

## Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2012 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Mängelbeseitigung aus Kulanz: Kein Neubeginn der Gewährleistungsfrist im BGB-Bauvertrag!	2
2.	Kostenvorschussanspruch beim VOB/B-Vertrag	2
3.	Vergütung von „Nullpositionen“ im VOB-Vertrag	3
4.	Kein Vergütungsanspruch für Mehrkosten aufgrund witterungsbedingter Verzögerung aus § 642 BGB	4
5.	Für Senioren gebaut bedeutet nicht „seniorengerecht“	5
6.	Die Forderung gegen den Gewährleistungsbürgen kann vor dem gesicherten Anspruch gegen den Unternehmer verjähren	6
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	8
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
IV.	Maklerrecht	10
	Provisionsverlangen in Internetanzeige eindeutig?	10
V.	Leitsätze zum Mietrecht	11
VI.	Arbeitsrecht	12
	Bürgenhaftung des Bauträgers	12
VII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13
1.	Übergang des Arbeitsverhältnisses eines Hausverwalters auf den Erwerber der verwalteten Immobilie	13
2.	Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	14
3.	Schadensersatz wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens	14
VIII.	Veröffentlichungen	15

Vangerowstr. 20  
69115 Heidelberg  
Tel.: 06221/91290  
Fax: 06221/912929

Myliusstr. 14  
60323 Frankfurt  
Tel.: 069/72737415  
Fax: 069/72737491

Markgrafenstr. 33  
10117 Berlin  
Tel.: 030/2062780  
Fax: 030/20627878

Königsallee 63/65  
40215 Düsseldorf  
Tel.: 0211/4369870  
Fax: 0211/4369879

Esplanade 39  
20354 Hamburg  
Tel.: 040/22630380  
Fax: 040/226303818

## **I. Privates Bau- und Architektenrecht**

### **1. Mängelbeseitigung aus Kulanz: Kein Neubeginn der Gewährleistungsfrist im BGB-Bauvertrag!**

**Ein Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB liegt nicht vor, wenn ein Unternehmer auf Aufforderung des Bestellers eine Mängelbeseitigung vornimmt, dabei jedoch deutlich zum Ausdruck bringt, dass er nach seiner Auffassung nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist.**

BGH, Beschluss vom 23.08.2012 - VII ZR 155/10

Ein Rohbauunternehmer (AN) führt im Auftrag einer Projektgemeinschaft (AG) u. a. Abdichtungsarbeiten an einem Doppelhaus aus. Die Geltung der VOB/B ist nicht vereinbart. Die Bauleistungen werden Ende 1999 abgenommen. Im Jahr 2003 rügt der AG einen Mangel an der Abdichtung des Verblendmauerwerkes. Der AN bessert nach. Im Jahr 2007 nimmt der AG den AN erneut wegen Mängeln der Abdichtung in Anspruch. Der AN beruft sich auf Verjährung. Der AG meint, der AN sei mit Ausführung der Nachbesserungsarbeiten im Jahr 2003 einer ihm obliegenden Rechtspflicht nachgekommen und habe diese anerkannt. Die Gewährleistungsfrist habe daher nach § 212 Abs.1 Nr. 1 BGB im Jahr 2003 neu begonnen, so dass erst 2008 Verjährung eintreten würde. Der AN trägt vor, er habe dem AG unmittelbar vor der Ausführung der Nachbesserungsarbeiten im Jahr 2003 erklärt, fachgerecht und mangelfrei gearbeitet zu haben. Er habe nur aus Kulanz nachgebessert, weil die vom AG verlangten Arbeiten ohne größeren Aufwand zu erledigen waren.

Während das OLG Celle den AN ohne Weiteres verurteilt hatte, verweist der BGH zurück. Nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB beginnt die Verjährung erneut, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt. Ein solches Anerkenntnis liegt vor, wenn sich aus dem tatsächlichen Verhalten des Schuldners klar und unzweideutig ergibt, dass ihm das Bestehen der Schuld bewusst ist und der Gläubi-

ger angesichts dessen darauf vertrauen darf, dass sich der Schuldner nicht auf den Ablauf der Verjährung berufen wird. Der Schuldner muss sein Wissen, zu etwas verpflichtet zu sein, klar zum Ausdruck bringen, wobei ein eindeutiges schlüssiges Verhalten genügen kann. Ob in der Vornahme von nicht nur unwesentlichen Nachbesserungsarbeiten ein Anerkenntnis der Gewährleistungspflicht durch den AN liegt, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Maßgeblich ist, ob der AN aus Sicht des AG nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Nachbesserung verpflichtet zu sein. Hier hätte das OLG Celle also Beweis über die Behauptungen des AN erheben müssen, er habe erklärt, fachgerecht geleistet und nur mit geringem Aufwand nachgebessert zu haben, um weiterem Streit aus dem Wege zu gehen. Denn unter Zugrundelegung dieses Vortrages liegt kein Anerkenntnis des Anspruchs auf Mängelbeseitigung vor. Demgemäß hatte der AN nicht etwa angezeigt, dass er sich seiner Nachbesserungspflicht bewusst ist, sondern vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass er sich zur Mängelbeseitigung nicht verpflichtet fühlt.

Angebote zur Nachbesserung führen immer wieder zu Problemen bei der Verjährung von Gewährleistungsansprüchen. Regelmäßig werden Nachbesserungsarbeiten ein Anerkenntnis i. S. v. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB darstellen und zu einem Neubeginn der Gewährleistungsfrist führen. Das gilt im BGB-Bauvertrag aber nicht, wenn sie ausdrücklich nur aus Kulanz ausgeführt werden. Im VOB/B-Vertrag führt dagegen jegliche Nachbesserung gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 3 VOB/B zu einer neuen Verjährungsfrist von mindestens zwei Jahren ab Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

### **2. Kostenvorschussanspruch beim VOB/B-Vertrag**

**a) Auch der VOB-Vertrag gewährt dem Auftraggeber einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung.**

**b) Bei einer Vorschussklage können die Mangelbeseitigungskosten geschätzt werden, wenn hierfür eine ausreichende Grundlage vorhanden ist.**

OLG Frankfurt, Urteil vom 07.12.2010 – 5 U 95/09 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, BGH 26.08.2012 - VII ZR 220/10)

Der AG beauftragte den AN mit der Verlegung von Edelstahlrohren für eine Trinkwasserleitung. Nach der Abnahme stellt der AG Undichtigkeiten an den Schweißnähten der Rohre fest und fordert den AN mehrfach unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf. Da der AN die Mängel nicht beseitigt, beabsichtigt der AG die Mangelbeseitigung durch einen Dritten. Er beansprucht vom AG – auf Grundlage des Kostenvoranschlages eines Drittunternehmers – die voraussichtlich anfallenden Mangelbeseitigungskosten i. H. v € 104.000,00. Der AN verweigert die Zahlung, weil die VOB/B zum einen keinen Kostenvorschussanspruch vorsehe und zum anderen die bloße Schätzung der Ersatzvornahmekosten auf Basis eines einzigen Kostenvoranschlages keine taugliche Grundlage für einen Vorschussanspruchs sei. Daraufhin klagt der AG.

Das OLG Frankfurt gibt dem AG Recht. Der BGH bestätigt diese Entscheidung. Der Anspruch des AG auf Kostenvorschuss ergibt sich danach aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B, obwohl er dort nicht ausdrücklich erwähnt ist. Auch bei einem VOB/B-Vertrag setzt der Anspruch auf Kostenvorschuss nur das Vorliegen eines schuldhaft verursachten Mangels an der Werkleistung und den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Beseitigungsfrist voraus. Beide Voraussetzungen waren vorliegend erfüllt. An die Darlegung der Anspruchshöhe dürfen nach Ansicht des OLG Frankfurt nicht die gleichen strengen Anforderungen gestellt werden, wie beim Kostennachweis nach erfolgter Ersatzvornahme. Der AG darf die zu erwartenden Kosten schätzen, wenn hierfür eine ausreichende Grundlage vorhanden ist. Das OLG Frankfurt lässt hierbei – bestätigt durch den BGH – den Kostenvoranschlag eines Drittunternehmers ausreichen.

Der Kostenvorschussanspruch stellt für einen AG eine Alternative zur Ersatzvornahme dar, wenn er nicht bereit oder in der Lage ist, die

erforderlichen Mangelbeseitigungskosten vorzuschießen. Der Anspruch ergibt sich aus § 637 Abs. 3 BGB. Er besteht auch bei einem Werkvertrag auf Grundlage der VOB/B, obwohl er in § 13 VOB/B nicht ausdrücklich genannt ist.

Die Höhe der Ersatzvornahmekosten darf der AG schätzen. Denn es handelt es sich nur um eine vorläufige Zahlung, über die der AG nach der erfolgten Mangelbeseitigung abrechnen muss. War die Vorschusszahlung nicht ausreichend, muss der AN eine weitere Zahlung leisten. War die Mangelbeseitigung billiger als erwartet, hat der AN in Höhe des nicht verbrauchten Betrages einen Rückerstattungsanspruch. Zu beachten ist, dass der AG nur dann einen Kostenvorschuss beanspruchen kann, wenn er den Mangel tatsächlich beseitigen will. Kommt eine Mangelbeseitigung für ihn nicht in Betracht, kann der AG nur die Vergütung mindern oder Schadensersatz verlangen.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

### **3. Vergütung von „Nullpositionen“ im VOB-Vertrag**

**In ergänzender Auslegung eines VOB/B-Einheitspreisvertrages kann der Auftragnehmer eine Vergütung für ersatzlos entfallene Leistungspositionen (Nullpositionen) nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B verlangen, wenn ein Fall der vom Regelungsgehalt dieser Vertragsklausel erfassten Äquivalenzstörung vorliegt.**

BGH, Urteil vom 26.01.2012 - VII ZR 19/11 (OLG Bamberg)

Der AN verlangt vom AG klageweise Restvergütung aus einem Bauvertrag. Der AG übertrug dem AN Arbeiten in einem Einheitspreisvertrag unter Vereinbarung der VOB/B. Bei Durchführung der Baumaßnahme entfielen Leistungen mehrerer Positionen des Leistungsverzeichnisses, da die Ausführung dieser Leistungen sich als nicht notwendig erwiesen hatte. Gegenstand der Klage des AN ist ein Vergütungsanspruch für die ersatzlos entfallenen Leistungspositionen.

Der BGH bejaht einen Vergütungsanspruch des AN in Höhe der einkalkulierten allgemeinen Geschäftskosten in entsprechender Anwendung des sich aus §§ 2 Nr. 4, 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B bzw. § 649 S. 2 BGB ergebenden Rechtsgedankens für so genannte Nullpositionen. Ein dahingehender Anspruch besteht, wenn der Entfall der Positionen auf einem Sachverhalt beruht, der dem in § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B geregelten Fall einer Äquivalenzstörung entspricht.

Gelangen einzelne Leistungspositionen eines nach Einheitspreisen abzurechnenden Bauvertrages nicht zur Ausführung, ohne dass dies auf einer Kündigung, einem Verzicht oder einer Anordnung des Bestellers beruht, so entfällt dadurch nicht der Anspruch des AN auf Vergütung in Höhe der Beträge, die er zur Deckung seiner unabhängig von der Leistungserbringung anfallenden Gemeinkosten sowie seines Gewinns in die Einheitspreise für die entfallenen Leistungen einkalkuliert hat.

Umstritten war bisher die Frage nach der rechtlichen Grundlage für diesen Vergütungsanspruch. Der BGH entscheidet die Frage dahingehend, dass dann, wenn der vollständige Wegfall der Mengen auf einem Sachverhalt beruht, der dem in § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B geregelten Fall der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung entspricht, in ergänzender Auslegung der mit der Vereinbarung der VOB/B getroffenen Abrede § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B anzuwenden ist. Es liegt ein Fall vor, der dem Regelungssystem des § 2 Nr. 3 VOB/B unterfällt. Der Fortfall der betroffenen Positionen beruhte auf tatsächlichen Gegebenheiten. Die Ausführung der Leistung hat sich als nicht notwendig erwiesen.

Mit dieser Entscheidung hat der BGH die bislang offene Frage beantwortet, welche Rechtsgrundlage der Vergütungsanspruch des AN für Nullpositionen beim Einheitspreisvertrag hat, wenn das Entfallen der Leistungen auf der Unvorhersehbarkeit der baulichen Situation beruht. Der Vergütungsanspruch richtet sich nun im Wege ergänzender Vertragsauslegung des VOB/B-Einheitspreisvertrages nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B. Dies hat jedoch auch zur Folge, dass jeder anderweitige Ausgleich, den der AN erlangt, sich anspruchsmindernd auswirkt. Auf den Pauschalpreisvertrag lassen

sich diese Grundsätze jedoch nicht übertragen. Hier bleibt es bei der Regelung des § 2 Abs. 7 VOB/B.

Rechtsanwältin Esther Czasch

#### **4. Kein Vergütungsanspruch für Mehrkosten aufgrund witterungsbedingter Verzögerung aus § 642 BGB**

**Der AN hat keinen Anspruch auf die Vergütung von Mehrkosten aufgrund witterungsbedingter Verzögerung gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B i. V. m. § 642 BGB. Das Wetter fällt in seine Risikosphäre. Eine Mitwirkungspflicht des Bestellers bezüglich der witterungsbedingten Beschaffenheit des Baugrundes besteht nicht.**

LG Cottbus, Urteil vom 08.12.2011 - 6 O 68/11

Der AN erhielt den Auftrag zum Bau einer Autobahnbrücke. Die Bauarbeiten sollten sich dabei auch über das (außergewöhnlich kalte) Winterhalbjahr 2009/2010 erstrecken. Der AN stellte die Arbeiten am Bauvorhaben von Januar bis Anfang März 2010 für neun Wochen witterungsbedingt ein. Der AG stimmte einer Bauzeitverlängerung wegen § 6 Abs. 2 Nr. 1c) VOB/B (und als öffentlicher AG wohl auch wegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) zu, ohne zum Ersatz der Mehrkosten bereit zu sein.

Das Landgericht hat die Klage des AN auf Erstattung dieser Mehrkosten aus § 642 BGB abgewiesen. Ein Anspruch des AN folge nicht aus § 642 BGB. § 642 BGB impliziert zwar die Verpflichtung des AG, den Baugrund in einem bebauungsbereiten Zustand zur Verfügung zu stellen. Das Wetter stelle aber schon begrifflich keine Baugrundbeschaffenheit dar. Der AN müsse damit rechnen, dass die Witterung die Ausführung behindern könne und entsprechend kalkulieren. Schließlich profitiere auch allein er von einer besonders guten Witterung, die „die Bauausführung für den AN unvorhergesehen verbessert“.

Das LG bleibt seiner eigenen Linie und der der überwiegenden Rechtsprechung treu (LG Cottbus, Urt. v. 03.03.2010, - 6 O 258/07: Mehrvergütung nur dann, wenn sich Ausführung durch vom AG zu vertretende Verzögerungen in eine Schlechtwetterperiode ver-

schiebt; BGH, Urt. v. 22.04.2004, – II ZR 108/03: Mehrvergütung bei Starkregen, der alle 100 Jahre oder seltener auftritt; OLG Koblenz, S/F/H § 6 Nr. 2 VOB/B Nr. 1: Starkregen, der alle 20 Jahre auftritt; der Winter 1978/1979 sowie 1995/1996 in Norddeutschland). Das Schlechtwetterrisiko liegt danach beim AN. Die VOB/B sieht zwar in § 6 Abs. 2 Nr. 2 einen aus extremen Witterungen resultierenden Bauzeitverlängerungsanspruch vor, nicht aber eine Mehrvergütung. Die konkreten Erwägungen des Gerichts zur Kalkulationsfreiheit des AN und seinem angeblichen Profitieren von überdurchschnittlich guten Witterungsbedingungen sind allerdings wenig überzeugend.

Eine andere, im Vordringen befindliche Ansicht zieht aus § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B den umgekehrten Schluss. Die VOB/B weise nur „normale“ und bei Angebotsabgabe vorhersehbare Witterungsverhältnisse dem Risikobereich des AN zu. Für alle anderen Fälle weise sie dem AG das Risiko extremen Schlechtwetters zu. Ein Vergütungsanspruch sei auch wegen der Rechtsprechung des BGH zur Mehrvergütung bei AG-seitig zu vertretenden Verzögerungen nicht ausgeschlossen. Nach dieser Ansicht ist allein entscheidend, ob das später tatsächlich eingetretene Wetter für den AN bei Angebotsabgabe vorhersehbar war. War es das nicht, so besteht nicht nur ein Bauzeitverlängerungs-, sondern auch zugleich ein Mehrvergütungsanspruch.

Beide Ansichten kommen im Ergebnis zur Beantwortung einer Wertungsfrage. Dabei ist die bisherige Unterscheidung der herrschenden Meinung, die die Wettererscheinungen der letzten 20 Jahre heranzieht, wohl interessengerecht. Beinhaltet dieser Zeitraum bereits Wetterextreme, wird ein neuralgischer Punkt erreicht: Dass Baumaßnahmen im Außenbereich dann undurchführbar sein werden, liegt auf der Hand. Der AN muss trotzdem damit kalkulieren. Auf den konkreten Fall übertragen, würde dies bedeuten, dass der AN von vornherein mit kältebedingten Unterbrechungen zu kalkulieren hatte, die Bauarbeiten sollten schließlich im Winterhalbjahr stattfinden. Dass es über mehr als zwei Monate hinweg zu anhaltenden Tiefsttemperaturen kommen würde, war aber kaum absehbar. Es erscheint daher mit der im Vordringen befindlichen Ansicht vertretbar, ihm (lediglich) für vier Wochen Bau-

zeitverlängerung auch zusätzliche Vergütung über § 642 BGB zu gewähren.

Rechtsanwalt Dr. Robert Scherzer

## **5. Für Senioren gebaut bedeutet nicht „seniorengerecht“**

**a) Auch wenn in einem Bauträgerprospekt ausgeführt wird, dass auch für Familien und Senioren gebaut wird, kann hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass die Wohnungen seniorengerecht und insgesamt barrierefrei sind.**

**b) Eine Zusage, dass der Zugang zur Wohnung, den Kellerräumen und den Tiefgaragenplätzen barrierefrei ausgeführt wird, enthält keine verbindliche Aussage dahingehend, dass die Terrassen ebenfalls barrierefrei zugänglich sind.**

**c) Die Ausführung des Dachterrassenzugangs mit einer Schwelle von 24,5 cm stellt weder einen Mangel dar, noch verstößt sie gegen die anerkannten Regeln der Technik. Dies gilt selbst dann, wenn ein „gehobener Wohnkomfort“ vereinbart ist.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 14.12.2010 - 10 U 52/10

Die Erwerber zweier Eigentumswohnungen verlangen vom Bauträger im Wege der Mangelbeseitigung die Herstellung schwellenloser Zugangsmöglichkeiten zur Dachterrasse. Die Schwellenhöhe beträgt auf der Innenseite der Dachterrasse 24,5 cm und außen 18 cm. Der Bauträger verteidigt sich mit dem Argument, dass er keinen barrierefreien Austritt auf die Dachterrasse zugesagt habe.

Das OLG Stuttgart lehnt ebenso wie das Landgericht den Anspruch der Wohnungseigentümer ab. Ein Anspruch der Erwerber auf barrierefreie Austritte ergäbe sich weder aus dem Bauträgervertrag noch aus der Teilungserklärung bzw. Baubeschreibung. Eine behinderten- oder seniorengerechte Wohnung sei nicht verkauft worden. Die Aussage im Bauträgerprospekt, dass für Familien und Senioren gebaut werde, bedeute nicht, dass die Wohnung seniorengerecht oder insgesamt barriere-

frei ist. Auch wenn einzelne Teile der Immobilie barrierefrei ausgeführt werden, bedeutet dies nicht, dass damit alle Bereiche barrierefrei auszuführen sind. Deshalb sei die Schwellenhöhe im Hinblick auf den Austritt zur Dachterrasse kein Mangel oder Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

## **6. Die Forderung gegen den Gewährleistungsbürgen kann vor dem gesicherten Anspruch gegen den Unternehmer verjähren**

**a) Es widerspricht dem Schutzzweck des Rechtsinstituts der Verjährung, den Beginn der Verjährungsfrist an eine Leistungsaufforderung des Gläubigers zu knüpfen, da es dieser dann in der Hand hätte, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungshemmender Maßnahmen weitgehend beliebig hinauszuzögern (Bestätigung von BGHZ 175, 161 Rz. 24 = IBR 2008, 266).**

**b) Aufgrund der Rechtslage nach der Schuldrechtsreform kann die der dreijährigen Regelverjährung unterliegende Bürgschaftsforderung gegen den Gewährleistungsbürgen vor den gesicherten Gewährleistungsansprüchen verjähren.**

BGH, Urteil vom 11.09.2012 - IX ZR 56/11

Der BGH hat in seinem Urteil erneut zu der Frage Stellung genommen, wann Ansprüche aus einer Gewährleistungsbürgschaft (Mängelansprüchebürgschaft) verjähren. Hier ist in der Praxis große Vorsicht geboten, denn der BGH hat in Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung klargestellt, dass nicht in Betracht kommt, den Beginn der Verjährung im Verhältnis zum Bürgen in die Willkür des (Bürgschafts-)Gläubigers zu stellen, indem erst mit einer Leistungsaufforderung des Gläubigers an den Bürgen die Verjährung zu laufen beginnen würde; das ergibt sich auch aus dem o. g. ersten Leitzatz. Die danach früher eintretende Notwendigkeit, verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen, erhöht das Haftungsrisiko des Bürgen nicht zwangsläufig. Zur

Verjährungshemmung genügt die Erhebung einer unbezifferten Feststellungsklage.

Bedeutsame Folge dieser Rechtsprechung ist, dass es zu einer Verjährung der Bürgschaftsforderung vor dem gesicherten Gewährleistungsanspruch kommen kann; das ergibt sich aus dem o. g. zweiten Leitzatz. In rechtlicher Hinsicht ist diese Konsequenz nicht überraschend, denn sie beruht auf dem getrennten Schicksal beider Forderungen und es ist auch eine gesetzgeberische Entscheidung, dass der Gläubiger Unterschiede in den Verjährungsfristen dazu nutzen kann, die Fälligkeit der Bürgschaftsverpflichtung durch die späte Geltendmachung von Mängelansprüchen zu verzögern. Der BGH verweist dabei auch auf die Bestimmung des § 768 BGB („Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen.“ Bei dem Verjährungseinwand handelt es sich um eine solche Einrede), welche ja gerade voraussetzt, dass es zu verschiedenen Zeitpunkten ablaufende Verjährungsfristen von Hauptforderung und Bürgschaft gibt. Daher sieht der BGH keinen Anlass, die Verjährung der Bürgenhaftung dadurch zu erschweren bzw. für den Gläubiger zu verbessern, dass erst die Geltendmachung eines dem AG gegen den AN zustehenden Geldanspruchs zur Entstehung der gesicherten Hauptforderung und damit zum Beginn der Verjährungsfrist führen soll.

Für die Praxis sollte angesichts der geltenden regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren (ab Schluss des Jahres in dem der Anspruch entstanden und der Gläubiger Kenntnis erlangen konnte) beachtet werden: Notieren Sie das Datum, in dem die Nachfrist zur Mängelbeseitigung abgelaufen ist. Am Schluss des dritten Folgejahres verjähren die Mängelansprüche gegen den Bürgen. Manchmal ist in Bürgschaftsmustern geregelt, dass die Verjährung gegen den Bürgen nicht vor der Verjährung gegen den Hauptschuldner eintritt; bevor Sie sich darauf verlassen, unterziehen Sie diese Klausel einer genaueren Prüfung.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **7. Zur Darlegungs- und Beweislast des Empfängers von Baugeld**

**a) Der Empfänger von Baugeld im Sinne des Baugeldforderungssicherungsgesetzes genügt der ihm nach § 1 Abs. 4 obliegenden Darlegungs- und Beweislast nur, wenn er die bestimmungsgemäße Verwendung bis auf jeden Cent anhand geeigneter Belege nachweist.**

**b) Der Empfänger von Baugeld genügt dieser Darlegungs- und Beweislast nicht, wenn er pauschal auf Belege in einem Anlagenkonvolut verweist, ohne diese den Bauarbeiten konkret zuzuordnen.**

**c) Der Empfänger von Baugeld hat bis auf jeden einzelnen Cent nachzuweisen, dass er das Baugeld zweckentsprechend verwendet hat. Hierzu gehört der Nachweis, dass Zahlungen an dritte Unternehmen das fragliche Bauvorhaben betreffen.**

**d) Der mit seiner Werklohnforderung ausgefallene Bauunternehmer kann sich in diesem Zusammenhang im Prozess darauf beschränken, zu bestreiten, dass das Baugeld ordnungsgemäß verwendet wurde.**

OLG Jena, Urteil vom 18.04.2012 - 7 U 762/11

Die Klägerin, ein Bauunternehmen, nimmt die Beklagte, die Geschäftsführerin ihres inzwischen insolventen Unternehmens, persönlich auf Schadensersatz wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld in Anspruch.

Das Landgericht hatte die Klage noch abgewiesen; vor dem OLG Jena hatte jedoch die beschränkt eingelegte Berufung Erfolg.

Das Bauunternehmen hat gegen die beklagte Geschäftsführerin einen Anspruch auf Schadensersatz wegen vorsätzlich zweckwidriger Verwendung von Baugeld für das streitgegenständliche Bauvorhaben gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 Abs. 1 und Abs. 3 Bauforderungssicherungsgesetz.

Gemäß § 1 Abs. 1 Bauforderungssicherungsgesetz ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, dieses zur Befriedigung der Forderung der an der Herstellung des Baues Betei-

ligten zu verwenden. Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 Bauforderungssicherungsgesetz sind Baugeld solche Beträge, die der Empfänger von einem Dritten für im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaues stehende Leistungen erhält, wenn an dieser Leistung ein Unternehmer i. S. d. § 14 BGB aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt war. Nach § 1 Abs. 4 Bauforderungssicherungsgesetz obliegt dem Baugeldempfänger die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Verwendung.

Die insolvente Schuldnerin, deren Geschäftsführerin die Beklagte war, war an einem Bauvorhaben als Generalunternehmerin tätig und hatte die Klägerin mit Leistungen beauftragt. Insoweit war die insolvente Generalunternehmerin Empfänger von Baugeld i. S. v. § 1 Abs. 1 Bauforderungssicherungsgesetz.

Das OLG Jena bestätigte die Auffassung in der Literatur (z.B: Stammkötter, Bauforderungssicherungsgesetz, 3. Aufl., § 1 Abs. 4, Rdn. 477), dass der Baugeldempfänger bis auf jeden einzelnen Cent anhand geeigneter Belege nachzuweisen hat, dass er das Baugeld zweckentsprechend verwendet hat. Pauschale Behauptungen bleiben im Prozess insoweit unbeachtlich. Wenn dieser Nachweis nicht gelingt, wird gemäß § 1 Abs. 4 Bauforderungssicherungsgesetz vermutet, dass empfangene Gelder zweckwidrig verwendet wurden. Das OLG Jena führt insofern aus, dass die Beklagte als Geschäftsführerin der insolventen Generalunternehmerin persönlich verpflichtet war, das empfangene Baugeld zur Befriedigung der in § 1 Abs. 1 Bauforderungssicherungsgesetz genannten Beteiligten zu verwenden. Ein Verstoß gegen diese Verwendungspflicht indiziert zugleich die Rechtswidrigkeit der Handlung und führt demgemäß zu einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Bauforderungssicherungsgesetz.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

## **II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht**

### **1. Einbehalt wegen ungeklärter Vertragsstrafe unzulässig**

Ein Hauptunternehmer ist nicht berechtigt, die Zahlung des dem NU zustehenden Werklohns solange zu verweigern, bis in einem Rechtsstreit zwischen ihm und seinem AG geklärt ist, ob der AG gegen den Werklohnanspruch des Hauptunternehmers zu Recht mit einer von diesem bestrittenen Vertragsstrafe aufrechnet, die der AG wegen einer Verzögerung der Nachunternehmerleistung geltend macht.

BGH, Urteil vom 06.09.2012 - VII ZR 72/10

### **2. Sowieso-Kosten und Abzug „neu für alt“**

- a) Von den Kosten einer Mängelbeseitigung sind die Sowieso-Kosten in Abzug zu bringen. Das sind die Mehrkosten, um die die Bauleistung bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre.
- b) Auf einen Vorteilsausgleich „neu für alt“ kann sich der AN nicht berufen, wenn er von Anfang an seine Einstandspflicht zur Mängelbeseitigung bestritten hat. Der sich daraus ergebende Verzögerungszeitraum für die Nachbesserung kann nicht zu seinen Gunsten gehen.

BGH, Beschluss vom 26.04.2012 - VII ZR 104/10

### **3. Verjährung des Rückforderungsanspruches bei Überzahlung**

Ist ein Unternehmer überzahlt, besteht die dreijährige Verjährung von Zahlungsansprüchen des öffentlichen AG nicht vom Zugang einer Mitteilung der Rechnungsprüfungsbehörde an. Die Frist berechnet sich bereits von der Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände, wenn die vertragswidrige Abrechnung bei der Schlussrechnungsprüfung aus den dem öf-

fentlichen AG vorliegenden Unterlagen erkannt werden kann.

BGH, Beschluss vom 14.06.2012 - VII ZR 213/10

### **4. Unwirksamkeit der Sicherungsabrede bei Umwandlung der Vertragserfüllungssicherheit in Gewährleistungssicherheit**

Wenn der AN eine Umwandlung der Vertragserfüllungssicherheit in eine Gewährleistungssicherheit erst nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche verlangen kann, ist die vom AG gestellte Sicherungsabrede, wonach der AG eine Sicherheit i.H.v. jeweils 5 % der Auftragssumme beanspruchen kann, unwirksam.

OLG Celle, Urteil vom 14.06.2012 - 13 U 11/12

### **5. Wirksamkeit der Auftragnehmerkündigung bei Nichtzahlung von Abschlagsrechnungen**

Hat der AN dem AG insgesamt zwei Fristen zur Zahlung von Abschlagsrechnungen gesetzt, stellt es keine unangemessen kurze Fristsetzung dar, wenn der AN eine letzte Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung von fünf Tagen setzt und unmittelbar nach Fristablauf den Vertrag kündigt.

OLG Koblenz, Beschluss vom 19.07.2012 - 5 U 178/12

### **6. Schadensersatz wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen nur dann, wenn der Verhandlungspartner den Vertragsschluss als sicher hingestellt hat**

- a) Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss, der wegen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen geltend gemacht wird, kommt erst in Betracht, wenn ein Verhandlungspartner bei der Gegenseite zurechenbar das berechtigte Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustandekommen, dann aber



die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht. Hat der Verhandlungspartner den Vertragsschluss als sicher hingestellt, kommt es auf ein Verschulden nicht an.

- b) An das Vorliegen eines triftigen Grundes dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.
- c) Im Hinblick auf die grundsätzliche Vertragsabschlussfreiheit gilt zunächst der Grundsatz, dass ein Vertragspartner auch nach länger andauernden Verhandlungen über einen Vertrag ohne rechtliche Nachteile vom Vertragsschluss Abstand nehmen kann, ohne sich allein deshalb bereits schadenersatzpflichtig zu machen.

OLG Celle, Urteil vom 08.02.2012 - 14 U 139/11

#### **7. Abschluss eines Architektenvertrages durch Unterzeichnung des Bauantrags**

Ein Architektenvertrag kann auch durch Unterzeichnung eines vom Architekten erstellten Bauantrags und Abgabe weiterer Erklärungen zum Bauantrag stillschweigend zu Stande kommen.

LG Lübeck, Urteil vom 08.03.2012 - 14 S 49/10

#### **8. Architektenhaftung bei Kostenmehrungen**

- a) Eine Baukostengarantie des Architekten kann nur dann Anspruchsgrund für den Besteller sein, wenn die Vertragspartner klare und unmissverständliche Vereinbarungen über eine Kostenuntergrenze bei einem bestimmten Leistungsprogramm getroffen haben.
- b) Insbesondere bei einem Umbauvorhaben muss dem Architekten ein Toleranzrahmen zugestanden werden, wenn vor der Ausführung für den Besteller Risiken von Baukostensteigerungen erkennbar waren.

LG Aachen, Urteil vom 06.03.2012 - 12 O 37/08

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### **III. Leitsätze zum Vergaberecht**

#### **1. Nachforderungspflicht des Auftraggebers gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A in Bezug auf fehlende Erklärungen und Nachweise im Nebenangebot**

- a) Verlangt der AG, dass bei der Abgabe zugelassener technischer Nebenangebote die sich aus den Abweichungen zum Leistungsverzeichnis ergebenden Änderungen der Baustoffmengen nachvollziehbar erläutert werden, zählen diese zum Nebenangebot geforderten Angaben zu den Erklärungen im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.
- b) Ein Nebenangebot darf wegen des Fehlens dieser Angaben nicht ausgeschlossen werden, ohne dass der AG den Bieter nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zuvor Gelegenheit zur nachträglichen Vorlage der Erklärungen binnen sechs Kalendertagen gegeben hat.
- c) Die Pflicht des AG zur Nachforderung fehlender Erklärungen ist auch im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm bei bloßen Erläuterungen zu Mengenkalkulation das seinem Inhalt nach feststehenden Nebenangebots nicht ausgeschlossen.

OLG Naumburg, Beschluss vom 23.02.2012 - 2 Verg 15/11

#### **2. Gültigkeit des Angebots einer Bietergemeinschaft**

- a) Enthält der Vordruck des Angebotsschreibens den Hinweis, das Angebot sei nur mit "rechtsverbindlicher Unterschrift" an der hierfür vorgesehenen Stelle gültig, ist das Angebot im Fall einer Bietergemeinschaft von allen Mitgliedern zu unterschreiben. Ausnahmsweise kann ein Bevollmächtigter unterschreiben, wenn dessen Bevollmächtigung durch die übrigen Mitglieder der

Gemeinschaft mit dem Angebot nachgewiesen wird.

- b) Eine fehlende Vollmachtserklärung kann nicht durch die von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterzeichnete Bietergemeinschaftserklärung ersetzt werden, wenn in der für die Eintragung des Bevollmächtigten vorgesehenen Zeile keine entsprechende Angabe enthalten ist; in diesem Fall wird die Bevollmächtigung nicht mit dem Angebot nachgewiesen.
- c) Auf den Fall der fehlenden "rechtsverbindlichen" Unterzeichnung des Angebotes einer Bietergemeinschaft und der Nichtvorlage der geforderten Vollmachtserklärung kann die Vorschrift des § 13 Abs. 5 VOB/A nicht angewandt werden.
- d) Bei fehlender rechtsverbindlicher Unterzeichnung des Angebotes ist eine Nachforderung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ausgeschlossen. Die Vollmacht als Voraussetzung für ein gültiges Angebot einer Bietergemeinschaft gehört nicht zu den angebotbezogenen „Erklärungen und Nachweisen“ im Sinne dieser Vorschrift.

VK Hessen, Beschluss vom 13.03.2012 - 69d  
VK 06/2012

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

#### **IV. Maklerrecht**

##### **Provisionsverlangen in Internetanzeige eindeutig?**

**Im Hinweis „Provision 7,14%“ in einer Internetanzeige kann ein eindeutiges Provisionsverlangen gegenüber dem Kaufinteressenten liegen.**

BGH Urteil vom 03.05.12 - III ZR 62/11

Ein gewerbliches Maklerunternehmen hat in das Internet-Portal „Immobilienscout24“ eine Anzeige für den Kauf eines Baugrundstücks mit Angabe u. a. der Grundstücksgröße, des Kaufpreises sowie dem Hinweis „Provision

7,14%“ gestellt. Der Käufer nahm hierauf bezugnehmend telefonischen Kontakt zu dem Maklerunternehmen auf und zeigte Interesse an dem Grundstück. Ihm wurden daraufhin die Adresse des Objekts sowie die Kontaktdaten des Verkäufers genannt. Hierauf wurde gemeinsam mit dem Makler besichtigt. Es kam in zeitlicher Folge zum Abschluss des Kaufvertrages.

Nachdem es vorliegend nicht in anderer Weise zum Abschluss eines Maklervertrages gekommen war, kam es für den Provisionsanspruch des Maklers gegen den Käufer darauf an, ob das Inserat ein eindeutiges Provisionsverlangen des Maklers gegenüber dem Grundstückskäufer enthält.

Nach dem Urteil des BGH rechtfertigen die tatsächlich festgestellten Umstände die Annahme, dass die im Internet veröffentlichte Anzeige der Klägerin ein eindeutiges Provisionsverlangen enthält, das Grundlage eines zwischen den Parteien zustande gekommenen Maklervertrages sein kann.

Wer sich als Kaufinteressent auf ein Maklerangebot meldet, darf grundsätzlich davon ausgehen, dass der Makler das Objekt vom Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angetragenen Weitergabe von Informationen eine Leistung für den Anbieter erbringen will; der Kaufinteressent muss dabei nach der Rechtsprechung nicht ohne weiteres damit rechnen, dass der Makler auch von ihm eine Provision erwartet.

Wie der BGH in der vorstehenden Entscheidung nochmals klargestellt hat, gilt anderes nur dann, wenn der Makler den Kaufinteressenten unmissverständlich auf eine von ihm im Erfolgsfall zu zahlende Käuferprovision hingewiesen hat. Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens, das beispielsweise in einem ihm übersandten Objektsnachweis oder Exposé enthalten sein kann, die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrages annehmen will.

Dabei ist ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrages grundsätzlich noch nicht in einer Zeitungs- oder Internetanzeige des Maklers zu sehen. Bei der Internetanzeige wie bei der Zeitungsanzeige des Maklers handelt es

sich nach der Rechtsprechung noch nicht um ein Maklerangebot, sondern um die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten durch Kaufinteressenten (sog. *invitatio ad offerendum*), mit der sich der Makler an einen unbestimmten Kreis von potentiellen Interessenten wendet. Wie der BGH in der vorzitierten Entscheidung nun aber klargestellt hat, kann eine durch eine solche Anzeige veranlasste Kontaktaufnahme des Interessenten mit dem Makler dann zum Abschluss eines Maklervertrags führen, wenn der Makler sein Provisionsverlangen im Inserat bereits ausdrücklich und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat.

Meldet sich auf ein solches eindeutiges Provisionsverlangen der Kaufinteressent, so kann der Makler dies als Angebot auf Abschluss eines entgeltlichen Maklervertrags werten und nimmt dieses durch den Nachweis der Kaufgelegenheit (Übermittlung der Objektdaten und Adresse des Verkäufers) an.

Vorliegend hat sich nun der BGH noch mit der Frage befasst, ob die in der Internetanzeige enthaltene Angabe „Provision 7,14%“ einen hinreichenden Provisionshinweis darstellt oder etwa so gewertet werden kann, dass dies nur als Hinweis auf die Provision verstanden werden kann, die der Makler vom Verkäufer erhält. Dabei hat im vorliegenden Fall der BGH die maßgebenden Umstände der Internetanzeige so bewertet, weil die Angabe in der Internetanzeige „Provision 7,14%“ direkt unter der Angabe der Vermarktungsart (Kauf) und des Kaufpreises erfolgt ist und damit der Provisionshinweis ein eindeutiges Provisionsverlangen gegenüber dem Kaufinteressenten ausdrückt. Aufgrund des Hinweises in der auf den wesentlichen Inhalt beschränkten Anzeige liegt es nach der Wertung des BGH für den Kaufinteressenten auf der Hand, dass der Makler von ihm für seine Dienste eine Provision fordert. Allein zur Abgrenzung hat der BGH darauf hingewiesen, dass im Einzelfall aber weitere Umstände vorliegen können, die geeignet sind dieses Verständnis in Zweifel zu ziehen.

Die Entscheidung bringt für Makler in der alltäglichen Praxis, die heute in erheblichem Umfang über die einschlägigen Immobilienplattformen im Internet läuft, sowohl Klarheit als auch Erleichterung. Alle bisherigen Urteile, nach denen ein Provisionshinweis im Internet

nicht als Grundlage für den Abschluss eines stillschweigenden Maklervertrages bewertet wurde, sind mit dieser Entscheidung hinfällig. Sowohl die Anzeigen im Internet als auch Zeitungsanzeigen können, soweit sie einen hinreichend klaren Hinweis auf die Käuferprovision enthalten und Kaufinteressenten hierauf bezugnehmend die Tätigkeit des Maklers in Anspruch nehmen, zum schlüssigen Abschluss eines Maklervertrages führen.

Wichtig ist dabei, dass der Provisionshinweis hinreichend eindeutig erfolgt, so dass dem Kaufinteressenten klar ist, dass er im Ankauffalle die geforderte Provision zu zahlen hat. Insofern hat der BGH im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der gesamten Aufmachung der Internetanzeige durchaus maklerfreundlich mit der zentralen These entschieden: Was soll der Kaufinteressent bei der Angabe unter dem Kaufpreis „Provision 7,14%“ denn sonst denken, als dass der Makler (auch) von ihm eine Provision fordert.

Im Ergebnis kann also ein deutlicher Provisionshinweis im Internet einen stillschweigenden Maklervertrag begründen. Empfehlenswert ist es, dass hierbei wenigstens mit einer Formulierung wie „Käuferprovision“ klargestellt wird, von wem die Provision gefordert wird oder noch besser ein klarstellender Satz wie z. B. : *„Die vom Käufer im Falle des Ankaufs unmittelbar an die Maklerfirma zu zahlende Provision beträgt 3,57% des Kaufpreises inkl. gesetzlicher Mehrwertsteuer.“*

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## **V. Leitsätze zum Mietrecht**

### **1. Voraussetzungen für die Mietminderung wegen Lärmbelästigung durch Bauarbeiten**

Ein Wohnraummietler kann sich jedenfalls dann nicht auf Minderung wegen Lärmbelästigung im Zusammenhang mit der Umgestaltung des Bahnhofs Ostkreuz berufen, wenn er vor Vertragsschluss vom Vermieter schriftlich auf zu erwartende Bauarbeiten hingewiesen worden ist; das gilt auch dann, wenn die Arbeiten nicht an Werktagen, sondern auch nachts und an Sonntagen durchgeführt werden.

LG Berlin, Urteil vom 10.02.2012 - 63 S 206/11

## **2. Einstweilige Verfügung gegen nicht angekündigte Modernisierungsmaßnahmen**

Kündigt der Vermieter Modernisierungsmaßnahmen entgegen § 554 Abs. 3 BGB nicht an und beginnt gleichwohl mit deren Durchführung, kann der Mieter deren weitere Durchführung im Wege der einstweiligen Verfügung unterbinden.

LG Berlin, Beschluss vom 12.03.2012 - 63 T 29/12

## **3. Umfang der Duldungspflicht des Mieters zu Modernisierungsmaßnahmen**

- a) Die Duldungspflicht des Mieters zu Modernisierungsmaßnahmen erstreckt sich nicht nur auf die Wohnung, sondern auf das Gebäude insgesamt.
- b) Der Mieter hat deshalb auch die Durchführung von Heizungsrohren für die darüber liegende Wohnung zu dulden.

LG Berlin, Urteil vom 25.11.2011 - 63 S 86/11

## **4. Schriftformerfordernis bei Mietvertrag mit GbR**

Dem Schriftformerfordernis eines langfristigen Mietvertrages mit einer GbR als alleiniger Vermieterin ist auch dann genügt, wenn die auf deren Seite geleistete Unterschrift eines einzelnen Gesellschafters nicht mit einem die Vertretung kennzeichnenden Zusatz versehen wird.

OLG Koblenz, Urteil vom 11.08.2011 - 5 U 439/11

## **5. Schadensersatzpflicht des Vermieters bei Räumung im Wege verbotener Eigenmacht**

Räumt ein Vermieter im Wege verbotener Eigenmacht, begründet dies einen Schadensersatzanspruch. Hat der Vermieter dabei keine Inventarisierung und Schätzung der geräumten Gegenstände vorgenommen, trifft ihn die Be-

weispflicht zu Umfang, Bestand und Wert der einer Schadensberechnung des Mieters zu Grunde liegenden Gegenstände, soweit seine Darstellung von plausiblen Angaben des Mieters abweicht.

OLG Naumburg, Beschluss vom 18.05.2012 - 1 W 17/12

## **6. Mietmangel bei Verstoß gegen Konkurrenzschutzklausel**

Die Verletzung der in einem Gewerberaummietvertrag vereinbarten Konkurrenzschutzklausel durch den Vermieter stellt einen Mangel der Mietsache gemäß § 536 Abs. 1 BGB dar, der zur Minderung der Miete führen kann.

BGH, Urteil vom 10.10.2012 - XII ZR 117/10

Rechtsanwältin Susanne Lösch

## **VI. Arbeitsrecht**

### **Bürghaftung des Bauträgers**

**Ein Bauträger, der Gebäude im eigenen Namen und auf eigene Rechnung errichten lässt, um sie während oder nach der Bauphase zu veräußern, ist Unternehmer im Sinne des Arbeitnehmerentendegesetzes und haftet daher für die Verpflichtungen von Nachunternehmern wie ein Bürge.**

BAG, Urteil vom 16.05.2012 - 10 ARZ 190/11

Ein Bauträger wurde von der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft verklagt. Diese hat nach den für allgemeinverbindlich erklärten Vorschriften des Bundesrahmentarifvertrages des Baugewerbes und des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe die Aufgabe, die Auszahlung der tariflichen Urlaubsvergütung an Arbeitnehmer der Bauwirtschaft zu sichern. Die Arbeitgeber sind verpflichtet, entsprechende Beträge abzuführen. Die Beklagte ist ein Bauträgerunternehmen, welches Wohn- und Geschäftshäuser im eigenen Namen und auf eigene Rechnung errichtet, die jeweils veräu-

Bert werden. Die Beklagte beauftragte ein Bauunternehmen mit Bauarbeiten, welches ihrerseits ein polnisches Bauunternehmen mit den Rohbauarbeiten beauftragte. Das polnische Bauunternehmen nahm aufgrund der Entsendung von Arbeitnehmern aus Polen nach Deutschland am Urlaubskassenverfahren teil, zahlte jedoch nicht alle Beiträge. Daraufhin machte die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse gegen die Beklagte als Bauträger einen Haftungsanspruch gemäß § 1a AEntG (a.F.) geltend.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht hatten die Klagen noch abgewiesen. Das BAG verurteilte jedoch das Bauträgerunternehmen zur Zahlung.

Das BAG geht in seiner Entscheidung davon aus, dass ein Bauträger Unternehmer im Sinne des Arbeitnehmerentsendegesetzes ist, wenn es nicht als „bloßer Bauherr“ auftritt, sondern im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Gebäude errichten lässt, welche es dann während der Bauphase veräußert. Die Beauftragung von Bauleistungen ist in diesem Zusammenhang wesentlicher, unmittelbarer Gegenstand des Unternehmens, da der Bauträger nicht aus privaten Gründen zur eigenen Vermögensverwaltung die Immobilien errichten lässt oder um durch den Bau anderen eigenen gewerblichen Zwecken zu dienen. Vielmehr dient die Bautätigkeit einer eigenen Leistungspflicht des Bauträgers gegenüber dem Erwerber. Diese Leistungspflicht kann er durch eigenes Personal erfüllen oder durch beauftragte Unternehmen.

Sinn und Zweck der Bürgenhaftung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz ist es, den „Unternehmer“ zu veranlassen, bei der Vergabe von Aufträgen an NU auf deren Zuverlässigkeit zu achten. Nach Auffassung des BAG ähnelt die Bauträgertätigkeit insofern derjenigen des Generalunternehmers, der regelmäßig sämtliche Bauleistungen für die Errichtung eines Bauwerkes zu erbringen hat. Daher bejaht das BAG eine Bürgenhaftung des Bauträgerunternehmens, denn dieses sei „Unternehmer“ iSv. § 1a AEntG (a.F.), welches einen anderen Unternehmer mit der Erbringung einer Bauleistung iSv. § 175 Abs. 2 SGB III beauftragt hat. Bauleistungen in diesem Sinne sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung,

Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Gebäuden dienen.

Die Entscheidung erging noch zur alten Fassung des Arbeitnehmerentsendegesetzes, welches nunmehr in der Fassung vom 20.04.2009 fort gilt. Der Wortlaut aus § 1a AEntG ist in der Neufassung in § 14 übernommen worden, d.h. die Bürgenhaftung des AG besteht insoweit fort.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **VII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Übergang des Arbeitsverhältnisses eines Hausverwalters auf den Erwerber der verwalteten Immobilie**

Das von einer Hausverwaltung betreute Grundstück stellt kein Betriebsmittel dar, sondern ist das Objekt der Verwaltungstätigkeit. Die Arbeitsverhältnisse der mit der Grundstücksverwaltung betrauten Arbeitnehmer der Hausverwaltungsgesellschaft gehen deshalb nicht auf den Erwerber der verwalteten Immobilie über. Der Kläger war bei der A. KG als technisch-kaufmännischer Sachbearbeiter beschäftigt. Einziges Betätigungsfeld der KG war die Verwaltung eines ihr gehörenden Büro- und Geschäftshauses in M. Die beklagte Stadt M. war Hauptmieterin des Gebäudes. Im Jahr 2010 erwarb sie diese Immobilie, welche den einzigen Grundbesitz der A. KG darstellte. Nach dieser Grundstücksveräußerung wurde die A. KG liquidiert. Der Kläger macht geltend, sein Arbeitsverhältnis sei im Wege eines Betriebsübergangs auf die Stadt M. übergegangen. Der Klage auf Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis mit dieser fortbesteht, hat das Arbeitsgericht stattgegeben. Die Berufung der beklagten Stadt hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Achten Senat des BAG Erfolg. Betriebszweck der A. KG war einzig die Verwaltung der in ihrem Eigentum stehenden Immobilie in M. Sie war demnach ein Dienstleistungsbetrieb. Diesen hat die beklagte Stadt M. nicht dadurch über-

nommen, dass sie lediglich das von der A. KG verwaltete Grundstück erworben hat.

BAG, Urteil vom 15.11.2012 - 8 AZR 683/11 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **2. Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung**

Nach § 5 Abs. 1 S. 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) ist der Arbeitgeber berechtigt, von dem Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer schon von dem ersten Tag der Erkrankung an zu verlangen. Die Ausübung dieses Rechts steht im nicht an besondere Voraussetzungen gebundenen Ermessen des Arbeitgebers.

Die Klägerin ist bei der beklagten Rundfunkanstalt als Redakteurin beschäftigt. Sie stellte für den 30. November 2010 einen Dienstreiseantrag, dem ihr Vorgesetzter nicht entsprach. Eine nochmalige Anfrage der Klägerin wegen der Dienstreisegenehmigung am 29. November wurde abschlägig beschieden. Am 30. November meldete sich die Klägerin krank und erschien am Folgetag wieder zur Arbeit. Daraufhin forderte die Beklagte die Klägerin auf, künftig schon am ersten Tag der Krankmeldung einen Arzt aufzusuchen und ein entsprechendes Attest vorzulegen. Mit ihrer Klage hat die Klägerin den Widerruf dieser Weisung begehrt und geltend gemacht, das Verlangen des Arbeitgebers auf Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits für den ersten Tag der Erkrankung bedürfe einer sachlichen Rechtfertigung. Außerdem sehe der für die Beklagte geltende Tarifvertrag ein derartiges Recht nicht vor.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin blieb erfolglos. Die Ausübung des dem Arbeitgeber von § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG eingeräumten Rechts steht im nicht gebundenen Ermessen des Arbeitgebers. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass gegen den Arbeitnehmer ein begründeter Verdacht besteht, er habe in der Vergangen-

heit eine Erkrankung nur vorgetäuscht. Eine tarifliche Regelung steht dem nur entgegen, wenn sie das Recht des Arbeitgebers aus § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG ausdrücklich ausschließt. Das war vorliegend nicht der Fall.

BAG, Urteil vom 14.11.2012 - 5 AZR 886/11 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **3. Schadensersatz wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens**

Nach § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser ist. Die Entscheidung obliegt in erster Linie den Tatsachengerichten und kann revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüft werden. Für die Schätzung eines Schadens benötigt der Richter greifbare Anhaltspunkte; eine völlig abstrakte Berechnung des Schadens lässt § 287 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht zu. Eine Schätzung darf nicht vollkommen „in der Luft hängen“.

Die Klägerin befasst sich mit dem Bau von Verkehrswegen. Im April 2005 wurde über das Vermögen ihrer früheren Muttergesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Geschäftsanteile der Klägerin wurden an einen anderen Baukonzern veräußert. Auch die Beklagte war am Erwerb der Klägerin interessiert gewesen. Sie gründete nach Scheitern der Verhandlungen eine eigene Gesellschaft für Verkehrswegebau und schloss mit Führungspersonal der Klägerin Arbeitsverträge. Im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang wurden Daten der Klägerin genutzt und gelöscht.

Die Klägerin hat der Beklagten vorgeworfen, wettbewerbswidrig Mitarbeiter abgeworben zu haben und Schadensersatz für eingetretene Verluste in den Jahren 2005 und 2006 i.H.v. etwa € 46 Mio. verlangt. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Beklagte habe sich zwar wettbewerbswidrig verhalten. Es fehle jedoch an greifbaren Anhaltspunkten, um den Schaden schätzen zu können.

Die Revision der Klägerin blieb vor dem 10. Senat des BAG erfolglos. Unter Beachtung des revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabes ist es nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht mangels greifbarer Anhaltspunkte keine Schätzung eines Schadens vorgenommen und die Auffassung vertreten hat, ein hinreichender Zusammenhang zwischen den Abwerbungen und den eingetretenen Verlusten sei nicht erkennbar geworden.

BAG, 26.09.2012 - 10 AZR 370/10 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **VIII. Veröffentlichungen**

### **1. Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper**

**Eintragung in Architektenliste: Ansprechende Planungen eines Bauzeichners reichen nicht!**  
**IBR 2012, 657**

In der Zeitschrift IBR 2012, S. 657, hat unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper eine Besprechung zu einem Urteil des VG Arnsberg (Urteil vom 13.09.2012 - 7 K 1248/12) veröffentlicht.

Ein 53 Jahre alter Bauzeichner hatte die Eintragung in die Architektenliste der Architektenkammer begehrt. Nach erfolgreichem Abschluss seiner Ausbildung war er über 30 Jahre in einem Architekturbüro angestellt, wo er eigenständig größere Projekte bearbeitete. Zudem entwarf er nebenberuflich Wohnhäuser für Bauherren. Die Architektenkammer lehnte die Eintragung des Bauzeichners ab, da seine planerischen Leistungen keine besonderen Qualitäten erkennen ließen. Hiergegen wendete sich der Bauzeichner mit seiner Klage.

Die Klage hat keinen Erfolg! Das Verwaltungsgericht schließt sich der Argumentation des Bauzeichners nicht an, dass es für seine Eintragung in die Architektenliste genüge, wenn er trotz konkreter Vorgaben des Bauherrn zu Kosten und Funktion eine architektonisch ansprechende Leistung erbringen und eigenhändig architektonisch gefällige und

zweckmäßige Bauwerke vollständig durchplanen könne. Nach dem Gesetz habe der Bauzeichner vielmehr nachweisen müssen, dass er sich durch die Qualität seiner Leistungen auf dem Gebiet der Architektur besonders ausgezeichnet habe, was ihm aber auf Grund seines eigenen Vorbringens nicht gelungen sei.

Rechtsanwalt Dr. Klepper gibt in seiner Besprechung dazu den Hinweis, dass die Entscheidung die strenge Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte zur Eintragung von nicht akademisch ausgebildeten Planern in die Architektenliste bestätigt. Diese Rechtsprechung könne sich auf den allgemeinen Grundsatz stützen, dass Ausnahmevorschriften im Zweifel eng auszulegen seien. Ließe man auch durchschnittliche architektonische Leistungen für die Eintragung genügen, würde dies dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, der für die Aufnahme in die Architektenliste in erster Linie ein entsprechendes Hochschulstudium verlangt.

### **2. Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper**

**Kein Nachbarschutz für Pächter!**  
**IBR 2012, 671**

In der Zeitschrift IBR 2012, S. 671, hat unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper einen Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 09.07.2012 - 2 N 16.12, besprochen.

Der Pächter einer Kleingartenfläche wendete sich gegen einen Bauvorbescheid, der die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens auf einem Nachbargrundstück feststellte. Der Pächter führte aus, dass das Pachtrecht nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine vermögenswerte Rechtsposition darstelle, die nach dem erweiterten Eigentumsbegriff des Verfassungsrechts den Schutz des Art. 14 GG genieße (Urteil vom 01.09.1997 - 4 A 36.96, ibronline). Als seine Klage zum Verwaltungsgericht mangels Klagebefugnis abgewiesen wurde, beantragte er beim OVG die Zulassung seiner Berufung.

Das OVG lehnt den Antrag des Pächters jedoch ab. Der angefochtene Bauvorbescheid beruhe auf Vorschriften des Bauplanungsrechts. Es entspreche der ständigen Rechtsprechung, dass nur derjenige Nachbarschutz aus Bauplanungsrecht in Anspruch nehmen kann, dem das Grundstück gehört, in dessen Nachbarschaft das streitige Vorhaben ausgeführt werden soll. Mieter oder Pächter, die lediglich obligatorisch zur Nutzung eines Grundstücks berechtigt sind, könnten keinen planungsrechtlichen Nachbarschutz beanspruchen. Denn das Bauplanungsrecht regle die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke grundstücks- und nicht personenbezogen. Dem Eigentümer gleichzustellen sei nur, wer in eigentumsähnlicher Weise an einem Grundstück dinglich berechtigt sei, wie etwaige Inhaber eines Erbbaurechts oder Nießbraucher. Der Pächter könne sich auch nicht auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Planfeststellungsrecht berufen, wonach dem Pachtrecht als vermögenswerte Rechtsposition ein Eigentumsschutz aus Art. 14 GG zukommen könne.

Denn die Bejahung der Klagebefugnis für den Pächter bei der Planfeststellung beruhe auf der enteignungsrechtlichen Vorwirkung, die der Planfeststellungsbeschluss auch hinsichtlich des Pachtrechts am Grundstück selbst enthalte. Eine vergleichbare Wirkung komme einer Baugenehmigung oder einem Bauvorbescheid für ein Nachbarbauvorhaben nicht zu.

Rechtsanwalt Dr. Klepper gibt in seiner Besprechung dazu den Hinweis, dass das OVG einer Ausweitung des planungsrechtlichen Nachbarschutzes auf Mieter und Pächter mit überzeugender Begründung eine Absage erteilt habe. Anders als ein Planfeststellungsbeschluss sei eine Baugenehmigung oder ein Bauvorbescheid nicht in der Lage, in ein obligatorisches Nutzungsrecht an einem Grundstück einzugreifen. Bauherren müssten daher nicht damit rechnen, dass derartige Bescheide künftig mit einer unübersehbaren Zahl von "Nachbar"-Klagen angefochten werden können.

**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 Dezember 2012**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim  
Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Susanne Lösch, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg  
Druck: Druckerei Odenwälder, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen