

# Mandanten-Rundbrief

- Dezember 2015 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Verjährung der Mängelansprüche bei endgültiger Abnahmeverweigerung	2
2.	Wann kann die Zahlung wegen Mängeln an einem anderen Bauvorhaben verweigert werden?	3
3.	Einwendungen gegen die Bürgschaft	3
4.	BGB-Bauvertrag: Welche Mängelansprüche bestehen vor der Abnahme?	4
5.	Keine (Teil-)Kündigung von einzelnen Leistungsteilen innerhalb eines Gewerkes	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	7
IV.	Mietrecht	
	Zur Umlagefähigkeit von Kosten für Aufzugvollwartung	9
V.	Leitsätze zum Mietrecht	9
VI.	Verbraucherrecht	
	Überlegungsfrist vor notarieller Beurkundung trotz freiem Rücktrittsrecht	10
VII.	Prozess- und Verjährungsrecht	
	Tritt die Hemmung der Verjährung auch dann ein, wenn im Mahnbescheidsantrag bewusst falsche Angaben gemacht werden?	11
VIII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	12
IX.	Sonstiges	15

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Verjährung der Mängelansprüche bei endgültiger Abnahmeverweigerung

**Nimmt der Auftraggeber die Leistung endgültig nicht ab, verjähren seine Ansprüche wegen Mängeln nicht innerhalb von fünf Jahren, sondern es gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren, die aber erst mit Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände zu laufen beginnt.**

OLG Nürnberg, Urteil vom 27.11.2013 - 6 U 2521/09 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH am 10.09.2015 zurückgewiesen)

Im zu entscheidenden Fall hatte der beklagte Auftraggeber (AG) den Auftragnehmer (AN) im Sommer 2000 mit Dachdeckerarbeiten beauftragt. Noch vor Fertigstellung kam es zum Streit über die Qualität der Leistung. Der AN kündigte den Vertrag schließlich aus wichtigem Grund, weil der AG keine Zahlungen mehr leistete, und machte mit Klage vom 27.04.2001 restlichen Werklohn geltend. Der AG verteidigte sich mit Mängelansprüchen. Erstmals im September 2006 rügte der AG einen weiteren Mangel in Gestalt schwarzer Flecken an der OSB-Dachschalung und verlangte hierfür Schadensersatz. Damit rechnete er gegen die Werklohnforderung auf und erhob hinsichtlich des überschüssigen Betrags Widerklage. Der AN berief sich demgegenüber auf Verjährung. Die fünfjährige Gewährleistungsfrist habe spätestens mit der Klageerwidern vom 03.07.2001 begonnen, in der der AG nicht Nachbesserung, sondern Schadensersatz verlangt habe. Das Landgericht wies sowohl die Klage als auch die Widerklage ab.

Das Oberlandesgericht verurteilt den AN mit der aus dem Leitsatz hervorgehenden Begründung gemäß der Widerklage. Der Anspruch auf Beseitigung der Mängel an den OSB-Platten sei nicht verjährt, und zwar selbst dann nicht, wenn in der Klageerwidern eine Verweigerung der Abnahme gesehen werde. Bei endgültiger Verweigerung der Abnahme gelte nicht die Gewährleistungsfrist von fünf Jahren ab Abnahme, sondern die allgemeine Verjährung von drei Jahren, die aber erst mit Kenntnis des AG von den den Anspruch begründenden

den Umständen zu laufen beginne. Dass der AG, der den Mangel erstmals im September 2006 gerügt habe, schon vor dem 31.12.2004 Kenntnis vom Mangel der OSB-Platten gehabt habe, habe der hierfür beweispflichtige AN nicht unter Beweis gestellt.

Tatsächlich steht diese Argumentation jedoch im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Das Oberlandesgericht geht dabei davon aus, dass bei berechtigter Verweigerung der Abnahme das Vertragsverhältnis nicht vom Erfüllungsstadium in das Gewährleistungsstadium übergehe. Das soll auch bei berechtigter endgültiger Abnahmeverweigerung gelten. Das Oberlandesgericht zitiert für diese Auffassung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.09.1999. Jedoch hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung inzwischen ausdrücklich geändert und entschieden, dass die fünfjährige Gewährleistungsfrist für alle dem AG zustehenden Ansprüche wegen Mängeln gilt, unabhängig vom Zeitpunkt ihres Entstehens (BGH vom 08.07.2010 - VII ZR 171/08; BGH vom 24.02.2011 - VII ZR 61/10; BGH vom 12.01.2012 - VII ZR 76/11). Für den Fall der endgültigen Verweigerung der Abnahme galt das im Übrigen auch schon nach der vom Oberlandesgericht selbst zitierten alten BGH-Entscheidung, und zwar gleichgültig, ob die Abnahmeverweigerung berechtigt oder unberechtigt ist. Bei endgültiger Verweigerung der Abnahme kommt eine Erfüllung des Vertrags nicht mehr infrage. Der Vertrag geht von der Erfüllungsphase in die Abrechnungs- und Gewährleistungsphase über, mit der dafür geltenden Gewährleistungsfrist.

Auch wenn die vorliegende Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg demnach von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abweicht, sollten sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer sie dennoch zum Anlass nehmen, im Fall einer endgültigen Abnahmeverweigerung vorsorglich von einer dreijährigen Verjährungsfrist ab Entstehen der Mängelansprüche und Kenntnis des Auftraggebers von den anspruchsbegründenden Umständen auszugehen, falls diese Frist früher abläuft als die fünfjährige Gewährleistungsfrist ab endgültiger Abnahmeverweigerung.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **2. Wann kann die Zahlung wegen Mängeln an einem anderen Bauvorhaben verweigert werden?**

**Haben die Parteien einen Rahmenvertrag über die Ausführung von Bauarbeiten geschlossen, stehen die Mängelansprüche des Auftraggebers aus einem Bauvorhaben und der Werklohnanspruch des Auftragnehmers aus einem anderen Bauvorhaben in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, so dass dem Auftraggeber gegenüber dem Zahlungsanspruch des Auftragnehmers ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.**

OLG München, Beschluss vom 21.05.2014 – 13 U 4423/13 Bau; (NZZ vom BGH am 30.07.2015 zurückgewiesen)

In dem vom Oberlandesgericht München entschiedenen Fall verlangte der AN vom AG Restwerklohn aus Elektroinstallationsarbeiten und aus dem Gewerk Heizung bezüglich zweier Bauvorhaben. Der AG berief sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln an einem dritten Bauvorhaben. AG und AN standen seit Jahren in laufender Geschäftsbeziehung. In einem Rahmenvertrag haben die Parteien für verschiedene Leistungen bestimmte Preise vereinbart. Das Landgericht bejahte das Vorliegen des Zurückbehaltungsrechtes und hat den AG nur Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung zur Zahlung des offen stehenden Restwerklohnes verurteilt. Das Oberlandesgericht München hat mit der o.g. Entscheidung die Berufung des AN nach vorherigem Hinweisbeschluss vom 20.03.2014 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO im Beschlusswege ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen, seine Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof blieb ebenfalls erfolglos.

Das Oberlandesgericht München führt hierzu aus, dass dem AG vorliegend gegen den Restwerklohnanspruch ein Leistungsverweigerungsrecht gem. §§ 320 Abs. 1, 641 Abs. 3 BGB zur Seite steht. Zwar setzt ein solches Leistungsverweigerungsrecht einen gegenseitigen Vertrag voraus. Dies kann allerdings auch ein Rahmenvertrag sein, der wesentliche Bedingungen der abzuschließenden Einzelverträge regelt, so dass auch die wechselseitigen Leistungspflichten aus den verschiedenen Ein-

zelverträgen im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.

