

Mandanten-Rundbrief

- März 2010 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Kein Verschulden des Bauunternehmers für Schäden am Nachbargrundstück bei Einhaltung der DIN 4150	2
2.	Voraussetzungen einer Teilkündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B	3
3.	Kündigungsklausel in § 8 Nr. 2 VOB/B wirksam	2
4.	§ 648a BGB-Bürgschaft sichert keine Nachtragsansprüche	4
5.	Nachtragsberechnung bei geänderter Leistung	5
II.	Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht	6
III.	Vergaberecht	8
1.	Entwicklung des Vergaberechts: Neue Vergabeverordnung	8
2.	Ohne Belehrung keine Präklusion nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB	9
3.	Kann ein Mitglied einer Bietergemeinschaft zugleich Einzelbieter sein?	10
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	11
V.	Öffentliches Baurecht	12
	Schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche	12
VI.	Mietrecht	13
1.	So genannte qualifizierte Schriftformklauseln in Mietverträgen AGB-widrig	13
2.	Bereicherungsanspruch des Mieters gegen Ersteigerer im Zwangsversteigerungsverfahren wegen nicht amortisierter Investitionen	14
VII.	Leitsätze zum Arbeitsrecht	15
VIII.	Veröffentlichungen, Sonstiges	16

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Kein Verschulden des Bauunternehmers für Schäden am Nachbargrundstück bei Einhaltung der DIN 4150

a) Der Bauunternehmer haftet nicht für Schäden am Nachbarhaus, wenn er weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat.

b) Fahrlässigkeit des Bauunternehmers bei Abriss-, Ramm- oder Rüttelarbeiten scheidet aus, wenn sich die Schwinggeschwindigkeiten innerhalb der Grenzwerte aus der einschlägigen DIN-Norm halten.

OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2009 - 14 U 91/09;
ebenso: OLG Koblenz, Urteil vom 18.11.2009 - 1 U 491/09

Unabhängig voneinander hatten sich das OLG Hamburg und das OLG Koblenz mit den Sorgfaltsanforderungen im Zusammenhang mit Erschütterungen zu befassen, die durch Bauarbeiten ausgelöst werden.

Kommt es infolge von Abriss- oder Rammarbeiten zu Erschütterungen des Erdbodens, sind oftmals Schäden an benachbarten Gebäuden die Folge. Neben Schadensersatzansprüchen gegen den Auftraggeber der Bauarbeiten (Bauherrn) kommen Ansprüche gegen den Bauunternehmer selbst in Betracht.

Nach den Regelungen des BGB über unerlaubte Handlungen (§§ 823 Abs. 1, 2, 831 Abs. 1 BGB) trifft den Bauunternehmer die Ersatzpflicht, wenn die Schäden durch sein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln kausal herbeigeführt worden sind. Dieser Maßstab des § 276 Abs. 1 BGB gilt auch für eine Ersatzpflicht aus den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Fahrlässigkeit erfordert sowohl die Vorhersehbarkeit als auch die Vermeidbarkeit des Schadens. D. h., fahrlässiges Verhalten liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wird. Zur Konkretisierung des Sorg-

faltsmaßstabes kann auf Rechtsvorschriften und auf technische Regeln zurückgegriffen werden.

Sowohl das OLG Hamburg als auch das OLG Koblenz stellen zur Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes bei Erschütterungswirkungen auf die einschlägige DIN 4150 ab. Der Bauunternehmer handelt nicht fahrlässig, wenn die Bauarbeiten Erschütterungen verursachen, die sich klar in den Grenzwerten / Toleranzen der DIN 4150 befinden.

Insbesondere für Bauunternehmer empfiehlt es sich daher, die Erschütterungswirkungen von Abriss- und Rammarbeiten durch regelmäßige Erschütterungsmessungen genau zu prognostizieren und zu dokumentieren. Das Haftungsrisiko des Bauherrn geht darüber hinaus. Ihn kann die verschuldensunabhängige Haftung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruches nach § 906 Abs. 2 BGB treffen. Er ist daher gut beraten, eine Beweissicherung hinsichtlich Alt- und Neuschäden der Nachbarbebauung vor und nach Ausführung der Bauarbeiten vorzunehmen.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer

2. Kündigungsklausel in § 8 Nr. 2 VOB/B wirksam

Die Regelung in § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B zum Kündigungsrecht des Auftraggebers bei Insolvenz des Auftragnehmers ist wirksam. Sie verstößt weder gegen § 119 InsO noch gegen § 307 BGB.

OLG Brandenburg, Urteil vom 16.12.2009 - 4 U 44/09

Der Auftraggeber kann den VOB/B-Bauvertrag nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt oder über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren beantragt, eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird. Im Kündigungsfall kommt es dann häufig zu Streitigkeiten zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Auftraggeber über

die Wirksamkeit der Regelung in § 8 Nr. 2 VOB/B und die wirksame Aufrechnung daraus resultierender Ansprüche des Auftraggebers gegen die Vergütungsansprüche des Auftragnehmers. Der Insolvenzverwalter wendet regelmäßig ein, die Gegenansprüche des Auftraggebers bestünden nicht, weil schon die nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B erklärte Kündigung nach § 119 InsO unwirksam sei. Die Kündigung beeinträchtigt das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO, die Leistungen des Auftragnehmers fortzusetzen. Außerdem sei das Kündigungsrecht AGB-widrig.

Dem tritt das OLG Brandenburg entgegen. Der Auftraggeber könne wirksam nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B kündigen. Das Kündigungsrecht verstoße nicht gegen § 119 InsO, weil das Wahlrecht des Insolvenzverwalters auch dem gesetzlichen Kündigungsrecht des Auftraggebers nach § 649 BGB ausgesetzt sei und ohnehin erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstünde. Aus dem Kündigungsrecht ergäbe sich zudem keine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers.

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Das OLG Karlsruhe (IBR 2006, 398) und das OLG Düsseldorf (IBR 2006, 674) haben ähnlich entschieden. Es verwundert nicht, dass die Gegenauffassung meist in den insolvenzrechtlichen Kommentierungen vertreten wird. Um Restrisiken zu vermeiden, sollte der Auftraggeber seine Kündigung parallel auf § 8 Nr. 3 VOB/B stützen. Im Insolvenzfall liegen regelmäßig auch die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach §§ 4 Nr. 7, 5 Nr. 4 VOB/B vor.

Rechtanwalt und Mediator Dr. Jan Scheube

3. Voraussetzungen einer Teilkündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B

a) Leistungsteile innerhalb eines Gewerks stellen grundsätzlich keinen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung dar, auf den die Entziehung des Auftrags nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B beschränkt werden kann.

b) Ist der Auftragnehmer nach einer unzulässigen Teilkündigung des Auftraggebers seinerseits zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt, kann der Auftraggeber dem sich hieraus ergebenden Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gemäß § 254 Abs. 1 BGB den Einwand des Mitverschuldens entgegenhalten, wenn der Auftragnehmer durch sein vertragswidriges Verhalten Anlass für die Teilkündigung gegeben hat.

BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 212/07

In der Praxis werden von Auftraggebern häufig „Teilkündigungen“ nach §§ 4 Nr. 7 und 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B hinsichtlich einzelner, vom Auftragnehmer nicht beseitigter Mängel oder nicht fristgerecht fertig gestellter Leistungen ausgesprochen, um diese dann in Ersatzvornahme beseitigen bzw. ausführen zu lassen. Dass diese Praxis problematisch ist, verdeutlicht das vorliegende Urteil des Bundesgerichtshofs.

Im zu entscheidenden Fall beauftragte der Beklagte den Kläger durch einen VOB/B-Bauvertrag mit der Anbringung eines Wärmedämmverbundsystems. Der Vertrag gliederte die inhaltlich gleichen Dämmarbeiten in drei Bauabschnitte. Der Beklagte kündigte nach fruchtloser Fristsetzung mit Kündigungsandrohung die Bauabschnitte 2 und 3 wegen Verzugs. Nachdem der Kläger mitgeteilt hatte, dass er die Kündigung für unwirksam halte, hielt der Beklagte an der teilweisen Auftragsentziehung fest. Daraufhin erklärte der Kläger seinerseits die Kündigung aus wichtigem Grund und verklagte den Beklagten auf die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen. Das Landgericht gab der Klage weitgehend statt, Berufung und Revision des Beklagten blieben erfolglos.

Der Bundesgerichtshof stellte zunächst fest, dass ein Begriff, der innerhalb eines AGB-Klauselwerks mehrfach verwendet wird, grundsätzlich für alle Klauseln einheitlich auszulegen ist. Dies gelte auch für den in § 8 Nr. 3 VOB/B einerseits und § 12 Nr. 2 VOB/B ande-

erseits verwendeten Begriff des in sich abgeschlossenen Teils einer Leistung. Daraus folgt, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage, wann ein in sich abgeschlossener Teil einer Leistung im Sinne des § 12 Nr. 2 VOB/B vorliegt, auf die Teilkündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B zu übertragen ist. Danach sind Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als abgeschlossen anzusehen. Dies kann bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks anders zu beurteilen sein, wobei eine ausreichende räumliche Trennung etwa dann angenommen werden kann, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken zu erbringen sind, etwa an mehreren zu errichtenden Häusern. Bei den im konkreten Fall in Rede stehenden Wärmedämmverbundarbeiten für ein Haus stellten die Bauabschnitte 2 und 3 nach Ansicht des Bundesgerichtshofs keine in sich abgeschlossenen Teile der Leistung dar. Die Einteilung der an dem Haus des Beklagten vorzunehmenden gleichartigen Arbeiten in Bauabschnitte führe nicht zu einer räumlichen Trennung im oben dargestellten Sinn. Daran vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass der Bauabschnitt 1 durch eine Natursteinfassade rein optisch von den anderen Bauabschnitten getrennt gewesen sei. Auch eine hinreichende zeitliche Zäsur zwischen den Bauabschnitten sei nicht gegeben, da die Arbeiten in unmittelbarer zeitlicher Abfolge durchgeführt werden sollten. Eine Umdeutung der Teilkündigung in eine das gesamte Vertragsverhältnis beendende Kündigung komme nicht in Frage, da der Beklagte durch die Beschränkung der Kündigung auf die Bauabschnitte 2 und 3 zum Ausdruck gebracht habe, dass er die Fortführung der Arbeiten am Bauabschnitt 1 wünsche.

In der unwirksamen außerordentlichen Teilkündigung des Beklagten und der nachfolgenden nachdrücklichen Weigerung, sich davon zu distanzieren, liege eine erhebliche Pflichtverletzung, die den klagenden Auftragnehmer seinerseits zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt habe. Der Kläger habe daher grundsätzlich gem. § 280 Abs. 1 BGB Anspruch auf die für die nicht erbrachten Leistun-

gen vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen. Jedoch könne den Kläger ein Mitverschulden an der Verursachung des Schadens treffen, wenn er die unberechtigte Kündigung des Beklagten durch Überschreitung der Vertragsfristen provoziert habe. Zu dieser Frage verwies der Bundesgerichtshof den Streit zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurück.

In Konsequenz dieses Urteils sollten Auftraggeber sorgfältig prüfen, ob die Voraussetzungen für die Teilkündigung einer bestimmten Leistung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B wirklich vorliegen, bevor eine solche ausgesprochen wird. Denn erfolgt eine Teilkündigung zu Unrecht, gibt dies zum einen dem Auftragnehmer das Recht, den Vertrag seinerseits aus wichtigem Grund zu kündigen. Zum anderen fehlt es dann an den Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten gem. §§ 4 Nr. 7 und 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. Etwas anderes gilt, wenn die Parteien vertraglich vereinbart haben, dass der Auftraggeber auch vor Abnahme nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist ohne vorherige Auftragsentziehung berechtigt sein soll, Mängel in Ersatzvornahme zu beseitigen. Eine derartige Regelung dürfte auch in AGB wirksam sein. Denn dadurch wird nur die gesetzliche Rechtslage nach dem BGB-Werkvertragsrecht wiederhergestellt.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt

4. § 648a BGB-Bürgschaft sichert keine Nachtragsansprüche

Der Bürge, der sich für den Auftraggeber nach § 648a BGB verbürgt hat, haftet nicht für Nachtragsansprüche des Auftragnehmers, die aus späteren Anordnungen des Auftraggebers resultieren. Das gilt auch, wenn für den Bürgen bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages erkennbar war, dass der Bauvertrag der VOB/B unterliegt.

BGH, Urteil vom 15.12.2009 - XI ZR 107/08

Die klagende Auftragnehmerin hatte mit ihrer Auftraggeberin einen Bauvertrag über Starkstrominstallationsarbeiten abgeschlossen. Die Beklagte übernahm für die Auftraggeberin insgesamt drei Bürgschaften gemäß § 648a BGB. Nach Übernahme dieser Bürgschaften kam es auf Grund von späteren Anordnungen des Auftraggebers zu mehreren Nachtragsaufträgen, aus denen zusätzliche Vergütungsansprüche der Auftragnehmerin von rund €250.000,00 resultierten. Nach der Insolvenz der Auftraggeberin nahm die Auftragnehmerin die Bürgen u. a. wegen der ausgeführten Nachtragsleistungen in Anspruch. Die Bürgin verweigert die Zahlung mit dem Argument, sie habe sich nur für den Leistungsumfang aus dem Hauptvertrag verbürgt. Dagegen wendet die Auftragnehmerin ein, im Bauvertrag sei die Geltung der VOB/B vereinbart. Nach § 1 Nr. 3, 4 VOB/B sei es der Auftraggeberin gestattet, einseitig geänderte oder zusätzliche Leistungen anzuordnen, die die Auftragnehmerin auszuführen habe. Deshalb müsse sich die Bürgenhaftung auch auf die Nachtragsvergütung erstrecken.

Der BGH gibt der Bürgin Recht. Einer Haftung für Nachtragsansprüche stehe § 767 Abs. 1 S. 3 BGB entgegen. Nach § 767 Abs. 1 S. 3 BGB kann ein Bürge nicht für Forderungen in Anspruch genommen werden, die durch ein dem Abschluss des Bürgschaftsvertrages zeitlich nachfolgendes Rechtsgeschäft des Hauptschuldners begründet wurden - hier durch die Nachtragsanordnungen der Auftraggeberin. Auf diese Weise soll der Bürge vor unkalkulierbaren Haftungsrisiken geschützt werden. An diesem Grundsatz ändere sich auch nichts dadurch, dass der Bauvertrag die VOB/B als Vertragsgrundlage enthält, die Auftraggeberin daher nach § 1 Nr. 3, 4 VOB/B berechtigt war, einseitig zusätzliche Leistungen anzuordnen und der Bürgin diese Umstände möglicherweise bekannt waren.

Mit der Entscheidung ist die bisher streitige Frage der Sicherung von Werklohnansprüchen aus Nachtragsaufträgen beim VOB/B-Bauvertrag höchstrichterlich geklärt. Auftragnehmern ist daher zu empfehlen, bereits im

Bürgschaftstext die Möglichkeit einer erweiterten Bürgenhaftung für künftige Nachtragsaufträge aufzunehmen. Sofern das gegenüber dem Auftraggeber und/oder Bürgen nicht durchsetzbar ist, sollten Auftragnehmer bei einer Erweiterung des Bauauftrages immer eine Nachsicherung nach § 648a BGB verlangen.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

5. Nachtragsberechnung bei geänderter Leistung

Eine Forderung aus § 2 Nr. 5 VOB/B kann grundsätzlich nicht in der Weise berechnet werden, dass lediglich bestimmte Mehrkosten geltend gemacht werden, ohne den sich aus einer Änderung des Bauentwurfs oder einer anderen Anordnung des Auftraggebers ergebenden neuen Preis darzulegen, der unter Berücksichtigung sämtlicher Mehr- und Minderkosten zu ermitteln ist.

BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 205/07

Die Klägerin erbrachte die Tiefbauarbeiten zur Errichtung einer Schleuse. Im Rahmen eines dem Grunde nach angeordneten Nachtrags baute sie die Baugrubensohle als rückverankerte HDI-Sohle. Die Sohle sollte 1,50 m dick sein und ihre Oberfläche sollte 4 m unter Aushubsohle enden. Für Mehrzement und erhöhten Suspensionsrückfluss macht die Klägerin eine zusätzliche Vergütung in Höhe von etwa 9,5 Mio. Euro geltend. Ursache der Mehrkosten sei ein „abweichender Baugrund“, der zu einem Vergütungsanspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B führe.

Der Bundesgerichtshof wendet sich gegen die Berechnung der Klageforderung. Die Klägerin hatte aus der geltend gemachten Änderung lediglich Mehrkosten bei einzelnen Kalkulationsgrundlagen vorgetragen. Nach § 2 Nr. 5 VOB/B ist laut Bundesgerichtshof für den Fall einer Änderung des Bauentwurfs oder einer anderen Anordnung ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren, wenn die Grundlagen des

Preises für eine ursprünglich geschuldete Leistung geändert werden. Der Bundesgerichtshof fordert, dass der Auftragnehmer in einem schlüssigen Vortrag zu der Preisänderung die Mehr- oder Minderkosten darlegt, die sich aus der Änderung ergeben. Wenn aber - wie im zu entscheidenden Fall - nur erhöhte Kosten einzelner Elemente der Preisgrundlagen vorgebracht werden, ist das unschlüssig, weil damit nicht die geforderte Mehr- und Minderkostenberechnung erfolgt. Nach § 2 Nr. 5 VOB/B führt die Leistungsänderung nur zu einem Anspruch des Auftragnehmers, wenn im Ergebnis einer erforderlichen Vergleichsrechnung (BGH, BauR 1999, 897, 899) der neue Preis höher ist als der alte Preis.

Erhöhend bzw. verringernd können in die Vergleichsrechnung nur solche Einflüsse eingehen, für die der kausale Bezug zur bauinhaltlichen bzw. baumständlichen Änderung besteht. Im vorliegenden Fall hätte die Klägerin also näher erklären müssen, dass ein erhöhtes Volumen an Rücklaufsuspension (gegenüber dem sonstigen anzunehmenden Volumen!) im neuen Preis ursächlich auf die - dem Grunde nach ja nicht streitige - grundlegende Baugrundabweichung zurückzuführen ist.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum privaten Bau- und Architektenrecht

1. Zu den Voraussetzungen der Rückforderung des Vorschusses für die Mängelbeseitigung

a) Der Auftragnehmer kann einen an den Auftraggeber gezahlten Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zurückfordern, wenn feststeht, dass die Mängelbeseitigung nicht mehr durchgeführt wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber seinen Willen aufgegeben hat, die Mängel zu beseitigen.

- b) Ein Rückforderungsanspruch entsteht auch dann, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht binnen angemessener Frist durchgeführt hat.
- c) Welche Frist für die Mängelbeseitigung angemessen ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln, die für diesen maßgeblich sind. Abzustellen ist auch auf die persönlichen Verhältnisse des Auftraggebers und die Schwierigkeiten, die sich für ihn ergeben, weil er in der Beseitigung von Baumängeln unerfahren ist und hierfür fachkundige Beratung benötigt.
- d) Der Vorschuss ist trotz Ablaufs einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung nicht zurückzuzahlen, soweit er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zweckentsprechend verbraucht worden ist oder es feststeht, dass er alsbald verbraucht werden wird.

BGH, Urteil vom 14.01.2010 - VII ZR 108/08

2. Zur Verjährungsfrist der Rückforderung des Vorschusses für die Mängelbeseitigung

Der Anspruch des Unternehmers auf Rückzahlung des Vorschusses auf Mängelbeseitigungskosten verjährt in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren.

BGH, Urteil vom 14.01.2010 - VII ZR 213/07

3. Abgrenzung zwischen Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht

- a) Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.
- b) Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind

nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

- c) Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorausgehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden.

BGH, Urteil vom 23.07.2009 - VII ZR 151/08

4. Sittenwidrigkeit spekulativ überhöhter Einheitspreise auch bei Kompensation für Verluste bei anderen Einheitspreisen (Mischkalkulation)

Auch dann ist spekulatives Bieterverhalten (420- bis 560- fache Überschreitung des durchschnittlichen Preises für eine Einzelposition in einem Einheitspreisvertrag) nicht schützenswert, wenn durch die anstößig überhöhte Position der Auftragnehmer Verluste bei anderen Positionen ausgleichen will. (Anschluss an Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.12.2008, VII ZR 201/06)

OLG Dresden, Urteil vom 11.12.2009 - 4 U 1070/09

5. Zur Vergütung des Prüfindgenieurs

- a) Der Bauherr hat gegenüber dem von der Bauaufsichtsbehörde beauftragten Prüfindgenieur keinen Anspruch auf Erteilung einer im Verständnis von § 8 HOAI prüfaren Schlussrechnung.
- b) Die Höhe der Vergütung des von der Bauaufsichtsbehörde beauftragten Prüfindgenieurs steht nicht zur verhandelbaren Disposition zwischen Bauherr und Prüfindgenieur.
- c) Die Aufgabe des Prüfindgenieurs besteht nicht in der Erstellung bautechnischer Nachweise und der Bauleitung, sondern in

der Prüfung der vom Bauherrn vorgelegten Nachweise und der Überwachung, ob die Bauleitung die öffentlich-rechtlichen Vorschriften einhält.

- d) Präsentiert der Bauherr nach der Prüfung einer ersten Statik durch den Prüfindgenieur eine zweite, völlig andere Statik, darf der Prüfindgenieur die Prüfung von zwei Statiken abrechnen.
- e) Die Prüfung von Nachträgen zur Statik wird nicht im Verhältnis vom Inhalt der Nachträge zur Hauptstatik, sondern im Verhältnis von der Seitenanzahl der Hauptstatik zur Seitenanzahl der Nachträge abgerechnet.
- f) § 15 Abs. 4 BauPrüfVergVO 1996 rechtfertigt für Umbauten einen Umbauszuschlag mit dem Faktor 1,5 und für weitere Erschwernisse wie den Einfluss des Denkmalschutzes, einer langen Bauzeit, einer zum Teil mehr als 300 Jahre alten Altsubstanz, einer nur spärlichen Bauüberwachung durch den Bauleiter und der fehlenden Kooperation der Bauherrschaft zusätzlich einen Erschwerungszuschlag mit dem Faktor 1,5.

VG Saarlouis, Urteil vom 07.04.2009 - 5 K 726/08

6. Zur Zahlungsbürgschaft privater Bauherren in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers

Die Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers „Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr- oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen“, ist

nicht gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam (Aufgabe von Senat, Urteil vom 03. Juli 2008 - 13 U 68/08, BauR 2009, 103 = IBR 2008, 511).

OLG Celle, Urteil vom 19.08.2009 - 13 U 48/09

7. Zum Umfang des Schriftformerfordernisses beim Architektenvertrag

Die in § 4 Abs. 1 HOAI a. F. angeordnete Schriftform für die Honorarvereinbarung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Abschluss eines wirksamen Architektenvertrages. § 125 BGB und auf ihn bezogen auch § 126 BGB, die die Nichtigkeit eines Vertragsschlusses bei Verstoß gegen eine gesetzliche oder vertragliche Formabrede anordnen, gelten nämlich nur dann, wenn die Formanordnung nach ihrem Sinn und Zweck tatsächlich als Wirksamkeitsvoraussetzung ausgestaltet ist. Dies ist indes bei § 4 Abs. 1 HOAI a. F. nicht der Fall. Nach der Rechtsprechung des BGH (BauR 1989, 222) dient das Schriftformerfordernis in diesem Falle seitens des Auftragnehmers allein zur Beweiserleichterung bezüglich des Abschlusses und Inhaltes der Gebührenvereinbarung und bezüglich des Auftraggebers zum Schutz vor unkalkulierbaren Forderungen des Auftragnehmers. Die Nichteinhaltung der Schriftform führt daher bei mündlichen Beauftragungen unter Einschluss einer Honorarvereinbarung nicht dazu, dass keine wirksame vertragliche Abrede bestehen würde, sondern allein dazu, dass zum Schutz des Auftraggebers der Auftragnehmer lediglich nach der gesetzlichen Gebührenuntergrenze nach dem Gebührentableau des § 16 HOAI a. F. abrechnen kann.

OLG Jena, Urteil vom 09.01.2008 - 2 U 413/07

8. Eine Bindefristverlängerung ändert ein Angebot inhaltlich nicht ab

a) Die einfache Bindefristverlängerung durch einen Bieter hat nur die Bedeutung, dass das ursprüngliche Vertragsangebot inhalt-

lich konserviert und die rechtsgeschäftliche Bindungsfrist an das Angebot verlängert werden soll.

b) Die Zuschlagserklärung hat keinen anderen Inhalt als bereits die Ausschreibung und das Angebot des Bieters, wenn nicht etwas anderes klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht wird.

BGH, Urteil vom 26.11.2009 - VII ZR 131/08

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

1. Entwicklung des Vergaberechts: Neue Vergabeverordnung

a) Geltung der VOB/A 2009

Während die neue VOB/A 2009 in Praktikerkreisen bereits in ihren Einzelheiten diskutiert wird, hängt der Gesetzgeber noch hinterher. Voraussichtlich erst Mitte 2010 wird die VOB/A 2009 dann ungeachtet ihrer Bezeichnung unter diesem Namen in Kraft treten. Noch verwirrender ist die Lage unterhalb der Schwellenwerte.

Die VOB Fassung 2009 ist mit den Teilen A und B im Bundesanzeiger der Ausgabe Nr. 155 vom 15.10.2009 veröffentlicht worden. Damit ist sie jedoch noch nicht in Kraft getreten. Dies geschieht erst, wenn der Gesetzgeber die Vergabeverordnung so geändert hat, dass diese auf die Neufassung verweist (§ 4 Abs. 1 VgV neu). Die Ursache für diese Verzögerung ist darin zu sehen, dass das für die VOL (Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen) zuständige Bundeswirtschaftsministerium die Bekanntgabe dieser Vorschriften erst im Bundesgesetzblatt vom 29.12.2009 vorgenommen. Auch der Entwurf für die geänderte Vergabeordnung lag erst am 05.01.2010 vor.

Dieser Entwurf ist dann vom Bundeskabinett am 05.02.2010 beschlossen worden. Die neue Vergabeverordnung wird nun dem Bundesrat

zugeleitet, der nach Auskunft des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes sich voraussichtlich am 26.03.2010 hiermit befassen wird. Dieser Zeitplan macht es wahrscheinlich, dass die VOB/A Fassung 2009 Anfang Mai 2010 in Kraft treten kann. Sie gilt dann für alle Vergabeverfahren oberhalb der neuen Schwellenwerte.

Unterhalb der Schwellenwerte müssen die Bundesländer ebenfalls die Geltung der neuen VOB/A für ihre Vergabestellen anordnen. Lediglich in zwei Bundesländern existiert eine so genannte „dynamische“ Verweisung auf die VOB/A ohne Angabe einer bestimmten Fassung, nämlich in Rheinland-Pfalz und in Nordrhein-Westfalen. Hieraus könnte man schließen, dass die VOB/A 2009 bereits automatisch ab ihrer Bekanntgabe gilt. Für Nordrhein-Westfalen bereiten die zuständigen Ressorts einen Anwendungserlass vor, der bewirken soll, dass auch unterhalb der Schwellenwerte die VOB/A 2009 erst mit der Änderung der Vergabeordnung in Kraft tritt. In Rheinland-Pfalz gilt die VOB/A 2009 bereits jetzt.

b) Anstehende Reformen

Ferner hatte sich die Bundesregierung im Koalitionsvertrag vorgegeben, bis Ende 2010 weitere Reformen vorzunehmen. Dort heißt es:

„Die deutsche Wirtschaft braucht ein leistungsfähiges, transparentes, mittelstandsgerechtes und unbürokratisches Vergaberecht. Zur Erleichterung des Zugangs zu den Beschaffungsmärkten und zur Stärkung eines offenen und fairen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge soll das bestehende Vergaberecht reformiert und weiter gestrafft werden. Ziel ist es, das Verfahren und die Festlegung der Vergaberegeln insgesamt zu vereinfachen und transparenter zu gestalten.“

Das Bundeskabinett hat sich mit diesen Fragen aber noch nicht befasst, sondern zunächst in der Vergabeverordnung nur geringe, unmittelbar erforderliche Änderungen vorgenommen. Aus den Fachministerien wird verlautet, es werde an „Veränderungen im bestehenden

System“ gedacht. Dabei soll insbesondere eine Abarbeitung der Feststellungen aus dem „Gutachten zur Evaluation von Vergabeverfahren nach der VOB/A“ erfolgen. Dass dieses Gutachten immerhin auch schon seit 2007 vorliegt, wird dabei nicht erwähnt.

Rechtsanwalt Dr. Thilo Tetzlaff

2. Ohne Belehrung keine Präklusion nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB

Stellt der Bieter innerhalb von 15 Tagen nach Zurückweisung seiner Rüge durch die Vergabestelle keinen Nachprüfungsantrag, ist er trotz § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB mit seiner Rüge nur präkludiert, wenn die Vergabestelle in der Vergabebekanntmachung über die 15-Tage-Frist belehrt oder zumindest eine Auskunftsstelle über Rechtsbehelfe benannt hat.

VK Bund, Beschluss vom 30.10.2009 - VK 2 180/09

VK Südbayern, Beschluss vom 05.02.2010 - Z3-3-3194-1-66-12/09

VK Sachsen, Beschluss vom 11.12.2009 - 1/SVK/054-09

Mit der Reform des GWB im Jahre 2009 wurde § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB eingeführt. Danach ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn er nicht innerhalb von 15 Kalendertagen seit dem Zugang einer ablehnenden Entscheidung der Vergabestelle über eine vorherige Rüge des Bieters gestellt wird. Das zwingt nach dem Wortlaut der Vorschrift, einen Nachprüfungsantrag innerhalb dieser Frist zu stellen, obwohl zu diesem frühen Zeitpunkt oft nicht abschätzbar ist, ob das Nachprüfungsverfahren rechtlich und wirtschaftlich Sinn macht.

Nach den zitierten Entscheidungen tritt eine Präklusion jedoch nur ein, wenn die Vergabestelle die Bieter schon in der Vergabebekanntmachung über § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB belehrt oder dort zumindest eine Auskunftsstelle über Rechtsbehelfe benennt. Diese Voraussetzung ergibt sich aus höherrangigem EU-

Recht. Dort ist im Anhang VII Teil A Nr. 24 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG bestimmt, dass auf Rechtsbehelfsfristen in der Vergabebekanntmachung ausdrücklich hinzuweisen ist. Das kann durch einen Hinweis auf die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB erfolgen, aber auch durch Bekanntgabe der Kontaktdaten einer Stelle, die über Rechtsbehelfe Auskunft geben kann.

Rechtanwalt und Mediator Dr. Jan Scheube

3. Kann ein Mitglied einer Bietergemeinschaft zugleich Einzelbieter sein?

Das Gemeinschaftsrecht ist dahin auszulegen, dass es einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, die in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags, dessen Wert den in Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2004/18/EG vorgesehenen Schwellenwert nicht erreicht, der aber ein grenzüberschreitendes Interesse aufweist, den automatischen Ausschluss sowohl eines festen Konsortiums als auch seiner Mitgliedsunternehmen von der Teilnahme an diesem Verfahren und die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen gegen sie vorsieht, wenn diese Unternehmen im Rahmen derselben Ausschreibung konkurrierende Angebote zu dem des Konsortiums eingereicht haben, auch wenn das Angebot des Konsortiums nicht für Rechnung und im Interesse dieser Unternehmen abgegeben worden sein soll.

EuGH, Urteil vom 23.12.2009 - C-376/08

Eine italienische Gemeinde schrieb im Jahr 2007 Bauleistungen aus. An dem Vergabeverfahren beteiligte sich ein Unternehmen sowohl als Einzelbieter als auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft. Die Vergabestelle schloss den Einzelbieter und die Bietergemeinschaft von dem Vergabeverfahren aus. Grundlage des Ausschlusses war Art. 36 Abs. 5 des Decreto legislativo Nr. 163/2006. Dieses Gesetz

regelt in Italien u. a. die Vergabe von Bauleistungen und verbietet die gleichzeitige Beteiligung einer Bietergemeinschaft und eines seiner Mitglieder als Einzelbieter. Der ausgeschlossene Bieter und die Bietergemeinschaft klagten gegen den Ausschluss. Das zuständige italienische Gericht legte den Fall dem EuGH vor.

Der EuGH gab den Klägern Recht. Der automatische Ausschluss des Bieters und der Bietergemeinschaft verstößt gegen den gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Den betroffenen Unternehmen muss die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, dass die beiden Angebote unabhängig voneinander erstellt worden sind und keine Gefahr einer den Wettbewerb gefährdenden internen Abstimmung besteht. Eine zwingende Ausschlussregelung, die auch gilt, wenn keine Wettbewerbsgefährdung droht, widerspricht nach Ansicht des EuGH dem Ziel des Gemeinschaftsrechts, möglichst vielen Bietern die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Die bisherige Rechtspraxis in Deutschland ist deutlich strenger. Danach berechtigt die Abgabe paralleler Angebote durch Einzelbieter und Bietergemeinschaft die Vergabestelle zum Ausschluss beider Bieter. Bei einer solchen Doppelbewerbung wird eine wettbewerbswidrige Abrede vermutet. Diese Vermutung konnte der Bieter bisher nur widerlegen, indem er schon bei Angebotsabgabe unaufgefordert nachweist, den Geheimwettbewerb bei Angebotserstellung durch geeignete Maßnahmen sichergestellt zu haben. Fehlt dieser Nachweis im Angebotstext, durfte der Bieter ohne Weiteres ausgeschlossen werden. Die Vergabestelle war nicht verpflichtet, von sich aus Nachforschungen anzustellen, ob der betroffene Bieter den Geheimwettbewerb sichergestellt hat.

Die gleichen Grundsätze galten in der deutschen Rechtsprechung ursprünglich auch in den so genannten Vorbefassungsfällen. Dort kann der Bieter etwa aufgrund vorheriger Planungstätigkeiten für die Vergabestelle einen Wissensvorsprung vor den anderen Bietern

haben. Für diese Fälle hat der EuGH jedoch schon im Jahr 2005 entschieden, dass ein Ausschluss des Bieters nur zulässig ist, wenn er zuvor die Möglichkeit hatte, nachzuweisen, dass keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Diesen Nachweis muss der Bieter aber nicht von sich aus führen, sondern erst nachdem die Vergabestelle eine konkrete Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt hat.

Infolge des Urteils des EuGH vom 23.12.2009 werden die deutschen Gerichte ihre strengere Ansicht auch bei Doppelbewerbungen nicht aufrecht erhalten können. Bewirbt sich ein Bieter mit einem eigenen Angebot und als Mitglied einer Bietergemeinschaft, muss zuerst die Vergabestelle eine konkrete Gefahr für den Geheimwettbewerb feststellen und den Bieter dann hierzu anhören.

Wird ein betroffener Bieter ohne vorherige Anhörung von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, sind eine unverzügliche Rüge und gegebenenfalls ein Nachprüfungsantrag anzuraten. Dabei ist jedoch zu beachten, dass weiterhin der Bieter die Sicherstellung des Geheimwettbewerbs nachzuweisen hat.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Zur Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen

- a) Eine Vertragsänderung (hier: Einführung der „blauen Tonne“ für PKK) ist ausschreibungspflichtig, wenn sie einen Mehrbedarf an Personal und Fahrzeugen auslöst sowie eine Mehrvergütung von über 10% zur Folge hat, die für sich genommen den maßgeblichen Schwellenwert übersteigt.
- b) Für die für ein In-House-Geschäft maßgebliche Frage, ob eine Gesellschaft im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist, sind auch Umsätze von 100%igen Tochtergesellschaften zu berücksichtigen,

wenn für Mutter und Tochter ein gemeinsamer konsolidierter Abschluss vorliegt, der Geschäftsbericht die Ertragslage beider Gesellschaften zusammenfasst und gruppeninterne Vorgänge eliminiert und die Tochter nur mit personeller und sachlicher Ausstattung der Mutter arbeitsfähig ist.

- c) Hat bei einer de-facto-Vergabe der Antragsteller frühzeitig Kenntnis von der beabsichtigten Vergabe erlangt, kommt eine Verwirkung des Rechts auf Nachprüfung solange nicht in Betracht, wie ein Auftrag schon mangels Einhaltung der kommunalrechtlichen Vertretungsvorschriften nicht wirksam zu Stande gekommen ist.

OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 - 13 Verg 8/09

2. Einhaltung von Mindesttariflöhnen als vergabefremdes Kriterium

- a) Eine Vergabestelle ist nicht verpflichtet, bei der Vergabe von Reinigungsdienstleistungen in ihren Vergabeunterlagen die Einhaltung von Mindestlöhnen zu fordern.
- b) Der Ausschluss von Angeboten, die unterhalb bestimmter Stundenverrechnungssätze die Leistungen angeboten haben, ist ohne Rechtsgrundlage nicht zulässig.
- c) Die Forderung nach Vorlage von Erklärungen mit dem Angebot in Bezug auf die Einhaltung von Mindestlöhnen gemäß § 6 S. 4 AEntG würde jedenfalls mittelbar die Regelung in § 97 Abs. 4 2. HS GWB unterlaufen.

VK Münster, Beschluss vom 26.08.2009 - VK 11/09

3. Zum Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

- a) In Vergabeverfahren, deren Auftragsgegenstand den Schwellenwert nicht erreicht, bestehen Unterlassungsansprüche des un-

terlegenen Bieters gegen den Auftraggeber, wenn dieser gegen Regeln, die er bei der Auftragsvergabe einzuhalten versprochen hat, verstößt und dies zu einer Beeinträchtigung der Chancen des Bieters führen kann. Auf eine willkürliche Abweichung des Auftraggebers kommt es nicht an.

- b) Derartige Unterlassungsansprüche können auch im Wege des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden.
- c) Dazu ist nicht erforderlich, dass der Antragsteller eine (echte) Chance auf den Zuschlag hat. Jedoch kann im Rahmen der gebotenen Abwägung der Verfügungsgrund fehlen, wenn unwahrscheinlich ist, dass der Antragsteller den Zuschlag letztlich erhalten kann.
- d) Bei der Verfahrensgestaltung sind die Besonderheiten des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Es kann für das Gericht geboten sein, dem Auftraggeber im Wege einer Zwischenverfügung aufzugeben, befristet bis zur Entscheidung in erster Instanz eine Auftragsvergabe zu unterlassen sowie das Unternehmen, dem der Auftraggeber den Zuschlag erteilen will, von dem Verfahren zu benachrichtigen. Einer lückenhaften Tatsachenkenntnis des Antragstellers ist durch eine sachgerechte Handhabung der sekundären Darlegungslast und der Glaubhaftmachungslast Rechnung zu tragen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010 - 27 U 1/09

4. Zu den Anforderungen an die anzubietende Leistung bei unzulässiger Vorgabe eines Leitfabrikats

- a) Ein widersprüchliches Leistungsverzeichnis (hier: konkrete Produktvorgabe oder Leitfabrikat) ist anhand einer Zusammenschau aller relevanten Bestandteile aus Sicht eines verständigen, fachkundigen und mit

Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters auszulegen.

- b) Werden Anforderungen an eine Leistung durch nicht genannte Eigenschaften von Leitfabrikaten beschrieben, sind diejenigen Eigenschaften dieser Leitfabrikate, die Bezug zu Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit und Gesundheit haben, zwingend für die ausgeschriebene Leistung.
- c) Die Vergabekammer ist im Einzelfall nicht daran gehindert, die Verpflichtung zur Erteilung des Zuschlags an einen Bieter auszusprechen, wenn es sich dabei um die einzig geeignete Maßnahme handelt.

VK Berlin, Beschluss vom 05.11.2009 - VK-B2-35/09

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Öffentliches Baurecht

Schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche

Ein erwarteter Umsatzabfluss von 10 % aus dem Ortszentrum reicht nicht aus, um die Ansiedlung eines Drogerie- und Fachmarktzentums außerhalb des Zentrums zu untersagen.

OVG Thüringen, Beschluss vom 30.07.2009 - 1 EO 189/09

Nach dem 2004 eingeführten § 34 Abs. 3 BauGB dürfen von einem Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in einer Gemeinde zu erwarten sein. Einzelhandelsprojekten wird diese Bestimmung immer wieder entgegengehalten. Das OVG Thüringen hatte nun Gelegenheit, sich an der Diskussion über die Auslegung dieser Vorschrift zu beteiligen. In dem vom OVG entschiedenen Fall wendete eine Kleinstadt gegen einen Drogerie- und einen Getränkemarkt

außerhalb des Ortszentrums ein, dass sie voraussichtlich zu Umsatzverlagerung von über 10 % zu Lasten ihres zentralen Versorgungsbereiches führen würden. Im Übrigen sei bereits ein Drogeriemarkt in ihrem Zentrum wegen des Vorhabens geschlossen worden. Ferner verweist die Gemeinde auf ein vor ihr beschlossenes Einzelhandelskonzept, das die Schwächen des Einzelhandels in ihrer Innenstadt aufzeigt.

Das OVG wies die Argumentation der Gemeinde zurück. Schädliche Auswirkungen gem. § 34 Abs. 3 BauGB verlangten, dass die städtebauliche Funktion des zentralen Versorgungsbereiches „in beachtlichem Maße“ beeinträchtigt werde. Bei der Prognoseentscheidung hierüber komme es nicht auf generelle Grenzwerte wie bei der genannten Umsatzverteilungsschwelle an. Maßgeblich seien die Umstände des Einzelfalls. Hier spreche alles dafür, dass die Schließung des Drogeriemarktes auch ohne das Vorhaben erfolgt wäre. Das vorgelegte Einzelhandelskonzept enthalte ebenfalls keine Belege für schädliche Auswirkungen im Sinn des § 34 Abs. 3 BauGB, da es sich auf eine bloße Analyse der bestehenden Defizite beschränke.

Nach dem Urteil des OVG Thüringen bleiben die Hürden für den Nachweis unzulässiger schädlicher Auswirkungen eines Einzelhandelsprojekts hoch. Im Hinblick auf Wortlaut und Sinn der Bestimmung ist nachvollziehbar zu ermitteln und zu begründen, inwiefern die Funktionsfähigkeit des zentralen Versorgungsbereiches so nachhaltig gestört wird, dass er seinen Versorgungsauftrag für die Bevölkerung nicht mehr wahrnehmen kann. Diese Schwelle ist nicht bereits dann überschritten, wenn es lediglich zu spürbaren Umsatz- oder Kaufkraftverlagerungen kommt. Denn § 34 Abs. 3 BauGB dient nicht dem Konkurrentenschutz, sondern allein der Erhaltung städtebaulicher Funktionen.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

VI. Mietrecht

1. So genannte qualifizierte Schriftformklauseln in Mietverträgen AGB-widrig

Eine so genannte qualifizierte Schriftformklausel in Mietverträgen verstößt gegen § 307 BGB und ist unwirksam.

OLG Rostock, Beschluss vom 19.05.2009 - 3 U 16/09

Die Parteien hatten einen schriftlichen Mietvertrag über Gewerberäume geschlossen, in dem in den mietvertraglichen Regelungen enthalten war, dass „*Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages der Schriftform bedürfen*“. Darüber hinaus sollte auch die „*Aufhebung der Schriftformklausel der Schriftform bedürfen*“.

Die Parteien schlossen eine mündliche Vereinbarung über die Aufhebung des Mietverhältnisses. Im Streit war nun, ob die mündliche Aufhebungsvereinbarung wirksam ist.

Das OLG Rostock hat in der vorgenannten Entscheidung die Wirksamkeit der mündlichen Aufhebungsvereinbarung bejaht und dies damit begründet, dass die so genannte qualifizierte Schriftformklausel, nach der eine Abweichung von der Schriftform ebenfalls der Schriftform bedarf, gegen § 307 BGB verstößt und daher unwirksam ist. Die Regelung sei intransparent und benachteilige den Vertragspartner unangemessen. Es werde durch die Regelung der Eindruck erweckt, eine mündliche Abrede sei entgegen § 305b BGB unwirksam.

Das OLG Rostock liegt mit dieser Entscheidung auf der Linie der Rechtsprechung des BGH (BGH, Beschluss vom 21.09.2005, NJW 2006, 138). Jedenfalls in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in Mietverträgen grundsätzlich davon abzuraten, qualifizierte Schriftformklauseln zu verwenden. Nachträgliche mündliche Vereinbarungen haben grundsätzlich Vorrang vor Schriftformklauseln in Formularverträgen. Von diesem Grundsatz

kann nicht unter Verstoß gegen die §§ 305b, 307 BGB abgewichen werden.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

2. Bereicherungsanspruch des Mieters gegen Ersteigerer im Zwangsversteigerungsverfahren wegen nicht amortisierter Investitionen

BGH, Urteil vom 16.09.09 - XII ZR 71/07

Sachverhalt:

Mit schriftlichem Vertrag vom 11.05.1998 mietete ein Unternehmen vom damaligen Grundstückseigentümer Gewerberäume für 15 Jahre mit anschließender Verlängerungsoption an. Die B-Bank betrieb in der Folgezeit die Zwangsversteigerung in das Mietgrundstück. Mit Beschluss vom 15.12.2003 erhielt sie den Zuschlag für das Grundstück. Hierauf kündigte die B-Bank mit Schreiben vom 29.12.2003 gegenüber dem Unternehmen das Mietverhältnis unter Bezugnahme auf das Sonderkündigungsrecht des § 57a ZVG zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Das mietende Unternehmen verweigerte unter Hinweis auf die von ihm getätigten Investitionen die Herausgabe des Mietobjekts.

Urteil:

Der Bundesgerichtshof hat bezugnehmend auf eine vorausgegangene Entscheidung des Senats im Jahr 2009 bekräftigt, dass er bei seiner Ansicht bleibt, dass sich der Bereicherungsanspruch des Mieters wegen wertsteigerender Investitionen in das Mietobjekt, die der Mieter wegen vorzeitigen Mietendes nicht amortisieren konnte, nicht gegen den ursprünglichen Vermieter, sondern gegen den Ersteigerer richtet.

Dies wird vom Bundesgerichtshof damit begründet, dass dem Mieter ein Bereicherungsanspruch zustehen kann, wenn der neue Vermieter, der infolge des Zuschlags in der Zwangsversteigerung in das Mietverhältnis eingetreten ist, aufgrund des dem Ersteigerer zustehenden Sonderkündigungsrechts vorzeitig und nicht erst zum Ablauf der vertraglich

vorgesehenen Mietzeit in den Genuss der wertsteigernden Investition des Mieters gekommen ist.

Für den Mieter hat der Abschluss des langfristigen Mietvertrages die Grundlage für die getätigten Investitionen gebildet. Mit der vorzeitigen Beendigung des Mietvertrages vor dem zwischen den Parteien geplanten Ende ist der Rechtsgrund für die seitens des Mieters vorgenommene Investition weggefallen.

Dabei hat der BGH entschieden, dass bei einem Vermieterwechsel infolge Grundstücksveräußerung nicht derjenige Bereicherungsschuldner ist, der im Zeitpunkt der Vornahme der Investition Vermieter war, sondern der neue Vermieter, der die Mietsache vorzeitig zurück erhält. Maßgeblich ist dabei nicht die Höhe der Investition des Mieters bzw. die Verkehrswertsteigerung des Mietobjekts bei Rückgabe, sondern allein die Erhöhung des Ertragswerts, soweit der neue Vermieter diesen früher als vertraglich vorgesehen durch anderweitige Vermietung zu einem höheren Mietzins realisieren kann.

Bereichert ist dementsprechend der neue Vermieter, der die Mietsache aufgrund des ausgeübten Sonderkündigungsrechts vor Ablauf der vereinbarten Mietzeit zurück erhält und sie zu einem höheren Mietzins, als dies ohne die mieterseits getätigten Investitionen möglich wäre, weitervermieten kann.

Praxishinweis:

Bei der Ersteigerung eines bebauten und vermieteten Grundstücks sollte stets zuvor neben den bestehenden Mietverträgen auch die Frage, ob eventuell mieterseits mit Zustimmung des Vermieters Investitionen getätigt wurden, geprüft werden. Kommt es in Betracht, dass der neue Eigentümer im Fall der Weitervermietung das Objekt aufgrund dieser getätigten Investitionen zu einem höheren Mietzins, als dies sonst der Fall wäre, weitervermieten kann, so muss in die Rentabilitätserwägung auch mit einbezogen werden, dass dem bisherigen Mieter wegen seiner Investitionen ein Bereicherungsanspruch gegenüber dem neuen Vermieter zustehen kann.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VII. Leitsätze zum Arbeitsrecht

1. Unzureichende Deutschkenntnisse als Kündigungsgrund

Ist ein Arbeitnehmer nicht in der Lage, in deutscher Sprache abgefasste Arbeitsanweisungen zu lesen, so kann eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt sein. Es stellt keine nach § 3 Abs. 2 AGG verbotene mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft dar, wenn der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern die Kenntnis der deutschen Schriftsprache verlangt, soweit sie für deren Tätigkeit erforderlich ist. Der Arbeitgeber verfolgt ein im Sinne des Gesetzes legitimes, nicht diskriminierendes Ziel, wenn er - z. B. aus Gründen der Qualitätssicherung - schriftliche Arbeitsanweisungen einführt.

BAG, Urteil vom 28.01.2010 - 2 AZR 764/08

2. Betriebsübergang bei Änderung des Betriebskonzepts

Ein Betriebsübergang ist trotz weitgehend übernommener sachlicher Betriebsmittel nicht anzunehmen, wenn der Betriebserwerber aufgrund eines veränderten Betriebskonzepts diese nur noch teilweise benötigt und nutzt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Betriebserwerber erhebliche Änderungen in der Organisation und der Personalstruktur des Betriebes eingeführt hat, sodass in der Gesamtschau keine Fortführung des früheren Betriebes anzunehmen ist.

BAG, Urteil vom 17.12.2009 - 8 AZR 1019/08

3. Keine Altersdiskriminierung durch auf jüngere Arbeitnehmer beschränktes Angebot von Aufhebungsverträgen

a) Nimmt der Arbeitgeber die bei ihm beschäftigten über 55-jährigen Arbeitnehmer aus dem Personenkreis aus, dem er im Rahmen einer Personalabbaumaßnahme den

Abschluss von Aufhebungsverträgen gegen Abfindungen anbietet, liegt darin keine Diskriminierung wegen des Alters. Es fehlt bereits an einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters im Sinn von § 3 Abs. 1 S. 1 AGG. Den älteren Arbeitnehmern bleibt ihr Arbeitsplatz erhalten. Sie werden deshalb nicht weniger günstig als die jüngeren Arbeitnehmer behandelt, die ihren Arbeitsplatz - wenn auch unter Zahlung einer Abfindung - verlieren.

b) Das neu geschaffene Diskriminierungsverbot wegen des Alters verfolgt wesentlich den Zweck, älteren Arbeitnehmern den Verbleib im Arbeitsleben zu ermöglichen. Es zwingt deshalb Arbeitgeber im Rahmen eines von ihnen geplanten Personalabbaus nicht dazu, auf Verlangen älterer Arbeitnehmer mit diesen einen Aufhebungsvertrag gegen Zahlung einer Abfindung zu schließen.

BAG, Urteil vom 25.02.2010 - 6 AZR 911/08

4. Internet für den Betriebsrat

Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber die Bereitstellung eines Internetanschlusses jedenfalls dann verlangen, wenn er bereits über einen PC verfügt, im Betrieb ein Internetanschluss vorhanden ist, die Freischaltung des Internetzugangs für den Betriebsrat keine zusätzlichen Kosten verursacht und der Internetnutzung durch den Betriebsrat keine sonstigen berechtigten Belange des Arbeitgebers entgegenstehen. Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat für die laufende Geschäftsführung in dem erforderlichen Umfang auch Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Dazu gehört das Internet.

BAG, Beschluss vom 20.01.2010 - 7 ABR 79/08

Rechtsanwalt Tobias Mosig

VIII. Veröffentlichungen, Sonstiges

1. Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

Unzumutbare Lärmbelästigungen durch Ladezone eines Einkaufszentrums
IBR 2010, 59

In der IBR 2010, 59 bespricht unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper den Beschluss des VG Saarlouis vom 21.07.2009. In dem vom VG Saarlouis zu entscheidenden Verfahren ging es darum, ob die von der Ladezone eines Einkaufszentrums ausgehenden Lärmbelästigungen auch dann zu einer Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme und damit zur Rechtswidrigkeit einer Baugenehmigung führen, wenn die einschlägigen Richtwerte der TA Lärm und der VDI-Richtlinie 2058 eingehalten sind. Das VG Saarlouis hat diese Frage bejaht.

Dr. Marian Klepper hält dies insofern für bemerkenswert, als sich das VG Saarlouis der Tendenz der Rechtsprechung entgegengestemmt hat, welche meist einen Rückgriff auf das Gebot der Rücksichtnahme ablehnt, wenn Beeinträchtigungen unterhalb der einschlägigen Richtwerte bleiben.

2. Rechtsanwalt Christian Schultz

Kommentar zum Schlussantrag des Generalanwalts Mengozzi v. 17.11.2009 - Rs. C-451/08 - „Helmut Müller GmbH“
NZBau 2010, VII - VIII

In der Februar-Ausgabe der NZBau kommentiert unser Düsseldorfer Kollege Christian Schultz den Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH zu den Vorabentscheidungsfragen des OLG Düsseldorf, in welchen es darum geht, inwieweit Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand ausschreibungspflichtig sind. Der EuGH folgt in seinen Entscheidungen in den meisten Fällen dem Schlussantrag des Generalanwalts.

Die Leitsätze des Schlussantrags des Generalanwalts wurden in der Literatur häufig dahingehend verstanden, dass solche Grundstücksverkäufe nicht ausschreibungspflichtig seien. In seinem Kommentar arbeitet Schultz heraus, dass die Begründung der Schlussanträge hingegen durchaus darauf schließen lassen würden, dass Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand doch ausschreibungspflichtig seien. Deswegen bleibt die Entscheidung des EuGH, welche für Mai/Juni 2010 erwartet wird, abzuwarten.

Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Entscheidungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetzestexte, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg -

im März 2010