

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## ÜBERWACHUNG MITTELS KEYLOGGER UNZULÄSSIG



Persönlichkeits- vs. Überwachungsrecht

### Worum geht es?

Arbeitgeber sind daran interessiert, zu wissen, wie ihre Mitarbeiter die Arbeitszeit am PC nutzen. Die Installation einer Software, die sämtliche Tastatureingaben protokolliert und sog. Screenshots anfertigt, bietet eine Möglichkeit, die Mitarbeiter zu überwachen. Ob diese Überwachung datenschutzrechtlich zulässig ist, ist fraglich.

### Die Entscheidung des BAG:

In einem vom Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 27.07.2017 entschiedenen Fall war ein Arbeitnehmer als Webentwickler beschäftigt. Der Arbeitgeber hatte den Mitarbeitern mitgeteilt, dass der gesamte Internetverkehr und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werden würden. Hierzu hatte der Arbeitgeber auf dem Dienst-PC eine Software installiert, die sämtliche Tastatureingaben protokollierte. Nach einer Auswertung der gesammelten Daten räumte der Arbeitnehmer ein, seinen Dienst-PC während der Arbeitszeit auch privat genutzt zu haben. Der Arbeitgeber, der nach Einsicht des Datenermaterials davon ausgehen konnte, dass der Arbeitnehmer in erheblichem Umfang privaten Tätigkeiten am Arbeitsplatz nachgegangen war, kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich. Sowohl das Arbeitsgericht, als auch das Landesarbeitsgericht und in letzter Instanz das Bundesarbeitsgericht haben der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Das Bundesarbeitsgericht hat insbesondere entschieden, dass die durch den Keylogger gewonnenen Erkenntnisse über die Privat­tätigkeit des Klägers im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden durften. Durch diesen Einsatz (Stichwort: gläserner Mitarbeiter) sei das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung entsprechend Art. 2 Abs. 1 GG verletzt worden. Darüber hinaus war die Informationsgewinnung auch nicht nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässig. Die Überwachung war daher unverhältnismäßig und hätte nur bei einem dringenden Verdacht einer Straftat vorgenommen werden dürfen.

### Der Praxistipp!

Auch dieses Urteil zeigt, dass die Überwachung von Mitarbeitern mit technischen Maßnahmen nur sehr eingeschränkt möglich ist. Vor Einsatz solcher Mittel, wie hier der Keylogger, sollte sichergestellt werden, dass bereits im Vorfeld ein hinreichender Verdacht einer Straftat oder einer anderen schweren Pflichtverletzung besteht. Nur dann kann eine derartige Überwachung ausnahmsweise zulässig sein.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## VERGESSENE FÖRMLICHE ABNAHME KANN FALLE SEIN

### Worum geht es?

Der Insolvenzverwalter eines Fachunternehmens für MSR-Technik klagte Werklohn für MSR-Leistungen aus zwei Bauvorhaben ein. Die Arbeiten waren insolvenzbedingt eingestellt worden. Vorgesehen war im Bauvertrag eine förmliche Abnahme, zu der es nicht kam. Der Auftraggeber prüfte in beiden Bauvorhaben die Schlussrechnung des Insolvenzverwalters und zog jeweils die Vertragsstrafe wegen einer verspäteten Fertigstellung ab. In einem Bauvorhaben hatte der Auftraggeber noch kurz vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens darauf hingewiesen, dass „die gerügten Mängel und offenen Restleistungen schon seit der Abnahme im Januar bekannt seien“.



Des einen Freund, des anderen Leid

### Die Entscheidung:

Der Insolvenzverwalter klagt den offenen Werklohn ein. Das OLG Köln (Urteil vom 05.07.2017 - 16 U 138/15) lässt die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe in einem Bauvorhaben zu, im anderen nicht. In dem Bauvorhaben, in dem der Auftraggeber noch vor der Insolvenz selbst von Mängeln und Restleistungen seit der Abnahme gesprochen hatte, nahm das OLG Köln eine konkludente Abnahme an. Da anlässlich dieser konkludenten Abnahme die Geltendmachung der Vertragsstrafe nicht vorbehalten worden war, war sie verwirkt und stand zur Aufrechnung nicht mehr zur Verfügung. Die Aufrechnung in dem Bauvorhaben, in dem es keine Anzeichen für eine konkludente Abnahme gab, glückte dagegen.

