

# Mandanten-Rundbrief

- September 2009 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Die „neue“ HOAI - ein Überblick	2
2.	Gewährleistungsbürgschaften mit Ausschluss der Einreden gemäß § 768 BGB sind unwirksam	3
3.	Grenzen der Sekundärhaftung des Architekten	4
4.	Fehlende/unwirksame außerordentliche Kündigung: Erstattung von Restfertigstellungsmehrkosten?	5
5.	Zur Beurkundungsbedürftigkeit von Baubetreuungsverträgen	6
6.	Mangelbegriff: Folge des Nichteinhaltens einschlägiger DIN-Normen	7
II.	Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht	8
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	10
IV.	Öffentliches Baurecht	11
	Ansiedlung oder Erweiterung von großflächigem Einzelhandel in im Zusammenhang bebauten Ortsteilen nach § 34 Abs. 3 BauGB	11
V.	Mietrecht	12
	Zum „Ausfrieren“ des Mieters nach Mietende - Versorgungseinstellung durch den Vermieter	12
VI.	Arbeitsrecht	14
1.	Mithören von Telefongesprächen - Beweisverwertungsverbot	14
2.	Abmahnung wegen Weigerung, an einem Personalgespräch teilzunehmen	15
VII.	Leitsätze zum Arbeitsrecht	16

HEIDELBERG

Vangerowstr. 20  
69115 Heidelberg  
Tel.: 06221/9129-0  
Fax: 06221/9129-29

FRANKFURT

Myliusstr. 14  
60323 Frankfurt  
Tel.: 069/727374-15  
Fax: 069/727374-91

BERLIN

Markgrafenstr. 33  
10117 Berlin  
Tel.: 030/206278-0  
Fax: 030/206278-78

POTSDAM

Kurfürstenstr. 32  
14467 Potsdam  
Tel.: 0331/6264499-0  
Fax: 0331/6264499-49

DÜSSELDORF

Königsallee 63-65  
40215 Düsseldorf  
Tel.: 0211/436987-0  
Fax: 0211/436987-9

HAMBURG

Esplanade 39  
20354 Hamburg  
Tel.: 040/2263038-0  
Fax: 040/2263038-18

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Die „neue“ HOAI - ein Überblick

Die neue Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure - HOAI) in der Fassung vom 30.04.2009, der der Bundesrat am 12.06.2009 zugestimmt hat, ist am 18.08.2009 in Kraft getreten. Nachfolgend werden die wesentlichen Inhalte und wichtigsten Änderungen im Vergleich zur „alten“ HOAI dargestellt. Praxisrelevante Besonderheiten, die im Rahmen dieses Beitrages nur angerissen werden können, werden in den nachfolgenden Mandantenrundbriefen vertieft behandelt.

#### a) Inhalte - was bleibt?

##### *(1) Leistungsbilder*

Die Leistungsbilder sind im Wesentlichen geblieben, jedoch wurde die HOAI neu strukturiert: Das Leistungsbild „Objektplanung Gebäude und raumbildende Ausbauten“ beispielsweise finden Sie nun in § 33, die einzelnen Leistungen in Anlage 11.

##### *(2) Leistungsphasen*

Die Leistungsphasen 1 bis 9 werden beibehalten, lediglich die Tragwerksplanung umfasst gemäß § 3 Abs. 5 nur noch die Leistungsphasen 1 bis 6.

##### *(3) Grundleistungen*

Zwar taucht der Begriff „Grundleistungen“ in der HOAI nicht mehr auf. Aber bei den in den Anlagen 4 bis 14, die die Regelungen zu den verschiedenen Leistungsbildern ergänzen, aufgelisteten Einzelleistungen handelt es sich um die früheren Grundleistungen. Diese haben - in Abgrenzung zu den Besonderen Leistungen (näheres hierzu siehe unten) - zwingenden Charakter.

### *(4) Umbauszuschlag*

Die HOAI sieht weiterhin einen generellen (also wie bisher auch ohne schriftliche Vereinbarung geltenden) Umbauszuschlag in Höhe von mindestens 20 % vor, jedoch mit folgenden - für den Architekten positiven - Neuregelungen in § 35:

Der Mindest-Zuschlag gilt bereits für Leistungen ab der Honorarzone II. Und es kann (jedenfalls theoretisch) ein Zuschlag bis zu 80 % schriftlich vereinbart werden.

#### **b) Änderungen - was kommt?**

##### *(1) Inlandsbeschränkung*

Gemäß § 1 gilt die HOAI nur noch für Architekten mit Sitz im Inland, soweit die Leistungen vom Inland aus erbracht werden.

##### *(2) Ausgliederung von gutachterlichen Leistungen / Beratungsleistungen*

Die Verpreisung von Beratungsleistungen für z. B. thermische Bauphysik, Schallschutz oder Vermessungstechnik ist entfallen. Soweit der Architekt also keine Planungs-, sondern reine Beratungsleistungen erbringt, ist das Honorar zwar noch in Anlage 1 zur HOAI enthalten, aber gemäß § 3 Abs. 1 nicht mehr verbindlich geregelt und kann somit frei vereinbart werden.

##### *(3) Besondere / zusätzliche Leistungen*

Die Vergütung für Besondere Leistungen, die nicht mehr in den einzelnen Leistungsbildern aufgeführt, sondern - nicht abschließend - in Anlage 2 zur HOAI aufgezählt werden, ist gemäß § 3 Abs. 3 frei verhandelbar. Jedoch ist grundsätzlich eine vertragliche Regelung erforderlich. Gleiches gilt gemäß § 3 Abs. 2 für zusätzliche Leistungen, also für solche Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, eine Änderung des Leistungsablaufs oder andere Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden.

#### *(4) Anrechenbare Kosten*

Soweit die anrechenbaren Kosten nach Maßgabe der DIN 276 zu ermitteln sind (was nicht mehr in allen Fällen zwingend ist!), ist diese nunmehr in der Fassung von Dezember 2008 (früher: 1981) zugrunde zu legen. Ansonsten ist Folgendes zu beachten:

Die anrechenbaren Kosten sind grundsätzlich nur noch auf Basis der Kostenberechnung aus Leistungsphase 3 zu ermitteln. Diese ist für die Abrechnung sämtlicher Leistungsphasen einschlägig (Kostenberechnungsmodell). Alternativ können die Parteien vor Planungsbeginn eine Vereinbarung zu bestimmten, nachprüfbar anrechenbaren Kosten treffen (Kostenvereinbarungsmodell), wodurch für die Abrechnung sämtlicher Leistungsphasen eine Abkopplung von den tatsächlich entstehenden Baukosten erfolgt.

#### **c) Allgemeines zum Honorar - was gilt?**

##### *(1) Honoraranhebung*

Da das Honorar in Form der Tafelwerte seit 1996 nicht mehr erhöht wurde, wurde nunmehr durchgängig eine pauschale 10%-ige Anhebung der Honorare vorgenommen. Diese Honorarerhöhung wird allerdings durch diverse Honorarminderungsstatbestände wieder unterlaufen (siehe unten).

##### *(2) Wegfall der Regelung zu Zeithonoraren*

Der bisherige § 6 wurde ersatzlos gestrichen. Dennoch soll die Vereinbarung von Zeithonoraren nach wie vor zulässig sein, wobei die Parteien in jeglicher Hinsicht frei sind. Insbesondere sind keine festen Stundensätze mehr vorgegeben.

