

# Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2014 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Streit über Nachträge: Kann der Auftragnehmer die Leistung verweigern?	2
2.	Immer wieder: Probleme der baubegleitenden Planung	3
3.	Prüfbarkeit der Schlussrechnung des Architekten	4
4.	Verjährung der Gewährleistungsansprüche bei Photovoltaik-Anlagen	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
III.	Vergaberecht	7
	Nachprüfungsantrag ohne Rüge - im seltenen Ausnahmefall!	7
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
V.	Immobilienrecht	8
	Maklerklauseln im notariellen Kaufvertrag	8
VI.	Mietrecht	10
1.	Bundesregierung beschließt Gesetzesentwurf zur Mietpreisbremse und Bestellerprinzip für Maklerleistungen	10
2.	Gewerberaummiete: Zur Umlage von „Verwaltungskosten“ und Kosten für die Instandhaltung in AGB	11
VII.	Verwaltungsrecht	12
	Ersatzneubau genießt keinen Bestandsschutz!	12
VIII.	Arbeitsrecht	13
	Ordnungsgeld gegen Geschäftsführer wegen Nichterscheinen zum Güte Termin	13
IX.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13
X.	Leitsätze zum Arbeitsrecht	15
XI.	Verkehrsrecht	16
	Telefonieren bei automatisch abgeschaltetem Motor	16

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Streit über Nachträge: Kann der Auftragnehmer die Leistung verweigern?

**a) Streitigkeiten über Nachtragsforderungen berechtigen den Auftragnehmer zwar grundsätzlich nicht dazu, die weitere Leistung zu verweigern. Ausnahmsweise steht ihm ein Leistungsverweigerungsrecht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu, wenn entweder die Leistungsaufnahme oder die Leistungsfortführung bei objektiver Betrachtung und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls für ihn unzumutbar ist.**

**b) Die Leistungsfortführung ist für den Auftragnehmer unzumutbar, wenn der Auftraggeber endgültig nicht dazu bereit ist, eine zusätzliche Leistung zu vergüten, und die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nicht nur unerheblich abweicht.**

OLG Koblenz, Urteil vom 06.11.2014 - 6 U 245/14 (nicht rechtskräftig)

Ein Auftragnehmer (AN) wird von einem öffentlichen Auftraggeber (AG) mit Dachdeckerarbeiten für ein Bestandsgebäude beauftragt. Nach Beginn der Arbeiten stellt der AN ein sog. Kiespressdach fest. Da dessen Entsorgung zu erheblichen Mehrkosten führt, verlangt der AN vom AG die Beauftragung von Nachtragsleistungen. Die Forderung wird vom Architekten des AG zurückgewiesen. Die Nachtragsbegründung des AN lehnt der AG wiederum durch seinen Architekten inhaltlich ab. Zudem setzt der Architekt dem AN eine Frist zur Arbeitsfortführung mit Kündigungsandrohung. Da der AN diese verweigert, kündigt der AG und verlangt Mehrkosten für die Restfertigstellung von € 32.000,00.

Die zulässige Berufung des AG hat in der Sache keinen Erfolg. Das Berufungsgericht führt aus, dass der AG gegen den AN keinen Anspruch auf Erstattung von Fertigstellungsmehrkosten nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/B oder aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt hat. Der AG war schon gar nicht zur Entziehung des Auftrags berechtigt, denn der AN hat sich zu Recht auf ein ihm zuste-

hendes Leistungsverweigerungsrecht berufen. Der AN konnte deshalb nicht in Verzug geraten (vgl. BGH, Urteil vom 13.03.2008 - VII ZR 194/06). Dies hatte das Landgericht im Ergebnis zu Recht angenommen.

Zwar berechtigen Streitigkeiten den AN grundsätzlich nicht, die Arbeiten einzustellen (§ 18 Nr. 4 VOB/B). Es ist jedoch anerkannt, dass dem Unternehmer gleichwohl ein Leistungsverweigerungsrecht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zustehen kann. Voraussetzung ist, dass die Leistungsaufnahme oder Leistungsfortführung bei objektiver Betrachtung und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls für den AN unzumutbar ist (vgl. Jousen in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 18. Aufl., § 18 Abs. 5 VOB/B Rn. 4 ff.). Davon ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der AG endgültig nicht bereit ist, eine geschuldete zusätzliche Leistung zu vergüten, sofern die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nicht nur unerheblich abweicht (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 24.06.2004 - VII ZR 271/01; BGH, Urteil vom 13.03.2008 - VII ZR 194/06). So liegt es hier: Der AN hatte Anspruch auf besondere Vergütung, weil der AG vom AN eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert hat (§§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B). Welche Leistungen von der Vergütungsabrede in einem Bauvertrag erfasst sind, ist durch Auslegung des Vertrages nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, §§ 133, 157 BGB, zu ermitteln. Dabei ist das gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen, wozu bei einer öffentlichen Ausschreibung auch die VOB/B gehört. Nach den vorstehenden Grundsätzen musste ein verständiger und fachkundiger Bieter das im Auftrag des AG erstellte Leistungsverzeichnis des Architekten dahin verstehen, dass eine (lose) Kiesschüttung auf einer Kunststoffbahn ausgeschrieben war. Ein Bieter musste dagegen nicht damit rechnen, ein sog. Kiespressdach vorzufinden, in dem sich Kieselsteine mit einer Bitumenlage als oberster Abdeckschicht fest verbunden hatten, was zu erhöhten Entsorgungskosten führt. Der AN war auch nicht gehalten, sich durch eine eigene Prüfung davon zu überzeugen, ob der ausgeschriebene Zustand des Dachs mit dem tatsächlichen Zustand übereinstimmte. Vielmehr darf sich der AN grundsätzlich darauf verlassen, dass eine Leistung richtig beschrieben ist. Er darf sich auch darauf verlassen,

dass Details vollständig angegeben sind, soweit sich aus dem Vertrag nichts Abweichendes ergibt (BGH, Urteil vom 22.12.2011 - VII ZR 67/11).

Der AG, vertreten durch die Architekten, hat Verhandlungen über eine besondere Vergütung des AN nach § 2 Nr. 6 VOB/B bereits dem Grunde nach endgültig abgelehnt; hierdurch hat er gegen seine bauvertragliche Kooperationspflicht verstoßen. Zum Anspruchsgrund hatte der AG die Auffassung vertreten, eine Mehrvergütung stehe dem AN überhaupt nicht zu, weil der vorgefundene Dachzustand sich mit der Ausschreibung decke. Aus der Sicht eines objektiven verständigen AN (§§ 133, 157 BGB) war der AG daher von vornherein nicht bereit, sich auf Verhandlungen über das - dem Grunde nach berechnete - Verlangen des AN auf Zahlung einer besonderen Vergütung einzulassen. Dem AN stand daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein Leistungsverweigerungsrecht zu, weil ihm die Aufnahme der Arbeiten nach den Gesamtumständen nicht zuzumuten war.

Unklar ist die Rechtslage, wenn der AG ausdrücklich handlungsbereit ist und/oder nur einen Teil der geforderten Nachtragsvergütung für einen dem Grunde nach beauftragten Nachtrag bezahlt. Dann kommt es auf die Umstände des Einzelfalls (z.B. Höhe des verweigerten Teils) an.