Aber selbst wenn ein solches von § 320 BGB vorausgesetztes Gegenseitigkeitsverhältnis nicht vorliegen würde, so das Oberlandesgericht München weiter, stünde dem AG im vorliegenden Fall ohnehin ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB zu, welches ebenfalls nur zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führt. Voraussetzung hier ist lediglich, dass den wechselseitigen Ansprüchen aus den verschiedenen Bauvorhaben ein innerlich zusammenhängender Lebenssachverhalt zugrunde liegt, was aufgrund des Rahmenvertrages ebenfalls der Fall ist.

Dies hat zur Folge, dass bei der Frage, ob der AG dem Werklohnanspruch des AN Leistungsverweigerungsrechte wegen Mängeln entgegenhalten kann, nicht nur auf den jeweiligen Einzelvertrag, sondern auch auf den Rahmenvertrag abzustellen ist. Die Zahlung des Werklohnanspruches aus einem Bauvorhaben kann daher von der Mangelbeseitigung an einem anderen auf Grundlage desselben Rahmenvertrages beauftragten Bauvorhaben abhängig gemacht werden.

Diese Zug-um-Zug-Verurteilung ist für den AN insoweit problematisch, als die Vollstreckung seiner Werklohnforderung nach §§ 756, 765 ZPO voraussetzt, dass der AN den Erfolg der Nachbesserung oder den Annahmeverzug des AG nachweist.

Der Unterschied zwischen § 320 Abs. 1 BGB und § 273 Abs. 1 BGB liegt vornehmlich darin, dass der AN die Zug-um-Zug-Verurteilung aufgrund des Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 Abs.1 BGB dadurch abwenden kann, dass er Sicherheit leistet, § 273 Abs. 4 BGB. Eine solche Abwendungsbefugnis steht dem AN hingegen bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht zu.

Rechtsanwalt Tobias Ehmann

## **3. Einwendungen gegen die Bürgschaft**

**a) Einwendungen kann der Bürge bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern gegenüber dem Gläubiger nur erheben, wenn die Inan-**

**spruchnahme des Bürgen rechtsmissbräuchlich wäre.**

**b) Rechtsmissbräuchlichkeit ist dann anzunehmen, wenn die materielle Berechtigung des Gläubigers, nach dem Urkundeninhalt, dem unstreitigen Parteivorbringen oder liquidem beweisbaren Sachverhalt offensichtlich fehlt.**

LG Münster, Urteil vom 25.06.2015 – 14 O 210/14

Die Gläubigerin nimmt die Bürgin (eine Bank) im Urkundenprozess aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch. Die Bürgschaft sichert die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus den Werkverträgen über die Errichtung eines Bauvorhabens. Aufgrund einer Vielzahl von Mängeln an dem Bauvorhaben, die nicht beseitigt wurden, forderte die Gläubigerin die Bürgin unter Darlegung des Sachverhalts zur Auszahlung der Vertragserfüllungsbürgschaft auf. Die Bürgin verweigerte die Auszahlung u.a. mit dem Einwand, das Vorgehen der Gläubigerin sei rechtsmissbräuchlich, da die Gefahr einer späteren Insolvenz bestünde. Dies habe die Klägerin für den Fall eines Unterliegens im Rückforderungsprozess auch schon angekündigt.

Das Landgericht Münster hat entschieden, dass bei einem vertragsgemäßen Anfordern die Voraussetzungen der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern gegeben sind. Einwendungen gegenüber dem Gläubiger kann die Bürgin nur erheben, soweit sie sich bei rechtlicher Würdigung des zur Entscheidung stehenden Sachverhaltes ohne Weiteres als begründet erweisen. In diesem Fall wäre die Inanspruchnahme der Bürgin rechtsmissbräuchlich.

Eine Rechtsmissbräuchlichkeit liegt nicht in der drohenden Insolvenz des Gläubigers. Ein Bürge setzt sich bei einer Verpflichtung zur Zahlung aus erstem Anfordern immer der Gefahr einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme und einer Insolvenz des Gläubigers aus. Eine Rechtsmissbräuchlichkeit ist dann anzunehmen, wenn die materielle Berechtigung des Gläubigers nach dem Urkundeninhalt und dem streitigen Parteivorbringen oder dem liquiden beweisbaren Sachverhalt offensichtlich fehlt

(vgl. BGH NJW 2002, 1493). In solchen Fällen missbraucht der Gläubiger, der sich gleichwohl auf die ihm durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern eingeräumte formale Stellung beruft, seine vertraglichen Befugnisse. Er verlangt etwas, was er im Rückforderungsprozess sofort zurückgeben müsste. Ein solches Verhalten begründet den Arglisteinwand aus § 242 BGB.

Es bleibt somit festzuhalten, dass bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nur die Voraussetzungen der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft gegeben sein müssen. Auch eine drohende Insolvenz des Gläubigers führt nicht zu einer Rechtsmissbräuchlichkeit. Dies gilt zumindest dann, wenn der Bürge Kenntnisse und Erfahrungen in dem Bereich der Bürgschaftsstellung hat. Ein Bürge, der sich zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet, setzt sich der Gefahr aus, ungerechtfertigt in Anspruch genommen zu werden und einen Rückzahlungsanspruch wegen Insolvenz des Gläubigers nicht mehr durchsetzen zu können. Vor diesem Risiko ist aber nur derjenige zu schützen, der des Schutzes bedarf, also derjenige, der ohne besondere Kenntnisse und Erfahrungen außerhalb des Bankverkehrs eine einzelvertragliche, vom Gläubiger formulierte Bürgschaft auf erstes Anfordern übernommen hat. Die Beklagte als Bank ist insofern nicht schutzwürdig.

Rechtsanwältin Corinna Kühlmeyer

#### **4. BGB-Bauvertrag: Welche Mängelansprüche bestehen vor der Abnahme?**

**Der AG kann Mängelhaftungsrechte im BGB-Werkvertrag - hier Kostenvorschuss - auch vor der Abnahme (jedenfalls dann) geltend machen, wenn die vom Unternehmer angebotene Mängelbeseitigung offensichtlich unzulänglich ist.**

OLG Schleswig, Urteil vom 16.07.2015 - 7 U 124/14 (nicht rechtskräftig)

Das Oberlandesgericht Schleswig hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Ein Werkunternehmer wird beauftragt, bei einem Bestandsgebäude Terrassenflächen mit Terrassenplatten herzustellen. Die Fläche soll eine Spezialimprägnierung der Marke "Clean

Top" erhalten und es sollen in die Pflasterung Lichtpunkte eingebaut werden. Die VOB/B ist nicht Vertragsgrundlage. Vor Fertigstellung und Abnahme rügt der AG Mängel (wegen Fehlen bzw. Nichtfunktionieren der Spezialimprägnierung und nicht ordnungsgemäß eingebauter Lichtpunkte) und der Unternehmer erbringt erste Nachbesserungen. Nach weiteren umfangreichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen werden weiterhin im Wesentlichen die gleichen Mängel gerügt. Der AG gestattet dem Unternehmer nun auch keine weitere Mängelbeseitigung, obwohl dieser entsprechende Maßnahmen anbietet. Der Unternehmer klagt nun seinen Werklohn ein und verbindet dies mit dem Antrag auf Feststellung, dass der AG mit der Annahme der Mängelbeseitigung in Verzug ist. Mit einem Hilfsantrag verlangt er Zahlung Zug um Zug gegen eine bestimmte Mängelbeseitigungsmaßnahme. Im Verfahren verlangt der AG Kostenvorschuss für die Neuherstellung in überschießender Höhe und macht widerklagend insgesamt 25.000 € geltend, die er nach den Neuherstellungskosten bewertet.

