

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2012 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Baubegleitende Rechtsberatung - Beratungsspektrum	2
2.	Verjährungsbeginn für Mangelbeseitigungskosten nicht vor Abnahme	2
3.	Minderung des Architektenhonorars wegen Nichtführung des Bautagebuchs	3
4.	Keine Quasi-Unterbrechung der Verjährung durch Mangelrüge per E-Mail	4
5.	Kündigung wegen Insolvenz des Auftragnehmers: § 8 Abs. 2 VOB/B mit InsO und §§ 307 f. BGB vereinbar?	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Vergaberecht	9
	Produktoffene Ausschreibungen	9
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	10
V.	Mietrecht	11
	Änderung des Bebauungsplans kein Grund zur Kündigung eines gewerblichen Mietvertrages	11
VI.	Leitsätze zum Mietrecht	12
VII.	Entscheidungen zum Gesellschaftsrecht	13
	Bundesgerichtshof wendet erstmals Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz auf GmbH-Geschäftsführer an	13
VIII.	Arbeitsrecht	15
1.	Bundesarbeitsgericht zum Grundsatz der Zeugnisklarheit	15
2.	Besonderer Kündigungsschutz bei Ersatzmitglied des Betriebsrats	15
3.	Urlaubsansprüche bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit	16

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. Baubegleitende Rechtsberatung - Beratungsspektrum

Regelmäßig stellen wir Leistungen vor, die die Anwälte der Kanzlei aufgrund ihrer hohen Spezialisierung erbringen. Im Zuge der projekt- oder baubegleitenden Rechtsberatung sind das z. B.

- Beratung in der Phase bis zur Auftragsvergabe an die Planer und Unternehmer
 - Beratung zur Projektkonzeption (Wer macht was und wie werden die Aufgaben vergeben an: Generalplaner, einzelne Fachplaner, Projektsteuerer, hausinterne Fachabteilungen?),
 - Beratung zu den Verträgen mit den Planern im weiteren Sinne,
 - Beratung zur Ausschreibung (Funktionale Leistungsbeschreibung; Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis; Pauschalpreisvertrag, Einheitspreisvertrag),
 - Prüfung der Ausschreibungsunterlagen auf juristisch relevante Elemente, „rechtssichere Leistungsbeschreibung“,
 - Konzeption von Verträgen bzw. Vertragsmustern, die auf das Projekt zugeschnitten sind; Erarbeitung von Verhandlungsprotokollen für technische, kaufmännische und juristische Fragen,
 - Beratung zu Sicherheiten für die Vertragsdurchführung, etc.

- Beratung während der Projektdurchführung
 - Baubegleitende Rechtsberatung während des Bauens,
 - Beratung zu allen Fragen, die während der Baudurchführung auftreten - Termine, Behinderungen, Qualität, Bedenken, Mitwirkung des Auftraggebers,
 - Nachträge,
 - Behinderungen,
 - frühzeitiges Erkennen von sich anbahnenden Konflikten und frühzeitige Lösung derselben; Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten.

- Beratung zur Abnahme und Abrechnung
 - Durchführung der Abnahme,
 - Mängelansprüche,

- Berechtigung von Nachträgen,
- Aufmaß und Abrechnung,
- ggf. Schadensersatz bei Verzug, etc.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Verjährungsbeginn für Mängelbeseitigungskosten nicht vor Abnahme

Der Verjährungsbeginn für einen vor Abnahme des Bauwerks bei einem VOB-Vertrag entstandenen Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten ist nicht vor der Abnahme des Bauwerks selbst.

BGH, Urteil vom 12.01.2012 - VII ZR 76/11

Die Beklagte beauftragte die Klägerin im Jahr 1999 mit der Lieferung von Wand- und Deckenelementen zur Errichtung einer Industriehalle. Es wurde die Geltung der VOB/B vereinbart. Die Klägerin klagte Restwerklohnansprüche ein. Die Beklagte machte Ersatzvornahmeansprüche für Mängelbeseitigungskosten geltend, die vor der Abnahme des Bauwerkes entstanden waren (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B). Die Klägerin erhob hiergegen den Einwand der Verjährung mit der Begründung, dass es sich hierbei um während der Bauausführung erkannte Mängel gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B handele, für die die 3-jährige Regelverjährung nach § 195 BGB gelte. Das OLG Hamburg als Vorinstanz hatte der Klägerin insoweit Recht gegeben.

Nicht so der Bundesgerichtshof. Der BGH hatte bis zu dieser Entscheidung noch nicht entschieden, ob der dem Auftraggeber wegen Mängeln der Bauleistung vor der Abnahme zustehende Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten vor der Abnahme selbst verjähren kann.

§ 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B umfasst grundsätzlich die Pflicht des Auftragnehmers, Mängelfolgeschäden zu ersetzen. Der Ersatz der Mängelbeseitigungskosten vor Abnahme setzt voraus, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer vor einer Fremdnachbesserung eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzt und die Auftragsentziehung nach fruchtlosem Ablauf der Frist androht. Nach fruchtlosem Fristablauf kann der

Auftraggeber dann gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B den Vertrag kündigen und Ersatzvornahmekosten gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B geltend machen.

Nunmehr stellte der Bundesgerichtshof klar, dass die Verjährung des dem Auftraggeber gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B zustehenden Anspruchs auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten in diesen Fällen grundsätzlich erst mit der Abnahme des Bauwerkes beginne. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof schon in der Vergangenheit bei BGB-Verträgen gemäß § 638 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung bejaht. Der Bundesgerichtshof sieht in der VOB/B keinen Hinweis darauf, dass der Verjährungsbeginn bei VOB-Verträgen anders geregelt sein sollte. Es sei nicht zu rechtfertigen und unverständlich, wenn gleichartige Ansprüche wegen Mängeln vor und nach der Abnahme unterschiedlichen Verjährungsregeln unterlägen.

Wie der Bundesgerichtshof die Rechtslage künftig nach der Schuldrechtsreform 2002 bei BGB-Verträgen beurteilt, ob also das spezielle Gewährleistungsrecht bei Werkverträgen auch vor der Abnahme anwendbar bleibt, ist noch nicht abschließend geklärt.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier

3. Minderung des Architektenhonorars wegen Nichtführung des Bautagebuchs

a) Vereinbaren die Parteien, dass für Inhalt und Umfang der werkvertraglichen Leistungspflichten des Architekten das Leistungsbild des § 15 Abs. 2 HOAI a. F. entsprechend gilt, hat der Architekt ein Bautagebuch zu führen.

b) Kommt der Architekt dieser Verpflichtung nicht nach, ist der Besteller grundsätzlich gemäß § 634 BGB a. F. zur Minderung des Architektenhonorars berechtigt.

BGH, Urteil vom 28.07.2011 - VII ZR 65/10

Der Architekt klagt gegen den Auftraggeber restliches Honorar für durchgeführte Bauvorhaben ein, bei denen er in Anlehnung an Leis-

tungsphase 8 mit der Objektüberwachung beauftragt war. Dagegen geht der Auftraggeber mit einer Minderung des Architektenhonorars wegen nicht geführter Bautagebücher vor.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs war der Architekt verpflichtet, ein Bautagebuch zu führen. Da das Führen eines Bautagebuchs zum Leistungsbild der Objektüberwachung gehört (Leistungsphase 8 des § 15 Abs. 2 HOAI a. F. = § 33 S. 2 Nr. 8 HOAI n. F.), ist das Werk des Architekten aus objektiver Sicht mangelhaft.

Überdies ist das Führen eines Bautagebuchs zur ordnungsgemäßen Erfüllung der vertragsgegenständlichen Leistungen erforderlich. Das Bautagebuch hat den Zweck, das Baugeschehen mit allen wesentlichen Einzelheiten zuverlässig und beweiskräftig festzuhalten. Diese Dokumentation kann insbesondere bei Störungen des Bauablaufs oder Auseinandersetzungen mit anderen Baubeteiligten von großer Bedeutung sein. Auf dieser Grundlage soll dem Auftraggeber ermöglicht werden, die tatsächlichen Vorgänge auf der Baustelle gerichtsfest zu dokumentieren. Ein diesbezüglicher expliziter Vortrag des Auftraggebers ist folglich entbehrlich.

Dem Auftraggeber ist es auch nicht zumutbar, dem Architekten eine nachträgliche Frist zur Anfertigung eines Bautagebuchs zu setzen, weil ein Bautagebuch nachträglich nicht mehr zuverlässig erstellt werden kann. Der Auftraggeber kann daher ohne Weiteres das Honorar mindern.

Allerdings kann die Minderung nicht schon damit begründet werden, dass der Architekt das Bautagebuch nicht dem Auftraggeber übergeben hat. Zur Erfüllung der Pflicht des Architekten, ein Bautagebuch zu führen, ist die Aushändigung an den Auftraggeber grundsätzlich nicht erforderlich. Der Architekt hat ein berechtigtes Interesse daran, dass das Bautagebuch bei ihm verbleibt, da es auch dazu dient, gegenüber dem Besteller eine ordnungsgemäße Bauüberwachung zu dokumentieren.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs schließt sich an die bisherige Rechtsprechung an, was der Architekt konkret schuldet. Schon im Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs vom 24.06.2004 (Az: VII ZR 259/02) hatte dieser

bestätigt, dass sich dies anhand der Leistungsphasen der HOAI orientiert. Weiterhin ist der Architekt zwar nicht zur Herausgabe des Bautagebuches verpflichtet, dies bedeutet aber im Umkehrschluss - wenn der Architekt das Original des Bautagebuchs bei sich behält - dass der Auftraggeber fordern kann, dass ihm beispielsweise Fotokopien ausgehändigt werden, damit er sich über die im Bautagebuch dokumentierten Fakten eine Übersicht verschaffen kann.

Rechtsanwältin Esther Czasch

4. Keine Quasi-Unterbrechung der Verjährung durch Mängelrüge per E-Mail

Eine Mängelrüge per E-Mail erfüllt nicht das Schriftformerfordernis des § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B, sofern nicht eine qualifizierte elektronische Signatur vorliegt. Mit einer E-Mail kann deshalb die Verjährungsfrist für Mängel nicht wirksam verlängert werden.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.04.2012 - 4 U 269/11

Ein Bauherr fordert den Bauunternehmer drei Monate vor Ablauf der Gewährleistungsfrist per E-Mail auf, Mängel zu beseitigen. Der Bauunternehmer weist nach Besichtigung der angeblichen Mängel das Mängelbeseitigungsverlangen zurück. Ein Jahr und neun Monate später reicht der Bauherr Klage auf Vorschuss der Mängelbeseitigungskosten ein. Der Bauunternehmer erhebt die Einrede der Verjährung. Das Landgericht Hanau weist die Klage daraufhin wegen Verjährungseintritts ab.

Auch das Oberlandesgericht Frankfurt sieht die Klageforderung als verjährt an und weist den Bauherrn im vorliegenden Beschluss darauf hin, dass seine Berufung keine Aussicht auf Erfolg haben wird. Gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B hat nur die schriftliche Mangelanzeige verjährungsverlängernde Wirkung. Das E-Mail genügt dem damit vertraglich vereinbarten Schriftformerfordernis nicht. Denn dafür ist gemäß §§ 127 Abs. 1, 126 Abs. 1 BGB erforderlich, dass die Mangelanzeige von dem Anzeigenden eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Diese

Formerfordernisse können zwar gemäß § 127 Abs. 3 BGB durch die in § 126a BGB geregelte elektronische Form ersetzt werden. Auch dieser Form genügt das E-Mail jedoch nicht, da dafür eine qualifizierte elektronische Signatur nötig ist.

Diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schriftformerfordernis. Zwar genügt zur Einhaltung einer vertraglich vereinbarten Schriftform, wie sie im Falle der Einbeziehung der VOB/B durch § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B gewählt ist, gemäß § 127 Abs. 2 BGB auch die „*telekommunikative Übermittlung*“, soweit nicht ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist. Eine solche liegt jedoch nach der formalen Betrachtung des Bundesgerichtshofs nur dann vor, wenn das Original des übermittelten Dokuments die Originalunterschrift trägt, wie das etwa beim unterschriebenen Telefax der Fall ist. Ein E-Mail als solches genügt diesen Anforderungen nicht.

Hätte der Bauherr aber ein Mängelrügeschreiben verfasst, dieses unterzeichnet, eingescannt und dann per E-Mail an den Bauunternehmer übersandt, hätte meines Erachtens eine „*telekommunikative Übermittlung*“ im Sinne des § 127 Abs. 2 BGB vorgelegen (vergleichbar mit der Übersendung eines Telefaxes) und es hätte gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B eine neue zweijährige Verjährungsfrist zu laufen begonnen. Diese Konstellation ist allerdings, soweit ersichtlich, noch nicht höchstichterlich entschieden. Wer also absolut sicher gehen will, sollte Erklärungen, für die vertraglich Schriftform vereinbart wurde, vorab per Telefax und als Einschreiben per Post übersenden - denn der Faxbericht ist nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als Zugangsnachweis geeignet. Abschließend bleibt noch darauf hinzuweisen, dass eine „*telekommunikative Übermittlung*“ zur Einhaltung gesetzlich vorgesehener Schriftformerfordernisse (etwa gem. § 550 BGB für den Mietvertrag) nicht ausreicht.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

5. Kündigung wegen Insolvenz des Auftragnehmers: § 8 Abs. 2 VOB/B mit InsO und §§ 307 f. BGB vereinbar?

a) Die Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 in Verbindung mit Nr. 2 S. 2 VOB/B, wonach der Auftraggeber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn er den Vertrag aufgrund der Insolvenz des Auftragnehmers gekündigt hat, hält der Inhaltskontrolle nach §§ 307 f. BGB stand.

b) § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B ist nicht gemäß § 134 BGB wegen Unvereinbarkeit mit den Vorschriften der Insolvenzordnung unwirksam.

OLG Schleswig, Urteil vom 09.12.2011 - 1 U 72/11

Nach dem Insolvenzantrag eines Auftragnehmers kündigt der Auftraggeber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Bauvertrag gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VOB/B außerordentlich. Zu entscheiden war, ob § 8 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VOB/B mit der Insolvenzordnung vereinbar ist und einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhält.