Zutreffender Rat von Kniffka (in: Kniffka/Koeble, 4. Aufl. 2015, 5. Teil Rn. 159) hierzu: *„Es ist für den Anwalt riskant, dem AN die Einstellung der Arbeiten anzuraten, wenn keine Einigung über Nachträge erzielt wird. Oberstes Ziel sollte in diesen Fällen ein Zwischenvergleich sein, mit dem der AN für die beanspruchte Mehrvergütung abgesichert ist, z.B. durch eine Erfüllungsbürgschaft, deren Kosten derjenige übernimmt, der bei einer nach Durchführung des Bauvorhabens streitigen Auseinandersetzung unterliegt.“*

Rechtsanwältin Lisa Scheibli

## 2. Immer wieder: Probleme der baubegleitenden Planung- Aktuell: Ausführungsplanung widersprüchlich - Auftragnehmer kann kündigen

**a) Übergibt der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine ausführungsfähigen Unterlagen, ist der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert und berechtigt, den Bauvertrag zu kündigen. Die Kündigung ist allerdings nur zulässig, wenn der Auftragnehmer nicht in zumutbarer Weise den Bauablauf umstellen und andere Leistungsteile vorziehen kann.**

**b) Kann der Auftragnehmer seine Leistung aufgrund widersprüchlicher Pläne nicht ausführen, muss er mit der Kündigung nicht drei Monate warten (VOB/B § 6 Abs. 7). Die Regelung des § 9 Abs. 1 VOB/B enthält einen eigenständigen Kündigungstatbestand, der neben den aus § 6 Abs. 7 VOB/B tritt.**

BGH, Beschluss vom 14.08.2014 - VII ZR 314/12 (NZB zurückgewiesen)  
OLG Celle, Urteil vom 01.11.2012 - 16 U 200/11 (vorhergehend)

Das Urteil betrifft zwar - wie häufig bei Kündigungsfällen - eine Extremsituation (darauf deutet die Einschränkung in Buchst. a) Satz 2 hin). Es verdeutlicht aber auf ein Neues die Problematik und die Risiken baubegleitender Planung.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein AG hatte einen AN mit Stahlbauarbeiten bei einem Krankenhausumbau beauftragt. Mit der Erstellung der Ausführungsplanung hatte der AG ein Architekturbüro beauftragt. Im Rahmen der Planung der Rampe in der Eingangshalle des Krankenhauses ergaben sich Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten über die Anzahl der Abhängepunkte (12, 14 oder 16 Punkte) für die Rampe. (Die Anzahl der Abhängepunkte wurde dann in einem Koordinationsgespräch, über dessen Inhalt Uneinigkeit besteht, festgelegt.) Unabhängig von dieser nicht zu klärenden Festlegung stellte das Architekturbüro dem AN in der Folge widersprüchliche Pläne - insbesondere zu Zahl

und Lage der Abhängepunkte - zur Verfügung. Der AN wies mehrfach auf die Unstimmigkeiten hin und forderte den AG unter Fristsetzung auf, eindeutige Planunterlagen zu den Abhängepunkten vorzulegen. Nachdem entsprechende Pläne nicht vorgelegt wurden, kündigte der AN den Vertrag aus wichtigem Grund. Er rechnet neben den bis zur Kündigung erbrachten Leistungen Schadensersatz für die nicht erbrachten Leistungen in Höhe der vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen (über rund 80.000 €) ab.

Das OLG Celle gab dem AN Recht. Der AG muss sich das Verhalten des Architekturbüros wie eine eigene Pflichtverletzung zurechnen lassen. Er hat seine Mitwirkungspflicht zur Bereitstellung ausreichender Planungsvorgaben für die Anzahl und Lage der Abhängepunkte verletzt und es dem AN damit unmöglich gemacht, seine Leistung zu erbringen. Daher habe der AN zu Recht den Vertrag nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B gekündigt. Gemäß § 9 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 VOB/B i.V.m. § 642 BGB könne der AN zwar grundsätzlich lediglich eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wobei sich dieser Anspruch - nur - auf die Zeit zwischen dem Eintritt des Hindernisses und der Kündigung richte und daher nicht die Entschädigung für die nicht erbrachten Leistungen umfasse. Wenn sich das Unterlassen der gebotenen Mitwirkung jedoch als echte (Mitwirkungs-)Pflichtverletzung des AG darstellt, könne der AN gemäß § 9 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 VOB/B, § 280 Abs. 1 BGB den aus dieser Pflichtverletzung entstandenen Schaden ersetzt verlangen. Diesen berechnet das OLG nach der entgangenen Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen (also wie bei einer sog. freien AG-Kündigung).

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

### **3. Prüfbarkeit der Schlussrechnung des Architekten**

**a) Auch wenn der Architekt nicht alsbald Bedenken gegen die Prüfbarkeit der Architektenschlussrechnung erhebt, verliert er dadurch nicht seine sachlichen Einwendungen, sondern ist uneingeschränkt in der Lage, die sachliche Berechtigung der be-**

**rechneten Forderung anzugreifen. Dies kann er auch mit solchen Gründen, die gleichzeitig die fehlende Prüfbarkeit belegen.**

**b) Die bloße Angabe verschiedener Werte genügt nicht, um die Berechtigung einer geltend gemachten Honorarforderung schlüssig dazulegen. Hierzu müssen nicht nur die Ergebnisse der Kostenermittlung, sondern auch die dieser zu Grunde liegenden Kriterien angegeben werden.**

**c) Defizite der Schlussrechnung des Architekten im Hinblick auf die Prüffähigkeit führen im Honorarprozess dazu, dass die Klageforderung des Architekten nicht schlüssig dargetan ist und die Klage (endgültig) als unbegründet abgewiesen wird.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.03.2014 - 21 U 90/13

Gegenstand dieser Entscheidung ist die Honorarklage eines mit Planungsleistungen beauftragten Architekten. Für diese Planungsleistungen gilt das Preisrecht der HOAI. Der AG hat die Richtigkeit der in der Schlussrechnung in Ansatz gebrachten anrechenbaren Kosten des Architekten bestritten. Für ihn sei nicht ersichtlich, wie diese vom Architekten ermittelt wurden. Der Architekt hat lediglich verschiedene Werte in der Schlussrechnung angegeben, ohne diese herzuleiten bzw. näher zu erläutern, woraus sich diese Werte ergeben. Der Architekt beruft sich darauf, dass der AG Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung nicht innerhalb der zweimonatigen Prüffrist erhoben habe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hielt die Schlussrechnung für nicht prüfbar, weil sie nicht den Anforderungen der DIN 276 entspricht.

Diese Entscheidung hat das OLG bestätigt. Es stellt fest, dass der Architekt seine Forderung nicht ausreichend dargelegt hat. Seine Honorarklage ist demnach unschlüssig und endgültig unbegründet. Zwar war der AG mit dem Einwand der fehlenden Prüffähigkeit ausgeschlossen, da er diesen zu spät erhob. Allerdings verliert er dadurch nicht seine sachlichen Einwendungen gegen die Schlussrechnung. Es ist ihm ohne Einschränkungen möglich die inhaltliche Richtigkeit der Schlussrechnung

anzugreifen. Dies kann er auch mit Gründen, die gleichzeitig die fehlende Prüfbarkeit belegen. Da der Architekt lediglich verschiedene Werte ohne die diesen zu Grunde liegenden Ermittlungskriterien angegeben hat und auch im Übrigen die zu Grunde gelegten Kosten nicht substantiiert hat, ist er seiner Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen, nachdem diese Werte vom AG im Prozess bestritten wurden.

Die Anforderungen an die Prüffähigkeit der Schlussrechnung hängen zwar grundsätzlich von den Umständen des Einzelfalls ab. Dennoch ist es wesentlich, dass der AG in die Lage versetzt wird, die Richtigkeit der einzelnen Ansätze zu prüfen. Die Schlussrechnung muss daher alle Angaben enthalten, die nach dem geschlossenen Vertrag und der HOAI für den AG objektiv unverzichtbar sind, um das Honorar sachlich und rechtlich überprüfen zu können. Dazu gehört auch ein nachvollziehbarer Vortrag zu den anrechenbaren Kosten, weil von ihnen die Höhe des Architektenhonorars insgesamt abhängt. Falls dazu im Prozess kein Vortrag erfolgt, riskiert der Architekt eine endgültige Klageabweisung, auch wenn ggf. die Forderung ganz oder teilweise berechtigt gewesen wäre.

Rechtsanwältin Andrea Kubal

#### **4. Verjährung der Gewährleistungsansprüche bei Photovoltaik-Anlagen**

##### **Ansprüche aus Lieferung und Montage einer Photovoltaik-Anlage unterliegen einer zweijährigen Gewährleistungsfrist.**

OLG München, Urteil vom 14.01.2014 - 28 U 883/13 Bau

Bei Arbeiten an einem Bauwerk, Lieferung von Sachen hierfür, oder bauwerksbezogenen Planungs- und Überwachungsleistungen beträgt der Gewährleistungszeitraum nach Kauf- und Werkvertragsrecht für den Verkäufer oder Unternehmer fünf Jahre nach Gefahrübergang bzw. Abnahme seiner Leistungen. In allen anderen Fällen gilt die „Regelverjährung“ für Gewährleistungsansprüche von zwei Jahren.

Welche Frist läuft also bei der nachträglichen Montage einer Photovoltaik-Anlage auf einem Gebäudedach? Oder, allgemeiner gesprochen: welche Gewährleistungsfrist gilt, wenn Arbeiten ausgeführt oder Sachen zum Einbau geliefert werden, die nur einen mittelbaren Bezug zum eigentlichen Gebäude haben, aber fest mit diesem verbunden werden? Zentrale rechtliche Frage ist dabei die Auslegung des im Gesetz verwendeten Bauwerksbegriffs, § 438 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) sowie § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Der Kläger war Eigentümer eines bereits errichteten Supermarktgebäudes. Mithilfe der später gesamtschuldnerisch verklagten Lieferanten der Anlage, der Planer und der Tragwerksplaner wollte er im Jahr 2008 auf dem Dach des Gebäudes nachträglich ein Photovoltaik-System installieren lassen, um die Einspeisevergütung zu erzielen.

Die Anlage wurde im April 2008 abgenommen und sodann in Betrieb gestellt. Im November 2010 zeigten sich Risse in den Dachbalken, weil die Binder die zusätzliche Belastung durch das Gewicht der Anlage nicht tragen konnten. Die Klage auf Vorschuss der Mangelbeseitigungskosten wurde im Juni 2011 zugestellt. Die Beklagten beriefen sich auf Verjährung.

Der 28. Zivilsenat des OLG München gelangte auf der Linie der BGH-Entscheidung vom 09.10.2013, - VIII ZR 318/12 (NJW 2014, 845 m. Anm. Reichert, IBR 2014, 110) zu einer zweijährigen Gewährleistungsfrist; die Klage bleibt demnach erfolglos.

Die Frage, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht für das Rechtsverhältnis zur Lieferantin der Anlage einschlägig ist, ist für die Beurteilung der in Rede stehenden Frage eigentlich unbeachtlich, weil beide Rechtsgebiete unterschiedlich lange Gewährleistungsfristen für bau- und nicht baubezogene Leistungen kennen. Sie wurde vom BGH und auch vom OLG aber in ersterem Sinne beantwortet. Es handele sich um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung nach § 434 Abs. 2 BGB, nicht um Arbeiten an einem (bestehenden) Bauwerk.

Nach der Gesetzesbegründung ist ein Bauwerk - in Kauf- und Werkvertragsrecht gleichlautend - jede unbewegliche, durch Verbin-

dung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Dies ist allein das Gebäude, auf dessen Dach die Anlage montiert wird. Arbeiten an einem Bauwerk liegen vor, wenn sie für Konstruktion, Bestand, Erhaltung und Benutzbarkeit dieses Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile fest mit dem Gebäude verbunden werden (vgl. Messerschmidt/Voit-Drossart, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, § 634a BGB Rdnr. 14 m.w.N.). Die aufmontierten Module werden aber nicht für das Gebäude verwandt. Das Gebäude sei weder Gegenstand von Erneuerungs- oder Umbauarbeiten, noch seien die Module für die Konstruktion, den Bestand, die Erhaltung oder die Benutzbarkeit des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung. Die alleinige Funktion der Anlage liege in der Erzielung der Einspeisevergütung durch die (ggf. auch nur anteilige) Einleitung des generierten Stroms in das Stromnetz. Das Bauwerk sei hiervon nicht berührt, es diene allenfalls als „Träger“ der Anlage. Damit lägen keine Arbeiten an einem Bauwerk im Sinne des Gesetzes vor.

Kurz vor der hier vorgestellten Entscheidung des 28. Zivilsenats, aber bereits nach Veröffentlichung der BGH-Entscheidung, hatte der 9. Zivilsenat des OLG München (Urt. v. 10.12.2013, - 9 U 543/12 Bau, n. rkr., Nichtzulassungsbeschwerde anhängig beim BGH unter - VII ZR 348,13, m. krit. Anm. Tapan/Baumgartner, NZBau 2014, 540) für den Fall einer auf eine Tennishalle gebauten Photovoltaik-Anlage entschieden, dass hierfür eine werkvertragliche fünfjährige Gewährleistungsfrist gelte. Die Anlage sei im zu entscheidenden Fall baulich und mit ihren technischen Bestandteilen (Verkabelung, Steuerraum usw.) so fest und dauerhaft mit dem Gebäude verbunden gewesen, dass sie selbst als Bauleistung und Teil des Bauwerks gelten müsse. Ein Ausbau der Module sei faktisch kaum noch möglich. Dieser Fall wird aber überwiegend als (falsche) Einzelfallentscheidung eingeordnet.

Rechtsanwalt Dr. Robert Scherzer

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

### **1. Abdichtung eines Kellers als Leistungserfolg**

Auch wenn sich der Bauunternehmer vertraglich nur zur Durchführung einer bestimmten Ausführungsart der Abdichtung eines Kellers verpflichtet hat (hier: Abdichtung eines Kellers mittels Injektionsverfahren), schuldet er die dauerhafte Trockenlegung des Kellers als Leistungserfolg.

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.02.2014 - 12 U 133/13

### **2. Verzug bei Überschreitung der kalendermäßig bestimmten Frist**

a) Überschreitet der AN eine kalendermäßig bestimmte Frist für die Fertigstellung, ohne dass dies auf einem von ihm zu vertretenden Umstand beruht, gerät er nicht bereits durch den Ablauf der Frist, sondern nur durch eine Mahnung in Verzug.

b) Der AG kann in diesem Fall erst dann eine Vertragsstrafe wegen Verzugs mit der Fertigstellung geltend machen, wenn er den AN gemahnt hat.

KG, Urteil vom 14.06.2013 - 7 U 124/12 (NZB zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 08.05.2014 - VII ZR 166/13)

### **3. Ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung**

Allein wegen des Bestreitens eines mangels im Prozess ist nicht ohne weiteres von einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung auszugehen. Eine endgültige Erfüllungsverweigerung liegt aber dann vor, wenn der Unternehmer während der vorprozessualen und umfassende Auseinandersetzung nachhaltig und beharrlich das Vorliegen von Mängeln verneint und eine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet.

BGH, Urteil vom 18.09.2014 - VII ZR 58/13

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### III. Vergaberecht

#### **Nachprüfungsantrag ohne Rüge - im seltenen Ausnahmefall!**

**Versendet der Auftraggeber die Vorabinformation gemäß § 101a GWB - z.B. kurz vor mehreren gesetzlichen Feiertagen - so, dass einem Bieter nur drei Arbeitstage verbleiben, einen Nachprüfungsantrag einzureichen, kann sich der Auftraggeber nicht auf eine etwaige Verletzung der Rügeobligenheit durch den Bieter berufen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014 - Verg 20/14

In einem Verfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung über Mediendienstleistungen versandte der AG am späten Nachmittag eines Gründonnerstags an die unterlegenen Bieter das Informations- und Absageschreiben gemäß § 101a GWB per Telefax. Dadurch setzte er die 10-tägige Zuschlagssperre gemäß § 101a Abs. 1 S. 4 GWB in Lauf, so dass er am Montag der übernächsten Woche den Zuschlag hätte erteilen können. Wegen der dazwischen liegenden Feiertage verblieben Bietern, die den beabsichtigten Zuschlag verhindern wollten, nur drei Arbeitstage, um einen Nachprüfungsantrag einzureichen. Ein unterlegener Bieter reichte einen Nachprüfungsantrag zwar rechtzeitig am Freitag vor dem möglichen frühesten Zuschlagsdatum bei der Vergabekammer ein. Erst 45 Minuten später rügte dieser Bieter aber einen Vergabeverstoß auch gegenüber dem AG, der sich im Nachprüfungsverfahren auf einen Verstoß des Bieters gegen dessen Obliegenheit berief, vor einem Nachprüfungsantrag den Vergabeverstoß zu rügen.

Das OLG Düsseldorf folgt dem AG in dieser Frage nicht, sondern hält den Nachprüfungsantrag für - ausnahmsweise - zulässig, obwohl der Bieter seiner Rügeobligenheit nicht entsprochen hatte.

Die Regelung zur Rügeobligenheit eines Bieters im Vergabeverfahren gemäß § 107 Abs. 3 GWB ist unmissverständlich. Ein Verstoß gegen diese Obliegenheit wird in der Regel sehr streng gehandhabt und führt zur Unzulässig-

keit eines ohne vorherige Rüge eingereichten Nachprüfungsantrags. Nicht selten nutzen deshalb AG Zeiträume wie Ostern oder Weihnachten, in denen mehrere gesetzliche Feiertage und also mutmaßlich arbeitsfreie Tage aufeinander folgen, um den unterlegenen Bietern die rechtzeitige Einreichung eines Nachprüfungsantrags zu erschweren. Immerhin müssen Bieter an sich innerhalb von zwei oder drei Arbeitstagen nicht nur abwägen, ob Fehler im Vergabeverfahren begangen wurden, sondern auch entscheiden, ob diese Fehler rügefähig sind und nach einer erfolglosen Rüge einen Nachprüfungsantrag einreichen. Häufig gelingt das allein aus Zeitgründen nicht.

Dieser Praxis von Auftraggebern hat das OLG Düsseldorf in einer durchaus bemerkenswerten Entscheidung gewisse Grenzen aufgezeigt. Das OLG arbeitet heraus, dass die Auftraggeber den Zeitpunkt einer derart platzierten Vorabinformation möglicherweise nicht stets in der gezielten Absicht wählen, den Rechtsschutz unterlegener Bieter faktisch zu verkürzen. Allerdings seien dem jeweiligen AG die Rechtsfolgen seiner Entscheidung, die Vorabinformation unmittelbar vor einer Reihe an arbeitsfreien Tagen zu versenden, zumindest bekannt und bewusst, denn der AG errechne z.B. den Zeitpunkt des frühestmöglichen Zuschlags. Auf Bieterseite sei dagegen zu berücksichtigen, dass die Entscheidung über Rüge und Nachprüfungsantrag in der Regel von der Geschäftsleitung getroffen werden müsse, die nicht nur Informationen sammeln, sondern diese Informationen regelmäßig den Rechtsanwälten des Bieters weiterzuleiten habe. Dort müsse die Angelegenheit aufgearbeitet und in einen Nachprüfungsantrag formuliert werden. Um sicher zu stellen, dass der Nachprüfungsantrag tatsächlich vor Erteilung des Zuschlags dem AG zugestellt werde, müsse er zumindest einen ganzen Tag vor dem Ablauf der Zuschlagssperre bei der Vergabekammer eingereicht werden, weil die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag vor Zustellung auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit prüfe.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf wäre der effektive Rechtsschutz der unterlegenen Bieter deshalb in unzulässiger Weise verkürzt, wenn die Einreichung eines Nachprüfungsantrags in der vorliegenden Konstellation von ei-

ner vorherigen Rüge abhängig gemacht werde. Vielmehr sei es - so das OLG Düsseldorf - dem AG in diesem Ausnahmefall verwehrt, sich auf die Verletzung der Rügeobliegenheit zu berufen.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf sollte Bieter nicht dazu verleiten, die Rügeobliegenheit nicht ernst zu nehmen. Zwar sah sich das Gericht entgegen dem Wortlaut des Gesetzes aus Gesichtspunkten wie Treu und Glauben und zur Wahrung grundsätzlicher prozessualer Rechte zu dieser Entscheidung veranlasst. Sie ist aber allenfalls bedingt verallgemeinerungsfähig, mag aber im Einzelfall Argumentationshilfe leisten, wenn die Rügeobliegenheit wegen zeitlicher Besonderheiten vor einem Nachprüfungsantrag nicht mehr hat eingehalten werden können.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

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

##### **1. Aufhebung der Ausschreibung**

- a) Eine Vergabestelle kann eine öffentliche Ausschreibung aufgrund von sachlichen Gründen jederzeit aufheben, da kein Kontrahierungszwang besteht.
- b) Zu einer Fortführung eines Vergabeverfahrens kann eine Vergabestelle nur „verpflichtet“ werden, wenn eine Schein-aufhebung vorliegt.
- c) In einem Nachprüfungsverfahren werden grundsätzlich nur Verstöße gegen Vergabebestimmungen geprüft. Außerhalb des Vergaberechts liegende Rechtsnormen werden inzident geprüft, wenn sich daraus Rechtsfragen ergeben, die zwingend zu klären sind, um eine vergaberechtliche Entscheidung in einem Nachprüfungsverfahren treffen zu können.

VK Münster, Beschluss vom 05.08.2014 - VK 10/14

##### **2. Ausscheiden des Bieters bei Absage des Verhandlungstermins**

Die Teilnahme an Verhandlungsterminen im Verhandlungsverfahren steht nicht im Belieben eines Bieters. Ist ein Bieter an einem von der Vergabestelle festgesetzten Termin - aus welchen Gründen auch immer - an der Teilnahme verhindert, bleibt ihm nur der Weg, die Vergabestelle zu bitten, einen anderen Termin festzusetzen oder - sollte sich der gesetzte Termin der Vergabe rechtswidrig darstellen - die Terminierung zu rügen. Sagt ein Bieter dagegen eigenmächtig und rügelos die Teilnahme an einem von der Vergabestelle festgesetzten Verhandlungstermin ab, scheidet er aus dem gesamten Verhandlungsverfahren aus, ohne dass er dies explizit so erklären muss.

VK Südbayern, Beschluss vom 09.09.2014 - Z3-3-3194-1-35-08/14

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

#### **V. Immobilienrecht**

##### **Maklerklauseln im notariellen Kaufvertrag**

Immobilienmakler sind regelmäßig daran interessiert, dass in den Kaufvertrag eine Klausel aufgenommen wird, die ihren Provisionsanspruch sichert (Maklerklausel).

Vorstehendes gilt insbesondere nachdem seit dem 13.06.14 auch Maklerverträge widerrufen werden können, wenn sie im Fernabsatz zustande gekommen oder nicht im Büro des Maklers abgeschlossen worden sind; rechtlich sind solche Maklerklauseln allerdings nicht unproblematisch, dies schon deshalb, weil der Makler nicht Partei des Kaufvertrages ist.

Es sind dabei verschiedene Arten von Maklerklauseln zu unterscheiden:

- a) Bei der deklaratorischen Maklerklausel (einfache Maklerklausel) erklärt der Käufer, dass ein Maklervertrag zustande gekommen ist und ihm das Kaufobjekt von der Maklerfirma nachgewiesen wurde. Durch die Maklerklausel werden dem Käufer diejenigen Einwände gegen den Provisionsanspruch abgeschnitten, die ihm bei Abschluss des Kaufvertrages bekannt oder zumindest erkennbar waren.



Die einfache Maklerklausel schützt den Makler jedoch insbesondere nicht vor Einwänden, die für den Käufer erst nach Abschluss des Kaufvertrages erkennbar werden. Erfährt beispielsweise der Käufer erst nach Abschluss des Kaufvertrages von der Verflechtung des Maklers mit dem Verkäufer, so kann er diesen Einwand trotz der einfachen Maklerklausel geltend machen. Ebenso bleibt dem Käufer unbenommen, unter Umständen den Maklervertrag zu widerrufen, wenn die gesetzlichen Erfordernisse hierfür vorliegen, bspw. beim Fernabsatzvertrag.