Das Landgericht hat die Werklohnklage nach Beweisaufnahme durch Einholung zweier Sachverständigengutachten voll abgewiesen und der Widerklage in vollem Umfang stattgegeben. Es geht davon aus, dass eine Neuherstellung zur Mängelbeseitigung notwendig ist.

Das Oberlandesgericht weist die Berufung des Unternehmers zurück. Nach seiner Auffassung können die Mängelhaftungsrechte nach §§ 633 ff. BGB, und nicht nur Rechte aus §§ 280, 323 ff. BGB, geltend gemacht werden - und zwar schon vor der Abnahme. Das Oberlandesgericht argumentiert, es läge vorliegend ein Ausnahmefall vor, wenn der Unternehmer die Mängel nicht mehr beseitigen könne bzw. die angebotene Mängelbeseitigung offensichtlich unzulänglich sei, und verweist auf die vorliegenden Gutachten. Da mehrere Mängelbeseitigungsversuche erfolgt seien, bräuchten keine Nacherfüllungsfristen mehr gesetzt zu werden.

Das Oberlandesgericht lässt die Revision zum Bundesgerichtshof zu, weil es höchstrichterlich noch ungeklärt ist, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen auch vor der Abnahme einer

Werkleistung der AG Ansprüche aus den §§ 633 ff. BGB geltend machen kann.

Die Geltendmachung von Mängelhaftungsansprüchen nach §§ 633 ff. BGB setzt normalerweise voraus, dass das Erfüllungsstadium abgeschlossen, also die Werkleistung abgenommen ist. Unter bestimmten Voraussetzungen hat die Rechtsprechung bereits Ansprüche vor der Abnahme als gegeben angesehen - etwa bei verweigerter Mängelbeseitigung. Problematisch ist die Frage in Bezug auf die Behandlung etwaiger Werklohnansprüche des AN. Nimmt man Schadensersatz- und Rückabwicklungsansprüche aus §§ 280, 323 ff. BGB - und nicht Mängelhaftungsansprüche nach §§ 633 ff. BGB - an, läge ein Abrechnungsverhältnis vor und es wären etwaige Werklohnansprüche dabei zu berücksichtigen. Man wird gespannt sein, wie der Bundesgerichtshof zu den wichtigen Fragen der Mängelansprüche vor Abnahme Stellung nehmen wird.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **5. Keine (Teil-)Kündigung von einzelnen Leistungsteilen innerhalb eines Gewerkes**

**a) Der AG kann dem AN den Auftrag wegen eines Mangels während der Leistungsausführung entziehen, wenn er dem AN zuvor eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt und für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs die Entziehung des Auftrages angedroht hat, §§ 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B.**

**b) Eine Teilkündigung ist nur wirksam, wenn sie sich auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen (Gesamt-)Leistung bezieht, § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.**

**c) Leistungsteile innerhalb eines Gewerkes stellen grundsätzlich keine in sich abgeschlossenen Teile der vertraglichen (Gesamt-)Leistung dar.**

OLG Koblenz, Urteil vom 29.08.2013 – 6 U 965/12

Der AG beauftragt den AN mit der Ausführung von Erd- und Entwässerungsanlagen. Bereits während der Leistungsausführung stellt der AG Mängel an zwei Teilleistungen (Reibungsfüße und Dammköpfe) fest. Daraufhin fordert der AG den AN unter Fristsetzung zur Beseitigung der Mängel auf und droht für den Fall des fruchtlosen Fristablaufes die Kündigung sowie eine ersatzweise Beseitigung der Mängel an. Der AN lässt die Frist fruchtlos verstreichen. Sodann kündigt der AG die Teilleistungen Reibungsfüße und Dammköpfe und lässt die Mängel durch ein Drittunternehmen beseitigen. Die Kosten für die ersatzweise Mängelbeseitigung betragen 1 Mio. €. Gegen die Restwerklohnforderung des AN rechnet der AG mit seinen Aufwendungen für die ersatzweise Mängelbeseitigung auf. Mit der Klage verfolgt der AN seinen Anspruch auf Zahlung von Restwerklohn weiter.

Mit Erfolg! Dem AN steht der Restwerklohn in ungekürzter Höhe zu. Insbesondere steht dem AG kein aufrechenbarer Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten zu. Die ausgesprochene (Teil-)Kündigung der Teilleistungen Reibungsfüße und Dammköpfe ist unwirksam. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B kann die Entziehung des Auftrages zwar auf ein in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden. Für das Vorliegen eines in sich abgeschlossenen Teils bedarf es aber der Selbstständigkeit und der funktionalen Abgeschlossenheit der Teilleistung, die eine eigenständige Beurteilung der Leistung ermöglicht. Eine selbstständige Teilleistung liegt in der Regel bei einer klaren räumlichen oder zeitlichen Trennung von der Gesamtleistung vor. Eine ausreichende räumliche Trennung ist anzunehmen, wenn die Leistungen an verschiedenen Bauwerken vorgenommen werden. Leistungsteile innerhalb eines Gewerkes hingegen stellen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich keinen in sich abgeschlossenen Teil der Gesamtleistung dar. Ihnen mangelt es regelmäßig an der Selbstständigkeit und der funktionalen Abgeschlossenheit. Dem hat sich das Oberlandesgericht Koblenz für die Teilleistungen Reibungsfüße und Dammköpfe angeschlossen und hat das Recht des AG zur Teilkündigung verneint.

Das Recht zur (Teil-)Kündigung von nicht in sich abgeschlossenen Leistungsteilen bzw.

einzelnen Mängeln sollte zwischen den Parteien im Vertragswerk ausdrücklich vereinbart werden.

Rechtsanwältin Filiz Alcelik

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

### **1. Zur Abrechnung beim Pauschalpreisvertrag**

- a) Verlangt der AN nach "freier" Kündigung eines Pauschalpreisvertrags die vereinbarte Vergütung (abzüglich ersparter Aufwendungen), hat er die ausgeführten von den nicht ausgeführten Leistungen abzugrenzen und die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ins Verhältnis zu der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu setzen.
- b) Fehlt es bei einem Pauschalpreisvertrag an einem detaillierten Leistungsverzeichnis, muss der AN bei der Abrechnung seine ausreichend aufgegliederte, gewerkebezogene Kalkulation vorlegen; notfalls muss er sie im Nachhinein erstellen. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der prozentuale Anteil der nicht (mehr) erbrachten Leistungen relativ geringfügig ist und dem AN deshalb der zeit- und personalintensive Aufwand für eine solche Nachkalkulation nicht zugemutet werden kann.

OLG Dresden, Urteil vom 20.03.2013 - 7 U 67/12 (NZB vom BGH am 24.06.2015 zurückgewiesen)

### **2. Zur Anrechnung des Risikozuschlags bei freier Kündigung durch den AG und zur Bindung an die Schlussrechnung**

- a) Wird ein Bauvertrag vom AG "frei" gekündigt und verlangt der AN Vergütung für nicht erbrachte Leistungen, muss er sich den einkalkulierten Risikozuschlag (Wagnis) nicht als erspart anrechnen lassen (Abweichung von BGH, IBR 1998, 50).

- b) Der AN ist nicht an seine einmal gestellte Schlussrechnung gebunden. Nur im VOB-Vertrag darf der AG nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung darauf vertrauen, vor durchsetzbaren Nachforderungen des AN sicher zu sein.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.07.2015 - 5 U 53/14 (nicht rechtskräftig; NZB: VII ZR 201/15)

### **3. Eingeschränkte Prüfungspflicht des Bauunternehmers bezüglich der statischen Berechnung**

Grundsätzlich kann sich der Bauunternehmer auf die Erkenntnisse eines Sonderfachmannes verlassen; er hat sie nur auf offenkundige, im Rahmen seiner eigenen Sachkunde ohne Weiteres "ins Auge springende" Mängel zu überprüfen. Das gilt insbesondere in Bezug auf eine ihm vorgegebene, von einem Statiker als Sonderfachmann erstellte statische Berechnung. Anders liegt es nur dann, wenn der Bauunternehmer selbst mit deren Vornahme oder Überprüfung beauftragt worden ist.

OLG Köln, Urteil vom 20.05.2015 - 11 U 116/14

### **4. Zur Auslegung des Leistungsverzeichnisses**

Wird eine Position des Leistungsverzeichnisses (hier: Interimsentsorgung des Mischwassers während Regenperioden) von den Parteien eines Bauvertrages in demselben Sinn verstanden, geht der sich aus dem gemeinsamen Verständnis ergebende tatsächliche Wille sowohl dem Wortlaut des Leistungsverzeichnisses als auch einer anderweitigen Auslegung durch das Gericht vor.

OLG Dresden, Urteil vom 05.02.2013 - 5 U 773/12 (NZB vom BGH am 10.09.2015 zurückgewiesen)

### **5. Beabsichtigte Stammkundenakquise rechtfertigt keine Mindestsatzunterschreitung**

Dass der Architekt mit einem Pauschalpreisangebot eine ständige Geschäftsbeziehung mit dem AG erreichen will, stellt keinen Umstand dar, der eine Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI rechtfertigt. Auch wenn sich der Architekt bei der später erfolgten Abrechnung an den Mindestsatz hält, kann sich der AG nicht auf Treu und Glauben berufen, da er als Bauträger, Makler oder Baubetreuer wissen muss, dass für die Vergütung von Architekten und Ingenieure die HOAI bindendes Preisrecht darstellt und er daher insofern nicht schutzwürdig ist.

OLG Stuttgart, Urteil vom 31.03.2015 - 10 U 107/14 (NZB vom BGH am 10.09.2015 zurückgewiesen)

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### **III. Leitsätze zum Vergaberecht**

#### **1. Dem AG steht bei ungewöhnlich niedrigem Angebotspreis ein Beurteilungsspielraum zu**

- a) Liegt ein preislicher Abstand des preislich Erstplatzierten zum nächsthöheren Angebot von mehr als 20 % vor, so ist eine Prüfung der Angemessenheit der Preise durch den AG veranlasst.
- b) Der AG hat bei der Prognose, ob ein Anbieter trotz eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preises auch zu diesem Preis zuverlässig und vertragsgerecht wird leisten können, einen Beurteilungsspielraum. Dieser ist durch die Vergabenachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar.
- c) Es ist in erster Linie die Obliegenheit des Bieters, die Auskömmlichkeit seines Angebotes darzulegen oder die Gründe zu benennen, aufgrund derer die Leistung ordnungsgemäß erbracht werden kann oder er gegebenenfalls unterpreisig angeboten hat.

VK Sachsen, Beschluss vom 26.05.2015 - 1/SVK/015-15

## **2. Zur Qualifikation als öffentlicher AG und zur Zulässigkeit eines Unterkostenangebots**

- a) Der Betrieb eines zu errichtenden Krankenhauses ist auch in der Form eines privatrechtlichen Unternehmens nicht eine auf Gewinnerzielung gerichtete gewerbliche Tätigkeit, sondern eine im Wesentlichen mit öffentlichen Mitteln geförderte und ermöglichte Aufgabe zur Versorgung der Bevölkerung gemäß § 1 KHG. Der Betreiber ist daher öffentlicher AG i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB.
- b) Ein Unterkostenangebot ist nicht zwangsläufig vom Wettbewerb auszuschließen. Weitere Voraussetzung für einen Ausschluss ist eine Marktverdrängungsabsicht oder eine Gefährdung der Vertragsabwicklung durch ungenügende Leistungsfähigkeit des Anbieters.

VK Lüneburg, Beschluss vom 10.09.2015 - VgK-32/2015

## **3. Vergaberechtskonforme Markteintrittshürde für Newcomer**

- a) Ein Unternehmen, das geforderte Erklärungen nicht, nicht vollständig oder nicht in der geforderten Form vorlegt, hat seine Eignung nicht nachgewiesen.
- b) Nach § 6 EG Abs. 3 Nr. 1 VOB/A 2012 hat der öffentliche AG die Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Bieter zu prüfen. Für die Prüfung gibt § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 VOB/A 2012 dem AG das Recht, bestimmte Angaben zu verlangen, die Aufschluss über die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens geben können.
- c) Die durch § 6 EG Abs. 3 Nr. 2 VOB/A 2012 errichtete Markteintrittshürde für Newcomer ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, weil dadurch sichergestellt werden kann, dass der Auftrag nur an ein Unternehmen vergeben wird, das auch tatsächlich in der Lage ist, den Auftrag auszuführen.

VK Nordbayern, Beschluss vom 11.05.2015 - 21.VK-3194-10/15

## **4. Zur „Unverzüglichkeit“ einer Rüge wegen Vergaberechtsverstöße**

- a) Ungeachtet der Europarechtswidrigkeit des Tatbestandsmerkmals der "Unverzüglichkeit" erfordert § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB, dass tatsächlich und rechtlich positiv erkannte Vergaberechtsverstöße zu irgendeinem Zeitpunkt vor Einreichung des Nachprüfungsantrags gegenüber der Vergabestelle gerügt werden.
- b) Die unrichtige Darstellung einer klaren zivilrechtlichen Rechtslage in den Vergabeunterlagen, kann einen Verstoß gegen § 8 EG Abs. 1 VOL/A 2009 nach sich ziehen. Das Nichteingehen auf umstrittene, nicht letztinstanzliche zivilrechtliche Rechtsprechung in den Vergabeunterlagen stellt regelmäßig keinen Verstoß gegen § 8 EG Abs. 1 VOL/A 2009 dar.
- c) Die Kenntnis sämtlicher einschlägiger zivilrechtlicher Rechtsprechung und deren Umsetzung in den Vergabeunterlagen kann - ebenso wenig wie sie von den Bietern gefordert werden kann - von den Vergabestellen nicht verlangt werden.

VK Südbayern, Beschluss vom 18.03.2015 - Z3-3-3194-1-62-12/14

## **5. Notwendige Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auch bei nicht zugestelltem Nachprüfungsantrag**

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren und im Beschwerdeverfahren kann auch dann notwendig sein, wenn die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag wegen offensichtlicher Unzulässigkeit/Unbegründetheit nicht förmlich an den Antragsgegner zugestellt hat.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.03.2015 - 11 Verg 2/14

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim



#### **IV. Mietrecht**

##### **Zur Umlagefähigkeit von Kosten für Aufzugvollwartung**

**Von der aufgrund eines Vollwartungsvertrags für einen Aufzug gezahlten Vergütung ist vor Umlage auf den Mieter ein Abzug für den in der Vergütung enthaltenen Instandsetzungsanteil vorzunehmen. Bei einem einheitlichen Rechnungsbetrag für Wartung und Instandsetzung ist dieser Anteil durch das Gericht zu schätzen.**

AG Duisburg, Beschluss vom 29.04.2015 - 45 C 2556/14

In dem vom Amtsgericht Duisburg zu entscheidenden Fall hat ein Vermieter mit einer Firma einen sogenannten Vollwartungsvertrag für den im Mietobjekt befindlichen Aufzug abgeschlossen, in dessen Rahmen neben Wartungsarbeiten auch Reparaturen erbracht wurden. In zwei Nebenkostenabrechnungen hat der Vermieter die kompletten Aufzugskosten anteilig auf die klagenden Mieter umgelegt. Die Mieter haben diesen Anteil gezahlt und verlangen nun teilweise Rückzahlung. Sie berufen sich darauf, dass der Vermieter von den Aufzugskosten den Anteil für Instandsetzung hätte abziehen müssen.