### Der Praxistipp!

Die nicht eingehaltene vereinbarte Förmlichkeit der Abnahmeerklärung wird zumeist dem Auftragnehmer zum Verhängnis. Die Abnahmewirkungen begünstigen ihn, so dass das Vorliegen einer Abnahme in der vereinbarten Form im Regelfall vom Auftragnehmer bewiesen werden muss. Vom Förmlichkeitserfordernis einer Abnahme können sich die Parteien jedoch stillschweigend (und damit nicht zwingend schriftlich) wieder lösen. Die übereinstimmende Aufgabe der Schriftform muss sich jedoch klar aus den Umständen der weiteren Vertragsabwicklung ergeben. Darauf, dass ein Gericht solche Umstände erkennt, sollte sich keine der Vertragsparteien verlassen. Im vorliegenden Fall hat der Auftragnehmer Glück gehabt, weil das Gericht von einer konkludent erklärten Abnahme ausgegangen ist. Der Vertragsstrafenvorbehalt muss spätestens anlässlich der Abnahme erklärt werden, andernfalls verfällt die Vertragsstrafe. Ob es sich bei der Abnahme um eine förmlich, konkludent oder fiktiv erklärte handelt, ist gleich. Wenn eine Vertragsstrafe angefallen ist, muss der Auftraggeber daher besonders achtsam sein, um diese nicht wieder durch einen fehlenden rechtzeitigen Vorbehalt zu verlieren. Abhilfe kann eine Vertragsbedingung schaffen, mit der der Zeitpunkt, zu dem der Vertragsstrafenvorbehalt spätestens erklärt werden muss, auf die Schlussrechnungsprüfung verschoben wird.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## NICHT JEDER KINDERLÄRM IST SOZIALADÄQUAT



Was heißt sozialadäquat?

### Worum geht es?

Eine Vermieterin nimmt ihre Mieter einer dreieinhalb Zimmer-Wohnung darauf in Anspruch, wiederholende Lärmbelästigungen durch heftiges Stampfen, Springen, Poltern sowie durch Schreie und sonstige lautstarke und aggressive familiäre Auseinandersetzungen zu unterlassen. Die Vermieterin erklärt, die Störungen seien mehrmals am Tag aufgetreten und dauerten größtenteils mehrere Stunden. Von einer weiteren Mieterin sei ein „Lärmprotokoll“ gefertigt werden.

### Die Entscheidung des BGH:

Das Landgericht wies die Klage ab, weil die im Lärmprotokoll festgehaltenen Störungen bei kinderreichen Familien nicht zu vermeiden seien. Die Revision wurde nicht zugelassen. Der BGH hob das Urteil auf eine Nichtzulassungsbeschwerde auf (Urteil vom 22.08.2017 - VIII ZR 226/16). Er erklärte, dass es zwar richtig sei, dass Mieter eines Mehrfamilienhauses gelegentliche Beeinträchtigungen hinnehmen müssten, die durch lärmende Kinder und streitende Erwachsene verursacht werden. Diese Duldungspflicht sei aber ihrerseits durch die Üblichkeit der Beeinträchtigung beschränkt. Wenn die Störungen nicht mehr als sozialadäquat eingeschätzt und damit als Mangel der Mietsache von Mitmietern behandelt werden könnten, müssten sie auch nicht geduldet werden. Der Rechtsstreit wurde zur weiteren Sachverhaltsklärung an das Instanzgericht zurückverwiesen.

### Der Praxistipp!

Der Nachweis von nicht mehr sozialadäquaten Störungen vor Gericht ist ein schwieriges Unterfangen. Wenn Kinder Lärm verursachen, so sind § 536 BGB und die Privilegierung nach § 22 Abs. 1a BImSchG zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen sind ferner die Art, Qualität, Dauer und Uhrzeit der Geräuschemissionen. Auch die soziale Situation, das heißt die Vermeidbarkeit der Emissionen, soll zu berücksichtigen sein und die Möglichkeiten der erzieherischen Einwirkung. Schließlich sollen auch Baumängel bei dieser Abwägung eine Rolle spielen können. Wer sich gegen unzumutbare Lärmbelästigungen zur Wehr setzen will, muss viele Argumente in seine Waagschale werfen können. Ein aktiver Rechtsstreit muss fleißig, umsichtig und aus vielen Blickwinkeln gut vorbereitet werden; sein Erfolg wird gleichwohl oft mit hoher Unsicherheit behaftet bleiben.



## VORSCHUSS FÜR DEN TRANSPORT DES KFZ ZUM VERKÄUFER ZUR REPARATUR



Fehlende Umsicht bei der Geltendmachung von Rechten kann zu ihrem Verlust führen.

### Worum geht es?

Nach einem Gebrauchtwagenkauf in Berlin durch einen Käufer aus Schleswig-Holstein weist das Kraftfahrzeug wenige Wochen nach der Übergabe einen Motordefekt auf. Der Verkäufer als Verbraucher setzt eine Frist zur Nachbesserung, die ihm der Verkäufer auch in Berlin anbietet. Weil der PKW nicht fahrbereit sei, fordert der Käufer einen Transportkostenvorschuss von 280,00 € - wahlweise könne der PKW auch beim Käufer abgeholt werden. Ohne weitere Verständigung ließ der Käufer daraufhin den PKW für 2.300,00 € reparieren und klagte diesen Betrag ein. Die Parteien streiten um die Frage, ob der Käufer eine Kostenerstattung verlangen kann.

### Die Entscheidung:

Der BGH entscheidet im Urteil vom 19.07.2017 - VIII ZR 278/16 zugunsten des Käufers. An sich hätte der PKW zwar nach Berlin gebracht werden müssen. Ein Nacherfüllungsverlangen sei nur dann wirksam, wenn der Käufer die Kaufsache am rechten Ort, nämlich am Erfüllungsort der Nacherfüllung bereitstelle. Wo dieser Erfüllungsort sei, müsse von Vertrag zu Vertrag neu betrachtet werden. Im Zweifel sei der Erfüllungsort der Ort, an welchem der Schuldner zur Zeit des Entstehens des Schuldverhältnisses seinen Wohn- oder Geschäftssitz hatte. Auch der Aufwand für den Transport des Fahrzeuges sei dem Käufer zumutbar gewesen. Der Käufer habe nicht nur einen Anspruch auf Erstattung der Transportkosten gemäß § 439 BGB, sondern auch auf Zahlung eines Vorschusses. Weil dieser nicht vom Verkäufer gezahlt worden sei, sei das Nacherfüllungsverlangen wirksam gewesen.

### Der Praxistipp!

Immer stellt sich bei einer Eigenreparatur eines Mangels die Frage nach seiner Beweisbarkeit. Auf die Dokumentation des Mangels vor seiner Beseitigung sollte der Käufer also achten. Im vorliegenden Fall trat der Mangel noch innerhalb der sechs-Monats-Frist auf, innerhalb der ein Mangel zugunsten des Verbrauchers vermutet werden konnte. In Fällen, in denen die mangelhafte gekaufte Sache fest mit einem Grundstück verbunden worden ist, ist der Erfüllungsort für die Nachbesserungsleistung der Ort des Einbaus.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## LÄRMBELÄSTIGUNG DURCH MUSIZIEREN DER NACHBARSKINDER

### Worum geht es?

Lautstarkes Üben mit Musikinstrumenten kann in einem Haus mit mehreren Wohnungen und bei Nachbarn schnell zu nervenaufreibenden Belastungen führen. Betroffene Mieter stellen die „Beschallung“ nicht selten als Mangel der Mietsache dar, der zur Minderung der Miete berechtigt. Zudem werden Unterlassungsansprüche gegen die Musizierenden geltend gemacht.

### Die Entscheidung des BGH:

Das Amtsgericht München (Urteil vom 29. März 2017, Az. 171 C 14312/16) hatte zu entscheiden, ob das regelmäßige Üben und Spielen von Musikinstrumenten (Schlagzeug, Tenorhorn und Saxophon) zu unterlassen ist, da hierdurch Lärm erzeugt wird, der die Nutzung des Anwesens der Nachbarn wesentlich beeinträchtigt. Die Kläger behaupteten, die Kinder der Nachbarn würden auch während der vorgeschriebenen Ruhezeiten regelmäßig musizieren. Dabei werde eine Lautstärke von deutlich über 55dB, zum Teil bis zu 70dB erreicht. Das Amtsgericht wies die Klage ab. Nach der Auswertung des von den Klägern vorgelegten Lärmprotokolls sei über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren nur wenige Fälle dargelegt worden, die belegen, dass auch in den Mittagsstunden musiziert worden ist. Einzelne Ausreißer seien nicht relevant, da es sich bei den Musizierenden um minderjährige Kinder handele.



Musik oder Folter?

Das Amtsgericht hat davon abgesehen, die Lautstärke objektiv durch einen Sachverständigen ermitteln zu lassen, da Musik nur dann als Lärm qualifiziert werden könnte, wenn „jemand absichtlich den Vorgang des Musizierens in eine bloße Produktion von Geräuschen pervertiere“.

### Der Praxistipp!

Die Entscheidung des Amtsgerichts ist sicherlich vernünftig, wenn auch einzelfallbezogen. Die Kläger scheiterten überwiegend wegen der unzureichenden Dokumentation. Zur Vermeidung von belastenden Auseinandersetzungen mit Nachbarn empfiehlt es sich, auch deren Belange zu berücksichtigen. Ein offenes Wort kann häufig dazu beitragen, unnötigen Streit zu vermeiden.



## TROSTPFLASTER FÜR NICHT BEAUFTRAGTE STUNDENLOHnarBEITEN

### Worum geht es?

Der Auftragnehmer klagt Werklohn für Stundenlohnarbeiten ein, die ihm mündlich von der Bauleitung des Auftraggebers in Auftrag gegeben worden sind. Da im Bauvertrag festgelegt ist, dass Stundenlohnarbeiten nur schriftlich beauftragt werden dürften, weigert sich der Auftraggeber, den auf den Stundenlohnarbeiten entfallenden Werklohn zu zahlen.



Vertragspreis oder üblicher Werklohn?

### Die Entscheidung:

Erst vor dem OLG München erhält der Auftragnehmer 16.000,00 € zugesprochen (Urteil vom 27.04.2016 - 28 U 4738/13 Bau). Das OLG hält das Schriftformerfordernis zwar nicht für ohne weiteres unwirksam. In ihm läge keine unangemessene Benachteiligung, weil Ansprüche des Auftragnehmers aus § 2 Abs. 8 VOB/B oder Geschäftsführung ohne Auftrag nicht ausgeschlossen seien. Da es sich aber um technisch notwendige Leistungen gehandelt habe, ohne die der vertragliche Werkerfolg nicht habe eintreten können, stünde dem Auftragnehmer jedenfalls ein Anspruch auf eine Vergütung zu. Das OLG München ließ diese Vergütung auf der Grundlage der Auftragskalkulation ermitteln. Der BGH sieht in diesen Fällen eine übliche Vergütung vor, die allerdings nicht über den Vertragspreisen liegen dürfe.

### Der Praxistipp!

Wenn die Stundenlohnarbeiten nicht explizit beauftragt und durch unterschriebene Stundenlohnberichte auch in ihrem Umfang nicht weitgehend unstrittig sind, sind die Chancen auf ihre Vergütung allenfalls mäßig. Vor Gericht hilft dem Auftragnehmer in manchen Fällen der Vortrag, die Leistung sei technisch erforderlich gewesen, um den Werkerfolg erreichen zu können. Im Streitfall kann der Auftragnehmer gezwungen sein, die Stunden mit dem kalkulierten Montagelohn (und nicht mit dem Regiestundensatz) neu abzurechnen - je nach Art der Tätigkeit. Soweit erforderlich kann dann problemlos die Behauptung nachgeschoben werden, bei dem so verrechneten Stundenlohn handele es sich auch um eine übliche Vergütung.