Als vorteilhaft ist festzuhalten, dass die Notarkosten und die Grunderwerbssteuer sich durch die Aufnahme einer einfachen Maklerklausel im Kaufvertrag nicht erhöhen.

b) Denkbar ist auch, dass der Maklerkunde im Kaufvertrag ein abstraktes Schuldanerkenntnis abgibt, mit dem erklärt wird, dass er dem Makler einen bestimmten Betrag als Maklerprovision schuldet.

Mit einem solchen Schuldanerkenntnis wird eine selbständige Zahlungsverpflichtung des Kunden begründet, die unabhängig davon ist, ob ein Maklervertrag zustande gekommen ist bzw. ob dieser widerrufen wurde. Einwände, die sich aus dem Maklerrecht ergeben, kann der Kunde, der ein solches Schuldanerkenntnis abgegeben hat, daher nicht erheben. Der Maklerprovisionsanspruch entfällt bei der Abgabe einer solchen Maklerklausel (Schuldanerkenntnis) nur, wenn der Kaufvertrag auf irgendeinem Grunde wegfällt, etwa weil er angefochten oder einverständlich aufgehoben wurde.

Festzuhalten bleibt hierzu, dass eine solche Maklerklausel jedoch nicht dem Willen des Kunden entspricht. Derartige Klauseln sollen Notare daher nach Auffassung einiger Notarkammern grundsätzlich nicht beurkunden.

Sollte ausnahmsweise eine solche Klausel aufgenommen und daher ein selbständiger Provisionsanspruch des Maklers begründet werden, ist auch ein Widerruf durch den Käufer ausgeschlossen, da das Widerrufsrecht nach § 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F. nicht bei Verträgen gilt, die notariell beurkundet wurden.

Wichtig ist hier auch festzuhalten, dass die Notarkosten durch ein solches Schuldanerkenntnis sich erhöhen.

Auch insoweit würden ggf. Hinweispflichten von Seiten des Notars, unter Umständen auch von Seiten des eines solche Klauseln wünschenden Maklers bestehen.

c) In Fällen, in denen die Parteien des Kaufvertrages befürchten, dass ein Dritter ein Vorkaufsrecht ausübt, ist es sinnvoll, dem Makler in dem Kaufvertrag eine zweite Anspruchsgrundlage für seinen Provisionsanspruch zu schaffen. Durch entsprechende Formulierung der Klausel kann sichergestellt werden, dass der Makler, der ansonsten seinen Provisionsanspruch verlieren würde, einen Provisionsanspruch gegenüber dem vorkaufsberechtigten Dritten hat. Insoweit ist maßgeblich, dass die entsprechend formulierte Maklerklausel auch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten wirkt, weil der Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten gem. § 464 Abs. 2 BGB unter den Bedingungen zustande kommt, die der ursprüngliche Käufer mit dem Verkäufer vereinbart hat.

Auch in diesem Zusammenhang gilt, dass der Makler nicht Partei des Kaufvertrags ist. Nach § 328 BGB haben die Vertragsparteien jedoch die Möglichkeit dem Makler im Wege eines Vertrages zu Gunsten Dritter eine Provisionsforderung zu verschaffen. Bei entsprechender Klausel verpflichtet sich der Käufer gegenüber dem Verkäufer, dem Makler (als Dritten) eine Maklerprovision in bestimmter Höhe zu zahlen. Hierdurch erhält der Makler einen eigenständigen Anspruch gegen den Käufer auf Zahlung der Maklerprovision, der auch gegenüber einem das Vorkaufsrecht ausübenden Dritten Wirksamkeit hat.

Auch eine solche Klausel verliert jedoch ihre Wirkung, wenn der Kaufvertrag z.B. aus Gründen der Anfechtung oder Aufhebung unwirksam wird.

Festzuhalten ist des Weiteren, dass eine solche Klausel vor Einwendungen aus dem Maklervertrag und einem Widerruf des Maklervertrages nicht schützt. Ein solcher Schutz würde nur dann bestehen, wenn die Parteien des Kaufvertrages einen sog. echten Vertrag zu Gunsten Dritter vereinbaren würden, durch den ein selbständiger, vom Maklervertrag unabhängiger Anspruch des Maklers bekundet wird. Eine solche Vereinbarung entspricht jedoch regelmäßig nicht den Interessen der Par-

teilen des Kaufvertrages. Auch hier sind die Notare daher nach Auffassung einiger Notarkammern gehalten, solche Maklerklauseln grundsätzlich nicht in den Kaufvertrag aufzunehmen.

Auch hier ist zu beachten, dass bei der Vereinbarung einer Maklerklausel im Wege eines Vertrages zu Gunsten Dritter sich der Geschäftswert um den Wert der Maklerprovision erhöht und dementsprechend erhöhte Notarkosten anfallen.

d) Wenn der Verkäufer mit dem Makler einen Vertrag geschlossen hat, nachdem er eine Maklerprovision schuldet, kann, entsprechende Vereinbarung vorausgesetzt, im Kaufvertrag vereinbart und mitbeurkundet werden, dass der Käufer die Provisionszahlung übernimmt und den Verkäufer von seiner Verpflichtung freistellt. Formuliert werden kann dies wie folgt:

*„Der Erwerber übernimmt zur Entlastung des Veräußerers dessen Verpflichtung zur Zahlung der Maklerprovision und stellt den Verkäufer insofern frei.“*

Bei der Erfüllungsübernahme wird die Maklerprovision im Kaufpreis gem. § 47 S. 2 GNotKG hinzugerechnet.

Ein Widerruf des Maklervertrags ist in diesen Fällen nicht mehr möglich, da es sich um einen notariell beurkundeten Vertrag handelt.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Notarkosten nur bei der einfachen Maklerklausel nicht erhöht werden. Dagegen werden die Notarkosten durch eine Maklerklausel stets erhöht, wenn es sich um einen Vertrag zu Gunsten Dritter i.S.d. § 328 BGB oder ein einseitiges abstraktes Schuldanerkenntnis handelt.

Die Grunderwerbssteuer wird durch die Maklerklausel nur dann erhöht, wenn der Käufer darin die Erfüllung der Provisionspflicht des Verkäufers übernimmt.

Vor einem Widerruf des Maklervertrages schützt grundsätzlich auch eine Maklerklausel nicht, weil diese im Grunde so zu verstehen ist, dass sie keine neue selbständige Anspruchsgrundlage schafft. Ausgenommen hiervon ist der Fall des abstrakten Schuldanerkenntnisses sowie der Nettovereinbarung mit dem Verkäu-

fer, denn in diesen Fällen stellt die Maklerklausel eine selbständige Anspruchsgrundlage des Maklers gegen den Käufer dar.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## **VI. Mietrecht**

### **1. Bundesregierung beschließt Gesetzesentwurf zur Mietpreisbremse und Bestellerprinzip für Maklerleistungen**

Die Bundesregierung hat am 01. Oktober 2014 den Gesetzesentwurf zur Mietpreisbremse und zum Bestellerprinzip für Maklerleistungen (Mietrechtsnovellierungsgesetz - MietNovG) beschlossen. Der Bundesrat hat mittlerweile zu dem Gesetzesentwurf Stellungnahme genommen und deutlich gemacht, dass die Länder noch Verbesserungspotential sehen.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass Mieten bei einer Weitervermietung zukünftig in den von den Ländern ausgewiesenen Gebieten die ortsübliche Vergleichsmiete nur noch um höchstens 10% übersteigen dürfen. Diese sog. Mietpreisbremse ist nur für Gegenden mit einem „angespannten Wohnungsmarkt“ vorgesehen. Wo solche Gebiete sind, sollen die jeweiligen Länder eigenmächtig per Rechtsverordnung festlegen dürfen. Die Festlegung dieser Gebiete erfolgt für maximal fünf Jahre. Mieten, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes die ortsübliche Vergleichsmiete über 10 % übersteigen, sind von der Regelung nicht betroffen. Sie genießen Bestandsschutz. Ausgenommen von der Mietpreisbremse sind Neubauten und die Erstvermietung nach einer umfassenden Modernisierung. Damit soll die Investitionsbereitschaft auf dem Wohnungsmarkt erhalten und gefördert werden.

Schließlich sieht der Gesetzesentwurf neben der Mietpreisbremse vor, dass künftig nur derjenige die Maklercourtage zu entrichten hat, der ihn auch beauftragt hat und in dessen Interesse der Makler tätig geworden ist. Dies soll zu einer Entlastung der Mieter führen. Zurzeit ist es üblich, dass Mieter den Makler bei erfolgreicher Vermittlung bezahlen müssen, auch wenn er vom Vermieter beauftragt wurde.

Der Bundesrat begrüßt grundsätzlich den Gesetzesentwurf. Er kritisiert jedoch die geplanten Regelungen zur Rückzahlung überzahlter Mieten für Wohnungen mit Mietpreisbegrenzung. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung sieht vor, dass der Mieter die überhöhte Miete zunächst qualifiziert rügen müsse, um zukünftig die überhöhte Miete zurück verlangen zu können. Das bedeutet, dass etwaig zu viel gezahlte Mieten vor der Rüge nicht zurückverlangt werden können. Außerdem muss der Mieter genau darlegen und begründen warum die Miete überhöht sei. Diese Regelungen erschweren es den Mietern ihre Rechte durchzusetzen und schaffen Anreize für Vermieter, bei Vertragsschluss die Mieten nicht ordnungsgemäß zu berechnen. Der Bundesrat fordert daher, dass Vermieter zur Rückzahlung überhöhter Mieten von Beginn des Mietverhältnisses an verpflichtet sein sollten. Außerdem müssten Wucherforderungen von Vermietern als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

Das weitere Verfahren sieht wie folgt aus: Die Bundesregierung legt nun die Stellungnahme des Bundesrates sowie alle weitere relevante Dokumente dem Bundestag zur Beratung vor. Nach der Beschlussfassung des Bundestags wird das Gesetz dem Bundesrat erneut zur Billigung vorgelegt. Eine Zustimmung des Bundesrates zu dem Gesetz ist wünschenswert, aber nicht zwingend für die Verabschiedung erforderlich. Geplant ist, dass das Gesetz in der ersten Jahreshälfte 2015 in Kraft treten soll.

Rechtsanwältin Andrea Kubal

## **2. Gewerberaummiete: Zur Umlage von „Verwaltungskosten“ und Kosten für die Instandhaltung gemeinschaftlich genutzter Flächen in AGB**

**Die Umlage von „Verwaltungskosten“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mietvertrags über Geschäftsräume ist auch ohne nähere Erläuterung zulässig. Dagegen verstößt die formularmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen auf den Mieter ohne Beschränkung der Höhe nach gegen AGB-Recht.**

BGH, Urteil vom 10.09.2014 - XII ZR 56/11

Der Mieter verlangt von dem Vermieter Rückzahlung von Betriebskosten aus einem beendeten Mietverhältnis über Gewerberäume in einem Einkaufszentrum. Konkret streiten die Parteien darüber, ob und in welchem Umfang einzelne auf die Gemeinschaftseinrichtungen des Zentrums entfallende Nebenkosten wirksam auf den Mieter - anteilig - umgelegt wurden. Die maßgebende AGB-Klausel lautet auszugsweise wie folgt: „Sämtliche Nebenkosten des Einkaufszentrums, insbesondere alle Kosten des Betriebes und der Instandhaltung der technischen Anlagen werden von allen Mietern anteilig getragen. Die Nebenkosten werden in ihrer tatsächlichen, nachgewiesenen Höhe ohne Beschränkung auf die in der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der Zweiten Berechnungsverordnung aufgeführten Kosten auf die Mieter umgelegt. Insbesondere sind dies Kosten für: (...) - Hausmeister, Betriebspersonal, Center-Manager und Verwaltung (...)“.

Der BGH hat entschieden, dass die formularmäßige Umlage von „Verwaltungskosten“ auch ohne nähere Bezifferung zulässig ist. Nach Auffassung des Gerichts handelt es sich bei der zitierten Regelung nicht um eine unzulässige Überraschungsklausel i.S.d. § 305c BGB. Die Umlegung von Verwaltungskosten auf den gewerblichen Mieter sei nicht so ungewöhnlich, dass dieser als Vertragspartner nicht damit zu rechnen braucht. Der Vermieter kann die Verwaltungskosten im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen umlegen und in diesem Rahmen seien sie von dem gewerblichen Mieter auch abschätzbar. Die Klausel verstoße auch nicht gegen das Transparenzgebot und stelle auch sonst keine unangemessene Benachteiligung des Mieters i.S.d. § 307 BGB dar, auch wenn die Klausel keine Bezifferung oder höhenmäßige Begrenzung der Verwaltungskosten enthält. Der Begriff „Verwaltungskosten“ ist nach dem BGH insofern hinreichend bestimmt, als zu dessen Ausfüllung auf die Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 Betriebskostenverordnung und § 26 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung zurückgegriffen werden kann.

Dagegen sieht der BGH in der formularmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen

und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach eine unangemessene und damit unzulässige Benachteiligung des Mieters i.S.d. § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Denn dem Mieter würden damit auch Kosten übertragen, die nicht durch sein Mietgebrauch veranlasst und nicht von ihm überschaubar sind, da sie nicht in seinen Risikobereich fallen.

Schließlich hat der BGH die zitierte Klausel insoweit für unwirksam erklärt, als sie die nicht näher aufgeschlüsselten Kosten des Centermanagements anteilig auf den Mieter umlegt. Hinsichtlich des Begriffs „Center-Manager“ fehle es an ausreichender Transparenz, da es nicht ersichtlich sei, welche Kosten hier einbezogen und welche Leistungen dem Inhalt nach hiervon erfasst sein sollen. Dies gelte vor allem, wenn daneben „Kosten für Verwaltung“ verlangt werden.

Mit dieser Entscheidung hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung hinsichtlich der Umlegung von Verwaltungskosten, der Kosten für die Überbürdung der Instandhaltung und Instandsetzung auf den Mieter sowie der Übernahme der Kosten des Centermanagements durch den Mieter bestätigt (BGH IMR 2010, 92; IMR 2006, 1021; IMR 2011, 411).

Rechtsanwalt Thilo Braun

## VII. Verwaltungsrecht

### **Ersatzneubau genießt keinen Bestandsschutz!**

**a) Der aus der Eigentumsgarantie hergeleitete Bestandsschutz für ein einst legales Bauwerk umfasst nur das Recht, das Bauwerk weiter so zu unterhalten und zu nutzen, wie es seinerzeit errichtet wurde, rechtfertigt jedoch keinen Ersatzbau anstelle des bestandsgeschützten Bauwerks.**

**b) Ein Nachbar kann grundsätzlich die „zentimetergenaue“ Wahrung der gesetzlichen Abstandsfläche durch einen Neubau unabhängig davon beanspruchen, ob die äußere Form gegenüber einem früheren Baukörper unverändert bleibt und deshalb keine Veränderung hinsichtlich der Belichtung erfolgt. Auch auf eine Wertminderung**

**am Nachbargrundstück oder die Möglichkeit einer zusätzlichen Bebauung kommt es hierbei nicht an.**

**c) Eine Abweichung von einer Abstandsflächenvorschrift kann erfolgen, wenn dies mit den Schutzziele des Abstandsflächenrechts vereinbar ist, das Ausmaß ihrer Beeinträchtigungen fehlerfrei bestimmt und mit den für eine Abweichung streitenden Gründen sowie den öffentlichen und geschützten Nachbarinteressen abgewogen wurde.**

OVG Sachsen, Beschluss vom 12.06.2014 - 1 A 754/13

Der Bauherr besitzt ein bestandsgeschütztes Wohngebäude, das zum Nachbargrundstück einen Abstand von ca. 1 m einhält. Auf seinen Antrag erhält er eine Baugenehmigung, die ihm den Abbruch und einen Neubau an derselben Stelle gestattet. Die Genehmigungsbehörde erlaubt ausdrücklich, vom gesetzlichen Mindestabstand (3 m) abzuweichen. Auf den Widerspruch des Nachbarn wird die Baugenehmigung aufgehoben. Hiergegen wird sich der Bauherr zur Wehr.

Ohne Erfolg! Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht erklären die Aufhebung der Baugenehmigung für rechtmäßig. Dieser habe gegen das geltende Abstandsflächenrecht verstoßen. Anders als das ursprüngliche Gebäude genieße der Ersatzneubau des Bauherrn keinen Bestandsschutz. Die für die Unterschreitung des gesetzlichen Mindestabstands erteilten Abweichungen seien rechtswidrig. Die Genehmigungsbehörde habe bei deren Gewährung keinerlei Ermessenserwägungen angestellt. Insbesondere habe es an der gebotenen Abwägung der geschützten nachbarlichen Belange fehlt. Eine atypische Fallgestaltung liege ebenfalls nicht vor.

Die gerichtlich bestätigte Aufhebung der Baugenehmigung trifft den Bauherrn hart. Denn er hatte das genehmigte Vorhaben trotz des Nachbarwiderspruchs ausgeführt. Das muss er jetzt mit dem Ergebnis rückgängig machen, dass er überhaupt kein Wohnhaus mehr besitzt. Der Fall zeigt, wie riskant die Ausnutzung von bereits angefochtenen oder noch anfechtbaren Baugenehmigungen ist, wenn auf eine

eigene Rechtmäßigkeitskontrolle verzichtet wird.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

## VIII. Arbeitsrecht

### **Ordnungsgeld gegen Geschäftsführer wegen Nichterscheinen zum Gütetermin**

**Bei der Verhängung des Ordnungsgeldes infolge Nichterscheins im Termin trotz Anordnung darf es sich nicht um eine bloße Disziplinarmaßnahme handeln. Vielmehr muss das Gericht pflichtgemäß prüfen, ob durch das Nichterscheinen der Partei die Sachverhaltsaufklärung erschwert und dadurch der Prozess verzögert wird.**

LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.01.2014 - 13 Ta 1/14

Hierbei handelte es sich um einen alltäglichen Sachverhalt. Das Arbeitsgericht ordnete das persönliche Erscheinen des Geschäftsführers einer beklagten GmbH zum Gütetermin an. Zum Termin erschien weder der Geschäftsführer noch der Prozessbevollmächtigte, sondern eine unterbevollmächtigte Rechtsanwältin, die eine Verhandlungsvollmacht nach § 141 Abs. 3 ZPO vorlegte. Daraufhin verhängte das Arbeitsgericht ein Ordnungsgeld gegen den Geschäftsführer, weil er nicht persönlich erschienen war.

Das LAG hat den Beschluss des Arbeitsgerichtes aufgehoben. Die Verhängung des Ordnungsgeldes war ermessensfehlerhaft. Ein Ordnungsgeld komme schon deshalb nicht in Betracht, weil das unterbliebene Erscheinen des Geschäftsführers im Gütetermin zu keiner Verzögerung des Verfahrens geführt hat. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens einer Partei darf nicht zur Erzwingung eines Vergleiches dienen. Soweit die Erörterung des Sachverhaltes im Gütetermin nicht zu einer vollständigen Klärung aufgetretener Fragen geführt hat, weil der Geschäftsführer nicht erschienen war, besteht bis zur mündlichen Verhandlung im Kammertermin ausreichend Gelegenheit, durch verfahrensleitende Verfügungen auf eine Beantwortung hinzuwirken.

Unabhängig davon ist die Verhängung eines Ordnungsgeldes durch das Arbeitsgericht auch deshalb ermessensfehlerhaft, weil es keine ausreichenden Feststellungen zu einem Verschulden getroffen hat. Hier hatte die unterbevollmächtigte Rechtsanwältin eine Vollmacht nach § 141 Abs. 3 ZPO vorgelegt. Ein solcher Vertreter muss grundsätzlich zur Aufklärung des Sachverhaltes in der Lage sein. Das LAG hält jedoch fest, dass sich der insoweit benannte Vertreter nicht auf jede neue konkrete Behauptung einlassen können muss. Außerdem hatten die Prozessbevollmächtigten der beklagten GmbH alles Erforderliche getan, um der Anordnung des Gerichtes nachzukommen, nachdem sie schon vor dem Gütetermin schriftsätzlich zur Klage Stellung genommen hatten.

Erfreulicher Weise hält diese Entscheidung fest, dass es sich bei der Verhängung des Ordnungsgeldes infolge Nichterscheins im Termin trotz Anordnung nicht um eine bloße Disziplinarmaßnahme handeln darf. Vielmehr muss das Gericht pflichtgemäß prüfen, ob durch das Nichterscheinen der Partei die Sachverhaltsaufklärung erschwert und dadurch der Prozess verzögert wird.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## IX. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

### **1. Zusätzliche Urlaubstage nach Vollendung des 58. Lebensjahres**

Gewährt ein Arbeitgeber älteren Arbeitnehmern jährlich mehr Urlaubstage als den jüngeren, kann diese unterschiedliche Behandlung wegen des Alters unter dem Gesichtspunkt des Schutzes älterer Beschäftigter nach § 10 S. 3 Nr. 1 AGG zulässig sein. Bei der Prüfung, ob eine solche vom Arbeitgeber freiwillig begründete Urlaubsregelung dem Schutz älterer Beschäftigter dient und geeignet, erforderlich und angemessen im Sinne von § 10.2 AGG ist, steht dem Arbeitgeber eine auf die konkrete Situation in seinem Unternehmen bezogene Einschätzungsprärogative zu.

Die nicht tarifgebundene Beklagte stellt Schuhe her. Sie gewährt ihren in der Schuhproduktion tätigen Arbeitnehmern nach Vollendung des 58. Lebensjahres jährlich 36 Arbeitstage Erholungsurlaub und damit zwei Urlaubstage mehr als den jüngeren Arbeitnehmern. Die 1960 geborene Klägerin hat gemeint, die Urlaubsregelung sei altersdiskriminierend. Die Beklagte habe deshalb auch ihr jährlich 36 Urlaubstage zu gewähren. Die Vorinstanzen haben den hierauf gerichteten Feststellungsantrag der Klägerin abgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Beklagte hat mit ihrer Einschätzung, die in ihrem Produktionsbetrieb bei der Fertigung von Schuhen körperlich ermüdende und schwere Arbeit leistenden Arbeitnehmer bedürften nach Vollendung ihres 58. Lebensjahres längerer Erholungszeiten als jüngere Arbeitnehmer, ihren Gestaltungs- und Ermessensspielraum nicht überschritten. Dies gilt auch für ihre Annahme, zwei weitere Urlaubstage seien aufgrund des erhöhten Erholungsbedürfnisses angemessen, zumal auch der Manteltarifvertrag der Schuhindustrie vom 23. April 1997, der mangels Tarifbindung der Parteien keine Anwendung fand, zwei zusätzliche Urlaubstage ab dem 58. Lebensjahr vorsah.

BAG, Urteil vom 21.10.2014 - 9 AZR 956/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **2. Benachteiligung wegen des Geschlechts bei einer Bewerbung**

Bei einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts kann die besondere Benachteiligung des einen Geschlechts durch ein dem Anschein nach neutrales Kriterium mit einem Verweis auf statistische Erhebungen dargelegt werden. Die herangezogene Statistik muss aussagekräftig, das heißt für die umstrittene Fallkonstellation gültig sein.

Die Beklagte betreibt einen lokalen Radiosender und suchte im Frühjahr 2012 für eine Vollzeitstelle eine Buchhaltungskraft mit abge-

schlossener kaufmännischer Ausbildung. Die Klägerin bewarb sich auf diese Stelle im April 2012, im beigefügten Lebenslauf wies sie auf ihre Ausbildungen als Verwaltungsfachfrau und zur Bürokauffrau hin. Außerdem gab sie dort an „Familienstand: verheiratet, ein Kind“. Anfang Mai 2012 erhielt die Klägerin eine Absage, auf dem zurückgesandten Lebenslauf war der Angabe zum Familienstand hinzugefügt „7 Jahre alt!“, dies und die von der Klägerin stammende Angabe „ein Kind“ war unterstrichen. Die Klägerin sieht sich als Mutter eines schulpflichtigen Kindes, die eine Vollzeitbeschäftigung anstrebt, benachteiligt. Die Notiz der Beklagten auf ihrem Lebenslauf spreche dafür, dass die Beklagte Vollzeittätigkeit und die Betreuung eines siebenjährigen Kindes nicht oder nur schlecht für vereinbar halte. Die Beklagte hat eine Entschädigung wegen einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts abgelehnt. Sie hat darauf verwiesen, eine junge verheiratete Frau eingestellt zu haben, die über eine höhere Qualifikation verfüge.

Die Revision der Beklagten, die vom Landesarbeitsgericht wegen mittelbarer Benachteiligung der Klägerin zu einer Entschädigung i.H.v. 3.000,00 € verurteilt worden war, hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die vom Berufungsgericht herangezogene Statistik (Mikrozensus) für den Anteil von Ehefrauen mit Kind an der Gesamtzahl der Vollbeschäftigten lässt keine Aussagen für den Fall der Klägerin zu. Das Landesarbeitsgericht als Tatsachengericht wird aber zu prüfen haben, ob in dem Verhalten der Beklagten nicht eine unmittelbare Benachteiligung der Klägerin als Frau zu sehen ist, was eine Auslegung des Vermerks auf dem zurückgesandten Lebenslauf erfordert.

BAG, Urteil vom 18.09.2014 - 8 AZR 753/13 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **X. Leitsätze zum Arbeitsrecht**

### **1. Außerordentliche Verdachtskündigung**

- a) Ein Kündigungsberechtigter, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den betroffenen Arbeitnehmer anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen begänne (2-Wochen-Frist). Soll der Kündigungsgegner angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf im Allgemeinen nicht mehr als eine Woche betragen. Bei Vorliegen besonderer Umstände kann sie überschritten werden. Un-erheblich ist, ob die Anhörung letztlich zur Aufklärung des Sachverhaltes beigetragen hat oder nicht.
- b) Für eine auf den bloßen Verdacht einer (erheblichen) Pflichtverletzung gestützte Kündigung ist die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers darüber hinaus Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung Gelegenheit geben, zu den Verdachtsmomenten Stellung zu nehmen, um sich ggf. entlasten zu können. Andernfalls fehlt es bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung an einem wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB.
- b) Unterbleibt eine Anhörung, weil der Arbeitnehmer von vorneherein nicht bereit ist, sich auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe einzulassen und nach seinen Kräften an der Aufklärung mitzuwirken, steht dies einer Wirksamkeit der Verdachtskündigung nicht entgegen. Der Gelegenheit zur Stellungnahme bedarf es in diesem Fall nicht.

BAG, Urteil vom 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12

### **2. Änderungskündigungen als Massenentlassungsanzeige**

- a) Änderungskündigungen sind Entlassungen iSv. § 17 KSchG und daher im Rah-

men einer Massenentlassung anzeigepflichtig gegenüber der Bundesagentur für Arbeit. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das ihm mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot ablehnt oder - und sei es ohne Vorbehalt - annimmt.

- b) Hat der Arbeitgeber eine erforderliche Anzeige gegenüber der Agentur für Arbeit nicht erstattet, ist eine der Anzeigepflicht unterliegende Beendigungskündigung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot iSv. § 134 BGB unwirksam.
- c) Der Arbeitgeber, der sich zur Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung auf einen Rückgang des Beschäftigungsvolumens infolge eines verringerten Auftragsbestandes beruft, muss darlegen, dass nicht nur eine kurzfristige Abwärtsbewegung vorliegt, sondern eine dauerhafte Auftragseinbuße zu erwarten ist.

BAG, Urteil vom 20.02.2014 - 2 AZR 346/12

### **3. Erholungsurlaub bei unbezahltem Sonderurlaub**

- a) Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien unbezahlten Sonderurlaub, hindert dies nicht das Entstehen gesetzlicher Urlaubsansprüche.
- b) Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien zur Gewährung von unbezahltem Sonderurlaub das Ruhen des Arbeitsverhältnisses, hat dies auf das Entstehen von Urlaubsansprüchen nach dem Bundesurlaubsgesetz grundsätzlich keine Auswirkungen.
- c) Durch die Ruhensvereinbarung wird die Pflicht zur Arbeitsleistung suspendiert, nicht aber ein Teilzeit-Arbeitsverhältnis mit einer Arbeitszeit von „0 Tagen“ begründet.

BAG, Urteil vom 06.05.2014 - 9 AZR 678/12

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **XI. Verkehrsrecht**

### **Telefonieren bei automatisch abgeschaltetem Motor**

**Eine verbotswidrige Benutzung eines Mobiltelefons durch einen Fahrzeugführer liegt nicht vor, wenn das Fahrzeug steht und der Motor in Folge eines automatischen Ausschaltens des Motors (Start-Stopp-Funktion) ausgeschaltet ist. Das Gesetz differenziert insoweit nicht zwischen einer manuellen oder automatischen Abschaltung des Motors.**

OLG Hamm, Beschluss vom 09.09.2014 - 1 RBs 1/14

Nach § 23 Abs. 1a S. 2 StVO darf derjenige, der ein Fahrzeug führt weder ein Mobil-/Autotelefon benutzen noch hierfür das Telefon aufnehmen und/oder halten. Nach Satz 2 gilt dies nicht, wenn das Fahrzeug steht **und** bei Kraftfahrzeugen der Motor ausgeschaltet ist.

Das OLG Hamm hat jetzt durch Beschluss vom 09.09.2014 festgestellt, dass diese Ausnahmeregelung auch trifft, wenn der Betroffene mit seinem Fahrzeug z.B. an einer Lichtzeichenanlage wegen Rotlicht anhalten muss und das Fahrzeug aufgrund seiner ECO Start-Stopp-Funktion ausgeht.

In dem zu Grunde liegenden Fall war der Betroffene vom Amtsgericht wegen vorsätzlicher verbotswidriger Benutzung eines Mobiltelefons als Kraftfahrzeugführer nach § 23 1a StVO zu einer Geldbuße von € 40,00 verurteilt worden. Das Amtsgericht hat eine Ausnahme vom grundsätzlichen Mobilfunkverbot gemäß § 23 1a S. 2 StVO verneint. Gegen diesen Beschluss richtete sich der Antrag des Betroffenen auf Zulassung der Rechtsbeschwerde. Das OLG hat das angefochtene Urteil aufgehoben und den Betroffenen freigesprochen. Gemäß § 23 Abs. 1a S. 2 StVO gilt das in Satz 1 normierte Verbot der Benutzung eines Mobil- oder Autotelefon durch den Fahrzeugführer, wenn hierfür das Mobiltelefon oder der Hörer des Autotelefon aufgenommen oder gehalten werden muss, **nicht**, wenn das Fahrzeug steht und bei Kraftfahrzeugen der Motor ausgeschaltet ist. Der Gesetzwortlaut differenziert nicht zwischen einem automatischen Ausschalten des Motors, beim bewussten Abbremsen bzw. Anhalten des Fahrzeugs und einer bewussten manuellen Ausschaltung des Motors durch den Fahrzeugführer. Auch lässt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen, dass ein Ausschalten des Motors nur dann gegeben sein soll, wenn zu dessen Wiedereinschaltung die Bedienung einer Zündvorrichtung erforderlich ist.

Rechtsanwältin Claudia Winkelmann-Samuel

**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 - München -  
im Dezember 2014**

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: Rhein-Neckar-Druck, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen