

Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2013 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Kein Annahmeverzug des Bestellers bei unvorhergesehenen Witterungsbedingungen	2
2.	Leistungsverweigerungsrecht des GU gegenüber NU	2
3.	Nach „Mängelbeseitigung“: Merkantiler Minderwert – so wie beim reparierten „Unfallwagen“?	3
4.	Abnahme durch Erst-Verwalter im Bauträgervertrag unwirksam	4
5.	Geänderte Ergänzungsfragen sind zuzulassen!	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
III.	Vergaberecht	7
	Niedrigster Preis einziges Zuschlagskriterium und Nebenangebote	7
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	7
V.	Immobilienrecht	9
	Ausgleichsanspruch wegen Altlastensanierung trotz Gewährleistungsausschluss	9
VI.	Miet- und WEG-Recht	9
1.	Anforderungen an die Regelungen des Vertragsbeginns im Mietvertrag	9
2.	Zur ergänzenden Vertragsauslegung im Falle der Unwirksamkeit einer Befristung des Mietvertrags	10
3.	Wohnungseingangstüren sind Gemeinschaftseigentum	11
VII.	Leitsätze zum Miet- und WEG-Recht	12
VIII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13
IX.	Sonstiges	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. Kein Annahmeverzug des Bestellers bei unvorhergesehenen Witterungsbedingungen

a) § 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch. Er knüpft an die Obliegenheit des Bestellers an, bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken. Unterlässt der Besteller diese Mitwirkungshandlung und gerät er in Gläubigerverzug, kann dem Unternehmer über den Ersatz der Mehraufwendungen hinaus ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zustehen.

b) Es besteht keine Obliegenheit des Bestellers, dem Unternehmer ein für die Bauausführung auskömmliches Wetter zur Verfügung zu stellen. Der Besteller kommt deshalb nicht in Annahmeverzug, wenn der Unternehmer aufgrund unvorhergesehener Witterungsverhältnisse vorübergehend nicht leistungsfähig ist.

OLG Brandenburg, Urteil vom 26.06.2013 - 11 U 36/12

Der AN verlangt Mehrkosten für einen witterungsbedingten Stillstand seiner Leistung. Aufgrund außergewöhnlicher Frosttemperaturen und überdurchschnittlichen Schneemengen musste der AN in der Zeit von Januar bis März 2010 für insgesamt 9 Wochen seine Arbeiten auf der Baustelle einstellen. Die Bauzeit wurde daraufhin einvernehmlich von den Parteien verlängert. Eine Nachtragsforderung des AN für die Kosten der Vorhaltung der Baustelleneinrichtung, Personal etc. wurde vom AG abgelehnt. Diese Kosten macht der AN klageweise geltend.

Das Landgericht Cottbus hat die Klage abgewiesen. Dieses Urteil wurde vom OLG Brandenburg bestätigt. Nach Ansicht des OLG Brandenburg scheidet der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB schon deshalb aus, weil der AG während des schlechten Wetters nicht in den für einen Entschädigungsanspruch erforderlichen Annahmeverzug kommen konnte. Der Annahmeverzug setzt voraus, dass der AN seine Leistung

anbietet und leistungsfähig ist. Vorliegend fehlt es jedoch an der Leistungsfähigkeit des AN, da dieser aufgrund der außergewöhnlichen Witterungsbedingungen (Schnee/Frost) tatsächlich nicht leisten konnte. Es besteht auch keine Obliegenheit des AG zur Bereitstellung auskömmlichen Wetters während der Bauausführung, wodurch eine Mitwirkungshandlung begründet werden könnte.

Dieses Urteil zeigt, dass bei witterungsbedingten Verzögerungen zwar ein Entschädigungsanspruch gegen den AG bestehen kann. Entscheidend dürfte jedoch sein, ob aufgrund des Wetters eine weitere Mitwirkungshandlung des AG erforderlich ist. Eine solche Mitwirkungshandlung wurde für den Fall bejaht, als eine Baugrube aufgrund starker Regenfälle voll Wasser gelaufen ist. Der AG musste die Baugrube auspumpen und die Kosten des Stillstands gemäß § 642 BGB ersetzen. Wenn jedoch keine Mitwirkungshandlung des AG möglich ist, scheidet ein Anspruch nach § 642 BGB aus.

Um für den AN in solchen Fällen einen Anspruch begründen zu können, müsste eine vertragliche Regelung zur Risikoverteilung bei außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen getroffen werden.

Rechtsanwältin Leonie Bünk

2. Leistungsverweigerungsrecht des GU gegenüber NU unabhängig davon, ob der Bauherr die Mängel dem GU gegenüber geltend macht

Dem Hauptunternehmer steht das Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln der Werkleistung des Nachunternehmers grundsätzlich unabhängig davon zu, ob er die gleiche Leistung seinem Besteller versprochen und geleistet hat, und auch unabhängig davon, ob der Besteller ihm zustehende Ansprüche seinerseits geltend macht.

BGH, Urteil vom 01.08.2013 – VII ZR 75/11

Ein Nachunternehmer („NU“) wird von einem Generalunternehmer („GU“) in den Jahren 1998 und 1999 mit der Errichtung mehrerer

Häuser beauftragt. Diese wurden im Jahr 2000 von den Erwerbern übernommen und bezogen. Der Insolvenzverwalter des NU klagt gegen den GU Restwerklohn ein. Der GU macht ein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich des Hauses 2 wegen einer noch nicht fertig gestellten Pergola sowie hinsichtlich der übrigen Häuser wegen fehlender Abnahme aufgrund von Mängeln an der Kellerabdichtung geltend. Der NU wendet dagegen ein, der GU sei seinerseits wegen in diesem Verhältnis eingetretener Verjährung keinen entsprechenden Ansprüchen der Erwerber mehr ausgesetzt. Das Landgericht gab der Klage überwiegend statt. Das OLG verurteilte den GU hinsichtlich des auf Haus 2 entfallenden Werklohns nur Zug um Zug gegen Errichtung der Pergola und wies die Klage im Übrigen mangels Abnahme als derzeit unbegründet ab.

Der BGH bestätigt im Ergebnis das OLG. Dem Leistungsverweigerungsrecht des GU gemäß § 641 Abs. 3 BGB stehe nicht entgegen, dass er wegen Verjährung seinerseits nicht mehr vom Bauherrn in Anspruch genommen werden kann. Das Leistungsverweigerungsrecht ist Ausdruck der funktionalen Verknüpfung von Werkleistung und Vergütung. Müsste der GU den NU bezahlen, obwohl dessen Leistung mangelhaft und die Erfüllung oder Mängelbeseitigung noch möglich ist, würde damit der legitime Druck entfallen, den der GU durch Zurückhaltung der Vergütung auf den NU ausüben kann. Hierfür besteht kein Grund, zumal die Mängelbeseitigung dem Bauherrn zugute kommt, der letztlich die wirtschaftlichen Auswirkungen des Mangels trägt. In Letzterem sieht der BGH den entscheidenden Unterschied zu seiner Rechtsprechung zum Ausgleich des Schadens in einer werkvertraglichen Leistungskette, wonach dem GU nicht der auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichtete Schadensersatz zusteht, wenn feststeht, dass er seinerseits vom Bauherrn endgültig nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Dieser Schadensersatz verbliebe ansonsten beim GU, was der BGH als ungerichtfertige Bereicherung ansieht. Demgegenüber fließen in der vorliegenden Fallkonstellation dem GU im Ergebnis keine ungerichtfertigten Vorteile zu, weil durch die Mängelbeseitigung nicht der GU, sondern der Bauherr begünstigt wird.

Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass die vom BGH im vorliegenden Urteil aufgestellten Grundsätze nur dann gelten, wenn der Bauherr die Mängelbeseitigung noch zulässt. Denn anderenfalls ist dem NU die Nachbesserung unmöglich, weshalb der GU sie auch nicht mehr fordern kann.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Nach „Mängelbeseitigung“: Merkantiler Minderwert – so wie beim reparierten „Unfallwagen“?

Zur Schätzung eines Mindestbetrages für einen merkantilen Minderwert eines Gebäudes nach Beseitigung von Rissen im Innen- und Außenputz.

BGH, Urteil vom 06.12.2012 - VII ZR 84/10

Den Begriff „merkantiler Minderwert“ kenn wir fast alle. Allerdings bringen wir ihn normalerweise mit Autounfällen in Verbindung. Dort zahlen Versicherung oder Unfallverursacher nicht nur die Reparatur des Autos, sondern auch den Schaden, der entsteht, weil das Auto als „Unfallwagen“ selbst nach fachmännischer Reparatur weniger wert ist. Es wurde immer wieder von Anspruchsstellern versucht, diese Gedanken auch auf Mängel an Gebäuden zu übertragen.

Auf grundsätzlich offene Ohren stieß dieses Ansinnen in einem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH-Urteil vom 06.12.2012 - VII ZR 84/10). Beim zugrunde liegenden Sachverhalt zeigte sich ein Baumangel in Form von Putzrissen auf der Fassade. Es wurden dort zwar die Risse beseitigt, nicht aber deren Ursache. Diese war in Schwind- oder Setzprozessen begründet, die kurz nach Errichtung eines Bauwerks durchaus üblich sind, aber in der Regel mit der Zeit abklingen. Sind diese Prozesse nicht beendet, kann der Schaden also immer wieder auftreten. Im konkreten Fall konnte dieses Risiko neuer Risse nicht ausgeschlossen werden. Das hatte ein gerichtlich beauftragter Sachverständiger festgestellt. Das mindert - so nun der BGH - unter Umständen den Wert des Gebäudes. Wenn der Eigentümer seine Immobilie später einmal verkaufen

will, muss er den Käufer nämlich auf das Problem hinweisen (sonst verschweigt er „arglistig“ einen ihm bekannten Mangel und riskiert Schadensersatzansprüche des Erwerbers bis zur Rückabwicklung des Kaufs). Der Erwerber wiederum wird wegen des Mangels möglicherweise weniger bezahlen wollen. Der Eigentümer hätte den Schaden. Dies wird als der merkantile Minderwert der Immobilie bezeichnet.

Ein merkantiler Minderwert liegt vor, wenn nach erfolgter Mängelbeseitigung eine verringerte Verwertbarkeit gegeben ist, weil die maßgeblichen Verkehrskreise ein im Vergleich zur vertragsgemäßen Ausführung geringeres Vertrauen in die Qualität des Gebäudes haben. Bei einem Gebäude handelt es sich grundsätzlich um ein marktgängiges Objekt. Die „Expertenbefragung“ ist eine geeignete Methode, um festzustellen, wie sich der reparierte Schaden auf die Bereitschaft potentieller Erwerbsinteressenten zur Zahlung des vollen oder geminderten Kaufpreises auswirken wird. Im Rahmen von § 287 Abs. 1 ZPO soll das Gericht die Schadenshöhe gerade schätzen. Dabei wird vom Gesetz in Kauf genommen, dass das Ergebnis unter Umständen mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Nur wenn mangels greifbarer Anhaltspunkte eine Grundlage nicht zu gewinnen ist und das richterliche Ermessen vollends in der Luft hängen würde, scheidet eine Schätzung aus. Dann bleibt es bei der Regel, dass der Geschädigte auch den Schaden sowie seine Höhe nachweisen muss. Das wiederum wird in der Praxis oft schwer fallen.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Abnahme durch Erst-Verwalter im Bauträgervertrag unwirksam

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauträgers enthaltene Klausel, die im Lager des Bauträgers stehende Personen als zur Abnahme Bevollmächtigte bestimmt, ist unwirksam.

BGH, Beschluss vom 12.09.2013 - VII ZR 308/12

Ein Bauträger erstellt ein größeres Objekt mit einer Vielzahl von Wohnungen. In den gleichlautenden Erwerbsverträgen zwischen dem Bauträger und den Erwerbern ist zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums folgende Regelung enthalten:

„Für das Gemeinschaftseigentum findet im Regelfall eine gesonderte Abnahme statt. Der Käufer bevollmächtigt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, und zwar jeden für sich allein, den nachgenannten vereidigten Sachverständigen, den nach dem Wohnungseigentumsgesetz für das Kaufobjekt bestellten Verwalter sowie den Verwaltungsbeirat mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum ist somit abgenommen, wenn entweder alle Käufer oder anstelle von den Käufern der Sachverständige oder der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat das Gemeinschaftseigentum abnimmt.“

Nachdem das Gebäude erstellt worden ist erklärt der von dem Bauträger bestellte Verwalter die Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Erst Jahre später leiten die Miteigentümer ein Beweisverfahren wegen Schallmängeln ein. Der Bauträger wendet hierauf, anknüpfend an die erfolgte Abnahme, Verjährung ein.

Der BGH hat in dem hierzu ergangenen Beschluss die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf bestätigt, wonach die zitierte Abnahme Klausel unwirksam ist.

In der Begründung wird maßgeblich darauf abgestellt, dass es sich bei den zitierten Vertragsklauseln um vom Bauträger verwendete allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, die unwirksam sind, weil sie die Erwerber entgegen Treu und Glauben benachteiligen. Der BGH weist in der Begründung darauf hin, dass der Bauträger als teilender Eigentümer die Möglichkeit hat, den Erst-Verwalter bereits in der Teilungserklärung zu bestellen. Er hat es daher in der Hand einen mit ihm wirtschaftlich oder rechtlich verbundenen Verwalter zu bestellen. Dies begründet im Hinblick auf die Abnahme die Gefahr, dass ein solcher Verwalter die Voraussetzungen für die Abnahme nicht neutral prüft, sondern im Zweifel zu Gunsten des Bauträgers verfährt.

In seiner Begründung hat der BGH ergänzend darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit ei-

nes Widerrufs der formularmäßig erteilten Verwaltungsvollmacht die dargelegte Benachteiligung nicht berührt, denn die Möglichkeit des Widerrufs kann schon deshalb leerlaufen, weil die Klausel nicht sicher stellt, dass der einzelne Erwerber überhaupt vom Abnahmetermin Kenntnis erlangt.

Der die Entscheidung des OLG Düsseldorf bestätigende Beschluss des BGH spricht sich gegen eine in der Praxis häufig anzutreffende Handhabung aus, wonach es nicht angehen kann, dass der Bauträger im Erwerbsvertrag „in seinem Lager stehende“ Personen als zur Abnahme Bevollmächtigte bestimmt. Gerade bei den eingesetzten Verwaltungsunternehmen ist dies häufig der Fall, weil diese entweder mit dem Bauträger wirtschaftlich oder gar gesellschaftsrechtlich bzw. personell verflochten sind. Nach dieser Rechtsprechung sind auch solche Klauseln unwirksam, mit denen der Bauträger bestimmte Sachverständige zur Abnahme vorgibt, die er ausgewählt hat und/oder bezahlt.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

5. Geänderte Ergänzungsfragen sind zuzulassen!

Das Gericht muss, auch wenn es selbst die schriftliche Begutachtung eines gerichtlichen Sachverständigen für ausreichend und überzeugend hält, einem Parteienantrag stattgeben, dem Sachverständigen Ergänzungsfragen zu seinem Gutachten zu stellen, es sei denn, der Antrag ist verspätet oder rechtsmissbräuchlich gestellt.

OLG Celle, Beschluss vom 07.11.2013 – 4 W 177/13

In einem selbständigen Beweisverfahren beantragte der Antragsteller nach Vorlage des Gutachtens, den Sachverständigen zwei ausformulierte ergänzende Fragen schriftlich beantworten zu lassen, hilfsweise den Sachverständigen zur entsprechenden Erläuterung seines Gutachtens zu laden. Das Landgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die erste Frage sei - zusammengefasst - von ihrem Inhalt her unerheblich; die zweite Frage, die darauf gerichtet ist, ob ein bestimmter Mangel erkennbar

war, stelle eine allein vom Gericht in einem Rechtsstreit zu beantwortende Frage dar.

Zu Unrecht hat das Landgericht abgelehnt, die Fragen des Antragstellers dem Sachverständigen zur weiteren Begutachtung vorzulegen. Beide Parteien haben nach Mitteilung des schriftlichen Sachverständigengutachtens das Recht, dem Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung Fragen zu stellen oder eine Ergänzung des Gutachtens zu beantragen. Dem Gericht obliegt es, den Parteien gemäß § 411 Abs. 4 S. 2 ZPO eine Frist zu setzen, innerhalb derer Einwendungen gegen das Gutachten sowie Anträge auf Anhörung oder Ergänzungsfragen anzubringen sind. Andernfalls ist das selbstständige Beweisverfahren beendet. Auch dann, wenn das Gericht selbst das Sachverständigengutachten nicht für erklärungsbedürftig hält, muss es dem von einer Partei rechtzeitig gestellten Antrag stattgeben. Das gilt nur dann nicht, wenn der Antrag auf Anhörung des Sachverständigen rechtsmissbräuchlich gestellt wurde. Von einem Rechtsmissbrauch kann aber nicht die Rede sein, wenn die Partei konkret vorgetragen hat, worin sie Unklarheiten und Erläuterungsbedarf im Hinblick auf das schriftliche Sachverständigengutachten sieht und in welcher Richtung sie ihr Fragerecht ausüben will.

An diesen Grundsätzen gemessen war das Landgericht nicht berechtigt, den Antrag auf ergänzende Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zurückzuweisen. Dem Gericht ist es grundsätzlich verwehrt, bereits im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens eine Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung durchzuführen. Ob das Landgericht die 1. Ergänzungsfrage des Antragstellers für sinnvoll bzw. erheblich erachtet, ist daher ohne Belang. Soweit das Landgericht in Bezug auf die 2. Ergänzungsfrage zur Erkennbarkeit des Mangels die Auffassung vertritt, dass dies keine von einem Sachverständigen zu beantwortende Frage darstelle, steht dies mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht im Einklang (BGH, IBR 2010, 64).

Rechtsanwältin Lisa Scheibli

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Hinweispflicht des AN außerhalb der eigenen Leistung?

- a) Die Pflicht des AN, Hinweise zu erteilen und Bedenken anzumelden, bezieht sich grundsätzlich nicht auf Umstände außerhalb seiner Vertragsleistung.
- b) Erkennt der AN aber, dass der AG infolge nicht sachgemäßer Verwendung der Vertragsleistung zwangsläufig einen Schaden erleiden wird, muss er ihn darauf hinweisen.

OLG München, Urteil vom 09.04.2013 – 9 U 4449/08

2. Vertragsstrafe setzt Mahnung voraus

- a) Wird im VOB-Vertrag "für den Fall der Bauzeitüberschreitung" eine Vertragsstrafe vereinbart, ist die Vertragsstrafe nur verwirkt, wenn der AN die Verzögerung verschuldet hat.
- b) Verzögerungen wegen des Fehlens einer Baustraße und eines Baustromanschlusses für einen Zeitraum von sechs Wochen sind Umstände, die die Bauabwicklung nicht nur unerheblich beeinträchtigen, so dass sich die Frist für die Berechnung der Vertragsstrafe jedenfalls um diesen Zeitraum verlängert.
- c) Sind dem AG die von ihm verursachten Verzögerungen bekannt, ist die Behinderung offenkundig und eine Behinderungsanzeige entbehrlich.
- d) Vereinbaren die Parteien nach Auftreten der vom AG verursachten Verzögerungen keine neue Fertigstellungsfrist, gerät der AN nur durch eine Mahnung des AG in Verzug

OLG Brandenburg, Urteil vom 19.06.2013 – 4 U 158/11

3. Kein Anspruch des Auftraggebers auf Vertragsstrafe bei erheblicher Bauablaufstörung

- a) Der Anspruch auf Vertragsstrafe entfällt, wenn der gesamte Zeitplan des AN durch Umstände völlig umgeworfen wird, die vom AN nicht zu vertreten sind. Als solche Umstände kommen unter anderem eine verzögerte Baugenehmigung sowie umfangreiche Planungsänderungen und Sonderwünsche in Betracht.
- b) Sind die Umstände, die zu einer Verzögerung herbeigeführt haben und nicht vom AN zu vertreten sind, nicht besonders einschneidend, aber doch erheblich, bleibt der Anspruch auf Vertragsstrafe bestehen und die Frist für die Berechnung der Vertragsstrafe verlängert sich entsprechend; für die Inverzugsetzung bedarf es in derartigen Fällen einer Mahnung durch den Auftraggeber.

OLG Köln, Urteil vom 27.04.2012 – 3 U 61/11

4. Abdichtung gegen Feuchtigkeit muss bis ins kleinste Detail geplant werden

Im Rahmen der Leistungsphase 5 ist der Architekt verpflichtet, die Ausführungsdetails umfassend zeichnerisch darzustellen. Insbesondere die gefahrenträchtige Abdichtung gegen Feuchtigkeit ist sorgfältig im Sinne einer bis ins kleinste Detail gehenden Ausführungsplanung zu planen, die dem AN alle maßgeblichen Details in einer jedes Risiko ausschließenden Weise verdeutlicht.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.02.2013 – 23 U 185/11

5. Dachabdichtung ist elementare Bauleistung

Die Dichtigkeit des Daches stellt eine elementare Bauleistung dar und muss im Rahmen der Bauüberwachung vom Architekten sichergestellt werden.

BGH, Beschluss vom 18.07.2013 – VII ZR 202/12

6. Auskunftspflicht des Architekten über seine Berufshaftpflichtversicherung

Der Architekt ist nach Berufsrecht verpflichtet, gegenüber dem AG das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung durch Vorlage einer Bestätigung des Versicherers nachzuweisen. Auf Verlangen ist der AG zudem über Inhalt und Umfang des Versicherungsschutzes zu unterrichten. Diese Unterrichtungspflicht besteht nicht lediglich bei Vertragsschluss, sondern bei Vorliegen eines (architekten-) vertraglichen Verhältnisses jederzeit, also auch zu einem späteren Zeitpunkt, wenn der AG dies verlangt.

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.06.2013 – 6s A 1520/12

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Niedrigster Preis einziges Zuschlagskriterium und Nebenangebote

Ist der niedrigste Preis das einzige Zuschlagskriterium, darf die Vergabestelle Nebenangebote nicht zulassen und werten.

OLG Jena, Beschluss vom 16.09.2013 – 9 Verg 3/13

Die Vergabestelle schrieb Bauleistungen für Straßenbahnen im offenen Verfahren europaweit aus. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Nebenangebote ließ die Vergabestelle in der Auftragsbekanntmachung zu.

Nachdem die Vergabestelle einem Bieter mitteilte, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf ein wirtschaftlicheres Nebenangebot eines anderen Bieters erteilen zu wollen, leitete der übergangene Bieter ein Vergabenachprüfungsverfahren ein. Seinen Antrag stützte er maßgeblich auf die Rüge, dass die Zulassung und Wertung von Nebenangeboten vergaberechtswidrig sei, wenn einziges Zuschlagskriterium der günstigste Preis sei.

Mit dieser Auffassung setzt sich der übergangene Bieter sowohl vor der Vergabekammer Thüringen als auch vor dem OLG Jena durch.

Das OLG Jena leitet seine Entscheidung nicht nur aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 24 und 53 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 2004/18/EG) ab, sondern auch aus Sinn und Zweck dieser Regelungen. Indem Nebenangebote nicht zugelassen seien, wenn das einzige Zuschlagskriterium der niedrigste Preis ist, werde sichergestellt, dass die jeweilige Vergabestelle von allen Bietern ausnahmslos inhaltsgleiche Angebote erhalte. Das wiederum diene der Chancengleichheit der Bieter im Wettbewerb und der Transparenz.

An einer Sachentscheidung sah sich das OLG Jena allerdings durch eine entgegenstehende Entscheidung des OLG Schleswig gehindert, das die Zulassung von Nebenangeboten durch die Vergabestelle auch dann für möglich hält, wenn das einzige Zuschlagskriterium der günstigste Preis ist (Beschluss vom 15.04.2011 – 1 Verg 10/10). Wie das OLG Jena hatte dagegen das OLG Düsseldorf entschieden (Beschluss vom 02.11.2011 – Verg 22/11). Wegen dieser Divergenz oberlandesgerichtlicher Entscheidungen legte das OLG Jena die Sache dem BGH vor. Dem BGH war bereits vom OLG Düsseldorf das seinerzeitige Verfahren vorgelegt worden; allerdings musste er in der Sache nicht mehr entscheiden, weil sie sich durch Zeitablauf erledigt hatte. In einer reinen Kostenentscheidung deutete der BGH zwar an, dass er die besseren Argumente gerade unter Berücksichtigung des europarechtlichen Prinzips, dass einer Auslegung von Richtlinien nach Sinn und Zweck der Vorrang gebühre, auf Seiten des OLG Schleswig sehe; letztlich müsse die - vergaberechtlich höchst umstrittene - Frage aber durch den EuGH geklärt werden, dem sie vorzulegen sei (Beschluss vom 23.01.2013 – X ZB 8/11). Deshalb ist auch im vom OLG Jena zunächst entschiedenen Fall damit zu rechnen, dass das entscheidende Wort beim EuGH liegen wird.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Zulassung von Nebenangeboten

- a) Wenn der öffentliche AG in der Aufforderung zur Angebotsabgabe keine oder zu-

mindest keine hinreichenden Mindestanforderungen i.S.d. § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 VOB/A genannt hat, sind etwaige Nebenangebote allein schon aus diesem Grund von der Wertung auszuschließen.

- b) Lässt der AG Nebenangebote zu, muss er mit Positiv- oder Negativkriterien den Rahmen abstecken, innerhalb dessen sich die Nebenangebote bewegen sollen. Die Mindestbedingungen sollen nicht lediglich abstrakt bzw. inhaltsleer sein, sondern müssen sich auf den Beschaffungsvorgang und die konkrete Ausgestaltung von Nebenangeboten beziehen. Die Bieter müssen in der Lage sein, klar zu erkennen, was als Nebenangebot zugelassen ist. Es kann insbesondere nicht auf die Anforderungen zurückgegriffen werden, welche das Leistungsverzeichnis aufstellt.

VK Nordbayern, Beschluss vom 10.06.2013 - 21. VK -3194-26/13

2. Baukonzessionär ist öffentlicher Auftraggeber!

- a) Der Inhaber einer öffentlichen Baukonzession ist ein öffentlicher AG.
- b) Baukonzessionäre sind bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen weder an die Vorschriften der VOF noch an die Vorschriften der VOB/A oder der VOL/A gebunden. Allerdings sind zumindest im Oberschwellenbereich die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Vergabe, dazu gehören die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebots, einzuhalten. Aus dem Transparenzgebot erfolgt die Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung.

OLG München, Beschluss vom 13.06.2013 – Verg 1/13

3. Nachprüfungseintrag eines einzelnen BIEGE - Mitglieds ist ohne Ermächtigung unzulässig

- a) Nimmt eine Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren teil, muss die Rüge ei-

nes Vergaberechtsverstoßes von sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft geltend gemacht werden.

- b) Macht lediglich ein Mitglied der Bietergemeinschaft die Verletzung von Bewerber- oder Bieterrechten geltend, ist der Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft mangels ordnungsgemäßer Rüge unzulässig, wenn die Bietergemeinschaft das Mitglied nicht zur Rüge ermächtigt hat oder die Ermächtigung nicht spätestens mit der Rüge offen gelegt wird.

OLG Dresden, Beschluss vom 23.07.2013 – Verg 4/13

4. Verpflichtung des Auftraggebers zum Ausgleich des Wissensvorsprungs bei vorbefasstem Bieter

- a) Ein Bieter, der die Entwurfsplanung ausgeführt hat, ist bei der Vergabe von Bauüberwachungsleistungen generell als vorbefasst anzusehen, ebenso ein Zielplaner für die anschließend ausgeschriebene Projektsteuerung.
- b) Ein vorbefasster Bieter kann nur dann vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, wenn durch seine Teilnahme der Wettbewerb verfälscht wird. Erscheint eine konkrete Wettbewerbsverfälschung bei objektiver Betrachtung der Leistung möglich, obliegt dem AG die Verpflichtung, den Wissensvorsprung des einen Bieters durch Information aller anderen Bieter auszugleichen. Welche Egalisierungsmaßnahme im Einzelfall erforderlich ist, entscheidet der öffentliche AG nach pflichtgemäßem Ermessen.

OLG München, Beschluss vom 25.07.2013 – Verg 7/13

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Immobilienrecht

Ausgleichsanspruch wegen Altlastensanierung trotz Gewährleistungsausschluss

a) Die polizeirechtliche Verpflichtung des Verursachers einer Bodenverunreinigung unterliegt keiner Verjährung. Eine ausdrückliche Verjährungsregelung besteht nicht, zivilrechtliche Verjährungsregelungen sind nicht entsprechend anwendbar. Polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr können auch nicht verwirkt werden.

b) Eine Vereinbarung, wonach eine Haftung des Verkäufers auch bei einer ordnungsbehördlichen Inanspruchnahme des Käufers auf eine Sanierung des belasteten Grundstücks ausgeschlossen sein soll, bedarf einer hinreichend deutlichen Regelung im Kaufvertrag. Ein Gewährleistungsausschluss allein reicht nicht aus, weil dieser sich nur auf die Haftung für Sachmängel bezieht. Der Ausgleichsanspruch wegen Bodenkontaminierung knüpft dagegen an die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit an und nicht an etwaige Fehlerhaftigkeit des Grundstücks.

OLG Stuttgart, Urteil vom 07.08.2013 – 9 U 108/12

Im Jahr 1963 schlossen der Verkäufer und der Käufer einen Kaufvertrag über ein Grundstück, auf dem der Verkäufer bis 1910 ein Gaswerk und bis 1955 eine Tankstelle betrieben hatte. In dem Kaufantrag vereinbarten die Parteien den Ausschluss jeglicher Gewährleistung für Sachmängel. Als der Käufer das Grundstück im Jahr 2011 weiterverkaufen wollte, ließ er nach historischen Erkundungen eine Altlastenuntersuchung durchführen. Hierfür fielen Gutachterkosten in Höhe von € 132.247,07 an. Nach den gutachterlichen Feststellungen war das Grundstück erheblich kontaminiert.

Der Verkäufer lehnte jegliche Haftung ab und berief sich auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss sowie auf die Verjährung etwaiger Käuferansprüche. Daraufhin verklagte ihn der Käufer auf Erstattung der Gutachter-

kosten sowie auf Übernahme aller Kosten für die Altlastensanierung. Sowohl das erstinstanzliche Landgericht als auch das OLG Stuttgart gaben der Klage statt. Dem Käufer stehe ein bodenrechtlicher Ausgleichsanspruch aus § 24 Abs. 2 Bundesbodenschutzgesetz (BBodSchG) gegen den Verkäufer zu. Ein derartiger Anspruch sei nur dann von einem vertraglichen Gewährleistungsausschluss umfasst, wenn es hierfür eine hinreichend deutliche Regelung gebe. Hier liege schon deshalb keine konkrete Vereinbarung über die Tragung von Sanierungskosten vor, weil die Ausgleichsregelung des § 24 Abs. 2 BBodSchG erst nach Vertragsschluss in Kraft getreten sei und deshalb nicht von der Willensbildung der Vertragsparteien umfasst sein konnte. Da der bodenrechtliche Ausgleichsanspruch frühestens 3 Jahre nach Beendigung der Sanierungsmaßnahmen und Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen verjähre, sei auch keine Verjährung eingetreten.

Die Entscheidung zeigt, wie wichtig eine sorgfältige Formulierung von Gewährleistungsausschlüssen in Immobilienkaufverträgen ist. Insbesondere im Hinblick auf die immer bedeutsamere Altlastenproblematik empfiehlt es sich für Verkäufer, sehr konkrete Regelungen über den Umgang mit entsprechenden Ausgleichsansprüchen zu treffen. Denn im Zweifel gelten bodenrechtliche Ausgleichsansprüche des Käufers als nicht ausgeschlossen.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

VI. Miet- und WEG-Recht

1. Anforderungen an die Regelungen des Vertragsbeginns im Mietvertrag

a) Regelungen zur Dauer der Mietzeit wahren nach der ständigen Rechtsprechung die Schriftform, wenn sich Beginn und Ende der Mietzeit im Zeitpunkt des Vertragschlusses in hinreichend bestimmbarer Weise aus der Vertragsurkunde ergeben.

b) Für die Bestimmbarkeit des Mietbeginns genügt eine abstrakte Beschreibung, die es ermöglicht, den Mietbeginn zu ermitteln.

BGH, Urteil vom 24.07.2013 – XII ZR 104/12

Ein gewerblicher Mietvertrag mit einer Laufzeit von 10 Jahren enthält folgende Klauseln: „Das Mietverhältnis und damit die Pflicht zur Zahlung des Mietzinses gem. § 6 beginnt mit der Übergabe/Übernahme der Mietsache gem. § 3. Verzögert sich die Übergabe/Übernahme durch Änderungswünsche des Mieters [...] oder durch nicht rechtzeitige Vorlage der für den Mieterausbau erforderlichen Pläne und Unterlagen [...] oder durch nicht rechtzeitige Leistung der Sicherheit [...] beginnt das Mietverhältnis mit dem Tag, an dem das Objekt ohne diese Änderungswünsche bzw. bei rechtzeitigem Vorliegen der Unterlagen und Pläne bzw. der Bankbürgschaft übergeben worden wäre. Gerät der Mieter mit der Übernahme des Mietobjekts in Verzug, so beginnt das Mietverhältnis mit Eintritt des Annahmeverzugs.“

Der Mieter hat nach Ablauf weniger Jahre das Mietverhältnis fristlos gekündigt und beruft sich zur Begründung u. a. auf eine Verletzung der Schriftform. Der Vermieter akzeptiert die Kündigung nicht und klagt die rückständige Miete ein.

Der BGH hat in einem jüngst veröffentlichten Urteil entschieden, dass vorliegend der Mietvertrag nicht nach §§ 550, 578 BGB mit gesetzlicher Frist kündbar ist, weil der Mietbeginn nicht unklar und daher auch die gesetzliche Schriftform, die bei Mietverträgen mit einer längeren Laufzeit als einem Jahr zu beachten ist, nicht verletzt ist.

Seiner Entscheidung hat der BGH vorangestellt, dass Regelungen zur Dauer der Mietzeit nach der ständigen Rechtsprechung die Schriftform wahren, wenn sich Beginn und Ende der Mietzeit im Zeitpunkt des Vertragschlusses in hinreichend bestimmbarer Weise aus der Vertragsurkunde ergeben.

Mit seiner Entscheidung hat der BGH nunmehr ausgeführt, dass entscheidend zur Beurteilung der Frage, ob eine Regelung über den Zeitpunkt des Vertragsbeginns die Schriftform wahrt oder nicht, grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung abzustellen ist. Für die Bestimmbarkeit des Mietbeginns genügt eine abstrakte Beschreibung, die es ermöglicht den Mietbeginn zu ermitteln.

Ausreichend aber auch erforderlich ist es nach dem zitierten Urteil des BGH, dass der Sach-

verhalt, an den die Vertragsparteien den Vertragsbeginn knüpfen, so genau bestimmt ist, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibt. Es reicht dabei aus, dass für einen möglichen Erwerber der Mietsache aus der schriftlich niedergelegten Vereinbarung die für den Vertragsbeginn maßgeblichen Umstände so genau zu entnehmen sind, dass er beim Vermieter oder Mieter entsprechende Nachforschungen anstellen und damit den Zeitpunkt des Mietbeginns feststellen kann.

Bislang galt nach der Rechtsprechung des BGH, soweit die Schriftform eines langfristigen Mietvertrages in Frage stand, dass sich die maßgeblichen Konditionen in bestimmbarer Weise aus der Vertragsurkunde ergeben müssen.

Mit dem vorliegenden Urteil, nach dem es nun ausreicht, wenn jedenfalls für den Vertragsbeginn dem Vertrag die maßgeblichen Umstände so genau zu entnehmen sind, dass beim Vermieter oder Mieter entsprechende Nachforschungen angestellt werden können, kommt der BGH praktischen Bedürfnissen, etwa bei der Anmietung vom Reisbrett oder dem Ausbau des Mietobjekts entsprechend den Änderungswünschen des gewerblichen Mieters, entgegen. Die Rechtsprechung bedeutet im Übrigen aber eine weitere Auflockerung der in vieler Hinsicht noch strengen Schriftformregelung für längerfristige Mietverträge.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

2. Zur ergänzenden Vertragsauslegung im Falle der Unwirksamkeit einer Befristung des Mietvertrags

An die Stelle einer unwirksamen Befristung eines Wohnraummietvertrags tritt im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung ein beidseitiger Kündungsverzicht, wenn von den Parteien eine langfristige Bindung gewollt war.

BGH, Urteil vom 10.07.2013 – VIII ZR 388/12

Der BGH hat sich in seiner Entscheidung mit der Frage auseinandergesetzt, wie ein Wohnraummietvertrag ausgelegt werden kann, der eine unwirksame Befristung enthält. In diesem

Fall soll anstelle der unwirksamen Befristung ein beidseitiger Kündigungsausschluss vereinbart sein.

Der Mietvertrag enthielt folgende individualvertraglich vereinbarte Bestimmung:

„Das Mietverhältnis ist auf Verlangen des Mieters auf bestimmte Zeit geschlossen. Es beginnt am 1. November 2004 und endet am 31. Oktober 2011, wenn es nicht verlängert wird mit 2 x 3-jähriger Verlängerungsoption“.

Diese Befristung des Mietverhältnisses ist unwirksam, da sie die Voraussetzungen für einen Zeitmietvertrag gem. § 575 Abs. 1 BGB nicht erfüllt. Hiernach kann ein Mietvertrag über Wohnraum nur wirksam befristet werden, wenn für den Vermieter nach Ablauf der Mietzeit Eigenbedarf an den Mieträumen besteht oder er die Mieträume abreißen oder umbauen möchte, so dass eine Fortsetzung des Mietverhältnisses diese Pläne erheblich erschweren würde. Letztlich ist eine Befristung möglich, wenn der Vermieter die Räume an einen zur Dienstleistung Verpflichteten (z. B. Werkmietwohnungen) vermieten will. Der Befristungsgrund ist in der Befristungsabrede anzugeben und muss dem Mieter vor oder bei Abschluss des Vertrags bekannt sein. Keiner der Befristungsgründe lag hier vor. Der Vertrag galt daher gem. § 575 Abs. 1 S. 2 BGB als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Durch die Unwirksamkeit der Befristung ist eine ausfüllungsbedürftige Lücke im Vertrag entstanden. Da § 575 Abs. 1 S. 2 BGB keine abschließende gesetzliche Regelung der Folgen einer unwirksamen Befristung darstellt, ist die Lücke durch Auslegung zu schließen. Bei der Auslegung ist zu berücksichtigen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Befristung bekannt gewesen wäre. Der BGH legt die eingangs genannte Bestimmung dahingehend aus, dass sowohl Mieter als auch Vermieter eine langfristige Bindung gewollt haben: Der Mieter, da auf dessen Wunsch die Befristung aufgenommen wurde, und der Vermieter, da er sich mit der Aufnahme der Befristung einverstanden erklärt hat. Die Lücke im Vertrag ist nach Ansicht des BGH daher dahingehend zu schließen, dass an die Stelle der unwirksamen Befristung ein beidseitiger Kündigungsverzicht in der Weise tritt, dass eine ordentliche Kündigung frühe-

stens zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit bzw. im Falle der Optionsausübung zum Ablauf des zusätzlichen Zeitraums möglich ist. So wird die von beiden Seiten angestrebte langfristige Bindung erreicht.

Anders als bei einem Kündigungsausschluss, der im Wege einer AGB vereinbart wurde, hält der BGH einen individualvertraglich vereinbarten Kündigungsverzicht von bis zu 13 Jahren für wirksam, da der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelte und die Vereinbarung lediglich auf Sittenwidrigkeit hin zu überprüfen sei. Im Rahmen von AGB ist ein Kündigungsausschluss nach der Rechtsprechung des BGH höchstens für die Dauer von vier Jahren zulässig.

Zu beachten ist jedoch, dass eine Individualvereinbarung nur dann vorliegt, wenn deren Inhalt auch tatsächlich zur Disposition gestellt wurde und von den Vertragsparteien ausgehandelt wurde. Dies müsste im Streitfall auch nachgewiesen werden.

Rechtsanwältin Andrea Kubal

3. Wohnungseingangstüren sind Gemeinschaftseigentum

Wohnungseingangstüren stehen nicht im Sondereigentum des jeweiligen Wohnungseigentümers, sondern sind selbst dann zwingend Teil des gemeinschaftlichen Eigentums der Wohnungseigentümer, wenn die Teilungserklärung die Tür dem Sondereigentum zuordnet.

BGH, Urteil vom 25.10.2013 – V ZR 212/12

Die Parteien sind Wohnungseigentümer. Der Zutritt zu den einzelnen Wohnungen der Wohnungseigentumsanlage erfolgt über Laubengänge, die vom Treppenhaus aus zugänglich sind. In einer Eigentümerversammlung beschlossen die Eigentümer mehrheitlich, dass die an den Laubengängen gelegenen Wohnungseingangstüren der einzelnen Einheiten auf bestimmte Weise zu gestalten seien. Festgelegt wurde unter anderem, dass sie aus Holz in der Farbe „mahagonihell“ gefertigt sein und einen Glasscheibeneinsatz genau festgelegter Größe in „drahtornamentweiß“ enthalten müssten. Die Klägerin hält diesen Beschluss

für nichtig. Sie meint, die Wohnungseingangstür gehöre zu ihrem Sondereigentum. Jedenfalls dürfe sie über die farbliche Gestaltung der Innenseite ihrer Tür selbst entscheiden.

Der Beschluss der WEG ist nach Auffassung des BGH wirksam. In seiner Begründung führt der BGH aus, dass die Wohnungseingangstüren räumlich und funktional in einem Zusammenhang sowohl mit dem Sonder- als auch mit dem Gemeinschaftseigentum stehen, da sie der räumlichen Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum dienen. Die Abgeschlossenheit der dem Sondereigentum zugewiesenen Räume wird erst durch die Wohnungseingangstüren hergestellt. Nur so kann Sondereigentum entstehen (§§ 3 Abs. 2 S. 1, 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG). Weil die Wohnungseingangstüren damit räumlich und funktional (auch) zum Gemeinschaftseigentum gehören, steht die gesamte Tür als einheitliche Sache im gemeinschaftlichen Eigentum.

Inwieweit die Klägerin die Innenseite ihrer Wohnungseingangstüre farblich anders gestalten darf, hat der BGH nicht entschieden. Damit hatte sich der Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft auch nicht befasst.

Rechtsanwältin Lisa Scheibli

VII. Leitsätze zum Miet- und WEG-Recht

1. Hinweispflicht des Vermieters auf möglicherweise anstehende Eigenbedarfskündigung

- a) Der Vermieter setzt sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch, wenn er eine Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, sie alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen.
- b) Dementsprechend besteht grundsätzlich eine Hinweispflicht des Vermieters auf eine möglicherweise bald anstehende Eigenbedarfskündigung und die daraus folgende voraussichtlich kurze Dauer des Mietverhältnisses.

AG Grünstadt, Urteil vom 19.04.2013 – 3 C 273/12

2. Die Obergrenze für Kleinreparaturen beträgt 100,00 €

Wird der Mieter durch eine Klausel eines Formularmietvertrages verpflichtet, die Kosten kleinerer Instandsetzungen bis zu einer Obergrenze von 120,00 € pro Einzelreparatur zu tragen, hat dies die Gesamtnichtigkeit der Klausel zur Folge. Die Obergrenze für eine Kleinreparatur darf maximal 100,00 € betragen.

AG Bingen, Urteil vom 04.04.2013 – 25 C 19/13

3. Rauchen auf dem Balkon I

- a) Grundsätzlich beeinträchtigt es den Mieter in seinem Recht an den Wohnräumen, wenn vom Balkon eines Nachbarn Zigarettenrauch aufsteigt.
- b) Allerdings führt nicht jede Beeinträchtigung des Besitzrechts des Mieters an den Wohnräumen zu einem Unterlassungsanspruch. Aufgrund der gesteigerten sozialen Beziehungen der Mieter untereinander sind vielmehr "nicht wesentliche" Beeinträchtigungen hinzunehmen.
- c) Raucht der Nachbar ca. 12 Zigaretten täglich auf dem Balkon, stellt dies keine wesentliche Beeinträchtigung des Mieters dar.

AG Rathenow, Urteil vom 06.09.2013 – 4 C 300/13

4. Rauchen auf dem Balkon II

- a) Vom Nachbarbalkon zwei- bis dreimal pro Stunde aufsteigender massiver Zigarettenrauch kann selbst in einer Großstadt zu einer Minderung der Miete führen, wenn die Wohnung praktisch über keine andere ausreichende Belüftungsmöglichkeit verfügt.
- b) Bis zur Mängelbeseitigung durch den Vermieter darf der Mieter in einem solchen Fall sein Zurückbehaltungsrecht an der

Miete in Höhe des dreifachen Minderungsbetrages ansetzen.

LG Berlin, Urteil vom 30.04.2013 – 67 S 307/12

5. Mietminderung nur gegen Hinterlegung zulässig?

Die in einem Formularymietvertrag enthaltene Klausel, mit der der Mieter verpflichtet wird, bei der Geltendmachung von Minderungsrechten den Betrag auf ein Notaranderkonto oder bei der Vermieterin zu hinterlegen, ist wirksam und verstößt nicht gegen AGB-Recht.

KG Berlin, Urteil vom 11.07.2013 – 8 U 243/12

Rechtsanwältin Dr. Susanne Lösch

VIII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Betriebsübergang - Verwirkung des Rechts zum Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB

Verklagt ein Arbeitnehmer nach einem Betriebsübergang den Betriebserwerber auf Feststellung, dass zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht, so kann er durch die Art und Weise der Prozessführung und Prozessbeendigung sein Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebsveräußerer verirken.

Die Beklagte ist eine Catering-Firma, die 1996 den Betrieb einer Kantine übernommen hatte, in der der Kläger schon seit 1985 tätig war. Die Beklagte verlor den Catering-Auftrag zum 31. Dezember 2010 und informierte den Kläger darüber, dass sein Arbeitsverhältnis im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 BGB auf einen anderen Caterer übergehen werde. Der Betriebserwerber bestritt jedoch einen Betriebsübergang, woraufhin ihn der Kläger auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses verklagte. In diesem Prozess einigte sich der Kläger mit dem Betriebserwerber darauf, ein Betriebsübergang habe niemals stattgefunden, ein Arbeitsverhältnis zwischen ihnen habe nie bestanden. Der Betriebserwerber verpflichtete sich zur Zahlung von 45.000,00 € an den Klä-

ger. Anschließend erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten den Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB. Er verlangt nunmehr von der Beklagten als Betriebsveräußerin die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses und Annahmeverzugslohn.

Anders als das Arbeitsgericht hatte das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen, weil der Kläger gegenüber der Beklagten sein Recht zum Widerspruch verwirkt habe. Die Revision des Klägers blieb vor dem 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts ohne Erfolg. Es stellt einen die Verwirkung des Rechts zum Widerspruch begründenden Umstand dar, wenn ein Arbeitnehmer zunächst das Bestehen seines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber geltend macht und dann über diesen Streitgegenstand eine vergleichsweise Regelung trifft. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein Betriebsübergang stattfand und das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers tatsächlich auf den zunächst verklagten Betriebserwerber übergegangen ist. Nach einer vergleichweisen Einigung mit dem Betriebserwerber, durch welche der Bestand des Arbeitsverhältnisses geregelt wird, geht ein rechtsgestaltender Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines "bereinigten" Arbeitsverhältnisses ins Leere.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17.10.2013 - 8 AZR 974/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Abgrenzung von Arbeits- und Werkvertrag

Nach § 631 BGB wird der Unternehmer durch einen Werkvertrag zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Gegenstand des Werkvertrags ist die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg. Gegenstand eines Dienstvertrags nach § 611 Abs. 1 BGB ist dagegen die Tätigkeit als solche. Bei einem Arbeitsverhältnis wird die vereinbarte Tätigkeit weisungsgebunden, d.h. in persönlicher Abhängigkeit geleistet. Welches Rechtsverhältnis vorliegt, ist anhand einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden

Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend.

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis oder ein Werkvertrag besteht. Der Kläger ist für den Beklagten mit Unterbrechungen seit 2005 auf der Grundlage von 10 als Werkvertrag bezeichneten Verträgen tätig geworden. Im letzten Vertrag vom 23.3./1.4.2009 ist die „Vorarbeit für die Nachqualifizierung der Denkmalliste für die kreisfreie Stadt und den Landkreis Fürth sowie für den Landkreis Nürnberger Land“ vereinbart. Danach war Aufgabe des Klägers, im Rahmen des Nachqualifizierungs- und Revisionsprojekts des Bayerischen Landesamts für Denkmalpflege (BLfD) Bodendenkmäler in einem EDV-gestützten System zu erfassen und nachzuqualifizieren. Abhängig vom Standort der Ortsakten konnte die Tätigkeit nur in den Dienststellen des BLfD erbracht werden. Einen Schlüssel zu diesen Dienststellen besaß der Kläger nicht. Er hat regelmäßig von 07.30 Uhr bis 17.00 Uhr gearbeitet, über einen zur Verfügung gestellten PC-Arbeitsplatz mit persönlicher Benutzererkennung wurde ihm der Zugang zu den Eingabemasken ermöglicht. Der Termin zur Fertigstellung der vereinbarten Leistungen wurde anhand der Zahl der im Arbeitsgebiet bekannten archäologischen Fundstellen kalkuliert und auf den 30.11.2009 festgelegt. Dem Kläger war gestattet, die Vergütung i.H.v. 31.200 € inkl. Mehrwertsteuer nach Abschluss der Bearbeitung bestimmter Gebiete in Einzelbeträgen von 5.200 € abzurechnen.

Die Vorinstanzen haben festgestellt, dass zwischen den Parteien nach dem wahren Geschäftsinhalt ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Revision des Beklagten blieb vor dem 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts ohne Erfolg. Bereits die Gestaltung des „Werkvertrags“ lässt erkennen, dass nicht die Herstellung einer Sache oder eines Erfolgs, sondern eine bestimmte Tätigkeit geschuldet wird. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kumulation und Verdichtung der Bindung des Klägers sei in einer Gesamtschau als Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit zu werten, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.09.2013 - 10 AZR 282/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Betriebsbedingte Kündigung - freier Arbeitsplatz im Ausland

Die aus § 1 Abs. 2 KSchG folgende Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung ggf. im Wege der Änderungskündigung eine Weiterbeschäftigung zu geänderten, möglicherweise auch zu erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen anzubieten, bezieht sich grundsätzlich nicht auf freie Arbeitsplätze in einem im Ausland gelegenen Betrieb des Arbeitgebers. Der 1. Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes ist gemäß § 23 Abs. 1 KSchG nur auf Betriebe anzuwenden, die in der Bundesrepublik Deutschland liegen. In diesem Sinne muss auch der Betriebsbegriff in § 1 Abs. 2 S. 1, S. 2 KSchG verstanden werden. Ob dies der Berücksichtigung von Beschäftigungsmöglichkeiten im Ausland entgegensteht, falls der Arbeitgeber seinen Betrieb als Ganzen oder einen Betriebsteil unter Wahrung der Identität verlagert, war nicht zu entscheiden.

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Textilindustrie mit Sitz in Nordrhein-Westfalen. Sie unterhält seit geraumer Zeit in der Tschechischen Republik eine Betriebsstätte, in der sie Verbandsstoffe herstellt. Die „Endfertigung“ der Stoffe erfolgte in einem am Sitz der Beklagten gelegenen Betrieb. In diesem war die Klägerin seit 1984 als Textilarbeiterin tätig. Im Juni 2011 beschloss die Beklagte, ihre gesamte Produktion in der tschechischen Betriebsstätte zu konzentrieren. In Deutschland sollte lediglich die Verwaltung nebst „kaufmännischem Bereich“ bestehen bleiben. Mit Blick hierauf erklärte die Beklagte gegenüber den an ihrem Sitz beschäftigten Produktionsmitarbeitern eine ordentliche Beendigungskündigung. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte habe ihr durch den Ausspruch einer Änderungskündigung die Möglichkeit geben müssen, über einen Umzug zumindest nachzudenken.

Die Kündigungsschutzklage blieb - wie in den Vorinstanzen - vor dem 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts erfolglos. Aufgrund der Verlagerung der „Endfertigung“ in die - mehrere hundert Kilometer von ihrem Sitz entfernte - tschechische Betriebsstätte hatte die Beklagte keine Möglichkeit mehr, die Klägerin in einem inländischen Betrieb weiterzubeschäftigen. Umstände, unter denen ausnahmsweise eine Verpflichtung des Arbeitgebers zu erwägen wäre, Arbeitnehmer im Ausland weiterzubeschäftigen, lagen nicht vor.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 29.09.2013 -- 2 AZR 809/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Diskriminierung wegen des Geschlechts?

Wird einer Arbeitnehmerin gekündigt, ohne dass Kenntnis von ihrer Schwangerschaft bei Zugang der Kündigungserklärung besteht, so ist weder die Kündigung selbst noch ein "Festhalten" an der Kündigung Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts.

Die Beklagte als Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis fristgemäß in der Probezeit. Binnen einer Woche machte die Klägerin unter Vorlage einer entsprechenden ärztlichen Bescheinigung geltend, bei Zugang der Kündigung schwanger gewesen zu sein. Sie forderte die Beklagte auf, innerhalb einer weiteren Woche mitzuteilen, dass sie an der Kündigung "nicht festhalte", damit sie keine Klage erheben müsse. Das erklärte die Beklagte zunächst nicht. Nachdem der Betriebsarzt einen Monat später sowohl die Schwangerschaft als auch ein zwischenzeitlich ausgesprochenes Beschäftigungsverbot bestätigt hatte, erklärte die Beklagte nach Wochen eine "Rücknahme" der Kündigung. Die Klägerin lehnte in der Folgezeit jedoch eine außergerichtliche Einigung ab. Schließlich gab die Beklagte vor dem Arbeitsgericht eine Anerkenntnis-Erklärung ab, worauf die Unwirksamkeit ihrer Kündigung festgestellt wurde.

Wie schon in den Vorinstanzen blieb die Klage auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern wegen Benachteiligung aufgrund des Geschlechts vor dem 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts ohne Erfolg. Die Kündigung konnte schon deswegen keine Benachteiligung der Klägerin aufgrund ihres weiblichen Geschlechts sein, weil die Arbeitgeberin bei der Erklärung der Kündigung keine Information über die Schwangerschaft der Klägerin hatte. Die verlangte Rücknahme der Kündigung war rechtstechnisch nicht möglich, über die Notwendigkeit einer einvernehmlichen Verständigung der Parteien zeigte sich die Klägerin nicht hinreichend informiert. Ein Streit darüber, ob die besonderen Anspruchsvoraussetzungen des § 11 MuSchG auf Zahlung von Mutterschutzlohn vorliegen, ist für sich genommen nicht schon deswegen eine Diskriminierung, weil nur Frauen diesen besonderen Anspruch geltend machen können.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17.10.2013 - 8 AZR 742/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

IX. Sonstiges

1. Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper

Seminar zur Verhandlung von städtebaulichen Verträgen

Unser Düsseldorfer Kollege und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Marian Klepper hat am 24.10.2013 beim IBR-Verlag ein Seminar zur Verhandlung von städtebaulichen Verträgen gehalten. Das Seminar richtete sich an Projektentwickler, Architekten, Ingenieure sowie technisches und kaufmännisches Personal von Projektentwicklungsunternehmen und gewerblichen Investoren. Inhaltlich vermittelte das Seminar einen Überblick über unterschiedliche Formen städtebaulicher Verträge und ihre Voraussetzungen sowie Rechtsfolgen anhand von praktischen Beispielen. Wegen des guten Zuspruchs soll das Seminar im 2. Halbjahr 2014 erneut angeboten werden. Wir werden rechtzeitig über den genauen Termin informieren.

2. Rechtsanwalt Dr. Michael Lehner

Freispruch für den Radprofi Stefan Schumacher

In einem unter großem Medieninteresse geführten Mammutprozess hat das Landgericht Stuttgart den Radprofi Stefan Schumacher vom Vorwurf des Betruges wegen Dopings freigesprochen. Es war der erste Strafprozess in Deutschland gegen einen bereits mit sportrechtlicher Sperre bestraften Radprofi wegen des Vorwurfes, er habe sich mit Verheimlichung seines Dopings die Gehaltszahlungen seines Teams Gerolsteiner erschlichen. Die Öffentlichkeit, Sport und Politik schauten mit Spannung auf den Prozessverlauf und das Prozessergebnis, von dem Signalwirkung für die laufende Diskussion über die Einführung eines speziellen Anti-Doping Gesetzes erwartet worden war.

Die Verteidigung von Stefan Schumacher hatte unser Heidelberger Kollege Dr. Michael Lehner übernommen. Als Mitglied einer vom Bundesinnenministerium einberufenen Expertenkommission zum Sportrecht war es sein erklärtes Ziel, mit einem Freispruch des Radprofis auch die Notwendigkeit einer speziellen gesetzlichen Regelung aufzuzeigen. Mittlerweile liegt

dann auch dem Bundestag ein von den Bundesländern gemeinsam getragener Antrag auf ein neues Anti-Doping Gesetz vor, mit dessen Verabschiedung in der neuen Legislaturperiode gerechnet wird.

Nach einem umfänglichen und von Dr. Michael Lehner initiierten Dopinggeständnis von Stefan Schumacher im SPIEGEL vor Prozessbeginn konnte sich die Beweisaufnahme des Strafprozesses ausschließlich auf das Wissen der Teamleitung und die Dopingorganisation im Team durch die dortigen Sportärzte konzentrieren. Das Ergebnis der Beweisaufnahme macht klar: Der Athlet ist nicht der Erfinder des Dopings. Er ist auch Opfer eines Sportsystems der Leistung um jeden Preis mit Beteiligung einer dopingforschenden Ärzteschaft, einer gewinnorientierten Teamführung und von Sponsoren, die nach den Methoden und Mitteln des für ihr Marketing gewollten Sieges des Sportlers nicht sehr gefragt haben.

Der Prozess und das Prozessergebnis haben erhebliche Bewegungen in die Dopingdiskussion im Sport gebracht. Wir freuen uns, daran erfolgreich mitgewirkt zu haben.

Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Entscheidungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetzestexte, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg -
im Dezember 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