Das OLG Schleswig bejaht diese Frage. Die Vorschrift ist mit den Vorschriften der Insolvenzordnung vereinbar. Schon unter Geltung der Konkursordnung hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B mit § 17 KO vereinbar sei, weil dem Auftraggeber bis zur Fertigstellung des Werkes ohnehin ein gesetzliches freies Kündigungsrecht gemäß § 649 BGB zustehe. Der Vermögensverfall einer Partei eines auf längere Dauer angelegten Vertragsverhältnisses, in dessen Verlauf noch erhebliche Vermögensdispositionen zu treffen sind, ist regelmäßig ein wichtiger Grund, der dem anderen Vertragspartner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar macht. Stellt der Auftragnehmer selbst den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, belegt dies den bei ihm eingetretenen Vermögensverfall, auf den eine Kündigung aus wichtigem Grund gestützt werden kann.

Auch hält die Vorschrift einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 f. BGB stand. Ein Bauvertrag setzt in aller Regel ein Vertrauensverhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber

voraus. Zudem sei die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Auftragnehmers bei der Vergabe des Auftrags von wesentlicher Bedeutung. Ein Auftragnehmer hat nämlich für seine finanzielle Leistungsverpflichtung, eine die Hauptleistungspflicht ergänzende vertragliche Nebenleistungspflicht zum Erhalt der finanziellen Leistungsfähigkeit, einzutreten. Mit der Überschuldung oder dem Verlust der Zahlungsfähigkeit, die nach außen durch einen vom Auftragnehmer selbst gestellten Insolvenzantrag hervortrete, wird diese Verpflichtung verletzt. Durch den Vermögensverfall werde diese Vertrauensgrundlage erschüttert. Die damit entstandenen Unsicherheiten in Bezug auf die Fortführung des Vertragsverhältnisses gerade wegen der Gefährdung der Vermögensinteressen des Auftraggebers rechtfertigen den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber.

Das OLG Schleswig entschied in dem Fall nur die Frage, ob die Regelung, nach der der Auftragnehmer von sich aus einen Insolvenzantrag stellt, wirksam sei. Ob auch die Varianten 3 und 4 von § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B (ein Insolvenzverfahren ist eröffnet bzw. wird mangels Masse abgelehnt) einer Inhaltskontrolle Stand halten, hat das OLG Schleswig offen gelassen. Die hier in Frage stehende Klausel konnte in der 2. Variante insoweit sprachlich und inhaltlich von den anderen Alternativen getrennt geprüft werden.

Rechtsanwältin Esther Czasch

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Eine Klausel, welche die Abnahme des Gemeinschaftseigentums allein durch einen vom Bauherrn bestellten Sachverständigen vorsieht, ist AGB-widrig

a) Eine Regelung in einem vorformulierten Bauträgervertrag, wonach das Gemeinschaftseigentum durch einen von dem Bauträger zu benennenden Sachverständigen abgenommen wird und der Erwerber diesem Sachverständigen eine unwiderrufliche

Vollmacht, das Gemeinschaftseigentum abzunehmen, erteilt, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Erwerbers unwirksam.

- b) Auch die in einem vorformulierten Übergabeprotokoll abgegebene Erklärung des Erwerbers, wonach das Gemeinschaftseigentum mangelfrei sei und er den Vertragsgegenstand abnehme, führt nicht zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums, wenn - im Hinblick auf die Abnahme durch den von dem Bauträger benannten Sachverständigen - tatsächlich eine Prüfung durch den Erwerber, ob das Gemeinschaftseigentum im wesentlichen vertragsgemäß hergestellt wurde, nicht stattgefunden hat.

OLG Karlsruhe Urteil vom 27.09.2011 - 8 U 106/10

2. Aufrechnung auch mit nach Ablauf der Gewährleistungszeit gewählttem Schadensersatzanspruch möglich

Der Erwerber kann gegen den Werklohnanspruch des Bauträgers mit einem verjährten Schadensersatzanspruch aus dem gleichen Vertragsverhältnis aufrechnen, auch wenn er den Schadensersatzanspruch erst nach Ablauf der in § 634a BGB bestimmten Frist gewählt hat.

OLG München, Urteil vom 06.12.2011 - 9 U 424/11

3. Für die Beurteilung einer Mindestsatzunterschreitung ist das vereinbarte Honorar insgesamt zu berücksichtigen und keine isolierte Abrechnung einzelner Abrechnungseinheiten vorzunehmen

- a) Eine Mindestsatzunterschreitung liegt vor, wenn das für die vertraglichen Leistungen insgesamt vereinbarte Honorar unterhalb des nach den Mindestsätzen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ermittelten Honorars liegt. Eine isolierte Prüfung, ob einzelne in der Honorarordnung vorgesehene Abrechnungseinheiten unter-

halb der Mindestsätze honoriert werden, ist nicht zulässig.

- b) Ein Auftrag umfasst jedenfalls dann mehrere Gebäude im Sinne der § 22 Abs. 1, § 66 Abs. 1 HOAI a. F., wenn die Gebäude konstruktiv voneinander getrennt sind und nicht in einem funktionellen Zusammenhang stehen.

BGH, Urteil vom 09.02.2012 - VII ZR 31/11

4. Die Möglichkeit, mit Mangelbeseitigungskosten gegen die Werklohnforderung aufzurechnen, kann in AGB nicht ausgeschlossen werden

Bei vertraglichen Aufrechnungsverboten ist stets sorgfältig zu prüfen, ob sie den zur Entscheidung stehenden Fall erfassen, ob sie einschränkend nach Sinn und Zweck der jeweils getroffenen Regelung ausgelegt werden müssen oder, z. B. mit Rücksicht auf § 309 Nr. 3 BGB bzw. auf § 307 Abs. 1 BGB, wirksam vereinbart sind. Die mit einem Aufrechnungsverbot bezweckte Wirkung ist grundsätzlich dann nicht gerechtfertigt, wenn der Besteller gegenüber einer Werklohnforderung mit Ansprüchen aufrechnet, die dazu dienen, das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung herzustellen. Dazu gehört die Forderung auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten.

KG, Urteil vom 16.12.2011 - 7 U 18/11

5. Kein Anspruch auf Kostenerstattung, wenn die Ersatzvornahme vor Ablauf der Mangelbeseitigung durchgeführt wird.

- a) Bei der Nacherfüllung umfasst die Mängelbeseitigungspflicht eines Auftragnehmers alle Arbeiten, die erforderlich sind, um die Mängel zu beseitigen, auch dann, wenn dazu in die Gewerke anderer Unternehmer eingegriffen werden muss oder Arbeiten erforderlich sind, die vom Bauunternehmer selbst nicht erbracht werden können.
- b) Dem zur Mängelbeseitigung verpflichteten Unternehmer steht es grundsätzlich frei,

wie er die Arbeiten organisiert und durchführt. Ob etwas anderes dann gilt, wenn der Auftraggeber erkennen kann, dass die geplante Art der Mängelbeseitigung nicht zum Erfolg führen wird, bzw. dass überhaupt nur eine einzige Variante in Betracht kommt, kann im vorliegenden Fall dahinstehen.

- c) Verhindert der Auftraggeber noch während einer gesetzten Nacherfüllungsfrist durch teilweise Ersatzvornahme die vollständige Durchführung der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer, hat er insoweit keinen Anspruch auf Ersatz seiner Mängelbeseitigungskosten.

OLG Naumburg, Urteil vom 15.11.2011 - 1 U 51/11

6. Selbständiges Beweisverfahren über Mängelfreiheit hemmt Verjährung des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers

Die Verjährung des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers wird gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB gehemmt, wenn der Auftragnehmer zur Aufklärung von Werkmängeln ein selbständiges Beweisverfahren einleitet, um die Abnahmereife seiner Werkleistungen und die tatsächlichen Voraussetzungen für die Fälligkeit seines Vergütungsanspruchs nachweisen zu können.

BGH, Beschluss vom 09.02.2012 - VII ZR 135/11

7. Brandschutzplanung ist Bestandteil der Grundleistungen

- a) Zu den vom Preisrecht der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure erfassten Grundleistungen der konstruktiven Gebäudeplanung gehören auch Leistungen der Brandschutzplanung.
- b) Im Zusammenhang mit dieser Planung in Auftrag gegebene Besondere Leistungen des Brandschutzes sind nicht zu vergüten, wenn eine schriftliche Honorarvereinbarung nicht getroffen worden ist.

- c) Offen bleibt, ob und unter welchen Voraussetzungen im Allgemeinen eine Qualifizierung von Leistungen des Brandschutzes auch als isolierte Besondere Leistungen möglich ist.

BGH, Urteil vom 26.02.2012 - VII ZR 128/11

8. Arglistiges Verschweigen eines Gründungsmangels bei unterbliebener, gebotener Bodenuntersuchung

Ein Bauunternehmer verschweigt einen Gründungsmangel arglistig, wenn er in Kenntnis seiner dahingehenden vertraglichen Verpflichtung die zur Vermeidung einer fehlerhaften Gründung gebotene Bodenuntersuchung nicht vorgenommen hat und er den Besteller bei der Abnahme des Hauses darauf und auf die damit verbundenen Risiken nicht hinweist.

BGH, Urteil vom 08.03.2012 - VII ZR 116/10

9. Zur Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung bei Beauftragung von Leistungen mehrerer Anlagengruppen der Technischen Ausrüstung

- a) Umfasst ein Planungsauftrag Leistungen der Technischen Ausrüstung in mehreren Anlagengruppen nach § 68 HOAI, muss die Abrechnung solcher Leistungen gemäß § 69 Abs. 1 HOAI getrennt nach Anlagengruppen und den jeweiligen anrechenbaren Kosten der Anlagengruppen und der Honorartafel zu § 74 Abs. 1 HOAI erfolgen. Der Tafelhöchstwert ist überschritten, wenn die anrechenbaren Kosten einer Anlagengruppe diesen Betrag übersteigen. Nur soweit das der Fall ist, dürfen die Parteien das Honorar gemäß § 74 Abs. 2, § 16 Abs. 3 HOAI frei vereinbaren.
- b) Eine gemäß § 4 Abs. 1 HOAI schriftlich bei Auftragserteilung getroffene Honorarvereinbarung ist wirksam, wenn die danach zu zahlende Pauschalvergütung das Honorar nicht unterschreitet, das dem Auftragnehmer nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure unter Berücksichtigung der dort festgelegten Mindestsätze zusteht. Sie ist auch nicht deshalb unwirksam, weil

der für gemäß § 74 Abs. 2, § 16 Abs. 3 HOAI nicht preisgebundene Leistungen verbleibende Honoraranteil unter dem für den Tafelhöchstwert des § 74 Abs. 1 HOAI geltenden Honorarmindestsatz liegt.

BGH, Urteil vom 08.03.2012 - VII ZR 195/09

10. Entgeltliche Beauftragung eines Unternehmers zur Beseitigung von Mängeln des Unternehmers kann Vergütungspflicht auslösen

Hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer entgeltlich die Reparatur solcher Leistungen in Auftrag gegeben, die dieser bereits erbracht hat und die von einem Drittunternehmen vor der Abnahme beschädigt worden sind, entfällt die Vergütungspflicht für diesen Auftrag nicht bereits deshalb, weil der Auftragnehmer möglicherweise noch die Vergütungsgefahr trug. Es muss vielmehr im Wege der Vertragsauslegung ermittelt werden, ob der Auftraggeber bereit war, trotz dieses Umstandes und unter Berücksichtigung aller sonstigen dem Reparaturauftrag zugrunde liegenden Umstände, eine Vergütungspflicht zu begründen (Fortführung von BGH, Urteil vom 26.04.2005 - X ZR 166/04, BauR 2005, 1317 = NZBau 2005, 453).

BGH, Urteil vom 08.03.2012 - VII ZR 177/11

11. Höhe des Mehrkostenanspruchs bei verzögerter Vergabe

a) Ein Mehrvergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B kann dem der Verlängerung der Bindefrist zustimmenden Auftragnehmer wegen einer verzögerten Vergabe grundsätzlich nur erwachsen, wenn diese eine Änderung der Leistungspflichten zur Folge hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 11.05.2009 - VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47).

b) Maßgeblich für die in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B zu ermittelnde Höhe des Mehrvergütungsanspruchs, der auf einer durch eine verzögerte Vergabe verursachten Bauzeitverschiebung beruht, sind grundsätzlich nur diejeni-

gen Mehrkosten, die ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind (Bestätigung von BGH, Urteil vom 10.09.2009 - VII ZR 152/08, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771 = ZfBR 2010, 89).

c) Bei Anwendung dieser Grundsätze kann einem Auftragnehmer ein Mehrvergütungsanspruch in Höhe des Betrages zustehen, der sich aus der Differenz zwischen den tatsächlich durch die Beauftragung eines Nachunternehmers entstandenen Kosten und denjenigen Kosten ergibt, die für ihn bei Einhaltung der ursprünglichen Bauzeit durch die Annahme des bindenden Angebots eines günstigeren Nachunternehmers entstanden wären.

BGH, Urteil vom 08.03.2012 - VII ZR 202/09

12. Eigenaufwand einer Prozesspartei zur Aufarbeitung des Prozessstoffs ist nicht erstattungsfähig

Kosten, die einer Prozesspartei für die Aufarbeitung des Prozessstoffs, für die Sammlung und Sichtung von Beweismaterial bzw. für die Mitwirkung an der gerichtlichen Beweisaufnahme entstehen, sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Es widerspräche diesem kostenrechtlichen Grundsatz, wenn eine Prozesspartei ursprünglich nicht erstattungsfähige Aufwendungen dadurch auf den Prozessgegner abwälzen könnte, dass sie sich ihrer eigenen Sachkunde entledigt, z. B. durch die Beendigung des dauerhaften Anstellungsverhältnisses eines Fachmanns oder durch betriebliche Umstrukturierungen, bzw. den Anspruch an einen Dritten, selbst nicht Fachkundigen, abtritt.

OLG Naumburg, Beschluss vom 28.12.2011 - 2 W 75/11

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Produktoffene Ausschreibungen

In Ausschreibungen werden von den Bietern regelmäßig Angaben zu Produkten bzw. Fabrikaten mit dem Angebot verlangt (Eintragszeile bei LV-Positionen oder Fabrikatsliste). Nennt der Bieter ein Produkt, das die in der Leistungsbeschreibung geforderten Eigenschaften nicht erfüllt, stellt dies eine Änderung der Vergabeunterlagen dar. Das Angebot ist gemäß §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) in Verbindung mit 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A zwingend von der weiteren Wertung auszuschließen. Regelmäßig entsteht Streit, was überhaupt gefordert ist (Soll) und ob das angebotene Produkt die Anforderungen einhält (Ist).

Um das Risiko eines solchen Ausschlusses oder auch der Streitigkeiten zu vermeiden, können sich öffentliche Auftraggeber für eine sogenannte „produktoffene Ausschreibung“ entscheiden. Auftraggeber sind nämlich nach der VOB/A nicht verpflichtet, überhaupt Produktangaben von den Bietern zu fordern, sondern können sich darauf beschränken, nur die Eigenschaften des Produkts zu definieren. Fordert der Auftraggeber keine Fabrikatsangabe, müssen auch Bieter insoweit keine Angaben machen. Sie bieten Leistungen mittlerer Art und Güte an, die über die vom Auftraggeber verlangten Eigenschaften verfügen (VK Bund, Beschluss vom 25.11.2011, VK 1 - 138 / 11 - „produktoffene Ausschreibung“).

Die Auswahl und Verwendung vertragskonformer Produkte ist vertragliche Verpflichtung und Verantwortung des späteren Auftragnehmers in der Ausführungsphase (VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15.05.2006, VK - SH 10 / 06), spielt also für das Vergabeverfahren grundsätzlich keine Rolle. Im Stadium der Vergabe besteht für den Bieter „lediglich“ die Schwierigkeit, einen auskömmlichen Preis zu kalkulieren.

Welches Fabrikat der Kalkulation zugrunde liegt, ist regelmäßig Thema der Angebotsaufklärung gemäß § 15 Abs. 1 VOB/A. Ergeben sich bei der Aufklärung unterschiedliche Auffassungen zu den Anforderungen an die Pro-

dukte, stellt sich die Frage, welche Risiken für beide Seiten bestehen.

Nach der VK Bund (Beschluss vom 25.11.2011, VK 1 - 138 / 11) besteht für den Bieter **in der Regel kein Risiko**, durch die ergänzenden Erklärungen sein Angebot abzuändern und einen zwingenden Ausschlussgrund wegen **Änderung der Vergabeunterlagen** herbeizuführen. Nachverhandlungen sind gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A unstatthaft. Maßgeblich bleibt also immer der Inhalt des Angebots bei Ablauf der Abgabefrist. Auch nach einem Aufklärungsgespräch oder auch nach der Übergabe von Konzeptionszeichnungen oder sonstiger Daten oder Unterlagen bezüglich der vom Bieter geplanten Auftragsdurchführung bleibt es daher weiterhin bei der Verpflichtung des Bieters, das im abgegebenen Angebot Zugesagte zu leisten, also den ausgeschriebenen Vertrag ausschreibungskonform zu erfüllen. Anderslautende Äußerungen des Bieters wären rechtlich irrelevant (VK Bund, Beschluss vom 25.11.2011, VK 1 - 138 / 11). Diese Ausführungen der VK Bund gelten zumindest für Zweifelsfälle. Es ist hingegen nicht ausgeschlossen, dass Bieter und Vergabestelle sich über § 15 Abs. 3 VOB/A hinwegsetzen und explizit weitere vertragliche Festlegungen treffen. § 15 Abs. 3 VOB/A ist kein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB mit der Folge, dass diese ergänzende Vereinbarung nichtig wäre.

Das bedeutet hingegen nicht, dass Fehleinschätzungen der Bieter hinsichtlich der später zu erfüllende Leistung vollkommen gefahrlos sind. Äußerungen eines Bieters im Aufklärungsgespräch dazu, dass er nicht ausschreibungskonform leisten wird, können sich auf die Beurteilung seiner **Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit** auswirken: Ein Bieter, der zum Ausdruck bringt, anders als ursprünglich angeboten sich nicht ausschreibungskonform zu verhalten und nicht bereit zu sein, eine Leistung zu erbringen, die den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entspricht, kann als ungeeignet ausgeschlossen werden (OLG München, Beschluss vom 15.11.2007 - Verg 10/07; VK Bund, a. a. O.).

Rechtsanwalt Dr. Tobias Müller-Mitschke

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Ausschluss bei unklarer Typenangabe

- a) Fordert der Auftraggeber in einem vom Bieter auszufüllenden Leistungsverzeichnis nicht nur die Angabe des Herstellers, sondern auch eine Bezeichnung von Typ/Fabrikat des anzubietenden Produktes, hat der Bieter so präzise Angaben zu machen, dass das Produkt für die Vergabestelle identifizierbar ist.
- b) Muss die Angabe einer Typenbezeichnung im Leistungsverzeichnis vom Empfängerhorizont dahingehend verstanden werden, dass der Bieter das vom Hersteller unter dieser Bezeichnung standardmäßig angebotene Produkt anbietet, und ist hiermit die Produktbeschreibung im Leistungsverzeichnis nicht in Einklang zu bringen, sind die Bieterangaben unklar. Dies muss im Ergebnis so behandelt werden, als sei überhaupt keine Eintragung im Leistungsverzeichnis vorgenommen worden.
- c) Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, die Unklarheit im Angebot des Bieters aufzuklären, wenn sie Zweifel in Bezug auf das Angebot nicht verursacht hat.

OLG Brandenburg, Urteil vom 06.09.2011 - 6 U 2/11

2. Ein Baukonzessionär ist öffentlicher Auftraggeber

- a) Ein Baukonzessionär, der für das ihm übertragene Bauvorhaben an Dritte isolierte Planungsaufträge vergibt, ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 6 GWB.
- b) Bei der Vergabe solcher Planungsleistungen hat der Baukonzessionär die allgemeinen und grundlegenden Regeln des Vergaberechts zu beachten.

OLG München, Beschluss vom 05.04.2012 - Verg 3/12

3. Weitere Entscheidung des BGH zur Kostentragung im Nachprüfungsverfahren

- a) Die Regelungen in § 128 Abs. 3 S. 4 und 5 GWB in der durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (BGBl. I 2009 S. 779) erhaltenen Fassung sind dahin auszulegen, dass Gebühr und Auslagen der Vergabekammer bei anderweitiger Erledigung des Nachprüfungsverfahrens auch einem anderen Beteiligten als dem Antragsteller auferlegt werden können, wenn dies der Billigkeit entspricht, dass in Fällen der Antragsrücknahme oder anderweitigen Erledigung des Nachprüfungsverfahrens aber stets nur die Hälfte der Gebühr zu entrichten ist.
- b) Wird das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer übereinstimmend für erledigt erklärt, kann eine Erstattung notwendiger Aufwendungen von Beteiligten weiterhin nicht angeordnet werden.

BGH, Beschluss vom 25.01.2012 - X ZB 3/11

4. Kein Ausschluss wegen nicht abgegebener Erklärungen aufgrund Formblatt 211 des Vergabehandbuchs VHB 2008

- a) Mit der Ausschlussanktion für Angebote, welche geforderte Erklärungen nicht enthalten, korrespondiert die Verpflichtung der Auftraggeber, die Vergabeunterlagen so eindeutig zu formulieren, dass die Bieter diesen Unterlagen deutlich und sicher entnehmen können, welche Erklärungen von ihnen wann abzugeben sind. Genügen die Vergabeunterlagen dem nicht, darf der Auftraggeber ein Angebot nicht ohne Weiteres wegen Fehlens einer entsprechenden Erklärung aus der Wertung nehmen.
- b) Will ein Bieter im Schadensersatzprozess geltend machen, die Verpflichtung, seine vorgesehenen Nachunternehmer schon zum Ende der Angebotsfrist namhaft zu machen oder gar die sie betreffenden Eignungsnachweise bis dahin beizubringen, sei unzumutbar gewesen und habe deshalb unbeachtet bleiben können, muss er die

tatsächlichen Umstände darlegen, aus denen sich die Unzumutbarkeit ergeben soll.

BGH, Urteil vom 03.04.2012 - X ZR 130/10

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Mietrecht

Änderung des Bebauungsplans kein Grund zur Kündigung eines gewerblichen Mietvertrages

a) Bei der Gewerberaummiete befinden sich die gewerblich genutzten Räume nur dann in einem zu dem vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand, wenn der Aufnahme des vertraglich vorgesehenen Gewerbebetriebs in den Mieträumen keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen.

b) Der Mieter ist durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch tatsächlich nur eingeschränkt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts bereits untersagt hat oder ein behördliches Einschreiten ernstlich zu erwarten ist.

c) Ein behördliches Einschreiten ist noch nicht ernstlich zu erwarten, wenn der Mieter aufgrund einer bestehenden Nutzungsgenehmigung für das Mietobjekt Bestandschutz in Anspruch nehmen kann.

d) Ein behördliches Einschreiten droht nicht schon, wenn die Behörde Auskünfte zu Fragen der Bau- oder Nutzungsgenehmigung nur mündlich erteilt hat.

e) Die Schriftform eines langfristigen Mietvertrages mit einer Aktiengesellschaft ist nur dann nicht gewahrt, wenn nach dem Rubrum des Mietvertrags Zweifel daran entstehen können, ob das unterzeichnende Vorstandsmitglied auch für ein anderes Vorstandsmitglied handelte oder der Eindruck entsteht, dass die Urkunde unvollständig ist und es zur Wirksamkeit des Ver-

trages noch einer weiteren Unterschrift bedarf.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.01.2012 - I-24 U 152/11

Das beklagte Unternehmen hatte 1994 von der Klägerin Räume zum Betrieb eines Schuhmarktes angemietet. Vor Abschluss des Mietvertrages hatte die zuständige Baubehörde die Nutzung des Mietobjektes als Getränke-, Lebensmittel-, Textil- und Schuhmarkt genehmigt. 1997 änderte die Gemeinde den Bebauungsplan in der Weise, dass künftig der Einzelhandel mit innenstadtrelevanten Sortimenten (also auch mit Schuhen) ausgeschlossen sein sollte. 2007 stellte die Mieterin vor Ablauf der regulären Vertragslaufzeit ihren Verkaufsbetrieb ein und eröffnete in räumlicher Nähe zum bisherigen Ladenlokal eine neue Filiale. Den Mietvertrag kündigte sie ein Jahr später fristlos. Zur Begründung verwies sie auf eine mündliche Auskunft des Bauamtes, wonach eine Wiederaufnahme des Schuhverkaufs in dem Mietobjekt oder eine Untervermietung mit diesem Nutzungszweck wegen der zwischenzeitlichen Änderung des Bebauungsplanes unzulässig sei. Gegen die Kündigung wehrte sich die Vermieterin im Wege der Klage.

Die Klage hatte Erfolg. Das Oberlandesgericht erklärte die fristlose Kündigung für unwirksam. Die Rüge der Beklagten, durch die Änderung der planungsrechtlichen Situation sei ihr der Gebrauch der Mietsache entzogen worden, greife nicht durch. Denn ungeachtet der Änderung des Bebauungsplanes genieße die ursprünglich genehmigte Nutzung Bestandschutz. Dieser sei auch nicht durch die zwischenzeitliche Betriebseinstellung entfallen, da sich die Beklagte innerhalb des hierfür maßgeblichen Zeitraums von bis zu zwei Jahren Nutzungsunterbrechung um eine erneute Untervermietung bemüht habe. Nach der Verkehrsauffassung sei daher mit einer alsbaldigen Wiederaufnahme der genehmigten Nutzung zu rechnen gewesen. Die fristlose Kündigung könne die Beklagte auch nicht damit rechtfertigen, dass ein behördliches Einschreiten gegen eine erneute Nutzung als Schuhmarkt ernstlich zu erwarten gewesen sei. Denn auf mündliche Auskünfte der zuständigen Behörde allein lasse sich die ernstliche Erwartung eines behördlichen Einschreitens - welches als

Mietmangel im Sinne der §§ 536, 543 BGB gilt - nicht gründen. Einen schriftlichen Genehmigungsantrag für eine konkrete Nutzung des Mietobjektes habe die Beklagte nicht eingereicht und sich auch nicht um die Herbeiführung eines förmlichen Bescheides der Baubehörde bemüht. Zuletzt verneinte das Oberlandesgericht auch, dass die Beklagte aufgrund eines Schriftformverstößes gemäß § 550 BGB zur vorzeitigen Kündigung des Mietvertrages berechtigt gewesen sei.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts setzt sich in mustergültiger Weise mit verschiedenen Aspekten des Zusammenspiels zwischen der öffentlich-rechtlichen Nutzungsgenehmigung (als Teil der Baugenehmigung) und dem vertraglich vereinbarten Mietzweck auseinander. Sie macht deutlich, dass bloße Zweifel an der öffentlich-rechtlichen Genehmigungsfähigkeit des vertraglichen Mietgebrauches nicht zur Begründung von Mangelrechten des Mieters führen, und zwar auch dann nicht, wenn sich diese Zweifel auf zwischenzeitliche Änderungen des Planungsrechtes oder auf mündliche Auskünfte der zuständigen Behörden stützen. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

VI. Leitsätze zum Mietrecht

1. Eine Erläuterung der Betriebskostenabrechnung kann auch außerhalb der Abrechnung erfolgen

Bedarf eine Betriebskostenabrechnung einer Erläuterung, damit sie nachvollzogen werden kann und somit den an sie zu stellenden Mindestanforderungen genügt, sind auch Erläuterungen zu berücksichtigen, die der Vermieter dem Mieter außerhalb der Abrechnung - vor Ablauf der Abrechnungsfrist - erteilt hat, zum Beispiel im Mietvertrag, in einer vorausgegangenen Abrechnung oder auf Nachfrage des Mieters.

BGH, Urteil vom 11.08.2010 - VIII ZR 45/10

2. Kündigungsausschlüsse in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Ein formularmäßiger Kündigungsausschluss ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam, wenn er einen Zeitraum von vier Jahren - gerechnet vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Mieter den Vertrag erstmals beenden kann - überschreitet.

BGH, Urteil vom 08.12.2010 - VIII ZR 86/10

3. Gesetzliches Rauchverbot begründet keinen Mangel einer verpachteten Gaststätte

- a) Das Rauchverbot in § 7 Abs. 1 Nichtraucherchutzgesetz Rheinland-Pfalz stellt keinen Mangel einer verpachteten Gaststätte dar.
- b) Der Verpächter ist nicht verpflichtet, auf Verlangen des Pächters durch bauliche Maßnahmen die Voraussetzungen zu schaffen, dass dieser einen gesetzlich vorgesehenen Raucherbereich einrichten kann.

BGH, Urteil vom 13.07.2011 - XII ZR 189/09

4. Berufung auf Schriftformmangel kann treuwidrig sein

- a) Auf einen etwaigen Mangel der Schriftform kann sich die Partei des Gewerberaummietvertrags, die aus der Änderungsvereinbarung einen rechtlichen und tatsächlichen Vorteil hat, nicht berufen, um sich aus einem ihr inzwischen lästig gewordenen Mietvertrag zu lösen.
- b) Vorgerichtlich aufgewendete Anwaltskosten zur Kündigungsabwehr sind dem Vertragspartner nicht zu erstatten, wenn der Kündigende die Plausibilität seines Rechtsstandpunkts in dem Mietverhältnis geprüft hat.

OLG Bamberg, Urteil vom 02.03.2011 - 3 U 182/10

5. Zum notwendigen Inhalt einer Modernisierungsankündigung

- a) Der Klageantrag auf Duldung der Modernisierung einer Mietwohnung ist hinreichend bestimmt, wenn der erstrebte Duldungserfolg sowie der Umfang der zu duldenden Arbeiten in seinen wesentlichen Umrissen und Schritten im Antrag umschrieben werden.
- b) Ist eine Mietwohnung von einer Bruchteilsgemeinschaft vermietet, kann die von der Bruchteilsgemeinschaft beanspruchte Duldung einer Wohnungsmodernisierung gemäß § 432 Abs. 1 S. 1 BGB auch von einzelnen ihrer Mitglieder aus eigenem Recht klageweise durchgesetzt werden.
- c) Eine nach § 554 Abs. 3 S. 1 BGB erforderliche Modernisierungsankündigung muss nicht jede Einzelheit der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme beschreiben und nicht jede mögliche Auswirkung mitteilen. Sie muss lediglich so konkret gefasst sein, dass sie den Informationsbedürfnissen des Mieters Rechnung trägt, das Ziel der beabsichtigten Modernisierung und die zu dessen Erreichung geplanten Maßnahmen zu erfahren, um ihm darüber eine zureichende Kenntnis zu vermitteln, in welcher Weise die Wohnung durch die geplanten Maßnahmen verändert wird und wie sich diese Maßnahmen künftig auf den Mietgebrauch einschließlich etwaiger Verwendungen des Mieters sowie die zu zahlende Miete auswirken.

BGH, Urteil vom 28.09.2011 - VIII ZR 242/10

6. Duldungspflicht des Mieters für den Einbau funkbasierter Ablesegeräte

Der Mieter hat nach § 4 Abs. 2 HeizkostenVO den Austausch funktionstüchtiger Erfassungsgeräte für Heizwärme und Warmwasser gegen ein zur Funkablesung geeignetes System zu dulden. Für die Ersetzung der bisherigen Erfassungsgeräte für Kaltwasser durch ein funkbasiertes Ablesesystem kann sich eine Duldungspflicht aus § 554 Abs. 2 BGB ergeben.

BGH, Urteil vom 28.09.2011 - VIII ZR 326/10

7. Kein Sicherheitszuschlag bei der Anpassung von Betriebskostenvorauszahlungen

Die letzte Betriebskostenabrechnung ist Grundlage für eine Anpassung der Vorauszahlungen, hindert aber nicht die Berücksichtigung anderer - bereits eingetretener oder noch eintretender - Umstände, von denen die im laufenden Jahr entstehenden Kosten voraussichtlich beeinflusst werden. Es ist jedoch kein Raum für einen „abstrakten“ Sicherheitszuschlag in Höhe von 10 % auf die zuletzt abgerechneten Betriebskosten.

BGH, Urteil vom 28.09.2011 - VIII ZR 294/10

8. Kosten des „Center-Managements“ müssen in AGB eindeutig beschrieben sein

Die formularmäßig vereinbarte Klausel eines Gewerberaummietvertrages, die dem Mieter eines in einem Einkaufszentrum belegenen Ladenlokals als Nebenkosten des Einkaufszentrums zusätzlich zu den Kosten der „Verwaltung“ nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des „Center-Managements“ gesondert auferlegt, ist intransparent und daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 03.08.2011 - XII ZR 205/09

Rechtsanwalt Dr. Michael Giebel
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

VII. Entscheidungen zum Gesellschaftsrecht

Bundesgerichtshof wendet erstmals Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz auf GmbH-Geschäftsführer an

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass ein auf eine bestimmte Dauer bestellter Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der nach Ablauf seines Vertrages nicht als Geschäftsführer weiterbeschäftigt wird, in den Schutzbereich des

Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) fällt.

Der Kläger war bis zum Ablauf seiner Amtszeit am 31.08.2009 der medizinische Geschäftsführer der beklagten Kliniken der Stadt Köln, einer GmbH. Die Anteile an dieser Gesellschaft werden von der Stadt Köln gehalten. Der Aufsichtsrat der Gesellschaft hat über den Abschluss, die Aufhebung und die Änderung des Dienstvertrags der Geschäftsführer zu entscheiden. In dem mit einer Laufzeit von fünf Jahren abgeschlossenen Dienstvertrag des Klägers war vereinbart, dass die Vertragsparteien spätestens 12 Monate vor Vertragsablauf mitteilen, ob sie zu einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses bereit waren. Der Aufsichtsrat der Beklagten beschloss im Oktober 2008, das Anstellungsverhältnis mit dem im Zeitpunkt der (regulären) Vertragsbeendigung 62 Jahre alten Kläger nicht über den 31.08.2009 hinaus fortzusetzen. Die Stelle des medizinischen Geschäftsführers wurde vielmehr mit einem 41-jährigen Mitbewerber besetzt.

Der Kläger ist der Auffassung, dass ihm der Neuabschluss seines Dienstvertrags sowie die weitere Bestellung als Geschäftsführer nur aus Altersgründen versagt worden seien und dass diese Entscheidung gegen das Altersdiskriminierungsverbot des am 18.08.2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes verstoße. Er hat mit dieser Begründung Ersatz seines materiellen und immateriellen Schadens verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr im Wesentlichen stattgegeben, statt des beantragten Ersatzes des immateriellen Schadens in Höhe von 110.000 Euro jedoch nur 36.600 Euro zugesprochen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt.

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Berufungsgerichts, der Kläger sei in unzulässiger Weise wegen seines Alters benachteiligt worden, bestätigt.

Nach § 6 Abs. 3 AGG findet das Gesetz Anwendung auf Geschäftsführer einer GmbH, soweit es um den Zugang zu dem Geschäftsführeramt und um den beruflichen Aufstieg

geht. In dem Beschluss, den Kläger nach dem Auslaufen seiner Bestellung nicht weiter als Geschäftsführer zu beschäftigen, hat der Senat eine Entscheidung über den Zugang zu dem Amt gesehen.

Weiter hat er die Beweislastregel des § 22 AGG angewendet. Danach muss der Bewerber nur Indizien beweisen, aus denen sich eine Diskriminierung ergibt. Das Unternehmen hat dann zu beweisen, dass der Bewerber nicht wegen seines Alters oder aus anderen unzulässigen Gründen benachteiligt worden ist. Hier hatte der Aufsichtsratsvorsitzende gegenüber der Presse erklärt, dass der Kläger wegen seines Alters nicht weiterbeschäftigt worden sei. Man habe wegen des „Umbruchs auf dem Gesundheitsmarkt“ einen Bewerber gewählt, der das Unternehmen „langfristig in den Wind stellen“ könne. Das hat der Senat als ausreichend für die Beweislastumkehr nach § 22 AGG angesehen. Die Beklagte hat den damit ihr obliegenden Gegenbeweis nicht geführt.

Der Senat hat weiter ausgeführt, dass die Diskriminierung des Klägers wegen seines Alters nicht aus den im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vorgesehenen Gründen gerechtfertigt war.

Damit hat der Kläger Anspruch auf Ersatz seines Vermögensschadens und auf Entschädigung wegen seines immateriellen Schadens. Aufgrund von Fehlern bei der Feststellung dieses Schadens hat der Senat das angefochtene Urteil teilweise aufgehoben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

BGH, Urteil vom 23.04.2012 - II ZR 163/10 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VIII. Arbeitsrecht

1. Bundesarbeitsgericht zum Grundsatz der Zeugnisklarheit

Die Zeugnisformulierung „kennengelernt“ stellt keinen Geheimcode mit dem Inhalt dar, dass die im Zusammenhang hiermit angeführten Eigenschaften tatsächlich nicht gegeben sind.

BAG, Urteil vom 15.11.2011 - 9 AZR 386/10

Das Bundesarbeitsgericht hatte einen alltäglichen Fall zu entscheiden. Im Zeugnis eines Arbeitnehmers wurde ausgeführt, dass man diesen als „sehr interessierten und hoch motivierten Mitarbeiter kennengelernt“ habe.

Der Kläger meinte, dass die Formulierung „kennengelernt“ zum Ausdruck bringe, dass gerade das Gegenteil vorläge und es sich hierbei somit um einen unzulässigen Geheimcode handele.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Das Bundesarbeitsgericht bestätigte dies und setzte sich intensiv mit § 109 GewO auseinander. Arbeitszeugnisse haben das Gebot der Zeugniswahrheit und Zeugnisklarheit zu beachten. Formulierungen und Ausdrucksweisen unterliegen jedoch einem gewissen Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers. Maßgeblich ist die Sicht eines objektiven (Dritt-)Arbeitgebers mit Berufs- und Branchenkenntnissen. So lange das Zeugnis allgemeinverständlich ist und nichts Falsches enthält, kann ein Arbeitnehmer keine abweichende Formulierung verlangen.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Besonderer Kündigungsschutz bei Ersatzmitglied des Betriebsrats

Nimmt ein Betriebsratsmitglied Erholungsurlaub, führt dies zur Suspendierung der Amtspflichten. Während der Zeitdauer der Verhinderung rückt dann ein Ersatzmitglied automatisch mit Beginn des 1. Urlaubsta-

ges nach und genießt vollen Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG.

BAG, Urteil vom 08.09.2011 - 2 AZR 388/10

Der Arbeitgeber hörte am 14. April eines Jahres den Betriebsrat zur außerordentlichen Kündigung des Klägers an. Am selben Tage war einem Betriebsratsmitglied Erholungsurlaub am Folgetag (15. April) bewilligt worden. Am 15. April stellte der Arbeitgeber dem Kläger, der erstes Ersatzmitglied des Betriebsrats war, die Kündigung während der Arbeitszeit zu. Hiergegen klagte der Kläger mit der Begründung, die Kündigung sei gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG (Besonderer Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder) unwirksam.

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Kläger Recht. Der Arbeitgeber hätte die Zustimmung des Betriebsrates nach § 103 BetrVG einholen müssen.

Der Kläger sei als Ersatzmitglied automatisch am 15. April in den Betriebsrat nachgerückt. Da ein Betriebsratsmitglied an diesem Tage Erholungsurlaub hatte, seien die Amtspflichten dieses Betriebsratsmitglieds suspendiert gewesen, womit das Ersatzmitglied in den Betriebsrat nachrückte. Damit sei der Kläger am Morgen des 15. April automatisch für diesen Tag Mitglied des Betriebsrats geworden, ohne dass es darauf angekommen wäre, ob tatsächlich Betriebsrats Tätigkeiten angefallen seien. Auch käme es nicht darauf an, ob der Kläger selbst davon Kenntnis hatte, dass er Betriebsratsmitglied ist. Somit könne sich der Kläger auch auf den besonderen Kündigungsschutz als Betriebsratsmitglied nach § 15 KSchG berufen.

Nicht geklärt ist mit dieser Entscheidung die Frage, ob bei einer nur eintägigen Urlaubsabwesenheit eines Betriebsratsmitglieds oder anderweitigen kurzzeitigen Abwesenheit die Rechtslage ähnlich zu beurteilen ist. Arbeitgeber sollten jedoch künftig grundsätzlich in ähnlich gelagerten Fällen auf Nummer sicher gehen und vor Ausspruch der Kündigung darauf achten, dass keine Nachrücksituation im Betriebsrat infolge Abwesenheit einzelner Betriebsratsmitglieder entsteht. Darüber hinaus sollte die Anhörung so rechtzeitig erfolgen,

dass ein zeitlicher Spielraum für den Anspruch der Kündigung verbleibt.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Urlaubsansprüche bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit

Ist ein Arbeitnehmer durchgehend arbeitsunfähig erkrankt, gehen dessen Urlaubsansprüche spätestens 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres unter.

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom
21.12.2011 - 10 Sa 19/11

Der Kläger war von Oktober 2006 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses im November 2010 arbeitsunfähig erkrankt. Gegenüber seinem Arbeitgeber machte der Kläger Ansprüche auf Urlaubsabgeltung für die Jahre 2007 - 2009 geltend.

Das Landesarbeitsgericht gab dem Kläger lediglich in Bezug auf die Abgeltung offener Urlaubsansprüche aus 2009 Recht. Urlaubsansprüche aus 2007 und 2008 seien hingegen verfallen.

§ 7 Abs. 3 BUrlG sei nach neuerer Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass Urlaubsansprüche dann nicht verfallen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres bzw. des gesetzlichen Übertragungszeitraumes von 3 Monaten im Folgejahr arbeitsunfähig erkrankt sei und deshalb den Urlaub nicht nehmen könne. Dies bedeute jedoch kein unbeschränktes Ansammeln von Urlaubsansprüchen. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 22.11.2011 („Schulte“) müsse § 7 Abs. 3 BUrlG richtlinienkonform so verstanden werden, dass Urlaubsansprüche, die aufgrund von Arbeitsunfähigkeit nicht genommen werden konnten, zwar nicht schon am 31.03. des Folgejahres, wohl aber nach Ablauf von 15 Monaten nach Ende des Urlaubsjahres, somit am 31.03. des übernächsten Jahres verfallen.

Gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts wurde Revision beim Bundesarbeitsgericht eingelegt. Es wird abzuwarten sein, wie das Bundesarbeitsgericht entscheidet.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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 Juni 2012**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Michael Giebel, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: Druckerei Odenwälder, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen