az.: IX ZR 95/16) zu beachten, in dem eine sogenannte harte **Patronatserklärung** gegenüber einem Gläubiger des Tochterunternehmens die volle Zahlungspflicht des Mutterunternehmens herbeiführte. Dieses aus dem Insolvenzrecht kommende Problem ist aber deshalb im Lichte der kommunalen GmbH bedeutsam, da auch hier oftmals auch mit **Schwester- bzw. Tochterunternehmen** in Form von weiteren kommunalen GmbHs gearbeitet wird. Auch hierbei erfolgen oft **anteilige Zahlungszusagen, Zusicherungen und sogar Ausfallversprechen** von Bürgermeistern, Aufsichtsratsvorsitzenden sowie anderen Organteilen. Hier ist als Geschäftsführer unbedingt zur Vorsicht zu raten, da die Erklärungswirkung bei Unkenntnis des unabhängigen Dritten volle Rechtswirkungen zu Lasten des Unternehmens entfalten können, da dann daraus auch **Direktzahlungsansprüche gegen die Gesellschaft** entstehen können.

Letztlich gibt es in dem **Spannungsfeld Gesellschaftsrecht und Kommunalrecht** nicht nur Kompetenzgerangel, sondern oftmals auch Abgrenzungsschwierigkeiten von Tätigkeits- und Verantwortungsbereichen. Die Rechtsfolgen der Haftungen trifft dann zumeist aber nur die Gesellschaft bzw. deren Geschäftsführer/-innen.

Gern stehen wir für Ihre Anfragen zur Verfügung.

Sebastian Tempel  
Rechtsanwalt

## Baurecht

### Keine Mängelrechte vor Abnahme der Bauleistung

Ein Sprichwort lautet: „Wo gehobelt wird, fallen Späne.“ Und so werden bei der Ausführung von Bauleistungen regelmäßig Fehler begangen und Mängel produziert. Für den Auftraggeber von Bauleistungen stellt sich die Frage, welche Rechte ihm nach der

Feststellung von Mängeln zustehen. Hierbei war in der Rechtsprechung und Literatur bislang umstritten, ob die Mängelrechte nach § 634 BGB, also das Recht auf Nacherfüllung, das Recht auf Selbstvornahme und Aufwendungsersatz, das Rücktrittsrecht und das Minderungsrecht sowie das Recht auf Schadenersatz, auch bereits vor Fertigstellung und Abnahme der Bauleistungen durch den Auftraggeber geltend gemacht werden können.

Immer wieder kommt es vor, dass bereits während der Bauausführung durch den Auftraggeber festgestellt wird, dass das Ergebnis der Bauleistungen nicht seinen Erwartungen und den vertraglich vereinbarten Leistungszielen entspricht. Ohne Zweifel sollte der Bauherr in einem solchen Fall seinen Auftragnehmer auf seine Feststellung hinweisen und Änderungen fordern. Fraglich ist jedoch, ob ihm nach dem Gesetz bereits die benannten Mängelrechte zustehen.

Man sollte meinen, dass eine solche grundlegende Frage bereits seit langem geklärt sein sollte. Dennoch hat es bis zum 25.01.2017 gedauert, dass diese Fragestellung durch den Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung unter dem Az. VIII ZR 249/15 geklärt wurde.

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass die Mängelrechte nach § 634 BGB dem Auftraggeber grundsätzlich erst nach einer Abnahme der Werkleistungen zustehen. Verweigert also der Bauherr die Abnahme, weil er eine mangelfreie Fertigstellung des Werks nicht bescheinigen will, stehen ihm die Mängelrechte nach dem Werkvertragsrecht des BGB noch nicht zur Verfügung.

Insbesondere ist dies wichtig hinsichtlich der Geltendmachung von Kostenvorschüssen für die Mangelbeseitigung. Das Recht auf einen solchen Kostenvorschuss wird aus § 637 BGB, also dem Ersatz von Aufwendungen für eine Selbstvornahme der Mangelbeseitigung, hergeleitet.

Zwar hat der BGH in dem vorgenannten Urteil auch ausgeführt, dass der Auftraggeber unter Umständen ohne Abnahme Mängelrechte geltend machen kann, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Kostenvorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme soll dafür aber nicht genügen. Vielmehr müsse sich aus den Umständen des Einzelfalls erge-

ben, dass der Auftraggeber unter keinen Umständen mehr mit dem Auftragnehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten will. In diesem Ausnahmefall kann der Auftraggeber dann aber auch im Nachgang bei der Feststellung weiterer Mängel keine Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer mehr fordern.

Gerade in dem Fall, dass bereits zum Zeitpunkt der formellen Abnahme ein Mangel besteht und erkannt wurde, stellt sich demzufolge die Frage, ob eine Abnahme trotz des erkannten Mangels erklärt werden sollte, um im Nachgang die Mängelrechte geltend machen zu können.

Zur Klärung dieser Frage ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber auch vor der Abnahmeerklärung nicht rechtlos in Bezug auf festgestellte Mängel ist. In diesem Stadium des Bauvertrages steht dem Auftraggeber ein Erfüllungsanspruch zu. Demnach hat er ein – auch gerichtlich durchsetzbares – Recht, die mangelfreie Herstellung des vereinbarten Bauwerks einzufordern. Druckmittel sind dabei aber lediglich die Ansprüche aus dem allgemeinen Schuldrecht, wie Schadensersatzansprüche, Kündigungs- und Zurückbehaltungsrechte.

Gerade für den Fall, dass ein Dritter mit der Mängelbeseitigung beauftragt werden soll und dem Auftragnehmer damit gedroht wird, ihm die Kosten der Mängelbeseitigung durch einen Dritten aufzuerlegen, ist zwingend sicherzustellen, dass die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Mängelrechte aus § 634 BGB, also auch die erfolgte Abnahme, vorliegen. Im Zweifel ist vor der Geltendmachung zu prüfen, ob und unter welchen Maßgaben eine Abnahmeerklärung abgegeben werden kann. Bekannte Mängel können und müssen in der Abnahmeerklärung gemäß § 640 Abs. 2 BGB ausdrücklich vorbehalten werden.

Zu berücksichtigen ist, dass diese Rechtsprechung nicht ausschließlich auf den Bauvertrag als bekanntesten Fall des Werkvertrages anzuwenden ist, sondern unter anderem auch auf Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Abrechnungsdiensten und Dienstleistern im Bereich Gartenpflege sowie Hausreinigung.

Martin Alter  
Rechtsanwalt

## In eigener Sache

### Mandantentreffen 2017

Auch im Jahre 2017 setzt die Kanzlei Strunz-Alter die Tradition des Erfahrungsaustausches unserer Mandanten aus dem Bereich der Immobilienwirtschaft fort.

Das diesjährige Mandantentreffen findet am 27. und 28. April 2017 im BEST WESTERN Hotel am Schlosspark in Lichtenwalde statt.

Im Mittelpunkt des ersten Tages stehen Probleme des Wettbewerbs- und Urheberrechts sowie des Daten- und Verbraucherschutzes in den Unternehmen der Immobilienwirtschaft.

Der Freitag ist Fragen des Bau- und Mietrechts im Zusammenhang mit der Einbeziehung der Wohnungsunternehmen in den Stadtbau und der Stadterneuerung vorbehalten.

Neben den Fachvorträgen und einem Erfahrungsbericht nimmt der Erfahrungsaustausch der Unternehmen untereinander einen breiten Raum ein.

Im Rahmen des Abendprogramms dürfen wir eine bekannte Persönlichkeit begrüßen und mit einer kulturellen Überraschung einen gemütlichen und kulinarischen Abend erleben.

Nähere Informationen und das vollständige Veranstaltungsprogramm finden Sie unter [www.strunz-alter.de](http://www.strunz-alter.de).

| Verzeichnis der Fotografien: |                             |
|------------------------------|-----------------------------|
| Fotobezeichnung              | Urheber / Lizenz            |
| Arbeitsvertrag               | Ralf Kleemann - Fotolia.com |
| Verwaltung                   | Falko Matte - Fotolia.com   |

**STRUNZ ♦ ALTER**  
RECHTSANWÄLTE