

## Mandanten-Rundbrief

- März 2013 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Gewährleistungseinbehalt nur durch Bürgschaft ablösbar: AGB-Klausel unwirksam?	2
2.	Vertragsstrafe für Zwischentermin muss auf anteiligen Auftragswert der Leistung bis zum Zwischentermin begrenzt sein!	3
3.	Vertragsstrafe bei einvernehmlicher Verschiebung von Vertragsterminen	4
4.	Generalübernehmer: HOAI ist nicht Abrechnungsgrundlage für seine Architekten- und Ingenieurleistungen	5
5.	Das Ende von § 8 Abs. 2 VOB/B (?)	5
6.	Verpflichtung des Verkäufers zum Ausbau, Abtransport und Wiedereinbau?	6
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	7
III.	Vergaberecht	8
	Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren als Bieter und Nachunternehmer	8
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
V.	Verwaltungsrecht	10
	Beseitigungsklage wegen Abstandsflächenüberschreitung	10
VI.	Mietrecht	11
	Formulärmäßige Übertragung der Kosten des „Centermanagers“ auf den Mieter ist unwirksam!	11
VII.	Leitsätze zum Mietrecht	12
VIII.	Arbeitsrecht	13
1.	Zustimmung bei Kündigung einer Vertrauensperson von schwerbehinderten Menschen	13
2.	Bestandsschutzklage umfasst auch Vergütungsansprüche	14
IX.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	15

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

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

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

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

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

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Gewährleistungseinbehalt nur durch Bürgschaft ablösbar: AGB-Klausel unwirksam?

**Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, welche dem Auftragnehmer lediglich die Möglichkeit einräumt, den Gewährleistungseinbehalt durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft eines Kreditinstituts oder eines Kreditversicherers abzulösen, ist gemäß § 307 BGB unwirksam, weil dem Auftragnehmer hierdurch das nach dem Gesetz bestehende Wahlrecht genommen wird.**

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

Da damit zu rechnen ist, dass Auftragnehmer künftig häufig mit diesem Urteil argumentieren werden, sei gleich vorab darauf hingewiesen: Bezüglich des vorstehend wiedergegebenen Leitsatzes widerspricht das Urteil der Rechtsprechung des BGH!

Zu entscheiden war ein Fall, in dem die Geltung der VOB/B vereinbart war und der Bauvertrag folgende Klausel enthielt:

*„Die Parteien vereinbaren als Sicherheit für Mängelhaftungsansprüche einen Einbehalt in Höhe von 5 % der Brutto-Schlussrechnungssumme für die Dauer der Gewährleistungszeit. Der AN ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt durch Übernahme einer unbedingten, unbefristeten, unwiderruflichen und selbstschuldnerischen Bürgschaft eines in der Europäischen Gemeinschaft zugelassenen Kreditinstituts oder Kreditversicherers abzulösen. In der Bürgschaftsurkunde muss auf die Einreden der Anfechtung und der Aufrechnung - mit Ausnahme unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Gegenforderungen - sowie der Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB verzichtet werden.“*

Das Landgericht bewertete die Klausel als AGB-rechtlich wirksam.

Das Oberlandesgericht Hamm hat sich dem, wie aus dem Leitsatz ersichtlich, nicht ange-

schlossen mit der Begründung, durch die Beschränkung des Austauschrechts des AN auf eine Bürgschaft werde diesem sein gesetzlich vorgesehenes Wahlrecht zwischen verschiedenen Sicherheiten genommen (gemeint ist wohl gemäß § 232 BGB), unter anderem auch das Recht zur Hinterlegung. Dadurch werde der AN nach der Rechtsprechung unangemessen benachteiligt, weshalb die Klausel gemäß § 307 BGB unwirksam sei.

Tatsächlich steht diese Argumentation jedoch im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, der wiederholt entschieden hat, dass eine AGB-Klausel, wonach ein Barsicherheitseinbehalt nur durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft abgelöst werden kann, wirksam ist (BGH vom 26.02.2004 - VII ZR 247/02 - BauR 2004, 841, 843; BGH vom 13.11.2003 - VII ZR 57/02 - BauR 2004, 325, 326).

Auch die vom OLG Hamm in seiner Urteilsbegründung in Bezug genommenen beiden BGH-Urteile vom 16.06.2009 (XI ZR 145/08 - NZBau 2009, 784) und vom 05.06.1997 (VII ZR 324/95 - NJW 1997, 2598) stützen seine Argumentation nicht: Im Urteil des VII. Senats ging es um eine als einzige Austauschmöglichkeit vorgesehene Bürgschaft auf erstes Anfordern und nur die Beschränkung auf eine solche Bürgschaft erklärte der Senat für unangemessen. Das zitierte Urteil des XI. Senats hatte eine Bürgschaft zum Gegenstand, in der auf die Einreden gem. § 768 BGB verzichtet werden musste, was der Senat zu Recht für unangemessen erklärte. Gleichzeitig hielt der XI. Senat in besagtem Urteil (bei Rz. 23) aber ausdrücklich - unter Bezugnahme auf die oben zitierten Entscheidungen des BGH aus den Jahren 2003 und 2004 - gerade das Gegenteil von dem fest, was das OLG Hamm aus jener Entscheidung ableiten möchte: *„Ausreichend ist es ..., dem Werkunternehmer das Recht einzuräumen, den Einbehalt durch Stellung einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft abzulösen ...“*.

Solange der BGH seine wiedergegebene Rechtsprechung nicht ändert, dürften Klauseln der vorliegenden Art daher entgegen der Auffassung des OLG Hamm wohl wirksam sein. Gleichwohl ist bei der Formulierung von Sicherungsabreden nicht zuletzt angesichts der

diesbezüglich ständig im Fluss befindlichen Rechtsprechung weiterhin Vorsicht geboten.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **2. Vertragsstrafe für Zwischentermin muss auf anteiligen Auftragswert der Leistung bis zum Zwischentermin begrenzt sein!**

**Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags getroffene Vertragsstrafenregelung, die eine für die schuldhafte Überschreitung einer Zwischenfrist zu zahlende Vertragsstrafe auf höchstens 5 % der Gesamtauftragssumme festlegt, ist unwirksam.**

BGH, Urteil vom 06.12.2012 - VII ZR 133/11 (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.05.2011 - 22 U 186/10)

Die Klägerin verlangt als NU von der Beklagten als Generalunternehmerin die Bezahlung restlichen Werklohns für die Lieferung und Montage eines Deichtores. Die Beklagte hat mit einem Schadenersatzanspruch wegen Leistungsverzug aufgerechnet. Der Schadenersatzanspruch resultiert aus einem Abzug der Vertragsstrafe durch den Bauherrn gegenüber der Generalunternehmerin für die Überschreitung eines Zwischentermins. Im Generalunternehmervertrag über die Deichsanierung wird für den Verzug mit dem Zwischentermin „Herstellung aller für den Hochwasserschutz erforderlichen Bestandteile: 31.10.2008“ eine Vertragsstrafe i.H.v. € 5.000,00 pro Tag vereinbart. Die Vertragsstrafe ist insgesamt begrenzt auf maximal 5 % der Auftragssumme. Der Zwischentermin des Generalunternehmervertrages wird vom Generalunternehmer als Fertigstellungstermin auch im Rahmen des NU-Vertrages vereinbart. Der NU liefert das Deichtor, welches Teil des Hochwasserschutzes ist, 28 Tage zu spät. Der Deichverband zieht dem Generalunternehmer deshalb eine Vertragsstrafe in Höhe von € 140.000,00 ab. Diesen Betrag macht der Generalunternehmer gegen den NU als Schadenersatzanspruch geltend.

Der NU hat mit seiner Werklohnklage Erfolg, die Aufrechnung der Generalunternehmerin

mit dem Schadenersatzanspruch ist nicht möglich, weil die Vertragsstrafenregelung im Generalunternehmervertrag vom BGH wie schon vom OLG Düsseldorf für unwirksam gehalten wird. Aufgrund der unwirksamen Vertragsstrafe im Generalunternehmervertrag entsteht der Generalunternehmerin kein Schaden, mit dem sie gegenüber dem Werklohn des NU aufrechnen kann. Die Vertragsstrafenregelung benachteiligt den Generalunternehmer nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen, da die Höchstgrenze der Vertragsstrafe auf den Zwischentermin auf 5 % der Gesamtauftragssumme begrenzt ist. Der BGH führt hierzu aus, dass die Höchstgrenze der Vertragsstrafe bei der bloßen Überschreitung eines Zwischentermins nicht den gleichen Betrag erreichen darf wie bei der Überschreitung des Fertigstellungstermins. Bei der Ermittlung der angemessenen Höchstgrenze der Vertragsstrafe sei nämlich einerseits das Interesse des AG an der Sanktionierung eines wichtigen Termins sowie das Interesse des AN an einem angemessenen Verhältnis zwischen Vertragsstrafe und dem Werklohn zu berücksichtigen. Der AG soll insbesondere nicht davon profitieren können, dass der AN noch Leistungen nach Erreichen des Zwischentermins erstellt, sondern so gestellt werden, wie er stünde, wenn der AN lediglich die Leistungen bis zum Zwischentermin erbringt. Das gilt auch dann, wenn die Einhaltung der Zwischenfrist für den AG eine höhere Bedeutung zukommen, als der Einhaltung des Fertigstellungstermins.

Mit dieser Entscheidung bleibt der BGH auf seiner bisherigen Linie die Vertragsstrafenregelungen nur in sehr engen Grenzen als wirksam anzusehen. Die Argumentation auch bei wesentlichen Zwischenterminen die Vertragsstrafenhöchstgrenze unterhalb der Höchstgrenze des Fertigstellungstermins festzulegen überzeugt indes nicht. Denn der AN erwirbt bei einem Gesamtauftrag eine einheitliche Vergütung. Der Abzug einer Vertragsstrafe in Höhe von 5 % ist daher entweder angemessen oder nicht angemessen. Die Begrenzung auf die Angemessenheit beim Fertigstellungstermin ist nicht nachvollziehbar. In Zukunft muss die Vertragsstrafe auf Zwischentermine auf den anteiligen Auftragswert bis zum Zwischentermin begrenzt werden. Durch die Unklarheit bei der Ermittlung des Wertes der Leistung bis zum Zwischentermin wird es in Zukunft sehr

schwierig sein, eine wirksame Vertragsstrafe auf Zwischentermine in AGB zu vereinbaren.

Rechtsanwältin Daniela Fiedler  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

### **3. Vertragsstrafe bei einvernehmlicher Verschiebung von Vertragsterminen**

**a) Ob die Vereinbarung einer Vertragsstrafe auch Bestand behält, wenn die Parteien einvernehmlich Vertragstermine ändern, hängt von der Formulierung der Vertragsstrafenregelung und von der Bedeutung der Terminverschiebung ab. Je gewichtiger die Terminverschiebung ist, umso weniger ist davon auszugehen, dass die Vertragsstrafenregelung Bestand behalten soll.**

**b) Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird hinfällig, wenn durch den AG bedingte Verzögerungen den Zeitplan völlig aus dem Takt bringen und den AN zu einer durchgreifenden Neuordnung des ganzen Zeitablaufs zwingen.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.04.2012 - 23 U 150/11

Der AG beauftragte den AN mit der Errichtung eines Rohbaus. Vertraglicher Fertigstellungstermin war der 31.05.2007. Die Parteien verschoben diesen Termin während der Bauausführung einvernehmlich auf den 30.06.2007, u. a. weil der AG im Mai 2007 die von ihm herzustellende Baugrube noch nicht ausgehoben hatte. Nach Fertigstellung der Rohbauarbeiten im August 2007 beansprucht der AN seinen Werklohn. Der AG rechnet gegen die Werklohnforderung mit einem Vertragsstrafenanspruch wegen der Überschreitung des neuen Fertigstellungstermins auf.

Das OLG Düsseldorf gibt der Werklohnklage des AN statt und versagt dem AG den zur Aufrechnung gestellten Vertragsstrafenanspruch. Nach Ansicht des Gerichts hat der AN durch die Überschreitung des neuen Fertigstellungstermins keine Vertragsstrafe verwirkt. Eine vertraglich vereinbarte Vertragsstrafe beziehe einvernehmlich verschobene Vertragstermine nur mit ein, wenn die Vertragsstrafenregelung nach ihrem Inhalt auch für verschobene Ver-

tragstermine gelten soll oder wenn im Zuge der Terminverschiebung gesondert vereinbart wird, dass die Vertragsstrafenregelung auch für den neuen Vertragstermin Bestand behält.

Ob eine Vertragsstrafenvereinbarung von vornherein einvernehmlich verschobene Vertragstermine mitberücksichtigt, hängt nach Ansicht des Gerichts von der Formulierung der Vertragsstrafenregelung im Einzelfall und von der Bedeutung der Terminverschiebung ab. Enthält der Vertrag insoweit keine ausdrückliche Regelung, werde eine Vertragsstrafenvereinbarung insgesamt hinfällig, wenn vom AG verursachte Verzögerungen den Zeitplan völlig aus dem Takt bringen und den AN zu einer durchgreifenden Neuordnung des Bauablaufs zwingen.

Beide Voraussetzungen waren nach Ansicht des Gerichts erfüllt. Der AG habe u. a. die Baugrube nicht rechtzeitig ausgehoben und den AN zu einer erheblichen Verschiebung der Leistungserbringung gezwungen. Der Zeitplan sei hierdurch so stark aus dem Takt geraten, dass die Vertragsstrafenregelung nur dann für den neuen Fertigstellungstermin gegolten hätte, wenn das im Zuge der Verschiebung ausdrücklich und einvernehmlich vereinbart worden wäre. Da eine solche Vereinbarung fehlte, war der neue Fertigstellungstermin nicht Vertragsstrafenbewehrt. Trotz der Überschreitung des neuen Fertigstellungstermins standen dem AG keine Vertragsstrafenansprüche zu.

Bei der einvernehmlichen Verschiebung eines strafbewehrten Vertragstermins ist es aus Sicht des AG empfehlenswert, die Fortgeltung der Vertragsstrafenregelung für den neuen Vertragstermin ausdrücklich zu vereinbaren. Das gilt unabhängig vom Umfang der Verschiebung. Im Konfliktfall kann eine solche Vereinbarung Meinungsverschiedenheiten über die Anwendbarkeit der Vertragsstrafenregelung auf den neuen Vertragstermin verhindern.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

#### **4. Generalübernehmer: HOAI ist nicht Abrechnungsgrundlage für seine Architekten- und Ingenieurleistungen**

**Die Vorschriften der HOAI sind grundsätzlich nicht auf solche Architekten- oder Ingenieurleistungen anwendbar, die der Unternehmer neben oder zusammen mit Bauleistungen zu erbringen hat.**

OLG Frankfurt, Urteil vom 13.03.2012 - 5 U 116/10

Das OLG Frankfurt hat in seinem Urteil zu der - immer wieder in der Praxis auftretenden - Frage Stellung genommen, ob ein Generalunternehmer, der neben Bauleistungen auch Planungsleistungen erbringt (und der deshalb auch Generalübernehmer genannt wird), letztere nach den Vorschriften der HOAI abrechnen darf.

Dem Urteil lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Bauherr beauftragte einen Unternehmer (AN) mit Generalübernehmerleistungen für den Umbau eines Industriegebäudes zu einem Pauschalpreis für sämtliche Planungs-, Bauausführungs- und Überwachungsleistungen von € 2,8 Mio. netto. Schließlich rechnet der AN einen wesentlich höheren Betrag ab. In seiner Schlussrechnung bewertet er insbesondere die erbrachten Architekten- und Ingenieurleistungen (Leistungsbilder Objektplanung, Tragwerksplanung, TGA, thermische Bauphysik sowie Bau- und Raumakustik) zu einem Honorar nach den Mindestsätzen der HOAI. Er vertritt die Auffassung, nach den Mindestsätzen der HOAI abrechnen zu dürfen, obwohl er neben den Planungsleistungen auch mit Bauleistungen beauftragt wurde, er das Projekt also nicht als Generalplaner (der nur Planungsleistungen erbringt), sondern auch als Generalunternehmer (der Bauleistungen erbringt), mithin als Generalübernehmer abgewickelt hat.

Das OLG Frankfurt hat dem Anspruch auf Vergütung der Architekten- und Ingenieurleistungen nach der HOAI nicht stattgegeben. Das sei nur möglich, wenn die Parteien die Abrechnung der Planungsleistungen des Generalübernehmers nach HOAI vereinbart hätten. Es bezieht sich dabei auf die Rechtsprechung

des BGH, wonach die HOAI auf Anbieter, die (wie hier der AN) neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Architekten- oder Ingenieurleistungen zu erbringen haben, grundsätzlich nicht anzuwenden ist (BGH, IBR 1997, 286).

Der BGH hatte in diesem Urteil (vom 22.05.1997 - VII ZR 290/95; BauR 1997, 677) ausgeführt:

*„1. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind aufgrund der für ihren Geltungsbereich maßgeblichen Ermächtigungsgrundlage des Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG auf natürliche und juristische Personen unter der Voraussetzung anwendbar, dass sie Architekten- und Ingenieurleistungen erbringen, die in der HOAI beschrieben sind.*

*2. Sie sind nicht anwendbar auf Anbieter, die neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Architekten- oder Ingenieurleistungen erbringen.“*

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

#### **5. Das Ende von § 8 Abs. 2 VOB/B (?)**

**Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, sind unwirksam.**

BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11

Die Klägerin ist eine Energieversorgerin. Sie hatte mit einem Unternehmen (nachfolgend: Schuldner) einen Vertrag über die Lieferung elektrischer Energie geschlossen. Der Vertrag hatte zunächst eine Laufzeit von einem Jahr und sollte sich jeweils um weitere zwölf Monate verlängern, wenn er nicht drei Monate vor Vertragsablauf von einer der Parteien gekündigt wird. Dieser Vertrag enthielt zudem folgende Klausel:

*„Der Vertrag endet auch ohne Kündigung automatisch, wenn der Kunde einen Insolvenzantrag stellt oder aufgrund eines Gläubigerantra-*

*ges das vorläufige Insolvenzverfahren eingeleitet oder eröffnet wird.“*

Ende 2004 wurde der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin bestellt. In der Folge stritten sich die Parteien darüber, ob der ursprüngliche Vertrag wegen der zitierten Klausel bereits beendet war oder ob der Vertrag fortbestand mit der Folge, dass die Klägerin den Schuldner auch während des vorläufigen Insolvenzverfahrens mit elektrischer Energie zu den ursprünglich vereinbarten Konditionen beliefern muss.

Sowohl das Landgericht als auch das Berufungsgericht (OLG Celle) hielten die zitierte Klausel für wirksam und kamen dem entsprechend zu dem Ergebnis, dass der Energielieferungsvertrag beendet war. Dies sieht der Bundesgerichtshof anders.

Er stellt klar, dass die zitierte Lösungsklausel für den Insolvenzfall unwirksam im Sinne von § 119 InsO ist, weil sie bereits im Voraus das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO ausschließt. Nach dieser Regelung kann ein Insolvenzverwalter (nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens) entscheiden, ob er einen von beiden Parteien noch nicht vollständig erfüllten Vertrag erfüllen möchte oder ob er stattdessen die Nichterfüllung wählt. Nach § 119 InsO sind Regelungen, durch die § 103 InsO abbedungen wird, unwirksam.

In der Rechtsprechung war die Wirksamkeit entsprechender Lösungsklauseln stets umstritten. Die wohl herrschende Auffassung sah eine Lösungsklausel nach dem obigen Muster zumindest solange als wirksam an, wie das (endgültige) Insolvenzverfahren nicht eröffnet war. Zur Begründung wurde angeführt, dass § 103 InsO erst im eröffneten Verfahren gilt.

Dem hat der BGH nun einen Riegel vorgegeben. Zur Begründung führt er aus, dass auch im Vorhinein die Rechte des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO nicht eingeschränkt werden dürfen. So würde eine einseitige Lösungsmöglichkeit des Gläubigers von einem Vertrag bereits vor Insolvenzeröffnung die Sanierungsmöglichkeiten des Schuldners erschweren, was dem Willen des Gesetzgebers entgegen stehe.

Für die Praxis bedeutet dies, dass § 8 Abs. 2 VOB/B eine Regelung enthält, wonach ein AG einen (Bau)Vertrag kündigen kann, wenn ein zulässiger Insolvenzantrag über das Vermögen des AN gestellt wurde. Die obige BGH-Entscheidung bezog sich zwar nicht auf § 8 Abs. 2 VOB/B. Allerdings sind die Überlegungen des BGH auf diese Regelung vollumfänglich übertragbar. Durch diese Entscheidung ist die Rechtsunsicherheit, ob § 8 Abs. 2 VOB/B wirksam ist oder nicht, höher als je zuvor. Der IX. Zivilsenat, der die angesprochene Entscheidung gefällt hat, ist für das Insolvenzrecht zuständig und möglicherweise etwas "insolvenzverwalterfreundlicher" als der VII. Zivilsenat, der möglicherweise einmal über die Wirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B entscheiden könnte. Ob der VII. Senat dann jedoch von dieser Entscheidung abweichen wird, ist mehr als fraglich. Zudem ist es durchaus möglich, dass auch der IX. Zivilsenat selbst einmal über die Wirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B zu entscheiden haben wird.

Es dürfte daher nur noch eine Frage der Zeit sein, bis die Rechtsunsicherheit dadurch aufgelöst wird, dass § 8 Abs. 2 VOB/B ersatzlos gestrichen wird. Für die Übergangszeit muss jedem Bauherrn ausdrücklich empfohlen werden, eine etwaige Kündigung keinesfalls mehr (nur) auf § 8 Abs. 2 VOB/B zu stützen, da die Wirksamkeit einer solchen Kündigung mehr als fraglich sein dürfte.

Rechtsanwalt Karsten Wagner  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **6. Verpflichtung des Verkäufers zum Ausbau, Abtransport und Wiedereinbau?**

**a) § 439 I Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Nacherfüllungsvariante "Lieferung einer mangelfreien Sache" neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst.**

**b) Diese richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kauf-**

## **verträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.**

BGH, Urteil vom 17.10.2012 – VIII ZR 226/11

Die Klägerin kaufte bei der Beklagten Granulat zur Herstellung von Kunstrasenplätzen. Nach dem Einbau durch die Klägerin stellte sich heraus, dass das von der Beklagten gelieferte Granulat mangelhaft war. Die Beklagte lieferte kostenlos Ersatzgranulat, lehnte es aber ab, das mangelhafte Granulat auszubauen und das Ersatzgranulat einzubauen. Daraufhin ließ die Klägerin die Arbeiten durch ein anderes Unternehmen durchführen und verlangt nun von der Beklagten Ersatz der hierdurch entstandenen Kosten.

Der BGH lehnt den Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Ausbau-, Einbau- und Entsorgungskosten ab. Zwar sind die Voraussetzungen für den Nacherfüllungsanspruch (§ 439 Abs. 1 BGB) erfüllt. Der Käufer kann danach nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung mangelfreien Materials verlangen. Die Beklagte ist jedoch der Forderung nach Lieferung mangelfreien Materials nachgekommen und hat somit ihre Pflicht zur Nacherfüllung erfüllt. Die Aus- und Einbaukosten muss die Beklagte nur übernehmen, wenn der Käufer ein „Verbraucher“ ist, nicht jedoch bei Verträgen zwischen Unternehmern. Denn der Aus- und Wiedereinbau wird vom Nacherfüllungsanspruch dann nicht umfasst, wenn es sich bei dem Vertrag nicht um einen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 BGB) handelt, sondern um einen Kaufvertrag im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern oder im privaten Bereich zwischen Verbrauchern.

Der BGH stellt damit klar, dass die vom Europäischen Gerichtshof entschiedene umfassende Verpflichtung zum Ausbau der mangelhaften Sache, Einbau einer mangelfreien Sache und Abtransport, nur für einen Verbrauchsgüterkauf gilt. Das EU-Gemeinschaftsrecht regelt ausschließlich den Verbrauchsgüterkauf, so dass außerhalb von Verbrauchsgüterverträgen keine weitergehende Verpflichtung besteht. Eine weitergehende Verpflichtung dahingehend, dass aus der Nacherfüllungspflicht generell diese Pflichten bei jedem Vertrag Anwendung finden, folgt hieraus nicht. Dies gilt

auch dann, wenn der gewerbliche Käufer statt Neulieferung die Beseitigung des Mangels verlangt (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB). Der Verkäufer kann allenfalls bei einem Kaufvertrag im geschäftlichen Verkehr für die Ausbau-, Einbau- und Entsorgungskosten unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes (§ 280 Abs. 1 BGB) haften, wenn ihn am aufgetretenen Mangel ein Verschulden trifft (BGH, Urteil vom 15.07.2008 – VIII ZR 211/07).

Rechtsanwältin Esther Maria Czasch

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

### **1. Anknüpfung der Vertragsstrafe an die Schlussrechnungssumme in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig**

- a) Eine Vereinbarung, bei der die Bemessung der Vertragsstrafe an den „Nettobetrag der Schlussrechnungssumme“ anknüpft, verstößt nicht gegen das Transparenzgebot. Die vereinbarte Vertragsstrafe mit einem Tagessatz von 0,1 % und einer Obergrenze von 5 % der Schlussrechnungssumme ist unbedenklich. Auch wenn die Obergrenze von 5 % der Baumaßnahmen zu absolut außerordentlich hohen Vertragsstrafen führt, bedingt dies nicht eine unangemessene Benachteiligung, denn bei Großbauvorhaben sind sowohl die Umsatz- und Gewinnerwartung des AN als auch der Druckmittelbedarf und ein möglicher Schaden des AG bei Verzögerungen besonders, so dass die Relation gewahrt bleibt.
- b) Die Anknüpfung der Vertragsstrafe an die Schlussrechnungssumme ist unbedenklich.

OLG Köln, Urteil vom 23.12.2011 - 19 U 24/11

### **2. Sicherungsabrede bei Ausschluss von § 770 Abs. 2 BGB unwirksam**

Die Vereinbarung eines Gewährleistungseinhalts von 5 % der Auftragssumme in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des AG, den der AN nur durch eine Gewährleistungsbürg-

schaft ablösen kann, in der der Bürge unter anderem auf die Einrede der Aufrechnung verzichten muss, ohne dass eine Einschränkung des Verzichts, dass dieser unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen nicht umfasse, gemacht wird, ist insgesamt unwirksam.

OLG Frankfurt, Urteil vom 27.09.2012 - 5 U 7/12

### **3. Nicht beauftragter Sachverständiger erhält keine Vergütung**

Überträgt der vom Gericht ernannte Sachverständige den Auftrag unbefugt auf einen anderen, erhält dieser für das von ihm erstattete Gutachten keine Vergütung. Das ist nicht dadurch in Frage gestellt, dass der ernannte Sachverständige sich bereit erklärt, das Gutachten durch nachträgliche Unterzeichnung mitzutragen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 14.11.2012 - 14 W 621/12

### **4. Der Auftragnehmer kann die Art und Weise der Nacherfüllung selber wählen**

Der AG kann dem AN nicht vorschreiben, wie er die nach Erfüllung leistet. Der AN kann die Art und Weise der Nacherfüllung, wie die Vorschrift des § 635 Abs. 1 BGB zeigt, selber wählen.

OLG Celle, Urteil vom 17.03.2011 - 6 U 125/10

### **5. Hinweispflicht des Architekten bei Vertragsstrafenvorbehalt**

Ist dem Architekten bekannt, dass die Parteien des Bauvertrages eine Vertragsstrafenabrede getroffen haben oder hätte ihm dies bekannt sein müssen, gehört es zu seinen Beratungs- und Betreuungspflichten, durch nachdrückliche Hinweise an den Bauherrn sicherzustellen, dass bei einer förmlichen Abnahme der erforderliche Vertragsstrafenvorbehalt nicht versehentlich unterbleibt, es sei denn, der AG be-

sitzt selbst genügende Sachkenntnis oder ist sachkundig beraten.

OLG Bremen, Urteil vom 06.12.2012 - 3 U 16/11

### **6. Leistungsphase 2 keine Akquise!**

Die Grenze zwischen Akquisition und Vertrag ist spätestens mit der Erbringung von Leistungen, die der Leistungsphase 2 der HOAI zuzuordnen sind, überschritten.

BGH, Beschluss vom 22.11.2012 - VII ZR 51/11

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

## **III. Vergaberecht**

### **Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren als Bieter und Nachunternehmer**

**Allein der Umstand, dass ein Bieter ein eigenes Angebot einreicht und zugleich bei einem anderen Angebot als Nachunternehmer eingesetzt werden soll, genügt (von Ausnahmekonstellationen abgesehen) nicht, um daraus die für einen Angebotsausschluss erforderliche Kenntnis der Bieter vom Inhalt des jeweils anderen Angebots und damit einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb schlussfolgern zu können. Dazu müssen weitere Tatsachen hinzukommen, die nach Art und Umfang des Nachunternehmereinsatzes sowie mit Rücksicht auf die Begleitumstände eine Kenntnis von dem zu der Ausschreibung abgegebenen Konkurrenzangebot annehmen lassen.**

2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 30.11.2012 - VK 2-131/12; OLG Naumburg, Beschluss vom 02.08.2012 - 2 Verg 3/12

In einem Vergabenaachprüfungsverfahren vor der 2. Vergabekammer des Bundes und in einem Beschwerdeverfahren vor dem OLG Naumburg hatten unterlegene Bieter die gleichzeitige Teilnahme der obsiegenden Bieter mit einem eigenen Angebot und als NU eines weiteren Bieters gerügt. Wegen der aus



ihrer Sicht unzulässigen Mehrfachbeteiligung forderten sie den Ausschluss der obsiegenden Bieter vom Vergabeverfahren.

Ausgangspunkt für die Frage der Zulässigkeit einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren als Bieter und NU ist der Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB und das daraus abgeleitete Gebot des Geheimwettbewerbs. Danach ist ein Bieter zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er bei Angebotserstellung Kenntnis vom Inhalt eines Konkurrenzangebotes hat (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A).

Die 2. Vergabekammer des Bundes und das OLG Naumburg haben - nahezu wortgleich - die bisherige Linie der Gerichte und Vergabekammern bestätigt. Eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und NU eines weiteren Bieters verstößt danach grundsätzlich nicht gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs. Diese Mehrfachbeteiligung führt nicht zum zwingenden Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren.

Unzulässig ist die gleichzeitige Beteiligung eines Bieters B<sub>1</sub> mit einem eigenen Angebot und als NU des Bieters B<sub>2</sub> jedoch, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass B<sub>1</sub> Kenntnis vom Inhalt des Hauptangebotes von B<sub>2</sub> hat. Das kann bspw. der Fall sein, wenn die Nachunternehmerleistung von B<sub>1</sub> wesentlicher Inhalt des Angebotes von B<sub>2</sub> ist und B<sub>2</sub> selbst nur Steuerungsleistungen erbringt.

In einer Entscheidung aus 2005 hielt die Vergabekammer Hamburg die Mehrfachbeteiligung eines Bieters B<sub>1</sub> als Bieter und NU für unzulässig, wenn das NU-Angebot von B<sub>1</sub> 90% des Angebotes von B<sub>2</sub> umfasst. In diesen Fällen ist die Mehrfachbeteiligung nur ausnahmsweise zulässig, wenn B<sub>2</sub> trotz des NU-Angebotes von B<sub>1</sub> einen eigenen Gestaltungsspielraum bei der Angebotslegung nachweisen kann.

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit der Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren als Bieter und NU eines Konkurrenzangebotes ist es ratsam, vor der Abgabe des NU-Angebotes zu prüfen, welchen Anteil vom konkurrierenden Angebot die Nachunternehmerleistung umfasst und ob der Bieter noch einen eigenen Gestal-

tungsspielraum bei der Angebotslegung hat. Erbringt der konkurrierende Bieter neben dem Nachunternehmeranteil kaum eigene Leistungen und hat er keinen relevanten Gestaltungsspielraum, sollte von der Abgabe eines NU-Angebotes abgesehen werden. Andernfalls droht der vollständige Ausschluss vom Vergabeverfahren.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

#### **IV. Leitsätze zum Vergaberecht**

##### **1. Budgetüberschreitung als Aufhebungsgrund**

Wann die Aufhebung einer Ausschreibung wegen „deutlicher“ Überschreitung des vertretbar geschätzten Auftragswerts rechtmäßig ist, ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, dass einerseits den öffentlichen Auftraggebern nicht das Risiko einer deutlich überholten Preisbildung zugewiesen werden, die Aufhebung andererseits aber auch kein Instrument zur Korrektur der in Ausschreibungen erzielten Submissionsergebnisse sein darf.

BGH, Urteil vom 20.11.2012 - X ZR 108/10

##### **2. Zur Auftragswertermittlung bei der Ausschreibung von Bau- und Planungsleistungen**

Werden für ein Bauvorhaben nicht nur die Bauleistung, sondern in einem gewissen Umfang auch Planungsleistungen ausdrücklich ausgeschrieben, sind diese bei der Schätzung des Gesamtauftragswertes zu berücksichtigen.

OLG München, Beschluss vom 31.10.2012 - Verg 19/12

##### **3. Angebotswertung und Transparenzgebot**

Gemäß § 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 und 5 VOF ist der AG verpflichtet, mit der Aufgabenbeschreibung oder bereits innerhalb der Vergabebekanntmachung die Zuschlagskriterien und Un-

terkriterien anzugeben, die er anzuwenden gedenkt. Diese müssen in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung konkret und präzise benannt werden. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, sind sowohl das System der Angebotswertung als auch die tatsächlich praktizierte Wertung vollständig intransparent.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.10.2012 - Verg 1/12

#### **4. Fehlerhafte Eintragungen fallen nicht unter § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A**

Gibt ein unter einer Einzelfirma handelnder Bieter die Umsätze der Firmengruppe, nicht die der Einzelfirma an, liegt hierin eine unrichtige eigene Erklärung, und keine fehlende Angabe/Unterlage im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Diese Vorschrift betrifft einzig die formale Vervollständigung der mit Angebotsabgabe geforderten Belege, weshalb fehlerhafte Eintragungen nicht nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nachgereicht werden können.

VK Brandenburg, Beschluss vom 24.08.2012 - VK 25/12

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

#### **V. Verwaltungsrecht**

##### **Beseitigungsklage wegen Abstandsflächenüberschreitung**

**a) Baut ein Bauherr unter Verletzung der Abstandsflächen, so hat der Nachbar Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, es sei denn er hat auf diese wirksam verzichtet.**

**b) Erklärt sich ein Grundstückseigentümer in einem gerichtlichen Vergleich mit der Inanspruchnahme seines Grundstücks (hier: Bagerät abstellen, mit Baufahrzeugen befahren und vorübergehende Eingrabungen) zur Durchführung von Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück bereit, bedeutet dies nicht, dass er auch mit dem Bau an sich einverstanden ist. Das Gleiche gilt, wenn**

**der bauende Grundstückseigentümer seinem Nachbarn im selben Vergleich zusichert, er werde nicht auf seine Grundstücke überbauen.**

**c) Es liegt auch kein Einverständnis mit den Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück vor, wenn der betroffene Nachbar Mitteilungen des Bauherrn über den Baufortschritt nur passiv hinnimmt.**

OLG Bamberg, Urteil vom 04.12.2000 - 5 U 29/12

In der Entscheidung des OLG Bamberg geht es um einen Grundstückseigentümer, der unmittelbar an der Grenze zu seinem Nachbarn gebaut hat. Die Baubehörde hatte das Vorhaben genehmigt, indem sie eine Abweichung von den bauordnungsrechtlichen Abstandbestimmungen gewährte. Hiergegen hatte der Nachbar Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht erhoben. Außergerichtlich einigten sich die Parteien darauf, dass das Grundstück des Nachbarn für die Bauarbeiten in Anspruch genommen werden dürfe. Kurz nach Fertigstellung hat das Verwaltungsgericht die Baugenehmigung aufgehoben. Der Nachbar nahm das zum Anlass, den Grundstückseigentümer auf Rückbau seines Gebäudes zu verklagen. Mit Erfolg:

In dem Urteil führt das OLG aus, dass die Aufhebung der Baugenehmigung sowie der in ihr enthaltenen Befreiung von den Abstandsflächenvorschriften dazu führe, dass das Bauvorhaben nun gegen Abstandsflächenrecht verstoße. Aus § 823 Abs. 2 i. V. m. § 1004 BGB habe der Nachbar einen verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch gegen den Bauherrn. Der zwischenzeitliche Vergleich über die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks für Baumaßnahmen helfe dem Bauherren nicht. Denn die Vereinbarungen sollten ausdrücklich keine nachbarrechtliche Zustimmung zu dem Bauvorhaben darstellen. Der Beseitigungsanspruch des Nachbarn sei zudem nicht verjährt. Denn er sei erst mit der Aufhebung der Baugenehmigung entstanden. Der Bauherr könne sich auch nicht darauf berufen, dass die Beseitigung des Gebäudes einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere (§ 275 Abs. 2 BGB). Denn der Bauherr habe von der Anfechtungsklage des Nachbarn ge-

wusst und die Baugenehmigung auf eigenes Risiko ausgenutzt.

Die Entscheidung des OLG hängt damit zusammen, dass Rechtsmittel gegen Baugenehmigungen keine aufschiebende Wirkung entfalten (§ 212a BauGB). Das kann insbesondere dann zu einem bösen Erwachen führen, wenn eine Baugenehmigung unter Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften - wie diejenigen des Abstandsflächenrechts - erteilt wird. Zwar darf der Bauherr dann trotz eines Nachbarwiderspruchs oder einer Anfechtungsklage mit dem Bau beginnen, falls der Nachbar keinen einstweiligen Rechtsschutz in Form eines Baustopps beantragt oder zugesprochen bekommen hat. Führt die Anfechtung der Baugenehmigung durch den Nachbar aber später (oft erst nach Jahren) zum Erfolg, wird dem Vorhaben seine öffentlich-rechtliche Grundlage nachträglich wieder genommen. Ein Bauwerk, das im Vertrauen auf den Bestand der Baugenehmigung errichtet wurde, muss dann auf ein entsprechendes Beseitigungsverlangen des Nachbarn wieder abgebrochen werden.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

## VI. Mietrecht

### **Formularmäßige Übertragung der Kosten des „Centermanagers“ auf den Mieter ist unwirksam!**

**Die formularmäßig vereinbarte Klausel eines Mietvertrags über Geschäftsräume, die dem Mieter eines in einem Einkaufszentrum gelegenen Ladenlokals als Nebenkosten nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des „Centermanagers“ auferlegt, ist intransparent und daher unwirksam; Die Wirksamkeit einer daneben ausdrücklich vereinbarten Übertragung von „Kosten der Verwaltung“ wird dadurch allerdings nicht berührt.**

BGH Urteil vom 26.09.12 - XII ZR 112/10

Die Parteien sind durch einen Formularmietvertrag über ein Ladenlokal in einem Einkaufszentrum miteinander verbunden. Im Streit wa-

ren zwischen den Parteien die Betriebskostenabrechnungen für drei Wirtschaftsjahre. Dabei war insbesondere folgender Passus des Mietvertrages zu den Nebenkosten in Frage gestellt: *„Nebenkosten werden in ihrer tatsächlich nachgewiesenen Höhe ohne Beschränkung auf die in der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung (Anm.: entspricht der heute geltenden Betriebskostenverordnung) aufgeführten Kosten auf die Mieter umgelegt. Insbesondere sind dies die Kosten für ... / Hausmeister, Betriebspersonal, Centermanager und Verwaltung...“*

Mit dem Urteil wurde unter Verweis auf bereits vorliegende Entscheidungen darauf erkannt, dass bei der Geschäftsraummieta die formularmäßig vereinbarte Übertragung nicht näher aufgeschlüsselter Kosten eines „Centermanagers“ auf den Mieter unwirksam ist, da es diesem Begriff an ausreichender Transparenz fehlt. In der Begründung wurde darauf abgestellt, dass zur Beschreibung des Tätigkeitsbereichs eines „Centermanagers“ weder DIN-Normen noch etwa allgemein anerkannte Richtlinien einer Berufsorganisation zur Verfügung stehen. Daneben konnte eine in der Immobilienwirtschaft anerkannte Übung, wie der Begriff des Centermanagers aufzufassen sei, anhand der Darlegung der Vermieterin nicht festgestellt werden. Auch aus sich heraus erlaubt der Begriff des Centermanagements keine Eingrenzung der damit inhaltlich verbundenen Einzelpositionen, weil etwa auch Aufwendungen für Marktanalysen, Ermittlung von Kundenwünschen, Werbe- und PR-Maßnahmen, Dekoration, Veranstaltungen sowie sonstige Profilierungsmaßnahmen davon erfasst sein können. Da die durch den Centermanager zu ergreifenden Maßnahmen sowie die damit einhergehenden Kosten für die Mieterin nicht einmal im Groben abgeschätzt werden können, ist die zitierte Klausel danach intransparent und unwirksam.

In der Entscheidung wurde ebenfalls unter Verweis auf bereits vorliegende Entscheidungen gegenübergestellt, dass in der Geschäftsraummieta der in den Formularklauseln verwendete Begriff der „Kosten der Verwaltung“ hinreichend bestimmt ist. Maßgeblich ist dabei, dass zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 26 Abs. 1 der II.

Berechnungsverordnung bzw. in § 1 Abs. 1 Nr. 1 BetrKV zurückgegriffen werden kann.

Im Gegensatz zu der zu überprüfenden Entscheidung des Berufungsgerichts hat der BGH eine Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Formulklausel auch nicht daraus hergeleitet, dass darin dem Begriff „Verwaltung“ der - für sich genommen intransparente und damit unwirksame - Begriff des „Centermanagers“ an die Seite gestellt wurde. Nach der Entscheidung des BGH wird dadurch nicht die ganze Regelung, wonach die Kosten der Verwaltung und des Centermanagers auf den Mieter übertragen werden sollen unwirksam. Wenn, wie vorliegend, in einer Vertragsklausel der Begriff der „Verwaltung“ ausdrücklich neben dem Begriff des „Centermanagements“ Verwendung findet, bleibt die Übertragung der Verwaltungskosten mit dem durch die zitierten Verordnungsdefinitionen ausgefüllten Inhalt wirksam.

Es mag zwar im ersten Moment überraschend erscheinen, dass in einem Mietvertrag der Begriff der Verwaltung als hinreichend transparent und damit die hieraus folgenden Kosten umlagefähig sind, demgegenüber der Begriff des Centermanagers als intransparent und damit unwirksam anzusehen ist.

Allerdings stellt der BGH in der jüngeren Rechtsprechung zum einen darauf ab, dass der Begriff der Verwaltungskosten hinlänglich definiert ist und im Übrigen der Vermieter auch im Hinblick auf die Verwaltungskosten entsprechend dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verfahren muss. Demgegenüber ist zutreffend, dass die Kosten des Centermanagers bislang in keiner Weise klar definiert sind und dementsprechend sich, soweit sie ohne nähere Definition umlagefähig wären, auch weitreichende Kosten aus einer solchen Vereinbarung zu Lasten des Mieters ergeben würden. Bei der Prüfung von Betriebskostenabrechnungen für gewerbliche Objekte ist mit beiden Begriffen also differenzierend zu verfahren.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## VII. Leitsätze zum Mietrecht

### 1. Mietänderung bei Wegfall des vereinbarten Index?

- a) Haben die Parteien eines Gewerberaummietvertrages vereinbart, dass bei einer bestimmten prozentualen Veränderung des „Lebenshaltungskostenindex eines 4 - Personen - Arbeitnehmerhaushaltes der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland“ die Miete zu ändern ist, entsteht durch den Wegfall dieses Index eine Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden muss (im Anschluss an Senatsurteil vom 4.3.2009 – XII ZR 141/07).
- b) Jedenfalls wenn der der Anpassung zu Grunde liegende Zeitraum ab dem 1.1.2000 beginnt, entspricht es dem Interesse der Vertragsparteien, für die automatische Anpassung der Miethöhe auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex bereits ab dem Basisjahr 2000 abzustellen (im Anschluss an das Senatsurteil vom 4.3.2009 - XII ZR 141/07).

BGH, Urteil vom 07.11.2012 - XII ZR 41/11

### 2. Keine Pflicht des Vermieters zur Herausgabe von Sachverständigengutachten

Dem Mieter steht gegenüber dem Vermieter weder ein Herausgabe- noch ein Auskunftsanspruch über die Ergebnisse einer von dem Vermieter auf seine Kosten wegen Schimmelbefalls in der Mietwohnung durchgeführten so genannten Klimamessung zu.

AG Bad Segeberg, Urteil vom 07.06.2012 - 17 C 21/12

### 3. Einschränkung der Mietminderung im Gewerberaummietvertrag

In einem Gewerberaummietvertrag kann das Mietminderungsrecht des gewerblichen Mieters - im Gegensatz zum Wohnraummietrecht - grundsätzlich auch formularmäßig eingeschränkt werden.

OLG Köln, Beschluss vom 13.08.2012 - 1 U 49/12

#### **4. Welcher Wärmeschutz ist ohne ausdrückliche Vereinbarung geschuldet?**

Fehlt zur Beschaffenheit der Mietsache (hier: Wärmeschutz) eine ausdrückliche Parteiabrede, so ist jedenfalls die Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei der Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 12.09.2012 - 3 U 100/09

#### **5. Zigarettenrauch vom Nachbarbalkon kann Mietmangel sein**

- a) Kommt es wegen rauchender Nachbarn zu einem Raucheinzug in die Mietwohnung, kann dies je nach dem konkreten Rauchverhalten eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung sein, bei der eine Mietminderung in Höhe von 5% angemessen ist.
- b) Eine Minderung bei rauchenden Mietern umliegender Wohnungen ist nicht schlechterdings ausgeschlossen, auch wenn der Vermieter den Mangel wegen fehlender Einwirkungsmöglichkeiten auf den Nachbarn nicht beheben kann.

LG Hamburg, Urteil vom 15.06.2012 - 311 S 92/10

Rechtsanwältin Dr. Susanne Lösch

### **VIII. Arbeitsrecht**

#### **1. Zustimmung bei Kündigung einer Vertrauensperson von schwerbehinderten Menschen**

**Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer Vertrauensperson von schwerbehinderten Menschen bedarf der Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats. Einer Zu-**

**stimmung der Schwerbehindertenvertretung bedarf es nicht.**

BAG vom 19.07.2012 - 2 AZR 989/11

Der Kläger war Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen im Betrieb und selbst mit 70% in der Erwerbsfähigkeit gemindert. Ein Mitarbeiter des Unternehmens führte im August 2006 mit dem Kläger ein Personalgespräch. Der Kläger zeichnete das Gespräch ohne Einwilligung seines Gesprächspartners auf. Zwei weitere Personalgespräche hatte der Kläger ebenfalls heimlich aufgezeichnet. Im Rahmen eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens im Jahre 2010 wurde dem Arbeitgeber der Sachverhalt hinsichtlich des unberechtigten Mitschnittes von Gesprächen bekannt. Der Arbeitgeber beantragte daraufhin beim Personalrat die Zustimmung zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Klägers. Der Personalrat erteilte diese Zustimmung, ebenso das zuständige Integrationsamt. Dem Kläger wurde daraufhin fristlos gekündigt.

Daraufhin erhob der Kläger Kündigungsschutzklage.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht wiesen die Klage zurück.

Das BAG hat die vom Kläger eingelegte Revision ebenfalls zurückgewiesen.

Das Verhalten des Klägers erfüllt den Straftatbestand des § 201 StGB (Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes). Dies ist an sich ein Sachverhalt, der einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung i.S.v. § 626 BGB rechtfertigt.

Das BAG führte aus, dass es allerdings nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung ankomme, sondern auf die mit dem Verhalten des Klägers verbundene Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers (§ 241 Abs. 2 BGB). Der Arbeitgeber habe seine Mitarbeiter auch bei der Ausübung ihrer Tätigkeit im Hinblick auf die Vertraulichkeit des Wortes zu schützen. Deshalb darf das nicht öffentlich gesprochene Wort auch nicht heimlich mitgeschnitten werden.

Die außerordentliche Kündigung des Klägers bedurfte nicht gemäß § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX der Zustimmung der Schwerbehindertenvertretung. Nach dieser Regelung besitzen die Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Menschen gegenüber dem Arbeitgeber zwar die gleiche persönliche Rechtstellung wie Mitglieder des Betriebs- oder Personalrates. Dies bedeute aber nur, dass die Vorschriften der §§ 15 KSchG, 103 BetrVG anzuwenden sind, d.h. die Kündigung einer Vertrauensperson ist nur aus wichtigem Grund und nur mit Zustimmung des Betriebs- oder Personalrates möglich. Ein Zustimmungserfordernis in Bezug auf die Schwerbehindertenvertretung besteht dagegen nach Ansicht des BAG nicht.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **2. Bestandsschutzklage umfasst auch Vergütungsansprüche**

**Ein Arbeitnehmer, der eine Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage erhebt, macht mit dieser Erhebung zugleich die vom Ausgang des Verfahrens abhängigen Vergütungsansprüche gerichtlich geltend und wahrt damit auch eine tarifliche Ausschlussfrist.**

BAG, Urteil vom 19.09.2012 - 5 AZR 627/11

In einem Arbeitsvertrag wurde vereinbart, dass für das Arbeitsverhältnis die tariflichen Bestimmungen gelten. Im Rahmentarifvertrag heißt es hinsichtlich der Geltendmachung von Ansprüchen:

*„Werden die Ansprüche abgelehnt, so verfallen sie, wenn sie nicht innerhalb von 2 Monaten nach der Ablehnung gerichtlich geltend gemacht werden.“*

Das Arbeitsverhältnis der Parteien war befristet. Nach Ende der Befristung erhob der Kläger Befristungskontrollklage und machte die Unwirksamkeit der Befristung geltend. Das Arbeitsgericht stellte rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der Befristung beendet wurde. Ab dem 01.10.2008 wickelten die Parteien das Arbeitsverhältnis vertragsgemäß ab. Der Kläger

machte jedoch zusätzlich Vergütungsansprüche für die Zeit vom 01.02. - 30.09.2008 geltend. Die Beklagte berief sich auf die tarifliche Ausschlussfrist.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht hatten die Klage abgewiesen.

Entgegen den Vorinstanzen war das BAG der Auffassung, dass die Vergütungsansprüche des Klägers nicht verfallen sind. Die Verfallklausel im Rahmentarifvertrag sei dahingehend auszulegen, dass mit Erhebung einer Bestandsschutzklage (Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage) die davon abhängigen Ansprüche wegen Annahmeverzuges gerichtlich geltend gemacht sind. Der Kläger wahrte mit seiner Befristungskontrollklage bereits die erste Stufe der tariflichen Ausschlussfrist, ohne dass er diese konkret beziffern musste. Mit einer Bestandsschutzklage strebe der Arbeitnehmer regelmäßig nicht nur die Erhaltung seines Arbeitsplatzes an, sondern will darüber hinaus auch Vergütungsansprüche wegen Annahmeverzuges geltend machen.

Es entsprach bisheriger Rechtsprechung des BAG, dass für die Wahrung der zweiten Stufe einer tariflichen Ausschlussfrist – d.h. nach Ablehnung durch den Arbeitgeber – regelmäßig die Erhebung einer bezifferten Klage erforderlich ist. Die Ablehnung durch den Arbeitgeber konnte auch darin bestehen, dass dieser im Rahmen einer Klageerwiderung die Klagabweisung beantragte. An dieser Rechtsprechung hält das Bundesarbeitsgericht nicht mehr fest, weil das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom 01.12.2010 entschieden hat, dass Arbeitnehmer in ihrem Grundrecht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes verletzt werden, wenn der Arbeitnehmer gezwungen wird, seine Ansprüche auf Vergütung wegen Annahmeverzuges einzuklagen, bevor die Bestandsstreitigkeit rechtskräftig abgeschlossen ist.

Nunmehr ist das BAG der Auffassung, dass der Arbeitgeber an der Ernsthaftigkeit der Geltendmachung von Vergütungsansprüchen nicht zweifeln kann, wenn der Arbeitnehmer eine entsprechende Bestandsschutzklage erhebt.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **IX. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Kündigungsschutz: Leiharbeiternehmer und Größe des Betriebs**

Nach § 23 Abs. 1 S 3 KSchG gilt das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31. Dezember 2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Bei der Berechnung der Betriebsgröße sind auch im Betrieb beschäftigte Leiharbeiternehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht. Dies gebietet eine an Sinn und Zweck orientierte Auslegung der gesetzlichen Bestimmung.

Der Kläger war seit Juli 2007 bei der Beklagten beschäftigt. Diese beschäftigte einschließlich des Klägers zehn eigene Arbeitnehmer. Im November 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien fristgerecht. Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger geltend gemacht, bei der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer seien auch die von der Beklagten eingesetzten Leiharbeiternehmer zu berücksichtigen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen, weil das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde. Die Revision des Klägers hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Es ist nicht auszuschließen, dass im Betrieb der Beklagten mehr als zehn Arbeitnehmer i. S. d. § 23 Abs. 1 S 3 KSchG beschäftigt waren. Der Berücksichtigung von Leiharbeiternehmern steht nicht schon entgegen, dass sie kein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber begründet haben. Die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes soll der dort häufig engen persönlichen Zusammenarbeit, ihrer zumeist geringen Finanzausstattung und dem Umstand Rechnung tragen, dass der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, die Inhaber kleinerer Betriebe typischerweise stärker belastet. Dies rechtfertigt keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder dem entliehener Arbeitnehmer beruht.

Der Senat hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Es steht noch nicht fest, ob die im Kündigungszeitpunkt im Betrieb tätigen Leiharbeiternehmer aufgrund eines regelmäßigen oder eines für den Betrieb „in der Regel“ nicht kennzeichnenden Geschäftsanfalls beschäftigt waren.

BAG, Urteil vom 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **2. Altersbedingte Diskriminierung eines Stellenbewerbers**

Sucht ein öffentlicher Arbeitgeber in einer an „Berufsanfänger“ gerichteten Stellenausschreibung für ein Traineeprogramm „Hochschulabsolventen/Young Professionals“ und lehnt er einen 36jährigen Bewerber mit Berufserfahrung bei einer Rechtschutzversicherung und als Rechtsanwalt ab, so ist dies ein Indiz für eine Benachteiligung dieses Bewerbers wegen seines Alters. Der Arbeitgeber trägt dann die Beweislast dafür, dass ein solcher Verstoß nicht vorgelegen hat. Er darf sich darauf berufen, dass der Bewerber aufgrund seiner im Vergleich zu den Mitbewerbern schlechteren Examensnoten nicht in die eigentliche Bewerberauswahl einbezogen worden ist.

Die Beklagte - eine öffentlich-rechtliche Krankenkassenträgerin - hatte Zeitungsinserate aufgegeben, in denen es u. a. heißt: „Die C. hat in den kommenden Jahren einen relevanten Bedarf an Nachwuchsführungskräften. Um diesen abzudecken, gibt es ein spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionals: Traineeprogramm an der C. Dabei sollen jährlich zunächst zwei Hochschulabsolventen rekrutiert und dem Programm „C“ zugeführt werden. Da es sich per definitionem um Berufsanfänger handelt, stehen neben den erworbenen Fähigkeiten vor allem die persönlichen Eigenschaften im Mittelpunkt.“

Der damals 36jährige Kläger, ein Volljurist mit mehrjähriger Berufserfahrung, erhielt auf seine Bewerbung eine Absage. Dies sah er als eine

Benachteiligung wegen seines Alters an und verlangte von der Beklagten eine Entschädigung. Die Beklagte bestritt eine solche Diskriminierung und machte geltend, sie habe eine Auswahl nach den Examensnoten getroffen und nur diejenigen Bewerber in Betracht gezogen, die Examensnoten von gut oder sehr gut aufgewiesen hätten. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Die Revision des Klägers hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts teilweise Erfolg. Die Stellenausschreibung, die sich an Hochschulabsolventen/Young Professionals und an Berufsanfänger richtet, begründet ein Indiz für eine Benachteiligung des abgelehnten Klägers wegen dessen Alters. Dieses Indiz könnte die Beklagte widerlegen, wenn sie nur die Bewerber mit den besten Examensnoten in

die Bewerberauswahl einbezogen hätte, weil sie als öffentliche Arbeitgeberin gemäß Art. 33 Abs. 2 GG Stellen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber zu besetzen hatte. Da der Kläger eine solche Bewerberauswahl durch die Beklagte bestritten hatte, war die Sache zur weiteren Sachaufklärung und erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

BAG, Urteil vom 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
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 März 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