Das Gericht gab den Mietern in vollem Umfang Recht und entschied, dass der Vermieter den begehrten Betrag (241,24 €) an die Mieter zurückzahlen muss. Es begründete seine Entscheidung damit, dass der Erhalt der Mietsache gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB Vertragspflicht des Vermieters ist und daher Kosten für Instandhaltungsarbeiten nicht auf den Mieter umgelegt werden können. Daher ist von der aufgrund des Vollwartungsvertrages gezahlten Vergütung vor Umlage auf den Mieter ein Abzug für den in der Vergütung enthaltenen Instandsetzungsanteil vorzunehmen, wobei dieser Anteil bei einem einheitlichen Rechnungsbetrag für Wartung und Instandsetzung im Zweifel durch das Gericht zu schätzen ist. Da weder den vorgelegten Rechnungen der beauftragten Firma noch dem Vortrag des Vermieters konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkte zu der Frage zu entnehmen waren, in welchem Verhältnis sich die Kosten auf Instandsetzungs- und Wartungskosten auftei-

len, hielt das Gericht eine Kostenhalbierung für sachgerecht. Diese führte im Ergebnis zur Stattgabe der Klage.

Das Amtsgericht Duisburg hat mit seiner Entscheidung die bisherige Rechtsprechung zur Umlagefähigkeit von Kosten für eine Aufzugvollwartung dem Grunde nach bestätigt. Was die Schätzung der Instandhaltungskosten im Verhältnis zu den Wartungskosten betrifft, ist die Rechtsprechung allerdings uneinheitlich. So gibt es Gerichte, die von 25 % ausgehen, aber auch Gerichte, die wie das Amtsgericht Duisburg 50 % annehmen. Dies dürfte letztlich auch immer vom Einzelfall abhängig sein. Die Entscheidung zeigt jedenfalls, dass Vollwartungsverträge für Aufzüge und diesbezügliche Rechnungen, in denen nicht zumindest der Anteil für Wartungskosten getrennt ausgewiesen wird, in der Praxis Probleme bereiten können. Um Streitigkeiten mit den Mietern zu vermeiden und nicht auf die Schätzung eines Gerichts angewiesen zu sein, sollten Vermieter daher auf eine klare Aufteilung der Wartungs- und Instandhaltungskosten achten. Dies gilt im Rahmen der Nebenkostenabrechnung nicht nur im Fall einer Aufzugsvollwartung, sondern auch bei anderen Positionen, bei denen sowohl Kosten für die Wartung als auch Kosten für die Instandhaltung angefallen sind.

Rechtsanwalt Thilo Braun

#### **V. Leitsätze zum Mietrecht**

##### **1. Verstoß gegen Schriftformerfordernis bei Gewerberaummiете**

- a) Es stellt einen Verstoß gegen die gesetzliche Schriftform gemäß §§ 550 Satz 1, 578 Abs. 1, 2 Satz 1 BGB dar, wenn der Mieter vereinbarungsgemäß über die in der Vertragsurkunde genannten 320 qm im Gebäude hinaus mehr als 900 qm um das Gebäude herum nutzt, die für die Durchführung des Mietzweckes durch den Mieter von erheblicher Bedeutung sind.
- b) Der Einwand der Treuwidrigkeit der Berufung auf den Schriftformmangel kann dem Grundstückserwerber gegenüber nicht erhoben werden, wenn die schwere Treupflichtverletzung dem ursprünglichen Ver-

tragspartner anzulasten ist. Die Kündigungsfrist aus § 314 Abs. 3 BGB beträgt bei Gewerberaummietverträgen regelmäßig mehrere Monate bis zu einem halben Jahr.

OLG Dresden, Beschluss vom 25.08.2015 - 5 U 1057/15

## **2. Klausel zur Mietminderung bei Gewerberaummiете**

- a) Die Klausel "Eine Minderung der Mietzahlungen .. ist nur möglich bei anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Ansprüchen" ist nicht nach § 307 BGB unwirksam.
- b) Die Beschränkung des Minderungsrechts wirkt nach Mietvertragsende fort.

KG, Beschluss vom 13.07.2015 - 8 W 45/15

## **3. Mieter muss bei vorzeitiger Entlassung aus dem Mietverhältnis Nachmieter suchen und Vermieter über Nachmieter aufklären**

Begehrt der Mieter, dem gemäß § 537 Abs. 1 BGB das Verwendungsrisiko der Mietsache zugewiesen ist, wegen besonderer Umstände des Einzelfalls mit Rücksicht auf Treu und Glauben die vorzeitige Entlassung aus einem längerfristigen Mietverhältnis gegen Stellung eines Nachmieters, obliegt es allein ihm, einen geeigneten Nachmieter zu suchen, den Vermieter über dessen Person aufzuklären und ihm sämtliche Informationen zu geben, die dieser benötigt, um sich ein hinreichendes Bild über die persönliche Zuverlässigkeit und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Nachmieters machen zu können

BGH, Urteil vom 07.10.2015 - VIII ZR 247/14

Rechtsanwalt Thilo Braun

## **VI. Verbraucherrecht**

### **Überlegungsfrist vor notarieller Beurkundung trotz freiem Rücktrittsrecht**

### **Die Einhaltung der Zwei-Wochenfrist zur Vorlage des Entwurfs eines Grundstückskaufvertrages durch den Notar gilt auch bei vertraglich vereinbartem Rücktrittsrecht.**

BGH, Urteil vom 25.06.2015 – III ZR 292/14

Dem Fall liegt ein Sachverhalt zugrunde, der sich (leider) immer noch häufig ereignet:

Ein nichtgewerblicher Immobilienkäufer wird von einem Vertriebler zum schnellen Erwerb einer Immobilie, die er manchmal noch nicht einmal besichtigt hat, überredet. Die Gier ein Schnäppchen zu machen, lässt ihn jede Vorsicht vergessen. Der beurkundende Notar hält die gesetzliche Warte- bzw. Bedenkfrist von mindestens zwei Wochen zwischen Entwurfsaushändigung und Beurkundung nicht ein. Er möchte das Geschäft machen und den Vertriebler, häufig ein guter Kunde, nicht verprellen. In der Urkunde wird zwar aufgenommen, dass der Notar auf die gesetzliche Frist, wonach dem Käufer zwei Wochen vor Beurkundung der Vertragstext zur Verfügung gestellt werden muss, hingewiesen hat. Gleichzeitig ist in der Urkunde vorgesehen, dass der Verbraucher formularmäßig auf die Einhaltung dieser Frist verzichtet. Zusätzlich erhält der Erwerber aber die Möglichkeit innerhalb einer Frist, wie im vorliegenden Fall von sechs Wochen, sich vom Vertrag ohne Angabe von Gründen wieder zu lösen.

Im vorliegenden Fall macht der Käufer dies, nachdem er die Wohnung zwischenzeitlich besichtigt hat, nicht. Er unterschreibt dem Vertriebler sogar eine „Besichtigungsbestätigung“ mit der er bestätigt, dass die Wohnung den vertraglichen Zusicherungen entspricht, zahlt später den vereinbarten Kaufpreis und wird als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Die Kaufpreue tritt erst später ein. Der Erwerber fordert nun vom Notar die Erstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen lastenfreie Rückübertragung der Eigentumswohnung.

Entgegen den Vorinstanzen hat der Bundesgerichtshof nun mit seinem Urteil entschieden, dass der Notar die Frist auch dann einzuhalten hat, wenn die beteiligten Parteien im Kaufvertrag explizit auf die Wahrung dieser Frist verzichtet haben. Alles andere stelle einen unangemessenen Eingriff in die Rechte des Käufers

dar, da ihm auf diese Weise die Möglichkeit genommen werde, sich mit Gegebenheiten und Konsequenzen des Vertrages ausreichend auseinander zu setzen. Dabei führte der Senat zur Begründung des Urteils insbesondere folgende Punkte an:

- Der Gesetzgeber hat mit § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bezweckt, den Verbraucher vor unüberlegtem Handeln zu schützen.
- Der Notar soll bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen, vertraut zu machen und zu überlegen, welche Fragen und/ oder gegebenenfalls Änderungswünsche er in das Beurkundungsverfahren noch einbringen möchte.
- Im Vorfeld der Beurkundung sollten bereits typische Fragen geklärt werden. So ist der Notar für Fragethemen wirtschaftlicher, steuerlicher oder bautechnischer Art nicht zuständig. Der Verbraucher muss jedoch bei Bedarf die Möglichkeit haben, diese noch rechtzeitig mit anderen Experten vor der Beurkundung zu klären.
- Die Möglichkeiten der Aufklärung durch den Notar anlässlich der Beurkundung können ohne Wahrung der Zwei-Wochenfrist nicht ausreichend genutzt werden, wenn Verbraucher unvorbereitet zum Notartermin erscheinen.

Diese Ziele können nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nur erreicht werden, wenn dem Verbraucher der Vertragsentwurf mindestens zwei Wochen lang vor der Beurkundung von dem Notar zur Verfügung gestellt wird. Auch ein Verzicht auf die Schutzfrist kann nach Ansicht des Senats nichts an der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers ändern. Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Annahme des Berufungsgerichtes, wonach der Notar angesichts des vertraglich dem Erwerber eingeräumten Rücktrittsrechts die Beurkundung vornehmen durfte, rechtsfehlerhaft ist. Der Senat hat vielmehr darauf hingewiesen, dass entsprechend herrschender Meinung die Einräumung eines Rücktrittsrechts im Vertrag nicht genügt, um den Notar von der Einhaltung der Regelfrist von zwei Wochen freizustellen.

Zweck der gesetzlichen Zwei-Wochenfrist ist es, dem Verbraucher zu ermöglichen, sich frühzeitig mit den rechtlichen Besonderheiten des abzuschließenden Rechtsgeschäfts vertraut zu machen. Diese Ziele können durch ein vertraglich eingeräumtes Rücktrittsrecht nicht ausreichend nachträglich erfüllt werden. Hier ist insbesondere auf das Risiko einer Belastung mit Kosten der Beurkundung und die psychologische Hemmschwelle zu verweisen, den bereits abgeschlossenen Vertrag wieder aufzulösen.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## VII. Prozess- und Verjährungsrecht

**Tritt die Hemmung der Verjährung auch dann ein, wenn im Mahnbescheidsantrag bewusst falsche Angaben gemacht werden?**

**Wer im Mahnverfahren bewusst falsche Angaben macht, um so den sogenannten großen Schadenersatz geltend machen zu können, kann sich auf die Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids nicht berufen.**

BGH, Urteil vom 23.06.2015 – XI ZR 536/14

Die vorstehende Entscheidung ist auch deshalb gerade besonders aktuell, weil regelmäßig zum 31.12. eines Jahres es vielen Unternehmen und auch Privatpersonen einfällt, dass die Verjährung eines oder auch mehrerer ihrer Ansprüche gegen Schuldner droht. Schnellstes und probatestes Mittel ist dann häufig die Beantragung eines gerichtlichen Mahnbescheids über die offene Geldsumme. Die Forderung selbst muss dabei nicht begründet werden, es sind aber formularmäßig Angaben darüber zu machen, aus welchem Rechtsverhältnis die Forderungen stammen, sowie ob die Erfüllung der Forderung von einer Gegenleistung des Antragstellers abhängt. Trotz der nicht sehr umfangreichen Angaben passieren beim Ausfüllen des Mahnbescheids aber immer wieder Fehler. Es stellt sich dann die Frage, ob auch in diesem Fall die erwünschte Hemmung der Verjährung trotzdem eintritt.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte der Kläger Wohnungseigentum erworben und den Kaufpreis mit einem Darlehen der beklagten Bank finanziert. Später warf er der Bank die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten vor und verlangte Schadensersatz. Sein Ziel war es dabei, den Kreditvertrag zu beenden. Letztendlich sollte eine Rückabwicklung des Vertrags dergestalt stattfinden, dass gegen Zahlung eines Schadensersatzanspruches dann auch die Wohnung auf die Bank hätte übertragen werden müssen.

Demgegenüber lautete der Mahnbescheidsantrag auf 134.198,62 € und enthielt die Angabe, dass die Forderung nicht von einer Gegenleistung abhängen würde.

Nachdem die Bank nach Erhalt des Mahnbescheids Widerspruch eingelegt hatte, beantragte der Kläger vor dem zuständigen Landgericht, die Bank Zug-um-Zug gegen Übertragung des Wohnungseigentums zur Zahlung zu verurteilen.

Der Bundesgerichtshof hat nun in seinem Urteil die Klage letztinstanzlich abgewiesen, da die Forderung verjährt sei. Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof an, dass der Kläger bei der Beantragung des Mahnbescheids falsche Angaben gemacht hat. Mache ein Geschädigter als Antragsteller Schadensersatz geltend, wonach er das Geld nur Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Vorteils beanspruchen dürfe, den er durch das schädigende Ereignis erhalten hatte, so sei die Geltendmachung des Anspruchs von einer Gegenleistung abhängig. Das Mahnverfahren finde aber nach § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht statt, wenn die Geltendmachung des Anspruchs von einer solchen, nicht erbrachten Gegenleistung hänge. Es komme dabei auch nicht darauf an, ob die Bank im Zusammenhang mit der Rückabwicklung die Herausgabe der Wohnung verlangt habe oder nicht. Im Rahmen eines Klageverfahrens hätte nur eine Verurteilung Zug-um-Zug erfolgen können. Wähle der Geschädigte stattdessen das Mahnverfahren und gebe trotz besseren Wissens eine falsche Erklärung (hier: dass die Forderung nicht von einer Gegenleistung abhängt) ab, so könne dies nicht zu seinem Vorteil reichen. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folge deshalb, dass der Mahnbescheidsantragsteller sich in einem solchen Fall nicht auf die Hemmung der

Verjährung berufen könne, sodass der geltend gemachte Anspruch im Ergebnis verjährt ist.

Wie der vorliegende Sachverhalt aufzeigt, können auch bei der Beantragung eines gerichtlichen Mahnbescheids gravierende Fehler auftreten. In der Regel empfiehlt es sich deshalb, bereits den Antrag auf Erlass eines gerichtlichen Mahnbescheids durch Ihre Rechtsanwälte stellen zu lassen.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## **VIII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Urlaubsdauer bei kurzfristiger Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses**

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht nach § 7 Abs. 4 BUrlG ein Anspruch auf Abgeltung des wegen der Beendigung nicht erfüllten Anspruchs auf Urlaub. Wird danach ein neues Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber begründet, ist dies in der Regel urlaubsrechtlich eigenständig zu behandeln. Der volle Urlaubsanspruch wird erst nach (erneuter) Erfüllung der Wartezeit des § 4 BUrlG erworben. Der Teilurlaub gemäß § 5 BUrlG berechnet sich grundsätzlich eigenständig für jedes Arbeitsverhältnis.

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 1. Januar 2009 beschäftigt. Arbeitsvertraglich schuldete die Beklagte jährlich 26 Arbeitstage Urlaub in der 5-Tage-Woche. Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis zum 30. Juni 2012. Am 21. Juni 2012 schlossen die Parteien mit Wirkung ab dem 2. Juli 2012 (Montag) einen neuen Arbeitsvertrag. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund fristloser Kündigung der Beklagten am 12. Oktober 2012. Die Beklagte gewährte dem Kläger 2012 drei Tage Urlaub.

Die Parteien haben noch darüber gestritten, ob die Beklagte verpflichtet ist, über 17 Urlaubstage hinaus weitere sechs Urlaubstage mit 726,54 € brutto abzugelten. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, mit Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses beginne ein vom vorherigen Arbeitsverhältnis unabhängiger neuer urlaubsrechtlicher Zeitraum. Der Kläger habe deshalb für beide Arbeitsverhältnisse nur Tei-

lurlaubsansprüche erworben. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Jedenfalls in den Fällen, in denen aufgrund vereinbarter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereits vor Beendigung des ersten Arbeitsverhältnisses feststeht, dass es nur für eine kurze Zeit unterbrochen wird, entsteht ein Anspruch auf ungekürzten Vollurlaub, wenn das zweite Arbeitsverhältnis nach erfüllter Wartezeit in der zweiten Hälfte des Kalenderjahres endet.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.10.2015 - 9 AZR 224/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **2. Arbeitskampfrecht - Schadensersatz drittbetroffener Unternehmen**

Die von einem Streik der Fluglotsen am 6. April 2009 am Stuttgarter Flughafen betroffenen Luftverkehrsgesellschaften haben gegen die streikführende Gewerkschaft keine Schadensersatzansprüche wegen ausgefallener, verspäteter oder umgeleiteter Flüge.

Die vier Klägerinnen betreiben Luftverkehrsunternehmen. Die beklagte Gewerkschaft der Flugsicherung e.V. (GdF) vertritt die berufs- und tarifpolitischen Interessen des Flugsicherungspersonals in Deutschland.

Im Frühjahr 2008 forderte die GdF den Betreiber des Verkehrsflughafens Stuttgart - die Flughafen Stuttgart GmbH - zu Tarifverhandlungen für die dort beschäftigten Arbeitnehmer der Vorfeldkontrolle/Verkehrszentrale auf. Vom 3. bis 6. März 2009 fand zunächst ein befristeter Streik dieser Beschäftigten statt, der danach auf unbestimmte Zeit verlängert wurde. Für den 6. April 2009 rief die GdF die bei ihr organisierten und bei der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) angestellten Fluglotsen am Standort Stuttgart zu einem Streik in der Zeit von 16.00 bis 22.00 Uhr zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfes der Beschäftigten

der Vorfeldkontrolle/Verkehrszentrale auf. Entsprechend einer Notdienstvereinbarung mit der DFS wickelten die Fluglotsen 25 % des planmäßigen Luftverkehrs ab. Dennoch fielen zahlreiche Flüge der Klägerinnen aus, weitere hatten Verspätung oder mussten umgeleitet werden. Aufgrund einer Verbotsverfügung des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main brach die GdF den Unterstützungstreik vorzeitig ab.

Die Vorinstanzen haben die im Wesentlichen auf die Zahlung von Schadensersatz aus unerlaubter Handlung gerichteten Klagen abgewiesen. Die Revisionen der Klägerinnen hatten vor dem Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer widerrechtlichen Eigentumsverletzung in Form einer erheblichen Nutzungsbeeinträchtigung an den Flugzeugen besteht nicht. Das Recht der Klägerinnen am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB ist ebenfalls nicht verletzt. Der Streik der Fluglotsen war gegen den Betrieb der DFS gerichtet. Ein Eingriff in die Gewerbebetriebe der Klägerinnen war damit nicht verbunden und ist insbesondere nicht wegen der öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen für Luftverkehrsunternehmen anzunehmen. Auch die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung der Klägerinnen i.S.d. § 826 BGB durch den Arbeitskampf bei der DFS liegen nicht vor.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.08.2015 - 1 AZR 754/13 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **3. Annahmeverzug bei rückwirkender Begründung eines Arbeitsverhältnisses**

Der Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs setzt ein erfüllbares, d.h. tatsächlich durchführbares Arbeitsverhältnis voraus. Bei rückwirkender Begründung des Arbeitsverhältnisses liegt ein solches für den vergangenen Zeitraum nicht vor.

Die Klägerin war bis zum 31. Dezember 1986 bei der Beklagten beschäftigt. Mit Wirkung

vom 1. Januar 1987 ging ihr Arbeitsverhältnis im Wege eines Betriebsübergangs auf eine neu gegründete Gesellschaft, die C. GmbH, über. Die Beklagte garantierte ihr ein Rückkehrrecht. Über das Vermögen der C. GmbH wurde am 1. Oktober 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet, worauf der Klägerin wegen Betriebsschließung zum 31. Januar 2010 gekündigt wurde. Die Klägerin machte ihr Rückkehrrecht gegenüber der Beklagten gerichtlich geltend. Die Beklagte lehnte den Abschluss eines Arbeitsvertrags unter Berufung auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Oktober 2005 (- 7 AZR 32/05 -) in einem nach ihrer Auffassung vergleichbaren Fall ab. Das Landesarbeitsgericht verurteilte die Beklagte rechtskräftig dazu, das Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrags ab dem 1. Februar 2010 anzunehmen.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage rückständiges Arbeitsentgelt für die Zeit ab 1. Februar 2010. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Auf die Revision der Beklagten hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts die Klage abgewiesen. Ein Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs besteht nicht. Dieser setzt ein tatsächlich durchführbares Arbeitsverhältnis voraus. Ein rückwirkend begründetes Arbeitsverhältnis ist für in der Vergangenheit liegende Zeiträume nicht tatsächlich durchführbar. Die Beklagte schuldet die Vergütung auch nicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB, weil sie die Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung für die Vergangenheit nicht zu verantworten hat. Die Beklagte befand sich in einem entschuldbaren Rechtsirrtum.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.08.2015 - 5 AZR 975/13 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

#### **4. Arbeitnehmerstatus von Zirkusartisten**

Vereinbart eine Artistengruppe mit einem Zirkusunternehmen, im Rahmen einer Zirkusaufführung eine in einem Video dokumentierte Artistennummer darzubieten, liegt in der Regel kein Arbeitsverhältnis vor. Ein Arbeitsverhältnis

unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Die Beantwortung der Frage, welche Art von Rechtsverhältnis vorliegt, erfordert eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. Dem Landesarbeitsgericht kommt hierbei ein Beurteilungsspielraum zu. Das Revisionsgericht hat die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nur daraufhin zu überprüfen, ob sie in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt.

Die Beklagte betreibt einen Zirkus. Die Kläger, eine Artistengruppe, verpflichteten sich in einem von den Parteien sogenannten „Vertrag über freie Mitarbeit“, im Rahmen der von der Beklagten veranstalteten Zirkusaufführungen eine von ihnen zuvor einstudierte „Hochseil- und Todesradnummer ... gesehen wie auf dem Video bei Youtube“ darzubieten. Ein Kläger verunglückte während der Premierenveranstaltung. Als die übrigen Kläger in der Folgezeit erfuhren, dass die Beklagte sie nicht zur Krankenversicherung angemeldet hatte, weigerten sie sich aufzutreten. Die Beklagte nahm dies zum Anlass, das Rechtsverhältnis u.a. fristlos zu kündigen.

Während das Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage mit der Begründung abwies, es liege kein Arbeitsverhältnis vor, gab das Landesarbeitsgericht der Klage statt. Es ging davon aus, die Beklagte habe die Kläger als Arbeitnehmer beschäftigt und sei deshalb verpflichtet gewesen, sie zur Krankenversicherung anzumelden.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts erbrachten die Kläger ihre Artistenleistung nicht als Arbeit-, sondern als freie Dienstnehmer. Der „Vertrag über freie Mitarbeit“ sieht ein für Arbeitsverhältnisse charakteristisches Weisungsrecht nicht vor. Tatsachen, die auf eine von dieser Vereinbarung abweichende

Durchführung des Vertrages schließen lassen, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 11.08.2015 - 9 AZR 98/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **IX. Sonstiges**

Unser alljährlicher Dezember-Rundbrief erscheint wie immer zur Weihnachtszeit. Einer Zeit, die für Ruhe und Besinnung steht. Nichtsdestotrotz müssen sich Gerichte hin und wieder auch mit - zum Teil kuriosen - Rechtsstreitigkeiten rund um das Thema Weihnachten befassen. Da es hierbei zu durchaus lesenswerten Fällen kommt, soll die nachfolgende, wohlgemerkt nicht allzu ernst gemeinte Entscheidungsauswahl unsere aktuelle Beitragssammlung abrunden.

### **1. „Ihr Kinderlein kommet“**

Ein vom Arbeitsgericht Köln zu entscheidender Fall stand im Zusammenhang mit Weihnachtsfeiern eines Unternehmens. Das beklagte Unternehmen veranstaltet regelmäßig nach seiner Einschätzung „attraktiv gestaltete“ Weihnachtsfeiern. Viele Beschäftigte des Unternehmens teilten diese Meinung jedoch nicht und nahmen daher an den Feiern nicht teil.

Mit dem Ziel, die gesamte Belegschaft von der Attraktivität der Weihnachtsfeiern zu überzeugen und künftig eine größere Teilnehmerzahl zu erreichen, erhielt bei der Weihnachtsfeier im Jahr 2012 jeder anwesende Mitarbeiter „als Geschenk“ ein iPad mini im Wert von 429,00 €. Eine Ankündigung des Geschenks erfolgte im Vorfeld der Feier nicht. Die Mitarbeiter, die an der Weihnachtsfeier - gleich aus welchen Gründen - nicht teilnahmen, erhielten kein iPad mini, auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt.

Ein Arbeitnehmer, der bei der besagten Weihnachtsfeier nicht teilgenommen hat, erhob schließlich Klage gegen seinen Arbeitgeber auf Übereignung eines iPads mini - allerdings ohne Erfolg. Nach Auffassung des Kölner Ar-

beitsgerichts handelt es sich bei dem iPad mini um eine „Zuwendung eigener Art außerhalb des vertraglichen Austauschverhältnisses“ und auch der Gesichtspunkt der Gleichbehandlung greife nicht zu Gunsten des Klägers ein. Für das bei der Weihnachtsfeier verteilte iPad mini gelte vielmehr: „Nur der, der kommt, kommt auch in den Genuss dessen, was es dort gibt“.

ArbG Köln, Urteil vom 09.10.2013 · Az. 3 Ca 1819/13

### **2. Lieber „Stille Nacht“**

In einem anderen Fall fasste sich ein Betriebsratsmitglied während der Weihnachtsfeier zur späteren Stunde ein Herz und begann unter Benutzung des Mikrofons des Discjockeys auf der Bühne zu singen. Davon wenig begeistert, riefen mehrere Arbeitskollegen, er solle damit aufhören, da es furchtbar klingen würde. Der mit seinem Auftritt gescheiterte Sänger verließ daraufhin die Bühne. Doch statt es dabei zu belassen, ging er auf eine Gruppe von Mitarbeitern zu und schlug einem davon ins Gesicht, wobei ungeklärt blieb, ob dies mit der Faust oder der flachen Hand geschah.

Für den Arbeitgeber kam daraufhin nur eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsratsmitglied in Betracht. Da der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung nicht zustimmte, musste auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsgericht Osnabrück über die Ersetzung der Zustimmung entscheiden - mit positivem Ergebnis für den Arbeitgeber.

Nach Ansicht des Gerichts hat das Betriebsratsmitglied mit der Anwendung körperlicher Gewalt eindeutig eine einzuhaltende Grenze überschritten. Ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB sei damit gegeben. Dabei könne offen bleiben, ob mit der Faust oder der flachen Hand zugeschlagen worden ist. Auch können nach Auffassung der Richter der im Tatzeitpunkt allenfalls angetrunkene Zustand des Betriebsratsmitglieds, dessen Lebensalter und Unterhaltungspflichten sowie die Beschäftigungsdauer von fast 24 Jahren das Interesse des Arbeitgebers am Erhalt des Betriebsfriedens durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht überwiegen. Ferner sei die Fürsor-

gepflicht des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern zu berücksichtigen.

ArbG Osnabrück, Beschluss vom 19.08.2009 - 4 BV 13/08

### **3. „Am Weihnachtsbaume...“**

Weil eine Hundehalterin von ihrer eigenen Hündin mehrfach in die Hand gebissen wurde, verklagte sie eine Gemeinde auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Der Grund, warum die Klägerin die Gemeinde in der Verantwortung sah war der, dass ihre Hündin während eines vorweihnachtlichen Spaziergangs beim Vorbeigehen an einem von der Beklagten mit Weihnachtsbeleuchtung geschmückten Mast einen Stromschlag erlitt und in dieser Ausnahmesituation ihre Halterin biss, als diese ihr in Sorge helfen wollte. Wie sich herausstellte, war der Stromschlag darauf zurückzuführen, dass ein poröses Flachkabel der Weihnachtsbeleuchtung den Mast und den an diesen angrenzenden Erdboden - begünstigt durch Regen - unter Strom setzte.

Das Landgericht Bückeburg gab der Klägerin Recht. Die Gemeinde habe ihre auch gegenüber der Klägerin bestehende Verkehrssicherungspflicht verletzt, da sie das von ihr angebrachte Kabel nicht in regelmäßigen Abständen überprüft hat, zumal die Beleuchtung schon 20 Jahre alt war. Die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht habe sich sodann adäquat kausal auf die erlittenen Bissverletzungen ausgewirkt.

Letztlich komme es auch nicht darauf an, ob die Hündin nur deshalb einen Stromschlag bekommen hat, weil sie gegen den Mast urinieren hat. Denn abgesehen davon, „dass Hündinnen nicht gegen Masten urinieren“, wäre eine Kausalität auch dann zu bejahen, wenn die Hündin an den Mast urinieren haben und erst dadurch den Stromschlag erlitten haben sollte, so das Gericht.

LG Bückeburg, Urteil vom 24.04.1997 - 2 O 277/96

Rechtsanwalt Thilo Braun

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

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -  
im Dezember 2015**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim  
Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Thilo Braun, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg  
Druck: Rhein-Neckar-Druck, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen