

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2013 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Bauzeitverlängerung: Anspruchshöhe bei Entschädigung aus § 642 BGB	2
2.	Berechnung des neuen Preises für geänderte Leistungen im VOB-Vertrag	2
3.	Verlängerte Vorhaltung eines Gerüstes kann zu Vergütungsanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B führen	3
4.	Umfang der Schadensersatzpflicht des Architekten bei Beauftragung der Leistungsphase 9 gemäß § 15 HOAI a. F.	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Vergaberecht	7
	Zulässigkeit einer „unechten“ Produktorientierung im Vergabeverfahren	7
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
V.	Verwaltungsrecht	8
	Unverzichtbarer Mindestwohnkomfort nach TA Lärm	8
VI.	Mietrecht	9
1.	Mietrechtsreform 2013 - Änderungen im Überblick	9
2.	Umlagefähigkeit von Wartungskosten einer Gastherme	11
VII.	Leitsätze zum Miet- und WEG-Recht	12
VIII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13
IX.	Veröffentlichungen	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

Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Bauzeitverlängerung: Anspruchshöhe bei Entschädigung aus § 642 BGB

a) Über § 642 BGB werden wartezeitbedingte Mehrkosten des Unternehmers entschädigt, die er bei Angebotsabgabe nicht kalkulieren konnte. Zur Anspruchsdarstellung muss konkret vorgetragen werden, welche Differenz sich bei einem Vergleich zwischen einem ungestörten und dem verzögerten Bauablauf ergibt.

b) Witterungsbedingte Verlängerungen der Bauzeit begründen keinen Annahmeverzug des AG.

KG Berlin, Urteil vom 28.05.2013 - 7 U 12/12 (LG Berlin, Urteil vom 20.01.2012 - 35 O 218/10)

Ein im Bauvertrag vereinbartes Bauende (hier der 11.05.2010) konnte bedingt durch dem AG zuzurechnende Störungskomplexe nicht eingehalten werden. Der AN beansprucht deshalb Mehrkosten vom AG, die er als Entschädigung gemäß § 642 BGB geltend macht. Eine Störung war, dass die Baugrube durch nicht abgeschlossene Vorunternehmerleistungen verspätet übergeben wurde (ein in der Praxis häufig vorkommender Grund für Bauablaufstörungen). Ein zweiter Störungskomplex war, dass die vom AG beizustellende Ausführungsplanung unzureichend war bzw. gänzlich fehlte (auch das kommt bei baubegleitender Planung häufig vor). Drittens waren Vorunternehmerleistungen mangelhaft und viertens behinderte noch eine extrem lange Frostperiode die Rohbauarbeiten zusätzlich.

Der AN trägt unter Bezugnahme auf zwei baubetriebliche Gutachten vor und berechnet auf Grundlage von § 642 BGB die Entschädigungsansprüche einerseits für den Zeitraum, um den sich die Baumaßnahme bedingt durch den Annahmeverzug über das vertraglich vereinbarte Bauende verlängert hatte und alternativ auch den Zeitraum des Annahmeverzugs. Er beansprucht Kosten der Baustelleneinrichtung und Mehrkosten für Baumaterialien, die bedingt durch den Annahmeverzug nach dem 11.05.2010 benötigt wurden sowie weiter Bau-

stellengemeinkosten (BGK), Wagnis und Gewinn, Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Mehrkosten werden für 5,78 Monate Annahmeverzug geltend gemacht.

Das Kammergericht gewährte dem AN eine Entschädigung für eine Bauzeitverlängerung von 3,9 Monaten. Für die verspätete Übergabe der Baugrube und die geänderte bzw. nachgelieferte Planung sieht das Kammergericht die Voraussetzungen eines Annahmeverzuges des AG als gegeben an. Witterungsbedingte Behinderungen können zwar zur Verlängerung der Bauzeit führen, sind aber vom AG mangels Vorhersehbarkeit und Beeinflussbarkeit nicht zu entschädigen (damit hat das Kammergericht einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung des Landgerichts Cottbus widersprochen).

Die Höhe der Entschädigung gemäß § 642 Abs. 2 BGB bestimmt sich danach, wie der AN die vertraglich vereinbarte Vergütung kalkuliert hat. Das Kammergericht spricht dem AN für einen Bauzeitverlängerungszeitraum vom 3,9 Monaten Entschädigung zu und berücksichtigt dafür AGK, BGK und die Baustelleneinrichtung. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH werden Wagnis und Gewinn nicht zugesprochen.

Mehrkosten aufgrund verteuerten Betonstahls lehnt das Kammergericht ab - mit der Begründung, der AN hätte den Einkauf innerhalb der ursprünglichen Bauzeit - jedenfalls auf Abruf - veranlassen können.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Berechnung des neuen Preises für geänderte Leistungen im VOB-Vertrag

a) Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zu Grunde liegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden.

b) Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt in diesem Fall in der Weise, dass - soweit wie möglich - an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position.

c) Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind.

BGH, Urteil vom 14.03.2013 - VII ZR 142/12

Die Parteien schließen für Straßenbauarbeiten einen Einheitspreis-Vertrag unter Einbeziehung der VOB/B. Bei bestimmten Teilstrecken soll ein grundhafter Neuausbau, bei anderen nur eine Deckenerneuerung erfolgen. Das Leistungsverzeichnis beinhaltet für die Deckenerneuerung wie für den Neuausbau jeweils den Einbau einer Asphaltbinder- und einer Asphalttragschicht, wobei die Schichtdicken für den Neubau deutlich höher sind als für die Deckenerneuerung. Der AN bietet die Leistungen für die Deckenerneuerung zu höheren Preisen an als für den Neuausbau. Der AG ordnet für ein Teilstück anstelle der dort vorgesehenen Deckenerneuerung einen Neuausbau mit veränderten Stärken der Asphalttrag- und Binderschicht sowie teilweise anderer Körnung an und fordert den AN auf, ein prüffähiges, aus der Auftragskalkulation abgeleitetes Nachtragsangebot einzureichen. Der AN leitet die geforderte Nachtragsvergütung aus den Positionen für die ursprünglich vorgesehene Deckenerneuerung ab. Der AG vergütet die Leistung nach den für den Neuausbau angebotenen Einheitspreisen. Der AN klagt die Differenz ein. Landgericht und Berufungsgericht weisen die Klage ab.

Der BGH sieht dies anders. Zwar sind die Instanzgerichte zu Recht davon ausgegangen, dass die Berechnung der Nachtragsvergütung hier im Wege einer Fortschreibung der Auftragskalkulation zu erfolgen hat. Die Parteien sind übereinstimmend von einem solchen Verständnis des § 2 Abs. 5 S. 1 VOB/B ausgegangen. Jedoch ist bei der Neuberechnung des Preises, anders als dies die Instanzgerichte getan haben, grundsätzlich auf die Auf-

tragskalkulation der geänderten Position abzustellen und es sind die gleichen Kostenansätze zu wählen, die der AN der Auftragskalkulation zu Grunde gelegt hat. Nur wenn die Auftragskalkulation der geänderten Position die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung für die Preisbildung maßgeblich sind, kann nach einer vergleichbaren Position in der Auftragskalkulation gesucht und anhand dieser Position die Kalkulation analog fortgeschrieben werden. Bei der Auswahl der Bezugsposition sind auch die sonstigen Umstände der Auftragskalkulation zu berücksichtigen. Hat der AN im Wesentlichen gleichartige Positionen in unterschiedlicher Weise einmal für ihn günstig und einmal für ihn ungünstig kalkuliert, so muss in einer Gesamtschau sichergestellt werden, dass der AN durch die Leistungsänderung keine Nachteile erleidet. Dem AN müssen jedenfalls die Deckungsbeiträge für den Gewinn aus dem ursprünglich geschlossenen Vertrag erhalten bleiben.

Mit diesen Ausführungen hat der BGH klargestellt, wie bei der Ermittlung neuer Preise im Wege der Fortschreibung der Auftragskalkulation zu verfahren und dass bei der Heranziehung vermeintlicher Bezugspositionen Zurückhaltung geboten ist. Mit der derzeit vermehrt diskutierten Frage, ob § 2 Abs. 5 VOB/B eine solche Herleitung des neuen Preises aus der Auftragskalkulation grundsätzlich verlangt (so die bisher herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur), musste sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung - noch - nicht beschäftigen. Denn die Parteien hatten hier § 2 Abs. 5 VOB/B jedenfalls ersichtlich übereinstimmend in diesem Sinne verstanden, wie die Aufforderung zur Abgabe des Nachtragsangebots durch den AG und die daraufhin erfolgte Berechnung des neuen Preises durch den AN belegen.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Verlängerte Vorhaltung eines Gerüstes kann zu Vergütungsanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B führen

a) Soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, schuldet ein Gerüstbauer die Vorhaltung des Gerüstes solange, wie es für die

Ausführung der Bauarbeiten am Bauwerk benötigt wird.

b) Haben die Parteien eines Gerüstbau- und -vorhaltevertrages Einheitspreise nach Gerüstmaß und Zeit vereinbart, kann die in den Vertrag von den Parteien einbezogene VOB/B und damit die Vergütungsregelung in § 2 Nr. 3 bei Überschreitung des vertraglichen Zeitmaßes anwendbar sein.

BGH, Urteil vom 11.04.2013 - VII ZR 201/12

Die Klägerin verlangt von der beklagten Gemeinde Restvergütung für das Aufstellen und Vorhalten eines Baugerüsts. Sie war von der Gemeinde mit Gerüstarbeiten sowie der Vorhaltung des Gerüsts für den Umbau einer Schule beauftragt. Grundlage des Auftrages war ein Angebot der Klägerin, in dem die Gebrauchsüberlassung des Gerüsts über die Grundeinsatzzeit hinaus mit Einheitspreisen für die ausgeschriebenen Gerüstteile pro Woche angeboten worden war. Ferner ist die Geltung der VOB/B vereinbart. Hinsichtlich der Ausführungszeit ist sowohl ein verbindlicher Beginn wie auch ein verbindliches Ende im Vertrag vereinbart worden. Ferner sind Termine gemäß Bauzeitenplan als Vertragstermine festgeschrieben. Bei Ablauf der vertraglich vereinbarten Termine legte die Klägerin einen Nachtrag vor, in dem die Kosten für die verlängerte Vorhaltung angeboten wurden. Dieser wurde von der Gemeinde abgelehnt. Nach Fristsetzung baute die Klägerin am Tag der vertraglich vereinbarten Fertigstellung die Gerüste am 19.07.2010 ab. Nunmehr verlangt die Klägerin die ausstehende Restvergütung für die Vorhaltung des Gerüsts. Die Beklagte rechnet mit einem Schadensersatzanspruch auf, der aufgrund des unberechtigten Abbaus des Gerüsts entstanden sein soll. Die Beklagte geht davon aus, dass bei Ablauf des vertraglich vereinbarten Endtermins das Gerüst nicht einfach abgebaut werden dürfe, sondern, dass die Klägerin zur Vorhaltung bis zum Abschluss der Baumaßnahme, für die das Gerüst zwingend erforderlich ist, vertraglich verpflichtet sei.

Sowohl das Landgericht wie auch der BGH halten den Abbau des Gerüsts für unberechtigt. Das Landgericht hatte den Vertrag bereits dahingehend ausgelegt, dass die Klägerin die Vorhaltung des Gerüsts nicht nur bis zu dem

vereinbarten Termin, sondern so lange schuldet, wie es für die Ausführung der Arbeiten benötigt wurde. Diese Auslegung wird vom BGH bestätigt. Alleine aus dem Zeitablauf folgt demnach nicht, dass das Gerüst ungeachtet des Baufortschrittes abgebaut werden konnte. Darüber hinaus hatten die Parteien für die Vorhaltung des Gerüsts über die Grundstandzeit hinaus nach Wochen bemessene Einheitspreise und die Anwendung des § 2 Nr. 3 VOB/B vereinbart. Demnach sei, so der BGH, bei Überschreitung des vertraglichen Zeitansatzes von über 10 % eine Anpassung der Vergütung unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B zu verlangen. Bei der Anwendung dieser Abrechnungsvorschrift der VOB/B sei es darüber hinaus unerheblich, ob der Vertrag auch mietvertragliche Elemente aufweise. Auch im Rahmen eines Mietvertrages könne eine Vereinbarung über die Abrechnung dergestalt geschlossen werden, dass nach einer bestimmten Zeitdauer der Überlassung der Mieter eine Anpassung der Miete unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten verlangen kann.

Die Entscheidung gibt Anlass, die Vereinbarung der VOB/B bei Verträgen, in denen es sich nicht um typische Bauleistungen handelt, kritisch zu hinterfragen. Unter Umständen kann es hier zu unerwarteten Ergebnissen kommen, wenn die VOB/B - wie hier - auch auf mietvertragliche Elemente eines Vertrages angewendet wird. Wesentlicher Grundgedanke der Entscheidung ist zudem, dass Gerüstbauunternehmen auch im Rahmen eines reinen Gerüstbau- und -vorhaltevertrages in aller Regel auch bei Überschreiten der vertraglich vereinbarten Termine die Gerüste mit Verweis auf das Auslaufen des Termins oder etwaige andere Aufträge nicht einfach abbauen dürfen, sondern der Inhalt der vertraglichen Vereinbarung wohl typischerweise dahingehend auszulegen sein dürfte, dass die Gerüste so lange vorgehalten werden müssen, wie dies für die Baumaßnahme notwendig ist.

Rechtsanwältin Daniela Fiedler
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

4. Umfang der Schadensersatzpflicht des Architekten bei Beauftragung der Leistungsphase 9 gemäß § 15 HOAI a. F.

Der wegen Bauwerksmängeln in Anspruch genommene Architekt ist zur Überwachung der Beseitigung von Baumängeln berechtigt und verpflichtet, wenn ihn der Bauherr mit der Objektbetreuung (Leistungsphase 9 gemäß § 15 HOAI a. F.) beauftragt hat. Den Ersatz von Regiekosten kann der Bauherr in diesem Fall nicht verlangen, wenn der Architekt zur Vertragserfüllung berechtigt, dazu bereit und in der Lage ist.

OLG Hamm, Urteil vom 06.03.2013 - I - 12 U 122/12

Der AG lässt ein Einfamilienhaus mit Garage und Carport errichten. Dabei kommt es zu Mängeln, unter anderem an der Fassadendämmung, der Kelleraußentreppe sowie der Dämmung der Warmwasser- und Heizungsleitungen. Nachdem das ausführende Bauunternehmen in die Insolvenz gefallen ist, lässt der AG die Mängel durch ein Drittunternehmen beseitigen. In Höhe der angefallenen Mängelbeseitigungskosten nimmt der AG den Architekten u. a. wegen Bauüberwachungsverschuldens in Anspruch. Die vom AG beanspruchten Mängelbeseitigungskosten beinhalten nicht nur die eigentlichen Kosten für die Sanierung, sondern auch die Aufwendungen für die Überwachung der Sanierungsarbeiten (sog. Regiekosten). Der Architekt lehnt die Erstattung von Regiekosten ab. Er wendet ein, vom AG auch mit der Objektbetreuung (Leistungsphase 9 gemäß § 15 HOAI a. F.) beauftragt worden zu sein. Demnach sei er sowohl berechtigt als auch verpflichtet, die Sanierungsarbeiten zu überwachen. Das habe er dem AG auch angeboten. Der AG sei daher nicht berechtigt gewesen, die Sanierungsarbeiten auf Kosten des Architekten anderweitig überwachen zu lassen.

Das OLG Hamm teilt die Auffassung des Architekten. Dabei stellt das Gericht maßgeblich darauf ab, dass der Architekt auch mit der Objektbetreuung (Leistungsphase 9 gemäß § 15 HOAI a. F.) beauftragt war. Die Leistungen der Objektbetreuung beinhalten u. a. das Überwachen der Beseitigung von Baumängeln durch den Architekten. Da die Parteien das Vertrags-

verhältnis nicht beendet hatten, war der Architekt zur Überwachung der Beseitigung von Baumängeln weiterhin berechtigt und verpflichtet. Der Architekt hatte sich auch ausdrücklich zur Überwachung der Mängelbeseitigung bereit erklärt. Demgegenüber hatte der AG nicht vorgetragen, dass ihm die Überwachung der Mängelbeseitigung durch den Architekten unzumutbar war, bspw. wegen eines nachhaltigen Vertrauensverlustes. Eine solche Annahme war auch nicht allein aufgrund des anhängigen Rechtsstreits ersichtlich.

Der vorliegende Fall betraf nicht die Nachbesserung mangelhafter Architektenleistungen, zu denen der Architekt nach ständiger Rechtsprechung nicht berechtigt ist, wenn sich seine mangelhafte Leistung bereits im Bauwerk verwirklicht, d. h. zu einem Baumangel geführt hat. Der Architekt wollte nicht die Mängel der Fassadendämmung, der Kelleraußentreppe sowie der Dämmung der Warmwasser- und Heizungsleitungen (auf eigene Kosten) beseitigen, sondern die Mängelbeseitigung lediglich überwachen. Das muss der AG gestatten, auch wenn er das Vertrauen in die Fähigkeiten des Architekten verloren haben mag. Dass dem Architekten ein Mitverschulden an der Entstehung der Mängel vorzuwerfen ist, ändert daran grundsätzlich nichts.

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Umlageklausel über Abzug von 0,75 % als Kostenanteil für Baunebenkosten unwirksam

Die Klausel „0,75 % des Schlussrechnungsbetrags als Kostenanteil für Baunebenkosten (Schutt und Abfälle müssen vom AN selbst entsorgt werden).“ ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des AG gemäß § 307 BGB wegen Unklarheit unwirksam, da sie den AN unangemessen benachteiligt.

OLG Hamm, Urteil vom 10.01.2013 - 21 U 14/12 (nicht rechtskräftig)

2. Schadensersatzanspruch wegen Baumängeln umfasst auch Mietkosten

Von einem Schadensersatzanspruch wegen Baumängeln sind auch solche Aufwendungen erfasst, die dadurch anfallen, dass der Besteller das Werk nicht nutzen kann und deshalb in eine Mietwohnung ziehen muss. Dabei bedarf es keiner Fristsetzung, denn der Zweck, dem AN eine letzte Gelegenheit einzuräumen, das noch mit Mängeln behaftete Werk in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, kann in einem solchen Fall nicht mehr erreicht werden.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.08.2011 - 7 U 62/10

3. Privatgutachten in selbständigem Beweisverfahren erstattungsfähig

Die Kosten eines privaten Sachverständigen-gutachtens, das während eines selbständigen Beweisverfahrens vom Antragsgegner in Auftrag gegeben wird, können gemäß § 494 a Abs. 2 ZPO erstattungsfähig sein.

BGH, Beschluss vom 07.02.2013 - VII ZB 60/11

4. Kostenerstattung von Eigenleistungen des AG bei mangelhafter Abdichtung

Der Kostenerstattungsanspruch bei einer Ersatzvornahme umfasst neben den notwendigen Planungs- und Bauüberwachungskosten auch die Eigenleistungen des AG.

OLG Stuttgart, Urteil vom 18.12.2012 - 10 U 134/12

5. Architektenhaftung bei Baukostenüberschreitung

a) Der Schaden besteht bei der Baukostenüberschreitung in der Höhe der über den vorgesehenen Baukosten liegenden tatsächlichen Kosten. Dieser zulasten des Bauherrn gehende Mehraufwand ist um erlangte Wertvorteile zu bereinigen. Dazu

gehört der durch den Mehraufwand gesteigerte Wert des Objekts.

b) Ein gegen den Architekten gerichteter Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Kostenermittlung oder sonst falscher Beratung bei der Kostenermittlung setzt voraus, dass der Bauherr die Schadensursächlichkeit der Vertragsverletzung nachweist.

c) Im Rahmen der Architektenhaftung wegen Baukostenüberschreitung kann sich der Bauherr nicht auf eine Vermutung für ein beratungsgerechtes Verhalten stützen.

OLG Hamm, Urteil vom 15.03.2013 - I -12 U 152/12 (nicht rechtskräftig)

6. Geltung der HOAI 2009 bei Abruf nach dem 17.8.2009

Sieht ein unter Geltung der HOAI 1996 abgeschlossener Architektenvertrag eine stufen- oder phasenweise Übertragung von Leistungen vor und erfolgt der Abruf weiterer Leistungen nach dem 17.8.2009, so sind diese späteren Leistungen auf Grundlage der HOAI 2009 abzurechnen.

LG Koblenz, Urteil vom 28.02.2013 - 4 O 103/12 (nicht rechtskräftig)

7. Mangelhafte Planung bei Überschreitung des Kostenrahmens

Der Architekt ist verpflichtet, die Planungsvorgaben des AG zu den Herstellungskosten des Bauwerks zu beachten. Dabei muss er nicht nur genau vereinbarte Baukostenobergrenzen einhalten. Vielmehr ist er auch verpflichtet, die Kostenvorstellungen des AG im Rahmen der Grundlagenermittlung zu erfragen und diese bei seiner Planung zu berücksichtigen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, ist seine Planung mangelhaft.

BGH, Urteil vom 21.03.2013 - VII ZR 230/11

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Zulässigkeit einer „unechten“ Produktorientierung im Vergabeverfahren

b) Die Nennung eines bestimmten Produkts in der Leistungsbeschreibung mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ kann so aufgefasst werden, dass das Produkt nur als Richt- oder Leitfabrikat genannt wird und mangels Festlegung auf ein bestimmtes Produkt als „unechte“ Produktorientierung zulässig ist.

b) Die Gleichwertigkeit eines Produkts setzt keine Identität in allen Beschaffenheitsmerkmalen voraus. Entscheidend ist, hinsichtlich welcher Leistungsmerkmale Gleichwertigkeit gefordert ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013 - Verg 33/12

Der AG schreibt Außenputzarbeiten öffentlich aus. Im Ausschreibungs-LV findet sich neben technischen Erfordernissen die Angabe „*Hersteller X, Produkt 1 oder gleichwertiger Art.*“ Weiter heißt es im LV: „*Die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Produktbezeichnungen gelten als Qualitätsbeispiele. Alle wesentlichen technischen Merkmale sind im Positionstext angegeben. Der Nachweis der Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte obliegt dem Bieter.*“ Im LV sind die optischen Anforderungen an den Putz beschrieben. Der Bieter (B) bietet einen anderen Putz des Herstellers Y an. Zum Nachweis der Gleichwertigkeit legt er u. a. eine Übereinstimmungserklärung des Herstellers Y vor. Ein vom AG beauftragter Sachverständiger stellt fest, dass die beiden Putzmörtel nicht vergleichbar sind. Der AG schließt daher das Angebot des B wegen fehlender Gleichwertigkeit des angebotenen Produkts aus. B rügt den Ausschluss, beruft sich auf eine unzulässige produktspezifische Ausschreibung und stellt einen Nachprüfungsantrag.

Der Nachprüfungsantrag bleibt erfolglos. Das OLG Düsseldorf beurteilt die Nennung eines konkreten Putzes im LV nicht als produktspezifische Ausschreibung, sondern - wegen der Ergänzung „*oder gleichwertiger Art*“ - als zu-

lässige unechte Produktorientierung. Enthalte das LV entsprechende Hinweise, könne die Nennung eines konkreten Produkts als beispielhaftes Richt- oder Leitfabrikat aufgefasst werden. Der Zusatz im LV spreche für die Annahme, dass keine Festlegung auf ein bestimmtes Produkt erfolge und den Bietern lediglich die Angebotsbearbeitung erleichtert werden soll. Die unechte Produktorientierung beruht nach Ansicht des Gerichts auf einer langjährigen Praxis öffentlicher Auftraggeber, die auch den Bietern nicht fremd ist.

Bei der unechten Produktorientierung und auch bei der zulässigen produktspezifischen Ausschreibung gemäß § 7 EG Abs. 8 S. 2 VOB/A muss das angebotene Produkt dem im Ausschreibungs-LV genannten Produkt gleichwertig sein. Gleichwertigkeit setze aber nicht Identität in allen Beschaffenheitsmerkmalen voraus. Entscheidend sei, hinsichtlich welcher Merkmale Gleichwertigkeit gefordert ist. Vorliegend war Gleichwertigkeit beim optischen Erscheinungsbild des Putzes zu erreichen. Nach Ansicht des Gerichts ergab sich das für einen fachkundigen Bieter hinreichend deutlich aus dem LV. Der Bieter habe nicht nachgewiesen, dass das vom AG geforderte Erscheinungsbild mit dem angebotenen Produkt erreicht wird. Er sei daher zulässigerweise von der Wertung ausgeschlossen worden.

Enthält das Ausschreibungs-LV Produktvorgaben, lässt der AG aber gleichwertige andere Produkte zu, handelt es sich nicht per se um eine unzulässige produktspezifische Ausschreibung. Der Bieter kann ein gleichwertiges anderes Produkt anbieten. Er trägt jedoch das Nachweisrisiko der Gleichwertigkeit. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Produkte identisch sind. Der Bieter muss prüfen, welche Eigenschaften des ausgeschriebenen Produktes das Alternativprodukt exakt aufzuweisen hat. Hier ist die Gleichwertigkeit nachzuweisen.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Sollvorgabe im Leistungsverzeichnis eröffnet Gestaltungsmöglichkeiten

Enthält ein Leistungsverzeichnis eines Bauvorhabens eine Mindestanzahl an Gerätschaften (hier: mindestens 11 Baukräne), handelt es sich nicht um zwingende Ausschreibungsbedingungen, wenn diese Angabe gleichzeitig relativiert wird, dass dies „der Sicht des Verfassers“ entspreche und nicht unterschritten werden „solle“. Vielmehr handelt es sich um funktionale Leistungsmerkmale, die den Bietern verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Bewältigung der Bauaufgabe eröffnen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2012 - Verg 37/12

2. Gleichwertigkeitsprüfung bei Angebot von Alternativfabrikaten

Wird in einem Leistungsverzeichnis ausnahmsweise auf eine Leitprodukt/-fabrikat verwiesen, muss der Bieter, der ein gleichwertiges Produkt anbietet, der Vergabestelle prüffähige Unterlagen oder Hinweise auf die technischen Anforderungen einreichen, die sein Alternativprodukt erfüllt. Nur so kann die Vergabestelle die dem AG obliegende Gleichwertigkeitsprüfung durchführen.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 17.01.2013 - 1 VK 44/12

3. Wesentliche Vertragsänderungen stellen neue Vergabe dar

- a) Werden in einen bestehenden Vertrag neue Bedingungen eingeführt, die die Zulassung anderer Bieter oder die Annahme eines anderen Angebots erlaubt hätten, oder wird der Auftrag in großem Umfang auf zunächst nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert, sind diese Änderungen des bestehenden Vertrages so wesentlich, dass es sich um eine neue Vergabe eines öffentlichen Auftrags handelt.
- b) Der AG kann Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ver-

geben, wenn ein Auftragnehmerwechsel infolge erneuter Vergabe zu technischen Problemen und Unvereinbarkeiten führen würde. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn der Auftragnehmerwechsel lediglich zu rechtlichen Problemen infolge vertraglicher Bindungen führen würde.

- c) Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sind auch in Fällen besonderer Dringlichkeit zulässig. Dies heißt jedoch nicht, dass der AG nur mit einem Bieter in Kontakt kommen soll. Vielmehr gebietet der Wettbewerbsgrundsatz, dass der AN auch bei anderen Bietern Angebote einholen kann, wenn dies sinnvoll ist und zu keiner zeitlichen Verzögerung führt.

VK Bund, Beschluss vom 12.11.2012 - VK 1 - 109/12

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Verwaltungsrecht

Unverzichtbarer Mindestwohnkomfort nach TA Lärm

Das Rücksichtnahmegebot des § 15 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BauNVO eröffnet im Anwendungsbereich der TA Lärm nicht die Möglichkeit, der durch einen Gewerbebetrieb verursachten Überschreitung der Außenimmissionsrichtwerte bei einem Wohnbauvorhaben durch Anordnung von passivem Lärmschutz zu begegnen.

BVerwG, Urteil vom 29.11.2012 - 4 C 8.11

In dem Fall, über den das Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden hatte, sollte auf dem Nachbargrundstück des Klägers eine ehemalige Fabrikhalle in ein Wohngebäude umgebaut werden. Der Kläger selbst betreibt einen Gewerbebetrieb, der auf dem Baugrundstück Lärmimmissionen mit einem Beurteilungspegel von bis zu 70 dB (A) hervorruft. Da dies die Richtwerte der TA Lärm für Wohnen übersteigt, sah die Baugenehmigung für den Umbau der Fabrikhalle Schutzmaßnahmen in Form von Schallschutzfenstern mit Belüftungseinrichtungen und einem Schalldämm-

maß von mindestens 41 dB (A) vor. Damit wären die Anhaltswerte für Innenschallpegel eingehalten worden. Der Bauherr war mit diesen Auflagen einverstanden.