##### *(3) Wegfall der Regelung zur zeitlichen Trennung der Leistungsausführung*

Auch § 21 a. F., der ein höheres Honorar bei bauabschnittsbezogener Ausführung vorsah, ist entfallen.

#### *(4) Wegfall der Regelung zur örtlichen Bauüberwachung bei Ingenieurbauwerken*

Anders als für die Bauüberwachungsleistungen für die Objektplanung für Gebäude, für die auch die „neue“ HOAI in § 33 Nr. 8 ein Honorar vorsieht (bzw. bei Beauftragung als Einzelleistung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2), ist ein Honoraranspruch für die örtliche Bauüberwachung bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen nicht mehr in der HOAI geregelt.

Rechtsanwältin Kristina Eistert

#### **2. Gewährleistungsbürgschaften mit Ausschluss der Einreden gemäß § 768 BGB sind unwirksam**

**a) Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Werkbestellers, die vorsieht, dass der Werkunternehmer einen Sicherheitseinbehalt von 5 % der Schlussabrechnungssumme nur gegen Stellung einer Bürgschaft ablösen kann, die den Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB enthält, benachteiligt den Werkunternehmer unangemessen und ist nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 S. 1 BGB) unwirksam.**

**b) Die unangemessene Benachteiligung des Werkunternehmers hat zur Folge, dass die Klausel insgesamt unwirksam ist. Eine formularmäßige Vereinbarung zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen bildet mit der Ablösungsmöglichkeit durch eine Gewährleistungsbürgschaft eine untrennbare Einheit.**

BGH, Versäumnisurteil vom 16.06.2009 - XI ZR 145/08

Der Bundesgerichtshof hat die in der Literatur und zwischen mehreren Oberlandesgerichten umstrittene Frage beantwortet, ob der Ausschluss der Einreden gemäß § 768 BGB, wonach sich der Bürge auf die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden berufen kann, zur Gesamtwirksamkeit der Bürgschaft führt.

Einigkeit bestand darüber, dass allgemeine Geschäftsbedingungen des Auftraggebers nicht vorsehen dürfen, dass in einer vom Auftragnehmer zu stellenden Bürgschaft auf die Einreden aus § 768 BGB verzichtet wird. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine solche Klausel unwirksam.

Es gab aber divergierende Urteile von mehreren Oberlandesgerichten darüber, welche Folge sich aus der Unwirksamkeit einer solchen Klausel in Bezug auf die Wirksamkeit der gesamten Gewährleistungsbürgschaft ergibt.

Im Februar diesen Jahres hatte der Bundesgerichtshof für eine Vertragserfüllungsbürgschaft entschieden, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft trotzdem als einfache, selbstschuldnerische Bürgschaft aufrecht zu erhalten sei (vgl. Mandantenrundbrief Juni 2009, S. 7).

Der Bundesgerichtshof hat nun festgestellt, dass dies für eine Gewährleistungsbürgschaft nicht gilt. Eine Vereinbarung zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen bilde mit der Ablösungsmöglichkeit durch eine Gewährleistungsbürgschaft eine untrennbare Einheit. Der unauflösbare wechselseitige Bezug dieser Teile ergebe sich daraus, dass die Ablösungsbefugnis durch eine Bürgschaft für sich genommen den Auftragnehmer zwar nicht belaste. Ein Nachteil entstehe aber dadurch, dass die Ablösungsbefugnis mit einem Einbehalt von Entgelt verknüpft werde und der Auftragnehmer nunmehr die vereinbarte Sicherheit stellen müsse, um den davon betroffenen Teil des Werklohns zu erhalten.

Aufgrund dieser untrennbaren Einheit zwischen Sicherungseinbehalt und Ablösungsmöglichkeit - nur durch eine AGB-widrige Bürgschaft - ist die Sicherheitsabrede insgesamt unwirksam. Dies bedeutet, dass der Unternehmer überhaupt keine Gewährleistungssicherheit zu stellen hat.

Auftragnehmer können in solchen Fällen die Auszahlung des Gewährleistungseinbehalts auch ohne Stellung der Bürgschaft - auch ohne Stellung einer einfachen Bürgschaft - verlangen. Bereits gestellte Bürgschaften können

ersatzlos zurück gefordert werden. Bürgen können aus einer auf dieser Basis gestellten Bürgschaft nicht in Anspruch genommen werden.

Rechtsanwalt Michael Giebel

### 3. Grenzen der Sekundärhaftung des Architekten

**Die zur Sekundärhaftung des Architekten entwickelten Grundsätze sind nicht auf einen Architekten anwendbar, der lediglich mit den Aufgaben der Grundlagenermittlung bis zur Vorbereitung der Vergabe (Leistungsphasen 1 bis 6 des § 15 Abs. 2 HOAI a. F.) beauftragt worden ist (Abgrenzung zur früheren Rechtsprechung des BGH vom 11.01.1996 - VII ZR 85/95, BauR 1996, 418).**

BGH, Urteil vom 23.07.2009 - VII ZR 134/08

Ein von einem Oberlandesgericht zu Schadensersatz verurteilter Architekt wendet sich im Revisionsverfahren beim Bundesgerichtshof hiergegen mit dem Argument, dass die Ansprüche verjährt seien. Er wurde von den Klägern im Jahr 1992 mit den Grundleistungen der Phasen 1 bis 6 des § 15 Abs. 2 HOAI a. F. für die Errichtung des Hauses der Kläger beauftragt. Das Grundstück befindet sich 100 Meter von der Elbe entfernt. Die Planung des Beklagten sah keine Abdichtung gegen drückendes Grundwasser vor. 1994 trat Wasser in den Keller ein. Die Kläger wandten sich deswegen an die bauausführende Firma, die selbst nichts unternahm, jedoch den Beklagten über den Wassereintritt und ihre Auffassung informierte, es liege kein Ausführungsfehler vor. Der Beklagte blieb untätig. Nach einem neuen Wassereintritt im Jahr 2002 stellte ein für die Kläger tätiger Sachverständiger fest, dass eine fehlende Abdichtung gegen drückendes Grundwasser schadensursächlich war.

Landgericht und Oberlandesgericht meinten, der Beklagte könne sich nicht auf die Einrede der Verjährung berufen. Ihn treffe eine Sekundärhaftung, die zum Ausschluss der Verjäh-

rungeinrede führe. Aufgrund seiner Sachwalterhaftung sei er mit dieser Einrede ausgeschlossen. Dem Beklagten habe die objektive Untersuchung des in unverjährter Zeit aufgetretenen Mangels und die Information der Bauherren über das Ergebnis der Untersuchung obliegen.

Der Bundesgerichtshof teilt diese Auffassung zum Umfang der Sekundärhaftung nicht. Nach der BGH-Rechtsprechung obliegt dem umfassend beauftragten Architekten im Rahmen seiner Betreuungsaufgabe nicht nur die Wahrung der Auftraggeberrechte gegenüber den Bauunternehmern, sondern auch und zunächst die objektive Klärung der Mängelursachen, selbst wenn zu diesen eigene Planungs- oder Aufsichtsfehler gehören. Eine Vertragsverletzung durch pflichtwidrige Unterlassung jeglicher Untersuchung und Beratung, mit der der Architekt möglicherweise die Verjährung der gegen ihn selbst bestehenden Ansprüche herbeiführt, begründet - nicht anders als eine falsche Beratung - einen weiteren Schadensersatzanspruch dahin, dass die Verjährung der gegen ihn gerichteten Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche als nicht eingetreten gilt.

Ist ein Architekt aber nur mit den Aufgaben der Grundlagenermittlung bis zur Vorbereitung der Vergabe betraut, hat er zwar einen erheblichen Teil der Planungsaufgaben übernommen, hat aber keine derartige zentrale Stellung bei der Durchführung des gesamten Bauwerks, die es rechtfertigt, die Grundsätze über die Sekundärhaftung anzuwenden. Denn mit der Errichtung des Bauwerks ist der lediglich mit den Leistungsphasen 1 bis 6 des § 15 Abs. 2 HOAI a. F. beauftragte Architekt in keiner Weise befasst.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk

#### **4. Fehlende/unwirksame außerordentliche Kündigung: Erstattung von Restfertigstellungsmehrkosten?**

**Der Anspruch des Auftragsgebers auf Erstattung von Restfertigstellungsmehrkosten setzt nicht zwingend eine wirksame außerordentliche Kündigung nach § 8 Nr. 2**

**und Nr. 3 VOB/B voraus. Es kann ausreichen, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer den Bauvertrag durch schlüssiges Verhalten aufheben. Das kann sich aus einer endgültigen Weigerung des Auftragnehmers zur vertragsgemäßen Fertigstellung ergeben.**

Kammergericht Berlin (KG), Urteil vom 29.04.2008 - 6 U 17/07; Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen, Beschluss vom 04.06.2009 - VII ZR 116/08

Der Grundsatz ist bekannt: Der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber die Restfertigstellungsmehrkosten aus einer kündigungsbedingten Ersatzvornahme nur erstatten, wenn der Auftraggeber den Bauvertrag zuvor wirksam außerordentlich nach § 8 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B gekündigt hat. Nach der Entscheidung kann der Erstattungsanspruch des Auftraggebers ausnahmsweise auch dann bestehen, wenn der Auftraggeber nicht oder nicht wirksam gekündigt hat, der Auftragnehmer aber seine Leistungen ernsthaft und endgültig verweigert.

Im entschiedenen Fall hatte der - bereits im Verzug befindliche - Auftragnehmer Insolvenz beantragt und seine Leistungen eingestellt. Der Auftraggeber kündigte jedoch nicht. Statt dessen erklärte der vorläufige Insolvenzverwalter, die Leistungen könnten mangels Liquidität nicht mehr aufgenommen werden. Der Auftraggeber erwiderte darauf, er gehe von einer Erfüllungsverweigerung aus, und leitete eine Ersatzvornahme zur Restfertigstellung ein. Die dabei entstandenen Mehrkosten verlangt der Auftraggeber erstattet.

Das KG bestätigt den Erstattungsanspruch. Eine Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung wäre entbehrlich gewesen, weil die Erklärung des vorläufigen Insolvenzverwalters als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zu werten sei. Auch sei eine Kündigungserklärung entbehrlich gewesen. Die Parteien hätten den Bauvertrag mit ihren Erklärungen durch schlüssiges Verhalten für die Zukunft aufgehoben und dies mit der späteren Abnahme nochmals bestätigt.

Die Entscheidung weist dem Auftraggeber einen Weg zur Erstattung von Restfertigstellungsmehrkosten bei Schwierigkeiten mit den formellen Kündigungsvoraussetzungen. Das kann jedoch nicht mehr als ein Notanker im Ausnahmefall sein. Rechtssicher ist allein, die Vorgaben des § 8 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B einzuhalten.

Rechtsanwalt und Mediator Dr. Jan Scheube

## **5. Zur Beurkundungsbedürftigkeit von Baubetreuungsverträgen**

**a) Eine rechtliche Einheit eines Baubetreuungsvertrages mit einem Grundstücksgeschäft kann bestehen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Auftraggeber gerade an der Bebauung eines bestimmten Grundstücks zu den Bedingungen des Baubetreuungsvertrages interessiert ist.**

**b) Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts in einem Vertrag steht der rechtlichen Einheit mit einem anderen Vertrag nicht entgegen (Fortführung von BGH, Urteil vom 24.09.1987, VII ZR 306/86, BGHZ 101, 393; Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 06.12.1979, VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43 und Urteil vom 06.11.1980, VII ZR 12/80, BGHZ 78, 346).**

BGH, Urteil vom 12.02.2009 - VII ZR 230/07

Im vorliegenden Urteil behandelt der Bundesgerichtshof die Frage, wann ein Baubetreuungsvertrag mit einem Grundstückserwerbsvertrag eine rechtliche Einheit bildet und daher nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf.

Im konkreten Fall beauftragten die Beklagten den Kläger im November 2005 durch privatschriftlichen Vertrag mit der Betreuung eines Bauvorhabens auf einem genau bezeichneten Erbpachtgrundstück „oder einem anderen noch zu benennenden Grundstück“. Der Vertrag sah vor, dass bei einem Rücktritt eines Vertragspartners dieser dem anderen Vertragspartner entstandene Kosten zu ersetzen hat. Das den Beklagten vor Vertragsschluss ausgehändigte Kurzexposé des Klägers bezog

sich ausschließlich auf das im Baubetreuungsvertrag bezeichnete Grundstück. Im Dezember 2005 nahmen die Beklagten von der Durchführung des Vertrags Abstand. Zum Erwerb des Grundstücks war es nicht gekommen. Der Kläger verlangte die Erstattung entstandener Planungskosten. Das Amtsgericht wies die Klage ab, Berufung und Revision blieben erfolglos.

Der Bundesgerichtshof sah die Wertung des Berufungsgerichts als rechtsfehlerfrei an, dass der Baubetreuungsvertrag mit dem Erbbaurechtsvertrag eine rechtliche Einheit bildete, und sich deshalb der Formzwang der §§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB, 11 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz auch auf den Baubetreuungsvertrag erstreckte. Eine solche rechtliche Einheit besteht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wenn die Vertragsparteien den Willen hatten, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Hierbei reicht es aus, wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen lässt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt. Es ist auch nicht erforderlich, dass an jedem der verknüpften Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt sind. Voraussetzung ist allerdings, dass das Grundstücksgeschäft nach dem Willen der Parteien von dem weiteren Vertrag abhängig ist und nicht lediglich der weitere Vertrag von dem Grundstückskaufvertrag. Denn nur dann besteht das Bedürfnis, zur Wahrung der Warn-, Schutz- und Beweisfunktion des § 311b BGB das Formgebot auf den weiteren Vertrag auszuweiten. Von der zeitlichen Reihenfolge der Vertragsabschlüsse ist die Frage der Formbedürftigkeit unabhängig.

Ob zwischen einem Grundstücksgeschäft und einem weiteren Vertrag eine solche rechtliche Einheit besteht, obliegt der tatrichterlichen Würdigung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls. Im vorliegenden Fall befand der Bundesgerichtshof, das Berufungsgericht habe den konkreten Bezug des Baubetreuungsvertrags auf das darin genau bezeichnete Grundstück zu Recht als starkes Indiz für den Willen der Beklagten gewertet, den Erbbaurechtsvertrag nicht ohne den Baubetreuungs-

vertrag abschließen zu wollen. Angesichts der Art des Angebots der Leistung des Klägers mit dem Kurzexposé stehe dem auch nicht der Wortlaut des Baubetreuungsvertrags entgegen, wonach die Leistungen des Klägers auch hinsichtlich eines „anderen noch zu benennenden Grundstücks“ geschuldet gewesen wären. Denn diese deute darauf hin, dass die Beklagten gerade an einer Durchführung des Bauvorhabens auf dem genau bezeichneten Grundstück nur unter den Bedingungen des vom Kläger angebotenen Baubetreuungsvertrags interessiert gewesen seien. Schließlich stellt der Bundesgerichtshof noch fest, dass auch das im Vertrag vorgesehene Rücktrittsrecht der Parteien nicht gegen die rechtliche Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von dem weiteren Vertrag spreche. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts komme es dabei nicht darauf an, ob und in welcher Art ein Rücktritt für eine Vertragspartei nachteilige Folgen hätte. Entscheidend sei vielmehr, ob der Grundstücksvertrag auch und gerade dann wirksam sein sollte, wenn die Beteiligten gemäß dem von ihnen beim Vertragsschluss in erster Linie verfolgten Zweck von dem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch machen.

Die Frequenz, mit der der Bundesgerichtshof über die Beurkundungsbedürftigkeit von zu Grundstücksgeschäften in Bezug stehenden weiteren Verträgen zu befinden hat, verdeutlicht, welche große Unsicherheit trotz der Bemühungen des Bundesgerichtshofs, seine Rechtsprechung hierzu immer weiter zu präzisieren, insoweit in der Praxis zwischen den Beteiligten, aber auch bei den Instanzgerichten immer noch herrscht. Auch die vom Bundesgerichtshof in der vorliegenden Entscheidung angestellten Erwägungen tragen nur bedingt zur Erhöhung der Rechtssicherheit bei, da sie in weiten Teilen sehr einzelfallbezogen sind und folglich kaum zur Verallgemeinerung im Sinne der Ableitung abstrakter Rechtssätze taugen. Den Baubeteiligten ist daher anzuraten, im Zweifel stets beide Verträge beurkunden zu lassen.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt

## 6. Mangelbegriff: Folge des Nichteinhaltens einschlägiger DIN-Normen

OLG Brandenburg, Urteil vom 18.06.2009 - 12 U 164/08

Ein Auftraggeber verklagte den Auftragnehmer auf Nachbesserung der Abdichtung eines Wohnhauses nach DIN 18195, Teil 6 (Abdichtung gegen drückendes Wasser von außen). Nach sachverständiger Begutachtung verurteilte das LG Frankfurt (Oder) den Auftragnehmer jedoch nur zur Nachbesserung der Abdichtung entsprechend DIN 18195, Teil 4 (Abdichtung gegen Bodenfeuchtigkeit). Hiergegen legte der Auftraggeber Berufung ein. Das Oberlandesgericht Brandenburg entschied dazu:

**a) Die Nichteinhaltung der einschlägigen DIN-Normen zieht die widerlegbare Vermutung eines Verstoßes gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik und damit eines Mangels nach sich, wobei dem Auftragnehmer der Nachweis offen steht, dass gleichwohl ein Mangel der Werkleistung nicht gegeben ist.**

**b) Eine Gebäudeabdichtung ist grundsätzlich nach der DIN 18195, Teil 6, vorzunehmen, wenn in wenig durchlässigen Böden (Versickerungswert  $\leq 10^{-4}$  m/sek.) gegründet wird und eine Dränung nicht verlegt ist.**

**c) Die Vermutung eines Verstoßes gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik infolge einer Nichteinhaltung der Anforderungen der DIN 18195, Teil 6, ist widerlegt, wenn wegen der Topografie des Geländes im Zeitpunkt der Errichtung des Hauses angesichts der Gründungstiefe des Gebäudes das Entstehen von drückendem Wasser auf abzudichtende Bauteile nicht drohte.**

Die Entscheidung setzt sich im dritten Leitsatz mit der Frage auseinander, wie die Vermutung eines Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik infolge einer Nichteinhaltung von DIN-Anforderungen widerlegt werden kann. Dies ist mit Unterstützung durch Sachverständige durchaus möglich, wie der Fall

zeigt. Vorliegend konnte der Lastfall „drückendes Wasser“ wegen der Topografie des Geländes (vorhandenes Gefälle führe dazu, dass das Wasser ständig in Bewegung sei und in Richtung Norden abfließe) gar nicht entstehen. Eine Nachbesserung der Abdichtung nach DIN 18195, Teil 6, war daher - obwohl DIN-Norm - nicht als den anerkannten Regeln der Technik gleichzusetzende Ausführung geschuldet. Trotz vermeintlicher DIN-Abweichung lag kein Mangel vor.

Wenn also die Bauleistung unter Beachtung technischer Vorgaben (DIN-Normen etc.) ausgeführt wird, stützt den Auftragnehmer grundsätzlich die widerlegbare Vermutung mangelfreier Arbeit. Diese Vermutung muss dann der Auftraggeber entkräften. Wird die Bauleistung hingegen unter Missachtung von technischen Regelwerken ausgeführt, muss sich der Auftragnehmer entlasten und die trotzdem bestehende Konformität zu den anerkannten Regeln der Technik darlegen und beweisen.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk

## II. Leitsätze zum Privaten Bau- und Architektenrecht

### 1. Berufung auf den Einwand des unverhältnismäßig hohen Mängelbeseitigungsaufwands auch bei vorsätzlichem Handeln möglich?

- a) Bei der Beurteilung der Frage, ob der Unternehmer zu Recht den Einwand des unverhältnismäßig hohen Mängelbeseitigungsaufwands erhoben hat, ist der Grad des Verschuldens des Unternehmers an der Entstehung des Mangels in die Gesamtabwägung einzubeziehen.
- b) Allein der Umstand, dass der Unternehmer den Mangel vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, rechtfertigt ohne eine solche Gesamtabwägung nicht, dem Unternehmer diesen Einwand zu verweigern.

BGH, Beschluss vom 16.04.2009 - VII ZR 177/07

### 2. Architektenhonorarrecht - Wirksamkeit und Folgen einer Vereinbarung von Zeithonorar

- a) Die Vereinbarung eines Zeithonorars für Architekten- und Ingenieurleistungen ist gemäß § 4 Abs. 1 HOAI a. F. wirksam, wenn sie schriftlich bei Auftragserteilung unter Berücksichtigung des Preisrahmens der Mindest- und Höchstsätze erfolgt. Die Wirksamkeit einer solchen Honorarvereinbarung hängt nicht davon ab, ob die Preisvorschriften der HOAI a. F. eine Abrechnung nach Zeithonorar anordnen oder zulassen.
- b) Eine nach § 4 Abs. 1 HOAI a. F. wirksam getroffene Zeithonorarvereinbarung unterliegt nicht den Beschränkungen des § 6 HOAI a. F. Die einzuhaltenden Mindest- und Höchstsätze ergeben sich aus §§ 10 ff. HOAI a. F. oder vergleichbaren Regelungen und nicht aus § 6 Abs. 2 HOAI a. F..
- c) Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs muss der Unternehmer grundsätzlich nur darlegen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen angefallen sind.
- d) Die Vereinbarung einer Stundenlohnvergütung für Werkleistungen begründet nach Treu und Glauben eine vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung, deren Verletzung sich nicht unmittelbar vergütungsmindernd auswirkt, sondern einen vom Besteller geltend zu machenden Gegenanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB entstehen lässt. Dessen tatsächliche Voraussetzungen muss der Besteller nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 01.02.2000 - X ZR 198/97, BauR 2000, 1196).
- e) Der Unternehmer muss zu Art und Inhalt der nach Zeitaufwand abgerechneten Leistungen jedenfalls so viel vortragen, dass dem für die Unwirtschaftlichkeit der Leistungsausführung darlegungspflichtigen Be-

steller eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird. Insoweit trifft ihn eine sekundäre Darlegungslast.

- f) Welchen Sachvortrag der Unternehmer danach zur Erfüllung seiner sekundären Darlegungslast konkret zu führen hat, ist einer generalisierenden Betrachtung nicht zugänglich und muss im Einzelfall unter Berücksichtigung des jeweiligen Vorbringens der Gegenseite beurteilt werden. Maßstab hierfür ist das Informations- und Kontrollbedürfnis des Bestellers.

BGH, Urteil vom 17.04.2009 - VII ZR 164/07

### 3. Zu den Voraussetzungen und Folgen des Organisationsverschuldens im Rahmen der Bauüberwachung

- a) Die Rechtsprechung des Senats zur Organisationsobliegenheit des arbeitsteilig tätigen Werkunternehmers (zuletzt BGH, Urteil vom 11.10.2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32) ist auch dann anwendbar, wenn Ansprüche gegen ein Architektenbüro geltend gemacht werden, das die Bauüberwachung arbeitsteilig organisiert.
- b) Die Gleichstellung der Verjährung im Falle der Verletzung einer Organisationsobliegenheit mit der Verjährung bei arglistigem Verschweigen eines Mangels ist nur gerechtfertigt, wenn die Verletzung der Organisationsobliegenheit ein dem arglistigen Verschweigen vergleichbares Gewicht hat.
- c) Die Schwere eines Baumangels lässt grundsätzlich nicht den Rückschluss auf eine derart schwere Verletzung der Obliegenheit zu, eine arbeitsteilige Bauüberwachung richtig zu organisieren.
- d) Den Bauherrn trifft jedenfalls die Obliegenheit, dem bauaufsichtsführenden Architekten mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen.
- e) Nimmt er den bauaufsichtsführenden Architekten wegen eines übersehenen Pla-

nungsmangels in Anspruch, muss er sich das Verschulden des von ihm eingesetzten Planers zurechnen lassen.

- f) Der Verursachungsbeitrag des bauaufsichtsführenden Architekten an dem Bauwerksschaden muss unter Berücksichtigung seiner besonderen Aufgabenstellung gewichtet werden. Ein vollständiges Zurücktreten seiner Haftung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.

BGH, Urteil vom 27.11.2008 - VII ZR 206/06

### 4. Ersatz von Mehrkosten wegen Verzögerungen im Vergabeverfahren bei Zuschlagsschreiben mit bereits angepassten Fristen

- a) Enthält das Zuschlagsschreiben des öffentlichen Auftraggebers nach verzögerter Vergabe neue Fertigstellungsfristen, handelt es sich um eine modifizierte Annahme des Bietergebotes und damit unter Ablehnung des ursprünglichen Angebotes um ein neues Angebot im Sinn des § 150 Abs. 2 BGB.
- b) In einem solchen Fall ist es Sache des Bieters, auf während der verlängerten Zuschlagsfrist eingetretene Preiserhöhungen hinzuweisen und ggf. durch erneute Ablehnung des neuen Angebotes einen neuen Preis zu verlangen.
- c) Versäumt der Bieter dies, kann der öffentliche Auftraggeber davon ausgehen, dass der Bieter trotz der eingetretenen Preiserhöhungen auskömmlich kalkuliert hatte, und ist nicht verpflichtet, sich nach Ablauf der Annahmefrist gemäß § 147 BGB auf einen geänderten Preis einzulassen.

OLG Celle, Urteil vom 17.06.2009 - 14 U 62/08

### 5. Zum maßgeblichen Schallschutz bei Verweis auf die DIN 4109

- a) Welcher Schallschutz für die Errichtung von Eigentumswohnungen geschuldet ist, ist in

erster Linie durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Wird ein üblicher Qualitäts- und Komfortstandard geschuldet, muss sich das einzuhaltende Schalldämm-Maß an dieser Vereinbarung orientieren. Der Umstand, dass im Vertrag auf eine „Schalldämmung nach DIN 4109“ Bezug genommen ist, lässt schon deshalb nicht die Annahme zu, es seien lediglich die Mindestmaße der DIN 4109 vereinbart, weil diese Werte in der Regel keine anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung des Schallschutzes in Wohnungen sind, die üblichen Qualitäts- und Komfortstandards genügen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 14.06.2007 - VII ZR 45/06, BGHZ 172, 346).

- b) Kann der Erwerber nach den Umständen erwarten, dass die Wohnung in Bezug auf den Schallschutz üblichen Qualitäts- und Komfortstandards entspricht, muss der Unternehmer, der hiervon vertraglich abweichen will, den Erwerber deutlich hierauf hinweisen und ihn über die Folgen einer solchen Bauweise für die Wohnqualität aufklären. Der Verweis des Unternehmers in der Leistungsbeschreibung auf „Schalldämmung nach DIN 4109“ genügt hierfür nicht.

BGH, Urteil vom 04.06.2009 - VII ZR 54/07

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### III. Leitsätze zum Vergaberecht

#### 1. Zwingender Angebotsausschluss bei fehlenden Fabrikats- oder Typenangaben

- a) Der Ausschlussstatbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A Abschnitt 2 ist nicht etwa erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot im Ergebnis nicht mit den anderen abgegebenen Angeboten verglichen werden kann. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunter-

lagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden. Dies erfordert, dass hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der insoweit angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belastet, aber ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert war, so dass sie als Umstände ausgewiesen sind, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen.

- b) Fehlende Fabrikats- oder Typenangaben, welche die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen klar gefordert hat, deren Angabe den Bietern auch zumutbar war und die für die Wertung der Angebote nicht völlig unbedeutend sind, führen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwingend zum Ausschluss des Angebots. Dies gilt auch, wenn es sich bezogen auf die Gesamtleistung nur um untergeordnete Positionen handelt.

VK Nordbayern, Beschluss vom 20.08.2008 - 21.VK-3194-39/08

#### 2. Korrektur mittels „TippExRoller“ in Ordnung

- a) Gegen die Korrektur versehentlich im Leistungsverzeichnis erfolgter Einträge mittels TippExRoller bestehen grundsätzlich keine Bedenken.
- b) Es verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sich der Auftraggeber nur von einem Bieter ausdrücklich die Bindefrist verlängern lässt.
- c) Nach Ablauf der vom Auftraggeber festgesetzten Bindefrist ist von einer stillschweigenden Verlängerung der Bindefrist bei den am Ausschreibungsverfahren beteiligten Bietern auszugehen, solange sie nicht ihr Angebot zurückziehen.

OLG München, Beschluss vom 23.06.2009 - Verg 8/09

### 3. Antragsbefugnis ausnahmsweise auch ohne Abgabe eines Angebots

- a) Ein Unternehmen, das ohne Abgabe eines Angebots ein Nachprüfungsverfahren einleitet, ist nur antragsbefugt, soweit es hinreichend darlegt, dass es ihm durch die gerügten Vergaberechtsverstöße verwehrt war, überhaupt ein rechtmäßiges Angebot abzugeben.
- b) Die Pauschalierung einzelner Leistungspositionen, deren Umfang im Verhältnis zum Gesamtumfang des Auftrags als geringfügig anzusehen ist, hindert ein interessiertes Unternehmen nicht an der Abgabe eines Angebots, wenn der Preis insgesamt kalkulierbar bleibt.

VK Berlin, Beschluss vom 04.05.2009 - VK-B2-5/09

### 4. Zur Mitteilungspflicht von Unterpunkten und Bewertungsmatrix

- a) Der öffentliche Auftraggeber hat Unterkriterien einschließlich weiterer differenzierender Unterpunkte sowie eine Bewertungsmatrix den Bietern dann mitzuteilen, wenn nicht auszuschließen ist, dass sich die Kenntnis hiervon auf die Präsentation und Bewertung von zu liefernden Geräten im Rahmen einer Testphase auswirken kann.
- b) Bei einem Verstoß gegen diese Mitteilungspflicht ist im Vergabeverfahren nur derjenige Abschnitt zu wiederholen, in welchem sich die unterlassene Mitteilung auswirken konnte.

OLG München, Beschluss vom 19.03.2009 - Verg 2/09

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### IV. Öffentliches Baurecht

#### **Ansiedlung oder Erweiterung von großflächigem Einzelhandel in im Zusammenhang bebauten Ortsteilen nach § 34 Abs. 3 BauGB**

OVG Münster, Urteile vom 06.11.2008 - 10 A 1417/07 und 10 A 1512/07

OVG Münster, Urteil vom 19.06.2008 - 7 A 1392/07

Nach § 34 Abs. 3 BauGB dürfen von Vorhaben in diesen Gebieten keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche der eigenen oder benachbarten Gemeinden zu erwarten sein.

Nach den bereits in den Mandantenrundbriefen von März 2007 und September 2008 besprochenen ersten Urteilen des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 11.12.2006 und des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.10.2007 zu diesem Thema, die die Begriffe „zentraler Versorgungsbereich“ und „schädliche Ausführungen“ ausgelegt und näher definiert hatten, hat jetzt das Oberverwaltungsgericht Münster in zwei weiteren Urteilen vom 06.11.08 (Az.:10 A 1417/07 10 A 1512/07) diese Rechtsprechung durch folgende praktisch wichtige Aussagen ergänzt:

1. Soll ein bestehender Einzelhandelsbetrieb erweitert werden, ist die Zulässigkeit des Gesamtvorhabens zu prüfen. Bei der Prognoseentscheidung über schädliche Auswirkungen im Sinn von § 34 Abs. 3 BauGB ist der Umstand zu berücksichtigen, dass der zu erweiternde Betrieb mit seiner bisherigen genehmigten Größe am Erweiterungsstandort bereits vorhanden ist.
2. Falls im Einzugsbereich des zentralen Versorgungsbereichs an anderer Stelle bereits größere Einzelhandelsbetriebe vorhanden sind, die sich auf den Versorgungsbereich auswirken, müssen auch diese in die Prognose einbezogen werden.
3. Der Gesetzgeber hat in § 34 Abs. 3 BauGB nicht das Regelungssystem des § 11 Abs. 3

BauNVO übernommen. Die Vermutungsregelung des § 11 Abs. 3 S. 3 BauNVO findet bei der Beurteilung, ob schädliche Auswirkungen vorliegen, keine Anwendung.

4. Die räumliche Abgrenzung eines zentralen Versorgungsbereiches unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle und richtet sich nach den tatsächlich vorhandenen örtlichen Gegebenheiten.
5. Bei der Anwendung des § 34 Abs. 3 BauGB kommt einem vom Rat der Gemeinde beschlossenen Einzelhandelskonzept als informelle Planung keine bindende Rechtswirkung zu.

Bereits mit Urteil vom 19.06.2008 (Az.: 7 A 1392/07) hatte das Oberverwaltungsgericht Münster entschieden, dass auch Bereiche für die Grund- und Nahversorgung zu zentralen Versorgungsbereichen im Sinn von § 34 Abs. 3 BauGB gehören können, dass also auch die verbrauchernahe Grundversorgung durch § 34 Abs. 3 BauGB geschützt wird.

Die ersten beiden Fälle betrafen die Erweiterung von großflächigem Einzelhandel, die mangels vorliegender schädlicher Auswirkungen genehmigt wurde. Der weitere Fall betraf einen Neubau, der wegen schädlicher Einwirkungen negativ entschieden wurde.

Natürlich können derartige Fälle nur nach einer Einzelfallprüfung entsprechend dem jeweiligen konkreten Sachverhalt entschieden werden, jedoch ist mit diesen drei Urteilen und ihren zitierten Aussagen zumindest eine weitere Klärung bzw. Klarstellung mehrerer bisher noch offener Fragen erreicht worden.

Das Thema der Auswirkungen einer Ansiedlung oder Erweiterung von großflächigem Einzelhandel in im Zusammenhang bebauten Ortsteilen bleibt jedoch weiter in Bewegung.

Für die Praxis bleibt festzuhalten, dass die Beurteilung der „schädlichen Auswirkungen“ im Sinn von § 34 Abs. 3 BauGB nach dem BVerwG regelmäßig aufgrund eines ergän-

zenden Marktgutachtens zur Ermittlung der erwarteten Kaufkraftabflüsse erfolgen sollte.

Rechtsanwalt Christian Schultz, StD. a. D.

## V. Mietrecht

### **Zum „Ausfrieren“ des Mieters nach Miete - Versorgungseinstellung durch den Vermieter**

**a) Nach Beendigung des Mietverhältnisses über Gewerberäume ist der Vermieter gegenüber dem die Mieträume weiternutzenden Mieter zur Gebrauchsüberlassung und damit auch zur Fortsetzung vertraglich übernommener Versorgungsleistungen (wie z. B. Belieferung mit Heizenergie) grundsätzlich nicht mehr verpflichtet.**

**b) Auch aus Treu und Glauben folgt eine nachvertragliche Verpflichtung des Vermieters von Gewerberäumen zur Fortsetzung von Versorgungsleistungen jedenfalls dann nicht, wenn der Mieter sich mit Mietzinsen und Nutzungsentschädigungen im Zahlungsverzug befindet und dem Vermieter mangels eines Entgelts für seine Leistungen ein stetig wachsender Schaden droht.**

**c) Die Einstellung oder Unterbrechung der Versorgung mit Heizenergie durch den Vermieter ist keine Besitzstörung gem. §§ 858, 862 BGB hinsichtlich der Mieträume.**

BGH, Urteil vom 06.05.2009 - XII ZR 137/07

Die Parteien schlossen am 28.07.2000 einen bis zum 31.12.2008 befristeten Mietvertrag über Gewerberäume. Seit September 2001 erbrachte der Kläger keine Nebenkostenvorauszahlungen mehr und berief sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht erteilter Nebenkostenabrechnung. Seit Januar 2007 zahlte der Kläger überhaupt keine Miete mehr. Aufgrund der mietvertraglichen Vereinbarungen bezog der Kläger Warmwasser und Heizleistung nicht direkt von einem Versorgungsunternehmen, sondern vom Vermieter.

Mit Schreiben vom 20.07.2005 kündigte der beklagte Vermieter dem Mieter die Unterbrechung der Versorgung mit Heizwärme an. Des Weiteren erklärte der Beklagte die fristlose Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzugs. Zwischen den Parteien schwebt ein Räumungsverfahren. Im Rahmen dieses Rechtsstreits begehrt der klagende Mieter, dem Vermieter die angedrohte Versorgungssperre zu untersagen.

In seinen Entscheidungsgründen hat der Bundesgerichtshof zunächst festgestellt, dass der klägerseits gegen die Versorgungssperre geltend gemachte Unterlassungsanspruch sich nicht aus der Pflicht zur Gebrauchsüberlassung nach § 535 Abs. 1 BGB aufgrund des von den Parteien geschlossenen Mietvertrages ergibt.

Insoweit hat das Gericht darauf abgestellt, dass das Mietverhältnis jedenfalls durch die fristlose Kündigung vom 10.08.2007 beendet worden ist, da zu diesem Zeitpunkt ein Mietrückstand von acht Monaten bestand.

Nach den Feststellungen des Bundesgerichtshofs ist der Vermieter aber auch nicht aufgrund nachvertraglicher Pflichten gehalten, die Versorgung des Mieters mit Heizenergie aufrecht zu erhalten. Es können zwar nach Treu und Glauben einzelne Verpflichtungen des Vermieters noch nach der Vertragsbeendigung bestehen, wozu auch die Pflicht zur Erbringung von Versorgungsleistungen gehören kann. Solche nachvertraglichen Pflichten können sich im Einzelfall aus der Eigenart des - beendeten - Mietvertrages (z. B. Wohnraummiete) oder besonderen Belangen des Mieters (z. B. Gesundheitsgefährdung oder etwa ein durch eine Versorgungssperre drohender, besonders hoher Schaden) ergeben.

Eine grundsätzlich über die Vertragsbeendigung hinausgehende Versorgungsverpflichtung würde allein den Interessen des Mieters dienen. Die trotz beendeten Vertrags aus Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung lässt sich daher nur rechtfertigen, wenn sie auf der anderen Seite den berechtigten Interessen des Vermieters nicht in einer

Weise zu wider läuft, die ihm die weitere Leistung unzumutbar macht.

So liegt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann, wenn bereits die Beendigung des Mietverhältnisses auf dem Zahlungsverzug des Mieters beruht und der Vermieter die Versorgungsleistungen mangels Vorauszahlungen des Mieters auf eigene Kosten erbringen müsste. Der Vermieter liefe dann Gefahr, die von ihm verauslagten Kosten für die Versorgung nicht erstattet zu erhalten und dadurch einen weiteren Schaden zu erleiden. Weil ihm unter diesen Umständen die Fortsetzung der Leistungen nicht zuzumuten ist, ist der Vermieter jedenfalls bei der Geschäftsraummiete regelmäßig nicht mehr verpflichtet, dem Mieter weitere Versorgungsleistungen zu erbringen.

Den Vermieter trifft in dieser Phase nur noch die Abwicklungspflicht; er muss dem Mieter die Unterbrechung der Versorgungsleistungen so frühzeitig ankündigen, dass dieser sich darauf einstellen kann.

Hervorhebenswert ist an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs, dass dieser dahin entschieden hat, dass die Einstellung oder Unterbrechung der Versorgung des Mieters mit Heizenergie auch keine Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht im Sinn von § 858 Abs. 1 BGB darstellt.

Zwar ging bislang die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass die Unterbrechung der Versorgungsleistungen verbotene Eigenmacht sei und dementsprechend für den Mieter den auf Beseitigung und Unterlassung gerichteten Besitzschutz nach §§ 858, 862 BGB auslöse. Diese Meinung war allerdings nicht unumstritten.

Der Bundesgerichtshof hat nun klargestellt, dass der Besitz - unabhängig von Sinn und Zweck des Besitzschutzes - lediglich den Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft umfasst. Eine verbotene Eigenmacht nach §§ 858, 862 BGB setzt voraus, dass in die tatsächliche Sachherrschaft des Mieters eingegriffen worden ist. Beim Besitz von Räumen

liegt ein Eingriff etwa dann vor, wenn der Zugang des Besitzers zu den Räumen erschwert oder vereitelt wird. Dies ist nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs bei der Einstellung oder Unterbrechung von Versorgungsleistungen nicht der Fall, da die Einstellung der Versorgungsleistungen weder den Zugriff des Besitzers auf die Mieträume beschränkt, noch die sich aus dessen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit. Versorgungsleistungen führen vielmehr dazu, dass die im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit erweitert wird. Dies kann der Mieter aber nicht über den Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB erreichen, da dieser nur Abwehrrechte gewährt und keine (auf die Versorgung gerichteten) Leistungsansprüche.

Nach der Entscheidung kann schließlich auch nicht damit argumentiert werden, dass die Einstellung der Versorgungsleistung zu einer „kalten Räumung“ oder „unzulässigen Selbstvollstreckung“ führen würde. Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass die Einstellung solcher Leistungen anders als die unzulässige Selbstvollstreckung (etwa durch Auswechseln von Türschlössern) nicht in den Besitz des Mieters eingreift.

Fazit:

Ist ein Vertrag über Gewerberaum aufgrund fristloser Kündigung wegen Zahlungsverzugs wirksam beendet, so besteht für den Vermieter nicht mehr grundsätzlich die Pflicht, dem Mieter bis zur Räumung des Objekts noch weitere Versorgungsleistungen wie Heizung, Gas, Wasser und Strom zukommen zu lassen.

Die nachvertragliche Verpflichtung zur Lieferung von Versorgungsleistungen mutete grotesk an, da der Vermieter den Mieter, der beispielsweise nach fristloser Kündigung das Mietobjekt nicht freiwillig räumte und bei dem schon ersichtlich war, dass der Vermieter auf absehbare Zeit auch seine Mietzins- und Nebenkostenrückstände nicht würde durchsetzen können, dennoch bis zum Auszug mit den vertraglich übernommenen Versorgungsleistungen beliefern musste.

Nachdem sich der Bundesgerichtshof nunmehr entgegen der bislang herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur gegen diese Verpflichtung entschieden hat, kann der Mieter einen solchen Anspruch auch nicht mehr mittels einstweiliger Verfügung gegenüber dem Vermieter durchsetzen.

Gefordert wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich, dass der Vermieter dem Mieter gegenüber rechtzeitig androht, dass er die Versorgungsleistungen einstellen wird.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## VI. Arbeitsrecht

### 1. Mithören von Telefongesprächen - Beweisverwertungsverbot

**a) Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners eines Telefongesprächs ist verletzt, wenn der andere einen Dritten durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst, das Telefongespräch heimlich mitzuhören. Aus der rechtswidrigen Erlangung des Beweismittels folgt ein Beweisverwertungsverbot: Der Dritte darf nicht als Zeuge zum Inhalt der Äußerungen des Gesprächspartners vernommen werden, der von dem Mithören keine Kenntnis hat.**

**b) Konnte ein Dritter zufällig, ohne dass der Beweispflichtige etwas dazu beigetragen hat, den Inhalt des Telefongesprächs mitzuhören, liegt keine rechtswidrige Verletzung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Gesprächspartners vor. In diesem Fall besteht deshalb auch kein Beweisverwertungsverbot.**

BAG, Urteil vom 23.04.2009 - 6 AZR 189/08

Ermöglicht bei einem Telefongespräch einer der Gesprächspartner einer im Raum befindlichen weiteren Person zielgerichtet, das Gespräch heimlich mitzuhören, indem er z. B. den

Raumlautsprecher des Telefons anstellt oder das Gerät vom Ohr weghält, verletzt er das Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners. Die Persönlichkeitsrechtsverletzung hat in diesen Fällen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Folge, dass der heimlich Mithörende nicht als Zeuge zum Gesprächsinhalt des Telefonats vernommen werden darf. Dagegen besteht dann, wenn der Angerufene nichts dazu beigetragen hat, dass der Dritte das Telefongespräch mithören konnte, kein Beweisverwertungsverbot. Das Interesse des Angerufenen an der Durchsetzung seiner im Einzelfall auch grundrechtlich geschützten Rechte in einem gerichtlichen Verfahren sowie das Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Rechtspflege und materiell richtigen Entscheidung überwiegen das Interesse des Anrufers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts.

Das beklagte Zeitarbeitsunternehmen kündigte der Klägerin innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG. Zum Zeitpunkt der Kündigung war die Klägerin arbeitsunfähig. Die Klägerin hält die Kündigung für sittenwidrig und hat geltend gemacht, sie sei unmittelbar vor der Kündigung von der Personaldisponentin der Beklagten angerufen worden. Diese habe ihr gesagt, sie solle trotz der Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit kommen, andernfalls müsse sie mit einer Kündigung rechnen. Die Beklagte hat die behauptete Äußerung der Personaldisponentin bestritten. Für die Richtigkeit ihrer Behauptung hat sich die Klägerin auf das Zeugnis einer bei dem Telefonat anwesenden Freundin berufen, welche das Gespräch zufällig ohne ihr Wissen mitgehört habe.

Das Arbeitsgericht hat die Personaldisponentin als Zeugin vernommen und die Klage abgewiesen. Eine Vernehmung der Freundin der Klägerin hat es abgelehnt, weil insoweit ein Beweisverwertungsverbot bestehe. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die Sache wurde an das Landesarbeits-

gericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen. Unter Zugrundelegung des Prozessvortrags der Klägerin würde die Kündigung eine nach § 612a BGB unzulässige Maßregelung darstellen. Das Landesarbeitsgericht durfte von der Vernehmung der Freundin der Klägerin als Zeugin nur absehen, wenn die Klägerin dieser zielgerichtet ermöglicht hatte, das Telefongespräch heimlich mitzuhören. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht bislang keine Feststellungen getroffen.

Rechtsanwalt Tobias Mosig

## 2. **Abmahnung wegen Weigerung, an einem Personalgespräch teilzunehmen**

BAG, Urteil vom 23.04.2009 - 2 AZR 606/08

Nach § 106 der Gewerbeordnung (GewO) kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder Gesetz bereits festgelegt sind; außerdem können Weisungen zur Ordnung und dem Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb erfolgen. Das Weisungsrecht beinhaltet dagegen nicht die Befugnis, den Arbeitnehmer zur Teilnahme an einem Personalgespräch zu verpflichten, in dem es ausschließlich um eine bereits abgelehnte Vertragsänderung (hier: Absenkung der Arbeitsvergütung) gehen soll.

Im entschiedenen Fall strebte die Beklagte (eine Einrichtung der Altenpflege) wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten eine Verminderung des 13. Gehalts ihrer Mitarbeiter an. Zu diesem Zweck fand am 01.11.2006 ein Gespräch mit einer Gruppe von Arbeitnehmerinnen statt, zu der auch die Klägerin (Altenpflegerin) gehörte. Die Arbeitnehmerinnen waren mit der Vertragsänderung nicht einverstanden. Daraufhin lud die Beklagte die Klägerin - ebenso wie andere Mitarbeiterinnen - zu einem Einzelgespräch für den 13.11.2006. Ziel des Gesprächs war es wiederum, die Klägerin zum Einverständnis mit der Verminderung des 13. Gehalts zu bewegen. Die Klägerin erschien,

wie erbeten, im Büro des Personalleiters, erklärte jedoch, nur zu einem gemeinsamen Gespräch unter Einbeziehung der übrigen Mitarbeiterinnen bereit zu sein. Ein solches gemeinsames Gespräch lehnte die Beklagte ihrerseits ab und erteilte der Klägerin eine Abmahnung. Die Klägerin habe ihre Arbeitsleistung (in Form eines Personalgesprächs) verweigert.

Die von der Klägerin erhobene Klage auf Herausnahme der Abmahnung aus der Personalakte hatte - wie schon beim Landesarbeitsgericht - vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die Klägerin war zur Teilnahme an dem Personalgespräch vom 13.11.2006 nicht verpflichtet. Die Weisung, an dem Gespräch teilzunehmen, betraf keinen der von § 106 GewO abgedeckten Bereiche. Sie betraf weder die Arbeitsleistung noch Ordnung oder Verhalten im Betrieb, sondern ausschließlich eine von der Beklagten gewünschte Änderung des Arbeitsvertrags.

Rechtsanwalt Tobias Mosig

## VII. Leitsätze zum Arbeitsrecht

### 1. Urlaubsgeld bei dauernder Arbeitsunfähigkeit

Die Ansprüche auf Gewährung und Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs erlöschen nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums sowie darüber hinaus arbeitsunfähig erkrankt ist, § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG. Ist ein tarifliches Urlaubsgeld mit der Urlaubsvergütung

verknüpft (akzessorisch), ist es erst dann zu zahlen, wenn auch ein Anspruch auf Urlaubsvergütung fällig ist.

BAG, Urteil vom 19.05.2009 - 9 AZR 477/07

### 2. Lohnwucher

Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht.

BAG, Urteil vom 22.04.2009 - 5 AZR 436/08

### 3. Gleichbehandlung bei Lohnerhöhungen

Aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist der Arbeitgeber verpflichtet, seine Arbeitnehmer bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln. Deshalb darf er auch im Falle einer freiwillig gewährten allgemeinen Lohnerhöhung Unterschiede nur aus sachlichen Gründen machen. Der Arbeitgeber muss die Anspruchsvoraussetzungen so abgrenzen, dass nicht ein Teil der Arbeitnehmer sachwidrig oder willkürlich von der Vergünstigung ausgeschlossen wird.

BAG, Urteil vom 15.07.2009 - 5 AZR 486/08

Rechtsanwalt Tobias Mosig

**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 - Potsdam - Düsseldorf - Hamburg -**

**im September 2009**