Da der Kläger für seinen Betrieb Nachteile aufgrund der heranrückenden Wohnbebauung befürchtete, focht er die Baugenehmigung an. Mit Erfolg: Nach Auffassung des BVerwG verstößt die Baugenehmigung gegen § 15 Abs. 1 BauNVO, der als eine gesetzliche Ausprägung des Rücksichtnahmegebotes Nutzungskonflikte durch unzumutbare Lärmbelästigungen verhindern soll. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit sei die TA Lärm heranzuziehen, welche als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift eine Bindungswirkung im gerichtlichen Verfahren zukomme.

Die TA Lärm sehe passive Lärmschutzmaßnahmen zur Konfliktlösung zwischen Gewerbe und Wohnen nicht vor. Aus der Maßgeblichkeit der Außen-Immissionsrichtwerte nach Nr. 6.1 TA Lärm ergebe sich, dass dieses Regelungswerk den Lärmkonflikt zwischen Gewerbe und schutzwürdiger anderer Nutzung (z. B. Wohnen) bereits an deren Außenwand und damit unabhängig von passiven Schutzmaßnahmen lösen wolle. Damit sichere die TA Lärm von vornherein einen „Mindestwohnkomfort“, der darin bestehe, Fenster trotz vorhandener Lärmquellen öffnen zu können und eine natürliche Belüftung sowie einen erweiterten Sichtkontakt nach außen zu ermöglichen, ohne dass die „Kommunikationssituation“ im Inneren oder das Ruhebedürfnis und der Schlaf nachhaltig gestört werden können.

Dieser Schutzstandard der TA Lärm stehe auch nicht zur Disposition des Lärmbetroffenen. Denn das Bauplanungsrecht regle die Nutzbarkeit der Grundstücke auf der Grundlage objektiver Umstände und Gegebenheiten mit dem Ziel einer möglichst dauerhaften städtebaulichen Ordnung und Entwicklung. Das schließe es aus, das maßgebliche Schutzniveau auf das Maß zu senken, das der lärmbeeinträchtigte Bauwillige nach seiner persönlichen Einstellung bereit ist hinzunehmen.

Die Vorinstanz des BVerwG, das OVG Münster, hatte die Rechtslage aufgrund der Vorbelastung des Baugrundstückes mit dem Gewerbelärm noch anders gesehen. In dem das BVerwG die Maßgeblichkeit der TA Lärm be-

tont und sie damit von einer internen Verwaltungsvorschrift gewissermaßen zu einer für alle verbindlichen Rechtsnorm ‚befördert‘, schränkt es die Möglichkeiten ein, neuen Wohnraum in der Nähe von gewerblich genutzten Gebieten zu schaffen. Kritisch zu sehen ist dabei v.a. der Wertungswiderspruch zur Rechtslage bei Verkehrsgeräuschen. Dort kommt es anders als bei Gewerbelärm darauf an, dass die Schallpegel innerhalb der Gebäude eingehalten werden, so dass Nutzungskonflikte durch Schallschutzfenster und ähnlich passive Schallschutzmaßnahmen entschärft werden können.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

VI. Mietrecht

1. Mietrechtsreform 2013 - Änderungen im Überblick

a) Unterbindung des sog. Münchener Modells

Das „Münchener Modell“ ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Personengesellschaft, wie z. B. eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ein Mietshaus erwirbt und dabei von vornherein die Absicht hat ihren Gesellschaftern die Nutzung der Wohnungen zu ermöglichen sowie die Wohnungen in Eigentumswohnungen umzuwandeln. Dabei kündigt bei dieser Vorgehensweise die Gesellschaft dann vor der Umwandlung in Wohnungseigentum den Mietern wegen Eigenbedarfs einzelner Gesellschafter. Auf diese Weise wird der in § 577 a BGB verankerte Schutz vor Eigenbedarfskündigungen innerhalb der ersten 3 Jahre nach Umwandlung in Wohnungseigentum umgangen. Diese Schutzlücke wird nun durch eine Änderung des Gesetzes geschlossen.

b) Gesetzliche Regelung zum Contracting

Unter dem Oberbegriff Contracting wird die gewerbliche Wärmelieferung durch ein hierauf spezialisiertes Unternehmen verstanden. Durch das Contracting können Vermieter, die bisher in Eigenregie für die Wärmeversorgung

ihrer Mietobjekte gesorgt haben, sich hinsichtlich der Verpflichtung zu einer kostspieligen Erneuerung der Heizanlage entlasten. Dabei werden beim Contracting nicht nur die Heizkosten, wie bisher, sondern auch anteilig die Kosten der Anschaffung bzw. Amortisation der Heizanlage auf den Mieter zusätzlich umgelegt. Eine entsprechende Umstellung auf das Contracting war bereits nach der geltenden Betriebskostenverordnung zulässig. Nunmehr wird die Umlage der Contracting-Kosten anstelle der bisherigen Heizkosten und damit der Umstellungsanspruch des Vermieters gesetzlich geregelt. Wichtig erscheint dabei, dass der Contractor zukünftig eine neue Anlage errichten oder die Wärme aus einem Wärmenetz (Fernwärme) oder Blockheizkraftwerk liefern muss. Nur bei Bestandsanlagen, die noch den aktuellen Erfordernissen entsprechend weiterbetrieben werden können, kann er sich auf eine verbesserte Betriebsführung beschränken. Mit den vorstehenden gesetzlichen Regelungen wird also der Zweck verfolgt, dass über das Contracting auch ein Beitrag zur Energieeinsparung, Energieeffizienz und Klimaschutz geleistet wird. Nach der neuen gesetzlichen Regelung muss die Umstellung für den Mieter kostenneutral sein und rechtzeitig zuvor angekündigt werden.

c) Energetische Modernisierung

Um letztendlich dem Vermieter die Durchführung zu erleichtern, werden die Vorschriften über die Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, die bislang im § 554 BGB geregelt sind, neu formuliert. Dabei erhält der neu geschaffene Tatbestand der „energetischen Modernisierung“ größeres Gewicht. Der Begriff umfasst insbesondere Maßnahmen, die zur Einsparung von Energie in Bezug auf die Mietsache beitragen. Eine wichtige Änderung besteht dabei darin, dass energetische Modernisierungen für eine begrenzte Zeit von 3 Monaten nicht mehr zu einer Mietminderung gemäß § 536 BGB führen. Nur bei nicht energetischen Modernisierungen bleibt es demgegenüber, wie bisher, beim unbeschränkten Minderungsrecht.

Die gesetzliche Vorschrift des § 559 BGB, wonach Modernisierungsmaßnahmen mit jährlich maximal 11% auf die Miete umgelegt werden

können, gilt unverändert auch für energetische Modernisierungsmaßnahmen.

Entsprechend der schon bisher herrschenden Rechtsprechung wird ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen, dass Kosten für Erhaltungsaufwendungen, die mit Modernisierungen verbunden sind, nicht zur Mieterhöhung berechtigen.

Nach der bisher geltenden Gesetzeslage konnten Mieter den Beginn von Modernisierungsmaßnahmen verzögern, wenn sie vortragen, dass die gesetzlich vorgesehene Umlage von Modernisierungskosten für sie eine unzumutbare wirtschaftliche Härte darstellen würde. Die hierauf gründende Härtefallprüfung wird nun in das spätere Mieterhöhungsverfahren verlagert, damit die Modernisierung zunächst ohne Verzögerungen realisiert werden kann. Der Härtegrund der fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird dann erst später im Mieterhöhungsverfahren nach Abschluss der Maßnahmen geprüft.

Die Vorschriften über die ortsübliche Vergleichsmiete in § 558 BGB werden dahin geändert, dass zukünftig die energetische Ausstattung und Beschaffenheit bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu berücksichtigen ist. Entsprechende Kriterien sollen zukünftig auch in den Mietspiegeln ihren Niederschlag finden.

d) Verbesserte Möglichkeiten zum Vorgehen gegen das sog. Mietnomadentum

Zahlen Mieter ihre Miete nicht, so können nach der bisherigen Gesetzeslage noch viele Monate verstreichen bis eine Räumung durchzusetzen ist. Während dieser Zeit erhöht sich der Schaden des Vermieters wegen des auflaufenden Nutzungsentgelts laufend, wobei die spätere Durchsetzungsmöglichkeit einer titulierten Forderung zumindest dubios bleibt.

Dem wird nun damit entgegengetreten, dass Räumungssachen künftig vorrangig und damit beschleunigt von den Gerichten zu bearbeiten sind. Es ist dabei alsbald zu terminieren und die Fristen zur Stellungnahme für die Parteien sind auf das Notwendige zu reduzieren.

Wichtig erscheint auch die Regelung, wonach das Gericht eine Sicherungsanordnung erlassen kann, nach der der Mieter im Verfahren wegen Mietrückständen vom Gericht verpflicht-

tet werden kann für das während des Gerichtsverfahrens auflaufenden Nutzungsentgelt eine Sicherheitsleistung zu erbringen.

Ein Räumungstitel muss grundsätzlich nicht nur gegen den Mieter, sondern auch etwaige vorhandene Untermieter erwirkt werden. Häufig wird eine Räumung damit umgangen, dass, soweit der Gerichtsvollzieher einen Räumungstermin durchführen möchte, nun ein Dritter auftritt und behauptet Untermieter zu sein. Da gegen den Untermieter kein Titel vorhanden ist, kann der Gerichtsvollzieher die Räumung nicht durchführen. Hier gibt ein neuer Anspruch im einstweiligen Verfügungsverfahren dem Vermieter die Möglichkeit in dieser Situation im Eilverfahren einen weiteren Räumungstitel auch gegen den unberechtigten Untermieter zu erwirken.

e) Räumung nach dem sog. Berliner Modell

Die bereits in der Praxis entwickelte sogenannte Berliner Räumung wird auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Danach kann ein Vermieter, der ein Räumungsurteil erwirkt hat, nunmehr einen Gerichtsvollzieher mit der Räumung beauftragen ohne, dass gleichzeitig die - oft sehr kostenaufwendige - Wegschaffung und Einlagerung des Mobiliars aus der Wohnung durchgeführt werden muss. Die Räumung kann in diesen Fällen darauf beschränkt werden, den Schuldner aus dem Besitz der Wohnung zu setzen.

f) Absenkung der sog. Kappungsgrenze

Zu den Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete regelt § 558 Abs. 3 BGB, dass sich die Miete innerhalb von 3 Jahren um nicht mehr als 20% erhöhen darf. Hier wird nun ergänzend eine Regelung eingefügt, wonach die Bundesländer für Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten per Rechtsverordnung die Kappungsgrenze für Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete von 20% auf 15% absenken können.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

2. Umlagefähigkeit von Wartungskosten einer Gastherme

Eine Klausel in einem vom Vermieter gestellten Formalmietvertrag, die dem Mieter die anteiligen Kosten der jährlichen Wartung einer Gastherme auferlegt, benachteiligt den Mieter auch dann nicht unangemessen, wenn die Klausel eine Obergrenze für den Umlagebetrag nicht vorsieht (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 15.05.1991 - VIII ZR 38/90 = WM 1991, 1306)

BGH, Urteil vom 07.11.2012 - VIII ZR 119/12

Mit seiner Entscheidung hat der BGH die Wirksamkeit einer Kostenerstattungsklausel in den AGB des Vermieters bejaht, wonach die Wartungskosten einer Gastherme des Vermieters ohne Kostenobergrenze auf den Mieter umgelegt werden können.

Die der Entscheidung zugrunde liegende Klausel hatte folgenden Wortlaut:

„Die in diesen Mieträumen befindliche Gasheizung ist Eigentum des Vermieters. Die jährliche Wartung wird vom Vermieter durch Sammelauftrag bei der Firma ... durchgeführt. Der Mieter hat diese anteiligen Kosten nach erfolgter Arbeit und Rechnungslegung dem Vermieter zu erstatten.“

Der BGH stützt seine Entscheidung darauf, dass die Wartungskosten einer Gastherme zu den Betriebskosten einer Wohnung im Sinne von § 556 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der Betriebskostenverordnung gehören und somit umlagefähig sind. Denn bei Betriebskosten ist eine Kostenobergrenze grundsätzlich nicht vorgesehen. Es ist lediglich der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bei der Abrechnung und Verursachung von Betriebskosten vom Vermieter zu beachten. Der Mieter hat also die angefallenen Wartungskosten grundsätzlich in voller Höhe zu tragen.

Damit hebt der BGH insoweit das Urteil vom 15.05.1991 - VIII ZR 38/90 - auf. Damals hatte der BGH die Wirksamkeit einer sog. Vornahmeklausel verneint, da diese keine Kostenbegrenzung beinhaltete. Ob eine solche Vornahmeklausel, wonach - anders als hier - dem Mieter die Wartungspflicht auferlegt wird, wirk-

sam sein kann, ließ der BGH in seiner damaligen Entscheidung offen.

In seiner aktuellen Entscheidung lässt der BGH wiederum offen, ob seine Erwägungen zu einer hier in Frage stehenden Kostenerstattungsklausel, bei welcher dem Vermieter die Wartungspflicht obliegt, auch bei Vorkaufsklauseln gelten.

Es sollte daher vorsorglich bis auf weiteres auf die Verwendung von Vorkaufsklauseln verzichtet werden.

Rechtsanwältin Andrea Kubal

VII. Leitsätze zum Miet- und WEG-Recht

1. Keine Verwirkung bei Untätigkeit des Vermieters

- a) Ein Anspruch ist verwirkt, wenn er längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht worden ist (Zeitmoment) und der Verpflichtete sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und auch eingerichtet hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Umstandsmoment).
- b) Für das Umstandsmoment reicht die bloße Untätigkeit des Vermieters - die fehlende Geltendmachung eines Anspruchs - neben dem Zeitablauf für eine Verwirkung nicht aus. Dessen Bejahung setzt nicht nur schutzwürdige Vertrauen auf Seiten des Verpflichteten voraus, sondern erfordert ferner, dass sich dieser - insbesondere durch die Vornahme von entsprechenden Vermögensdispositionen oder anderen Vertrauensinvestitionen - auch tatsächlich darauf eingerichtet hat, nicht mehr leisten zu müssen; dies muss der Verpflichtete konkret darlegen.

KG, Beschluss vom 11.02.2013 - 8 U 227/12

2. Betreutes Wohnen und Räumungsfrist

Die Räumungsfrist nach § 721 ZPO kann auch gewährt werden, wenn die tatsächliche Wohn-

nutzung Gegenstand eines gewerblichen Mietverhältnisses ist (Wohnheim für betreuungsbedürftige Menschen).

KG, Urteil vom 17.12.2012 - 8 U 246/11

3. Vertragspflichten bei fälschlicher Annahme einer Umsatzsteuerpflicht

Sind die Umsätze eines Vermieters aus der Vermietung von Gewerberäumen nach § 4 Nr. 12 a UStG von der Umsatzsteuer befreit und konnte der Vermieter auch nicht wirksam gemäß § 9 Abs. 1 UStG auf diese Befreiung verzichten, dann geht eine im schriftlichen Mietvertrag getroffene Vereinbarung, wonach zur Grundmiete und zu den Heiz- und Betriebskostenzuschüssen jeweils die gesetzliche Mehrwertsteuer zu zahlen ist, ihrem Wortlaut nach ins Leere. Eine im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke kommt in Betracht, wenn die Vertragsparteien die Höhe der Miete unter Berücksichtigung einer als möglich angesehenen Option des Vermieters zur Umsatzsteuer und der sich daraus ergebenden Steuervorteile ausgehandelt haben, so dass nicht lediglich ein einseitiger Kalkulationsirrtum des Vermieters vorliegt.

KG, Urteil vom 24.05.2012 - 8 U 160/11

4. Schriftform bei Mieterwechsel

- a) Sollen in einem Mietvertrag, der wegen seiner Laufzeit der Schriftform des § 550 BGB bedarf, ein Mieterwechsel herbeigeführt werden, muss die schriftliche Vereinbarung zwischen dem früheren und dem neuen Mieter eine hinreichend deutliche Bezugnahme auf den Mietvertrag enthalten, wenn die Schriftform gewahrt bleiben soll.
- b) Die für die Wirksamkeit der Vertragsübernahme erforderliche Zustimmung des Vermieters kann formlos erfolgen.

BGH, Urteil vom 30.01.2013 - XII ZR 38/12

5. Optische Veränderung als Gebrauchswertserhöhung

- a) Im Grundsatz kann auch eine bauliche Maßnahme, die eine optische Veränderung der Wohnungseigentumsanlage bewirkt, eine Gebrauchswertserhöhung darstellen und durch qualifizierte Mehrheit beschlossen werden.
- b) Dies setzt voraus, dass die Maßnahme aus der Sicht eines verständigen Wohnungseigentümers eine sinnvolle Neuerung darstellt, die voraussichtlich geeignet ist, den Gebrauchswert des Wohnungseigentums nachhaltig zu erhöhen; an einer solchen sinnvollen Neuerung wird es unter anderem dann fehlen, wenn die entstehenden Kosten bzw. Mehrkosten außer Verhältnis zu dem erzielbaren Vorteil stehen.
- c) Ist eine erhebliche optische Veränderung der Wohnungseigentumsanlage weder als modernisierende Instandsetzung noch als Modernisierungsmaßnahme einzuordnen, bedarf sie als nachteilige bauliche Maßnahme der Zustimmung aller Wohnungseigentümer.

BGH, Urteil vom 14.12.2012 - V ZR 224/11

6. Veränderung des Erscheinungsbildes einer einheitlichen Fassade

Die Veränderung des Erscheinungsbildes einer einheitlichen Fassade durch die Anbringung von orangefarbenen Streifen, die sich in jedem Stockwerk über 6 Balkone (3 pro Haushalt) erstrecken, stellt eine wesentliche Änderung dar, die als störend bezeichnet werden kann und erhebliche Nachteile für die nicht zustimmenden Eigentümer mit sich bringt.

LG München I, Urteil vom 20.09.2012 - 36 S 1982/12 WEG

Rechtsanwältin Dr. Susanne Lösch

VIII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Dauer der Arbeitszeit bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung

Ist in einem Arbeitsvertrag die Dauer der Arbeitszeit nicht ausdrücklich geregelt, so gilt die betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart. Nach ihr bemessen sich die Pflichten des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung. Diese Grundsätze gelten auch für außertarifliche Angestellte.

Die Klägerin ist bei der Beklagten als „außertarifliche Mitarbeiterin“ beschäftigt und bezieht ein Jahresgehalt von ca. 95.000,00 Euro brutto. Nach dem Arbeitsvertrag muss die Klägerin „auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit tätig ... werden“. Weitere Regelungen zur Arbeitszeit enthält der Vertrag nicht. Im Herbst 2010 hatten sich nach Angaben der Beklagten nahezu 700 Minusstunden angesammelt. Seit Oktober 2010 forderte die Beklagte die Klägerin auf, eine tägliche Arbeitszeit von mindestens 7,6 Stunden bzw. die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit von 38 Stunden einzuhalten. Die Klägerin kam dem nicht nach. Die Beklagte kürzte die Gehälter der Klägerin bis Januar 2011 um insgesamt ca. 7.000,00 Euro brutto, weil die Klägerin ihre Arbeitspflicht nicht vollständig erfüllt und z. B. im Dezember nur 19,8 Stunden, im Januar nur 5,5 Stunden im Betrieb gearbeitet habe.

Die Klägerin macht mit der Klage geltend, sie sei vertraglich nicht verpflichtet, 38 Stunden pro Woche zu arbeiten. Sie müsse überhaupt nicht an bestimmten Tagen und zu bestimmten Zeiten im Betrieb sein. Ihre Arbeit sei nicht in Zeiteinheiten zu messen. Sie erfülle ihre Arbeitspflicht ohne Rücksicht auf den zeitlichen Aspekt schon dann, wenn sie die ihr von der Beklagten übertragenen Aufgaben erledige. Deshalb müsse die Beklagte ihr auch das volle Gehalt unabhängig von der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden zahlen.

Die Klage blieb - wie schon in den Vorinstanzen - auch vor dem 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts erfolglos.

Der Arbeitsvertrag der Parteien setzt als Maß der zu leistenden Arbeit die betriebsübliche Arbeitszeit voraus. Anhaltspunkte für die Vereinbarung einer dem Zeitmaß enthobenen Arbeitspflicht bestehen nicht. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, Vergütung für Zeiten zu leisten, in denen die Klägerin nicht gearbeitet hat.

BAG, Urteil vom 15.05.2013 - 10 AZR 325/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Verzicht des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung

Ist das Arbeitsverhältnis beendet und ein Anspruch des Arbeitnehmers gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG auf Abgeltung des gesetzlichen Erholungsurlaubs entstanden, kann der Arbeitnehmer auf diesen Anspruch grundsätzlich verzichten. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG kann von der Regelung in § 7 Abs. 4 BUrlG, wonach der Urlaub abzugelten ist, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann, zwar nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Jedoch hindert diese Regelung nur einzelvertragliche Abreden, die das Entstehen von Urlaubsabgeltungsansprüchen ausschließen. Hatte der Arbeitnehmer die Möglichkeit, Urlaubsabgeltung in Anspruch zu nehmen und sieht er davon ab, steht auch Unionsrecht einem Verzicht des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung nicht entgegen.

Die Beklagte kündigte am 26. November 2008 ihr Arbeitsverhältnis mit dem bei ihr als Lader beschäftigten und seit Januar 2006 arbeitsunfähigen Kläger ordentlich zum 30. Juni 2009. Im Kündigungsrechtsstreit regelten die Parteien am 29. Juni 2010 in einem Vergleich unter anderem, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten zum 30. Juni 2009 aufgelöst worden ist, die Beklagte an den Kläger eine Abfindung in Höhe von 11.500,00 Euro zahlt und mit Erfüllung des Vergleichs wechselseitig alle finanziellen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, gleich ob bekannt oder unbekannt und gleich aus welchem Rechtsgrund, erledigt sind. Mit einem Schreiben vom 29. Juli 2010 hat der Kläger

von der Beklagten ohne Erfolg verlangt, Urlaub aus den Jahren 2006 bis 2008 mit 10.656,72 Euro abzugelten. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abändert und die Beklagte zur Zahlung von Urlaubsabgeltung in Höhe von 6.543,60 Euro verurteilt.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg und führte zur Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts. Die Klage ist unbegründet. Die Erledigungsklausel im gerichtlichen Vergleich vom 29. Juni 2010 hat den mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. Juni 2009 entstandenen Anspruch des Klägers auf Abgeltung des gesetzlichen Erholungsurlaubs erfasst.

BAG, Urteil vom 14.05.2013 - 9 AZR 844/11 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Auskunftsanspruch einer abgelehnten Stellenbewerberin

Ein abgelehnter Stellenbewerber hat gegen den Arbeitgeber keinen Anspruch auf Auskunft, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat.

Die 1961 in der Russischen SSR geborene Klägerin hatte sich im Jahre 2006 auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle eines/einer Softwareentwicklers/-in erfolglos beworben. Die Beklagte teilte ihr nicht mit, ob sie einen anderen Bewerber eingestellt hatte und gegebenenfalls, welche Kriterien für diese Entscheidung maßgeblich gewesen waren. Die Klägerin behauptet, sie habe die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllt und sei lediglich wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer Herkunft nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und damit unter Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) diskriminiert worden. Sie hat von der Beklagten eine angemess-

sene Entschädigung in Geld verlangt. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Einen Anspruch der Klägerin auf Auskunft gegen die Beklagte, ob diese einen anderen Bewerber eingestellt hat und gegebenenfalls aufgrund welcher Kriterien, sah der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts nach nationalem Recht nicht. Auf seine Vorlage an den EuGH hatte dieser mit Urteil vom 19. April 2012 (- C-415/10 -) entschieden, dass sich ein solcher Auskunftsanspruch auch nicht aufgrund des Gemeinschaftsrechts ergibt, die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen Arbeitgeber jedoch unter Umständen einen Gesichtspunkt darstellen kann, welcher beim Nachweis der Tatsachen heranzuziehen ist, die eine Diskriminierung vermuten lassen. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung des EuGH blieb die Entschädigungsklage vor dem 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts ohne Erfolg. Die Klägerin hat zwar auf ihr Geschlecht, ihr Alter und ihre Herkunft hingewiesen, jedoch keine ausreichenden Indizien dargelegt, welche eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen und die nach § 22 AGG zu einer Beweislast der Beklagten dafür führen würden, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat. Auch die Verweigerung jeglicher Auskunft durch die Beklagte begründete im Streitfalle nicht die Vermutung einer unzulässigen Benachteiligung der Klägerin i. S. d. § 7 AGG.

BAG, Urteil vom 25.04.2013 - 8 AZR 287/08 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Arbeitszeugnis - kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Dank und gute Wünsche

Der Arbeitgeber ist gesetzlich nicht verpflichtet, das Arbeitszeugnis mit Formulierungen abzuschließen, in denen er dem Arbeitnehmer für die geleisteten Dienste dankt, dessen Ausscheiden bedauert oder ihm für die Zukunft alles Gute wünscht. Das einfache Zeugnis muss nach § 109 Abs. 1 S. 2 GewO mindestens Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit enthal-

ten. Der Arbeitnehmer kann gemäß § 109 Abs. 1 S. 3 GewO verlangen, dass sich die Angaben darüber hinaus auf Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis (qualifiziertes Zeugnis) erstrecken. Aussagen über persönliche Empfindungen des Arbeitgebers gehören damit nicht zum notwendigen Zeugnisinhalt. Ist der Arbeitnehmer mit einer vom Arbeitgeber in das Zeugnis aufgenommenen Schlussformel nicht einverstanden, kann er nur die Erteilung eines Zeugnisses ohne diese Formulierung verlangen.

Der Kläger leitete einen Baumarkt der Beklagten. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erteilte ihm die Beklagte ein Arbeitszeugnis mit einer überdurchschnittlichen Leistungs- und Verhaltensbeurteilung. Das Zeugnis endet mit den Sätzen: „Herr K scheidet zum 28.02.2009 aus betriebsbedingten Gründen aus unserem Unternehmen aus. Wir wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.“ Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Schlusssatz sei unzureichend und entwerte sein gutes Zeugnis. Er habe Anspruch auf die Formulierung: „Wir bedanken uns für die langjährige Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine private und berufliche Zukunft alles Gute.“ Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen.

Die Revision des Klägers hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg.

Schlusssätze in Zeugnissen, mit denen Arbeitgeber in der Praxis oft persönliche Empfindungen wie Dank oder gute Wünsche zum Ausdruck bringen, sind nicht „beurteilungsneutral“, sondern geeignet, die objektiven Zeugnisausagen zu Führung und Leistung des Arbeitnehmers zu bestätigen oder zu relativieren. Wenn ein Arbeitgeber solche Schlusssätze formuliert und diese nach Auffassung des Arbeitnehmers mit dem übrigen Zeugnisinhalt nicht in Einklang stehen, ist der Arbeitgeber nur verpflichtet, ein Zeugnis ohne Schlussformel zu erteilen. Auch wenn in der Praxis, insbesondere in Zeugnissen mit überdurchschnittlicher Leistungs- und Verhaltensbeurteilung, häufig dem Arbeitnehmer für seine Arbeit gedankt wird, kann daraus mangels einer gesetzlichen Grundlage kein Anspruch des Arbeit-

nehmers auf eine Dankesformel abgeleitet werden.

BAG, Urteil vom 11.12.2012 - 9 AZR 227/11 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

IX. Veröffentlichungen

Dr. Marian Klepper

Störfallbetrieb: Abstandsgebot auch im unbeplanten Innenbereich! IBR 2013, 306

In der Zeitschrift IBR 2013, S. 306, hat unser Düsseldorfer Kollege Dr. Marian Klepper eine Besprechung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 20.12.2012 - 4 C 11.11) veröffentlicht.

Ein Bauherr möchte ein Gartencenter im unbeplanten Innenbereich errichten. In der Nachbarschaft befindet sich unter anderem ein Störfallbetrieb im Sinne der Seveso-II-Richtlinie. Der Betrieb wendet sich gegen die Baugenehmigung für das Gartencenter, weil diese den erforderlichen Sicherheitsabstand nicht einhalte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat den Fall zur Ermittlung des angemessenen Abstands im Sinne der Seveso-II-Richtlinie an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Richtlinie verbiete es, öffentlich genutzte Gebäude in der Nachbarschaft von Störfallbetrieben zuzulassen, ohne zuvor ermittelt zu haben, welcher Abstand angemessen sei und welche Risiken mit der neuen Entwicklung innerhalb dieser Abstandsgrenzen einhergehen. Zwar könne ein Unterschreiten des angemessenen Abstands im Einzelfall vertretbar sein, jedoch nur, wenn dieser Abstand zuvor überhaupt (gutachterlich) festgestellt worden sei.

Rechtsanwalt Dr. Klepper gibt in seiner Besprechung dazu den Hinweis, dass die Entscheidung von großer Bedeutung für Baugenehmigungsverfahren im unbeplanten Innenbereich sei. Dort habe - anders als in der Bauleitplanung - in der Vergangenheit das störfallrechtliche Abstandsgebot in der Regel keine besondere Berücksichtigung gefunden. Künftig würden derartige Baugenehmigungen nicht mehr ohne Hinzuziehung eines Störfallgutachters erteilt werden können, wenn sich ein Störfallbetrieb in der Nähe des Vorhabens befindet.

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 2013**

Impressum:

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