

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2014 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Funktionalität technisch nicht erreichbar – nur verschuldens- abhängige Haftung auf Schadensersatz	2
2.	Kein Geld für Schwarzarbeit!	2
3.	Inhalt des Baustellenprotokolls nicht widersprochen: Inhalte gelten verbindlich!	3
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	4
III.	Vergaberecht	6
1.	Eigenes Fehlverhalten der Vergabestelle als Aufhebungsgrund?	6
2.	Kein Anspruch auf Ausschluss des Unterkostenangebotes eines Mitbieters	7
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
V.	Immobilienrecht	9
	Zu den Voraussetzungen der Gewährung von Grundbuch- und Grundakteneinsicht	9
VI.	Mietrecht	10
	Keine Bindung des Grundstückserwerbers an Schriftformheilungsklausel	10
VII.	Leitsätze zum Mietrecht	11
VIII.	Verwaltungsrecht	12
	Zur „Variationsbreite“ einer Baugenehmigung für einen Lebensmittelmarkt	12
IX.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13
X.	Sonstiges, Veröffentlichungen	15

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

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

Lennéstr. 9
10785 Berlin
Tel.: 030/2062780
Fax: 030/20627878

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

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

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Funktionalität technisch nicht erreichbar – nur verschuldensabhängige Haftung auf Schadensersatz

Ist die vereinbarte Funktionalität einer Glasfassade (hier: uneingeschränkte Bruch-sicherheit) technisch nicht zu verwirklichen, steht dem Auftraggeber als Mängelrecht ausschließlich ein Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 311a Abs. 2 BGB zu.

BGH, Urteil vom 08.05.2014 – VII ZR 203/11

Ein Auftragnehmer („AN“) wird mit der Errichtung eines gebrauchts- und schlüsselfertigen Bürohauskomplexes beauftragt. Die Fassade soll mit emaillierten, thermisch vorgespannten Glasscheiben verkleidet werden. Nach der Leistungsbeschreibung ist u.a. nachzuweisen, dass die zur Verwendung kommenden Glasscheiben „keine zerstörenden Einschlüsse (z.B. Nickelsulfid)“ haben. Nach der Abnahme gehen an verschiedenen Stellen der Fassadenverkleidung Scheiben infolge von Nickelsulfid-Einschlüssen zu Bruch, wobei Bruchstücke herabfallen. Der Auftraggeber („AG“) hält deshalb die gesamte Fassade für mangelhaft und verlangt einen Kostenvorschuss für den Austausch sämtlicher Scheiben. Das sachverständig beratene OLG stellt u.a. fest, dass Nickelsulfid-Einschlüsse technisch unvermeidbar sind und insbesondere bei thermischen Einflüssen zu Spontanbrüchen führen und gibt der Klage statt.

Der BGH hebt dieses Urteil auf. Zwar ist die Fassade mangelhaft, weil sie nicht die vertraglich vereinbarte Funktion erfüllt. Nach Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen waren Glasscheiben zu verwenden, bei denen kein Risiko eines Glasbruches aufgrund von Nickelsulfid-Einschlüssen besteht. In der entsprechenden Vorgabe in der Leistungsbeschreibung kommt der für den AN erkennbare Wille des AG zum Ausdruck, die erheblichen Gefahren für Leib und Leben von Passanten, die durch berstende und herab fallende Glasscheiben entstehen können, vollständig auszuschließen. Ist, wie hier, durch die vorgegebene Ausführung die nach dem Vertrag vo-

rausgesetzte Funktion erkennbar gefährdet oder nicht erreichbar, befreit dies den AN nicht von seiner Mängelhaftung, sofern er den AG nicht darauf hingewiesen hat. Dem AG stehen die von ihm geltend gemachten Mängelansprüche (insbesondere auf Austausch der Scheiben) aber dennoch nicht zu, weil der vollständige Ausschluss von Nickelsulfid-Einschlüssen technisch nicht gewährleistet werden kann und die Beseitigung des Mangels daher unmöglich ist. Er kann den AN allerdings gemäß §§ 634 Nr. 4, 311a Abs. 2 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Eine solche Haftung des AN ist (nur) ausgeschlossen, wenn dieser das verbleibende Risiko von Nickelsulfid-Einschlüssen unverschuldet nicht kannte, was von ihm darzulegen und zu beweisen ist.

Demnach ist festzuhalten, dass der AN die vertraglich vereinbarte Funktionalität schuldet, und zwar auch dann, wenn deren Erreichung technisch gar nicht möglich ist. In letzterem Fall kann der AN wegen dieser technischen Unmöglichkeit allerdings nicht verschuldens-unabhängig auf Mangelbeseitigung in Anspruch genommen werden, sondern „nur“ auf verschuldensabhängigen Schadensersatz. Dabei kann dem AG wegen der nicht zur Erreichung der Funktionalität geeigneten Vorgaben – je nach Grad der eigenen Sachkunde – ggf. ein Mitverschulden zuzurechnen sein.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Kein Geld für Schwarzarbeit!

Ist ein Werkvertrag wegen des Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz nichtig, stehen dem Unternehmer für erbrachte Bauleistungen keine Zahlungsansprüche gegen den Besteller zu.

BGH, Urteil vom 10.04.2014 - VII ZR 241/13

Der Beklagte beauftragte den Kläger mit Installationsarbeiten. Die vereinbarte Pauschalvergütung belief sich auf € 18.800,00, wobei ein Teilbetrag von € 5.000,00 ohne Rechnung zu bezahlen war. Die Parteien wollten hierdurch die Umsatzsteuerpflicht umgehen und einen

Preisvorteil erzielen. Der Kläger beansprucht die Bezahlung von Restwerklohn.

Der Bundesgerichtshof weist die Klage ab. Werkvertragliche Vergütungsansprüche bestünden nicht, weil der vorsätzliche Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG zur Nichtigkeit des Werkvertrages führe. Daran ändere es nichts, wenn sich die Absicht der Steuerhinterziehung nur auf den Teil des vereinbarten Werklohns bezog und im Übrigen eine ordnungsgemäße Rechnung existiert. Nach Ansicht des BGH ist jedenfalls bei Pauschalverträgen eine Teilnichtigkeit ausgeschlossen, wenn dem ordnungsgemäß abgerechneten Teil der Vergütung keine konkreten Leistungen zugeordnet sind. Der Pauschalvertrag stelle ein einheitliches Rechtsgeschäft dar, das insgesamt nichtig sei.

Obwohl der Kläger unstreitig Installationsarbeiten im Gebäude des Beklagten erbracht hat, kann er für diese Leistungen und für verbrauchte bzw. eingebaute Materialien auch keinen Aufwendungs- oder Wertersatz verlangen. Gesetzliche Aufwendungsersatzansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag lehnt der BGH ab, weil der Kläger aufgrund seines vorsätzlichen Verstoßes gegen das SchwarzArbG nicht von der Erforderlichkeit der Leistungen habe ausgehen dürfen.

Für einen Wertersatzanspruch aus Bereicherungsrecht lägen zwar die Voraussetzungen vor: Der Kläger hat ohne wirksamen Vertrag Arbeiten im Haus des Beklagten ausgeführt. Der Beklagte kann die rechtsgrundlos erhaltene Leistung nicht zurückgeben und schuldet nach §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB Wertersatz. Dem Ersatzanspruch steht nach Ansicht des BGH aber § 817 S. 2 BGB entgegen. Danach sind bereicherungsrechtliche Ansprüche ausgeschlossen, wenn sich beide Parteien – wie hier – bei der Erbringung bzw. dem Erhalt der Leistung gesetzeswidrig verhalten. Zwar hatte der BGH im Jahr 1990 entschieden, dass der Ausschluss von Wertersatzansprüchen im Fall von Schwarzarbeit für den leistenden Unternehmer unbillig sein kann. Diese Einschränkung hält das Gericht nun aber nicht mehr für erforderlich. Der Gesetzgeber habe sich mit dem SchwarzArbG klar und eindeutig für die effektive Bekämpfung von Schwarzarbeit ausgesprochen. Fehlverhalten müsse hart sank-

tioniert werden. Wer vorsätzlich gegen das SchwarzArbG verstößt, solle schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft erst gar nicht abzuschließen.

Vor wenigen Monaten hatte der BGH entschieden, dass einem Besteller im Fall von Schwarzarbeit keine Mängelansprüche zustehen [Die Entscheidung ist besprochen im Mandantenrundbrief September 2013]. Nun steht auch fest, dass der Unternehmer für seine schwarz erbrachte Leistung kein Geld erhält. Dass der Besteller die Leistung des Unternehmers behalten darf, ohne hierfür etwas zu bezahlen, erscheint nur auf den ersten Blick ungerecht. Da dem Besteller keinerlei Mängelansprüche zustehen, kann sein Folgeschaden aus einer mangelhaften Leistung des Unternehmers erheblich über dem ursprünglichen Wert der Leistung liegen.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

3. Inhalt des Baustellenprotokolls nicht widersprochen: Inhalte gelten verbindlich!

Die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben sind auf (Baustellen-) Protokolle entsprechend anwendbar. Der Auftragnehmer muss daher dem Inhalt eines vom Auftraggeber erstellen Protokolls unverzüglich widersprechen, will er verhindern, dass sein Schweigen wie eine nachträgliche Genehmigung behandelt wird.

BGH, Beschluss vom 11.10.2013 - VII ZR 301/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Im Anschluss an eine Baustellenbesprechung erhielt der AN das vom AG erstellte Baustellenprotokoll. Ausweislich des Inhalts des Protokolls ist seit dem 30.11.2011 vollständige Baufreiheit gegeben. Das Protokoll enthält zudem die Zusage des AN, dass er die erforderliche Werkstatt- und Montageplanung bis spätestens 07.12.2011 übergeben wird. Als diese Planung Mitte Dezember nicht vorliegt, kündigt der AG den Vertrag wegen Verzug des AN. Der AN wendet ein, er sei nicht im Verzug, insbesondere habe er in der Baustellenbe-

sprechung nicht die Vorlage der Werkstatt- und Montageplanung zugesagt. Die Kündigung des AG sei daher als freie Kündigung i.S.d. § 8 Abs. 1 VOB/A bzw. § 649 BGB anzusehen.

Der AN dringt mit seinen Einwendungen nicht durch. Der AG hat den Vertrag zu Recht aus wichtigem Grund gekündigt. Der AN befand sich mit der Übergabe der geschuldeten Werkstatt- und Montageplanung seit dem 08.12.2011 in Verzug. Das Kammergericht weist darauf hin, dass der AN, der ein zeitnah nach einer Verhandlung erstelltes Besprechungsprotokoll erhält, dem Inhalt unmittelbar widersprechen muss. Ansonsten gilt das Schweigen des AN als Genehmigung der Absprache. Es gelten nach Auffassung des Kammergerichtes die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entsprechend. Danach muss der AN widersprechen, um zu verhindern, dass sein Schweigen wie eine nachträgliche Genehmigung behandelt wird. Das Kammergericht begründet seine Entscheidung insbesondere damit, dass der Sinn und Zweck eines Baustellenprotokolls nach einer Besprechung dem eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens entspricht und daher die dort entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden sind. Das Besprechungsprotokoll wird demnach gerade zu dem Zweck erstellt, die Ergebnisse der Verhandlungen auf der Baustelle zu bestätigen und schriftlich zu dokumentieren. Aufgrund der typischerweise auftauchenden technischen oder tatsächlichen Probleme auf der Baustelle sei es üblich, dass (Nach-)Verhandlungen über Vertragsänderungen geführt werden. Die Ergebnisse dieser Verhandlungen werden danach in Baubesprechungsprotokollen niedergelegt und an die Parteien versendet. Wenn der AN den Inhalt des Protokolls nicht für richtig hält und nicht gegen sich gelten lassen will, muss er dem ihm übersendeten Protokoll unverzüglich widersprechen. Anderenfalls ist die darin enthaltene Erklärung wirksam.

Diese Entscheidung zeigt einmal mehr, dass die Absprachen auf der Baustelle für beide Parteien sehr wesentlich sind und häufig zu Änderungen des Vertrages führen. Die Baustellenbesprechungsprotokolle sind daher stets sehr sorgfältig und zeitnah dahingehend zu prüfen, ob der darin wiedergegebene Inhalt auch den tatsächlich getroffenen Absprachen

entspricht. Wir empfehlen, den Inhalten eines Baubesprechungsprotokolls innerhalb von wenigen Tagen (2-3 Werktagen) schriftlich zu widersprechen. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die darin enthaltenen Ergebnisse verbindlich werden.

Rechtsanwältin Daniela Fiedler
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Aushändigung der VOB/B an GmbH nicht erforderlich!

- a) Die VOB/B wird nur dann Bestandteil eines Bauvertrags, wenn der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft wird, in zumutbarer Weise vom Inhalt der VOB/B Kenntnis zu nehmen. Soll die VOB/B gegenüber einem im Baugewerbe tätigen oder sonst im Baubereich bewanderten Vertragspartner einbezogen werden, genügt der bloße Hinweis auf die Geltung der VOB/B.
- b) Auch wenn der Vertragspartner ein nicht im Baubereich tätiges oder bewandertes Unternehmen ist, reicht es für die Einbeziehung der VOB/B aus, dass der Verwender auf ihre Geltung verweist, solange der Vertragspartner bei Vertragsabschluss in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat.

BGH, Beschluss vom 20.02.2014 – VII ZR 231/12

2. Abrundung des Angebotsendpreises: Pauschalpreis!

Wird das Angebot des AN nach Einheitspreisen aufgeschlüsselt und bei der Auftragserteilung lediglich der Angebotsendpreis geringfügig auf- oder abgerundet, kann ein Pauschalpreisvertrag vorliegen. In diesem Fall kann der AN seine Leistungen nach einer Kündigung nicht nach Einheitspreisen abrechnen.

BGH, Beschluss vom 09.01.2014 – VII ZR 138/12

3. Unwirksamkeit der Angebotsbindefrist in Bauträgerverträgen

- a) Eine vom Bauträger vorformulierte Bindungsfrist, die den Erwerber an sein Angebot auf Abschluss eines Bauträgervertrages für sechs Wochen oder länger bindet, stellt eine wesentliche Überschreitung der regelmäßigen gesetzlichen Frist von vier Wochen gemäß § 147 Abs. 2 BGB dar.
- b) Nur wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse, hinter dem das Interesse des Kunden am baldigen Wegfall der Bindung zurückstehen muss, geltend machen kann, liegt keine Unwirksamkeit nach AGB-Recht gemäß § 308 Nr. 1 BGB vor.

BGH, Urteil vom 17.01.2014 – V ZR 5/12

4. Umfang des Schadensersatzes bei Erneuerung statt Mangelbeseitigung

Beseitigt der AG bei der Ersatzvornahme an einem Dach vorhandene Mängel nicht, sondern lässt das Dach insgesamt durch Aufbringen einer neuen Dachkonstruktion erneuern, kann er als Schadensersatz die (niedrigeren) fiktiven Kosten geltend machen, die bei der Mängelbeseitigung des bestehenden Daches entstanden wären.

BGH, Beschluss vom 30.10.2013 – VII ZR 65/12

5. Verjährung nach Mangelbeseitigung

Enthält ein Bauvertrag die Regelung, dass "nach der Beseitigung eines gerügten Mangels die Gewährleistungsvorschriften nach VOB/B gelten", verjähren Mängelansprüche für diese Leistungen innerhalb von zwei Jahren. Das gilt auch dann, wenn in der Mangelbeseitigung ein zum Neubeginn der Verjährung führendes Anerkenntnis liegt.

OLG Frankfurt, Urteil vom 08.04.2014 – 6 U 167/13

6. Ermittlung des Restwerklohns nach Kündigung durch Abzug der Drittunternehmerkosten

- a) Eine Klage auf Vergütung der erbrachten Leistungen nach einer Kündigung des Bauvertrags kann, wenn der AG dem nicht widerspricht, auf eine Abrechnung gestützt werden, wonach vom vereinbarten Werklohn die unstreitigen Drittunternehmerkosten für die Fertigstellung Bauwerks abgezogen werden.
- b) Ein Widerspruch gegen diese Abrechnung ist unbeachtlich, wenn der AG nicht geltend macht, dadurch benachteiligt sein.

BGH, Beschluss vom 10.04.2014 – VII ZR 124/13

7. Höhe der Bauhandwerkersicherung nach Kündigung

- a) Der Unternehmer muss die ihm zustehende Vergütung schlüssig darlegen, wenn er nach einer Kündigung Sicherheit gemäß § 648 a Abs. 1 BGB verlangt. Dazu gehört in der Regel die Stellung einer Schlussrechnung sowie schlüssiger Vortrag zum ersparten Aufwand und zum anderweitigen Erwerb.
- b) Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des dargelegten Vergütungsanspruchs streitig, ist dem Unternehmer für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu klären. Anderes gilt, wenn die Klärung der Streitfragen nicht zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führt.

BGH, Urteil vom 06.03.2014 – VII ZR 349/12

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

1. Eigenes Fehlverhalten der Vergabestelle als Aufhebungsgrund?

Auch wenn eine Vergabestelle von einer Beschaffung ohne (rechtmäßige) Aufhebung einer Ausschreibung Abstand nehmen kann, rechtfertigt eine Aufhebung aus Gründen, die in einem eigenen Fehlverhalten der Vergabestelle liegen, Schadensersatzansprüche der Bieter

BGH, Urteil vom 20.03.2014 – X ZB 18/13

Eine Vergabestelle schrieb Leistungen zur Erneuerung der Fahrbahn einer Bundesautobahn europaweit aus. Im Laufe des Vergabeverfahrens zeigte sich, dass die Vergabeunterlagen nicht völlig eindeutig waren; ein Bieter – die spätere Antragstellerin – ging von einem zweistreifigen Ausbau aus, alle anderen Bieter und die Vergabestelle verstanden die Vergabeunterlagen so, dass ein einstreifiger Ausbau gefordert war. Die insoweit missverständliche Leistungsbeschreibung nahm die Vergabestelle – nachdem sie zunächst vergeblich versucht hatte, die Antragstellerin mit ihrem Angebot auszuschließen – zum Anlass, das Verfahren aufzuheben. Die Aufhebung begründete sie mit dem Argument, ein neues Vergabeverfahren einleiten zu wollen, mit dem (unmissverständlich) der einstreifige Ausbau ausgeschrieben werden sollte. Die Beauftragung der im aufgehobenen Verfahren preisgünstigsten Antragstellerin hätte dagegen Mehrkosten zur Folge, weil der gewünschte einstreifige Ausbau durch eine anzuordnende Leistungsänderung bewerkstelligt werden müsse; das führe zu Mehrkosten und sei ein schwerwiegender Grund im Sinne des § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A.

Die Antragstellerin wehrte sich zum einen gegen die Aufhebung und verlangte im Vergabenaachprüfungsverfahren, dass die Aufhebungsentscheidung ihrerseits aufgehoben und das Vergabeverfahren fortgesetzt werde. Mit einem Hilfsantrag verlangte sie die Feststellung, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens sie in ihren Rechten verletzt habe. Wie die Vorinstanz, das OLG Karlsruhe, wies der Bundesgerichtshof die Antragstellerin mit dem Hauptantrag ab. Dem Hilfsantrag der Antragstellerin

entsprechend stellte der Bundesgerichtshof aber fest, dass die wegen einer missverständlichen Leistungsbeschreibung erfolgte Aufhebung des Vergabeverfahrens die Bieterin in ihren Rechten verletzt habe.

Zunächst hält der Bundesgerichtshof daran fest, dass eine Vergabestelle von einem Beschaffungsvorgang auch dann Abstand nehmen kann, wenn dafür kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen anerkannter Aufhebungsgrund (hier im Sinne des § 17 EG Abs. 1 VOB/A) vorliegt. Bieter hätten keinen Anspruch darauf, dass der AG den Auftrag auch erteilt und die Vergabestelle das Verfahren mit Erteilung des Zuschlags abschließt, sondern nur Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Hebe eine Vergabestelle eine Ausschreibung auf, führe das – wenn es an einem Aufhebungsgrund fehle – nur zu Schadensersatzansprüchen, und zwar in der Regel zu einem Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die im Vertrauen auf das Vergabeverfahren getätigt wurden (sog. negatives Interesse, vgl. BGH, Urteil vom 09.06.2011 – X ZR 143/10; s. auch § 126 S. 1 GWB). Nur in Ausnahmefällen komme der Ersatz weitergehenden Schadens (sog. positives Interesse) oder die Anordnung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens in Betracht, wenn der AG die Aufhebung in rechtlich missbilligenswerter Weise beispielsweise dazu einsetzt, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens an einen bestimmten Bieter zu vergeben.

All das ändert nach dem Bundesgerichtshof aber nichts daran, dass die Aufhebung im vorliegenden Fall die Antragstellerin in ihren Rechten verletzte. Die Vergabestelle habe selbst den Grund für die Aufhebung gesetzt, indem sie eine missverständliche Leistungsbeschreibung veröffentlicht habe. Das führe im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung, die alle für die Aufhebungsentscheidung maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen habe, dazu, dass die Aufhebung als rechtswidrig zu beurteilen sei. Ließe man – so der Bundesgerichtshof – zu, dass eine Vergabestelle sich bei eigenem – verschuldetem oder unverschuldetem – Fehlverhalten auf den Aufhebungsgrund des § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A berufen könnte, würde der Verursacher des Vergabefehlens von den Folgen seines eige-

nen Handelns freigestellt. Das sei auch vergaberechtlich nicht gewollt.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshof ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Zum einen verdeutlicht sie, dass die Aufhebungsentscheidung einer Vergabestelle selbst dann für Bieter nur schwer anzugreifen ist, wenn sie rechtswidrig war. Auf der anderen Seite klärt das Urteil, dass sich die Vergabestelle bei einer Aufhebungsentscheidung nicht rechtmäßiger Weise auf solche Gründe berufen kann, die sie selbst durch eigene Fehler verursacht; in letzterem Fall ist vielmehr die Vergabestelle zumindest zum Schadensersatz verpflichtet.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Kein Anspruch auf Ausschluss des Unterkostenangebotes eines Mitbieters

Unterkostenangebote sind nicht grundsätzlich unzulässig. Ein Bieter kann den Ausschluss des Unterkostenangebotes eines Mitbieters daher nur verlangen, wenn der Mitbieter mit dem Unterkostenangebot zugleich wettbewerbswidrige Absichten verfolgt. Die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Absicht liegt beim Bieter.

VK Nordbayern, Beschluss vom 06.02.2014 - 21.VK-3194-60/13

Im Rahmen eines offenen Vergabeverfahrens rügt der unterlegene Bieter B, dass der AG den Zuschlag auf das Angebot des Bestbieters A erteilen möchte. Er behauptet, das Angebot des A sei nicht auskömmlich, weil A wirtschaftliche Aspekte außer Acht gelassen und mit spekulativen Erlösen die realen Kosten unterschätzt habe. B ist der Auffassung, das Unterkostenangebot des A müsse ausgeschlossen werden.

Die Vergabekammer weist den Nachprüfungsantrag zurück. Zwar dürfe nach § 19 EG Abs. 6 VOL/A (vergleichbar mit § 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A und § 27 Abs. 2 SektVO) auf „Dumpingangebote“ kein Zuschlag erteilt werden. Diese Regelung diene aber nur dem Schutz des öffentlichen AG, weil mit der Beauftragung

von Unterkostenangeboten die Gefahr verbunden sei, dass der Bieter die Unterdeckung durch eine qualitativ schlechte Leistung oder unberechtigte Nachforderungen auszugleichen versucht. Unterkostenangebote seien allerdings nicht grundsätzlich unzulässig und müssen vom AG berücksichtigt werden, sofern eine entsprechende Prognose die zuverlässige und vertragsgerechte Leistung des Bieters trotz Unterdeckung bestätigt. § 19 EG Abs. 6 VOL/A diene nicht dem Schutz des ordnungsgemäß kalkulierenden Bieters und habe grundsätzlich keine drittschützende Wirkung.

Etwas anderes könne – unter Verweis auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 09.05.2011 (VII-Verg 45/11) – nur gelten, wenn der Bestbieter sein Unterkostenangebot mit zielgerichteter Marktverdrängungsabsicht abgegeben hat oder sein Angebot zumindest die konkrete Gefahr begründet, dass bestimmte Mitbewerber vom Markt ganz verdrängt werden. Das Vorliegen dieser wettbewerbswidrigen Zielsetzung müsse der unterlegene Bieter beweisen, was im zu entscheidenden Fall nicht gelungen ist.

Die Entscheidung zeigt, dass ein Bieter nur im Ausnahmefall den Ausschluss des Unterkostenangebotes eines Mitbieters verlangen kann. Denn die Regelungen der VOB/A, der VOL/A und der SektVO zu „Dumpingangeboten“ sind nach überwiegender Ansicht nicht bieterschützend. Unterlegene Bieter können sich nur auf eine drittschützende Wirkung berufen, wenn sie über das Missverhältnis zwischen Preis und Leistung hinaus eine wettbewerbswidrige Verdrängungsabsicht des Bestbieters nachweisen können. Dieser Nachweis ist in der Praxis sehr schwer.

Umgekehrt ist zu beachten, dass ein Bieter, der versehentlich ein Unterkostenangebot abgegeben hat, nach der Submission in der Regel keine Möglichkeit hat, sein Angebot zu korrigieren, anzufechten oder zurückzuziehen. Häufig wird das Unterkostenangebot auf einem Kalkulationsirrtum bei Angebotserstellung beruhen. Kalkulationsirrtümer sind nach allgemeinen Grundsätzen aber unbeachtlich und der Bieter muss den Zuschlag durch den AG hinnehmen. Nur wenn die Unterdeckung für den Bieter existenzbedrohende Ausmaße annimmt oder der Kalkulationsfehler offensicht-

lich ist, kann im Einzelfall aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ein Anspruch auf Nichtberücksichtigung des Angebotes bestehen.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

schwerwiegenden Vergaberechtsverstoß dar und führt zu einer Rückzahlungsverpflichtung des Zuwendungsempfängers.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14.08.2013 – 12 A 1751/12

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Grundsätzliche Unzulässigkeit von Bietergemeinschaften?

- a) Unternehmen, die eine Bietergemeinschaft eingehen, treffen eine Vereinbarung, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken kann und die deswegen verboten ist.
- b) Kartellrechtlich eher unbedenklich sind Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen unterschiedlicher Branchen, da diese zueinander regelmäßig in keinem aktuellen oder potentiellen Wettbewerbsverhältnis stehen.
- c) Aber auch Bietergemeinschaften zwischen branchenangehörigen Unternehmen sind wettbewerbsunschädlich, sofern jeder der Beteiligten für sich mit Blick auf Kapazitäten, Technik und/oder fachliche Kenntnisse nicht leistungsfähig ist und erst die Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich zu beteiligen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2014 – Verg 2/14

2. Rückzahlung von Zuwendungen bei falscher Vergabeart

- a) Der Zuwendungsempfänger hat sich bei Unklarheiten über die konkreten Bedingungen der Auszahlung, der Verwendung und der Abwicklung einer Zuwendung bei der zuwendenden Stelle zu informieren. Dies gilt auch dann, wenn es sich beim Empfänger um eine öffentliche Stelle handelt.
- b) Erhält der Zuwendungsempfänger den geförderten Auftrag im nichtoffenen statt im offenen Verfahren, stellt dies einen

3. Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers bei der Wahl der Verfahrensart

- a) Liegt dem Bieter eine im Wettbewerb auf ihn verlagerte Ausführungsplanung im Sinne der HOAI in einer Ausschreibung über Bauleistungen nicht vor, fehlt der Ausschreibung die nach § 2 EG Abs. 5 VOB/A erforderliche Ausschreibungsreife.
- b) Die Wahl der Verfahrensart unterliegt zwar der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen AG. Hat er sich aber für eine bestimmte Verfahrensart entschieden, ist er bei der Durchführung des Verfahrens an die vergaberechtlichen Vorschriften, die die Art und Weise der Beschaffung regeln, gebunden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 – Verg 22/13

4. Wertung nur bei Dokumentation nachvollziehbar!

- a) Um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, müssen zumindest die wesentlichen Zwischenentscheidungen so dokumentiert sein, dass der Weg zur Vergabeentscheidung vom einzelnen Bieter und von den Nachprüfungsinstanzen nachvollzogen und damit kontrolliert werden kann. Die Bieter sollen sich auch im laufenden Vergabeverfahren davon überzeugen können, dass der für den Vertragsschluss in Betracht kommende Bewerber aufgrund sachgerechter und ermessensfehlerfreier Entscheidung bestimmt worden ist.
- b) Alle Entscheidungen des AG müssen so begründet sein, dass sie für einen mit der Sachlage des Verfahrens vertrauten Leser ohne weiteres verständlich sind. Bei der Entscheidung über den Zuschlag ist an die

Darlegung der zu Grunde liegenden Tatsachen sowie ihrer Beurteilung ein hoher Maßstab anzulegen.

- c) Soweit dem AG Beurteilungs- und Ermessensspielräume zustehen, verlangt die Dokumentationspflicht über eine bloße Notiz hinaus eine besonders detaillierte Begründung.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 30.09.2013 – 2 VK LSA 03/13

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Immobilienrecht

Zu den Voraussetzungen der Gewährung von Grundbuch- und Grundakteneinsicht

a) Ein berechtigtes Interesse an der Einsicht des Grundbuchs im Sinne von § 12 Abs. 1 GBO liegt nicht nur bei einem rechtlichen Interesse des Antragstellers vor, das sich auf ein bereits vorhandenes Recht oder konkretes Rechtsverhältnis stützen kann, sondern auch bei einem tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesse, wenn die Kenntnis vom Grundbuchstand für den Antragsteller aus sachlichen Gründen für sein künftiges Handeln erheblich erscheint und reine Neugier oder die Verfolgung unbefugter Zwecke ausgeschlossen ist.

b) Dies gilt auch für die Kenntniserlangung von einem Kaufpreis durch erweiterte Grundbucheinsicht in die Grundbuchakten gemäß § 12 Abs. 3 GBO.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.09.2013 - 12 W 261/13

Nach dem Beschluss des OLG Oldenburg besteht ein berechtigtes Interesse an der Einsicht des Grundbuchs i.S.v. § 12 Abs. 1 GBO nicht nur bei einem rechtlichen Interesse des Antragstellers, das sich auf ein bereits vorhandenes Recht oder konkretes Rechtsverhältnis stützen kann, sondern auch bei einem bloß tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesse, wenn die Kenntnis vom Grundbuchstand für den Antragsteller aus sachli-

chen Gründen für sein künftiges Handeln erheblich erscheint und reine Neugier oder die Verfolgung unbefugter Zwecke ausgeschlossen ist.

Entsprechend der Entscheidung des OLG Oldenburg gilt dies auch für die Kenntniserlangung von einem Kaufpreis durch erweiterte Grundbucheinsicht in die Grundakten gemäß § 12 Abs. 3 GBO; hierbei ist jedoch mit Rücksicht auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Kaufvertragsparteien eine besonders sorgfältige Prüfung des berechtigten Interesses erforderlich.

Hat also der Antragssteller konkret dargelegt, dass er einen Zahlungsanspruch gegen einen früheren Miteigentümer des betroffenen Grundbesitzes hat und dies durch Vorlage des zugrundeliegenden Vertrags belegt, so hat er ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Einsicht in das Grundbuch und an der Erteilung einer Ablichtung des in den Grundakten vorhandenen Kaufvertrages mit dem neuen Eigentümer.

Die vorstehende Entscheidung gibt Anlass noch einmal im Einzelnen die Voraussetzungen für die Einsichtnahme in das Grundbuch bzw. Grundakten aufzuzeigen:

Zunächst einmal ist die Einsichtnahme in das Grundbuch dem jeweiligen Eigentümer und darüber hinaus im Einzelfall auch bevollmächtigten Dritten, wie z.B. den Kaufinteressenten oder einem Rechtsanwalt bei Streitigkeiten oder einer rechtlichen due diligence zu gewähren. Im Übrigen ist Einsicht in das Grundbuch jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt.

Was hier als berechtigtes Interesse anzusehen ist, wurde von der Rechtsprechung mit zahlreichen Entscheidungen ausgefüllt:

So hat das OLG Stuttgart in einem Beschluss vom 28.09.2010 - 8 W 412/10, ähnlich dem zuvor zitierten Beschluss des OLG Oldenburg entschieden, dass für das Recht auf Einsichtnahme ein „verständiges durch Sachlage gerechtfertigtes Interesse genügt ... und entsprechende sachliche Gründe, die die Verfolgung unbefugter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen.“ Ausdrücklich reicht auch ein wirtschaftliches Interesse aus, z.B. jeder Berechtigte eines Rechts am Grundstück; der Käufer, auch wenn noch

keine Vormerkung eingetragen ist; ein Wohnungseigentümer für alle übrigen Miteigentumsanteile.

Nach dem Beschluss des BGH vom 17.08.2011 - V ZB 47/11, (Fall des ehemaligen Bundespräsidenten Wulff), hat auch die Presse unter bestimmten Bedingungen für die Beschaffung journalistisch verwertbarer Informationen im Zusammenhang mit dem Kauf eines Grundstücks ein Recht auf Einsichtnahme. Im konkreten Fall hat das Gericht dahingehend entschieden, dass das durch das Grundgesetz geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinter das Informationsinteresse der Presse dann zurücktreten kann, wenn es sich um eine Frage handelt, die die Öffentlichkeit wesentlich angeht, was in Anbetracht der herausgehobenen politischen Stellung des Eigentümers bejaht wurde. Dabei wurde entschieden, dass der gesamte Inhalt des Grundbuchs sowie der Grundakten zugänglich zu machen ist, da die Beschränkung des Einsichtsrechts im Ergebnis auf eine Vorauswahl des Grundbuchamts hinauslaufen würde.

Ebenso wurde ein Recht zur Einsichtnahme für den getrennt lebenden Ehegatten des Eigentümers zugesprochen (OLG Rostock, Beschluss vom 23.12.2011 - 3 W 71/11).

Auch wurde entschieden, dass das Einsichtsrecht kein Mittel für jemanden sein kann, der den Namen des Grundstückseigentümers erfahren will, um mit ihm wegen eines eventuellen Verkaufs des Grundstücks Verbindung aufzunehmen (BayObLG 15.03.1984 - 2 Z 17/84).

Festzuhalten bleibt darüber hinaus, dass Notare, Vermessungsingenieure und Behörden generell zur Grundbucheinsicht berechtigt sind, wobei auch Notare, nicht etwa nur aus Gefälligkeit für Dritte Einsicht nehmen dürfen, sondern nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses Einsicht in das Grundbuch nehmen dürfen. Verstöße hiergegen werden durch die Notaraufsichten streng gehandhabt.

In einer ganzen Anzahl von Entscheidungen wurde auch über das Einsichtsrecht der Immobilienmakler in das Grundbuch befunden. Die Einsichtnahme in das Grundbuch ist für den Makler, der ursprünglich vom Eigentümer beauftragt war, und sich eine Grundbuchvollmacht hat geben lassen, kein Problem. Das Einsichtsrecht gilt dabei grundsätzlich auch um

festzustellen, ob die Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit des Maklers erfolgreich war.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein Immobilienmakler nicht allein mit bloßen Behauptungen sein berechtigtes Interesse darlegen kann. So hat das OLG Dresden einen entsprechenden Antrag abschlägig entschieden, in dem der Makler zwar behauptete, der Käufer schulde ihm eine Provision, schriftliche Belege konnte er jedoch nicht vorlegen. Nach der Entscheidung des OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2009 - 3 W 1228/09, ist schon zweifelhaft, ob das Grundbuchamt einem Käufermakler überhaupt Informationen zur Kaufpreishöhe zugänglich machen darf. Deshalb müsse zur Begründung eines berechtigten Interesses nicht nur eine gewisse, sondern eine ganz beträchtliche Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines Provisionsanspruchs sprechen. Kann aber ein Makler weder einen Maklervertrag noch sonst eine entsprechende Vereinbarung vorlegen, so muss zur Begründung des Antrags auf Einsichtnahme „darüber hinaus eine beträchtliche Wahrscheinlichkeit für die behauptete Entstehung eines Provisionsanspruchs bestehen“.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

VI. Mietrecht

Keine Bindung des Grundstückserwerbers an Schriftformheilungsklausel

Eine sogenannte mietvertragliche Schriftformheilungsklausel hindert den Grundstückserwerber für sich genommen nicht, einen Mietvertrag, in den er nach § 566 Abs. 1 BGB eingetreten ist, unter Berufung auf einen Schriftformmangel zu kündigen, ohne zuvor von dem Mieter eine Heilung des Mangels verlangt zu haben.

BGH, Urteil vom 22.01.2014 – XII ZR 68/10

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatten der Mieter und der ursprüngliche Vermieter im Hinblick auf die bei langfristigen Gewerberaummietverträgen einzuhaltende gesetzliche Schriftform folgende Klausel im Mietvertrag vereinbart:

„Den Mietvertragsparteien sind die besonderen gesetzlichen Schriftformerfordernisse gem. §§ 550, 126 BGB bekannt. Sie verpflichten sich hiermit gegenseitig, auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis Genüge zu tun, und den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der gesetzlichen Schriftform vorzeitig zu kündigen.“

Der Erwerber, der gem. § 566 BGB in das Mietverhältnis auf Vermieterseite eingetreten ist, berief sich gegenüber dem Mieter auf einen Schriftformmangel und kündigte das Mietverhältnis gem. § 550 BGB, ohne den Mieter zuvor zur Heilung des Schriftformfehlers aufgefördert zu haben. Der BGH entschied, dass sich der Erwerber dadurch nicht treuwidrig verhält.

Der BGH begründet dies mit dem Schutzzweck des § 550 BGB. Dieser bestehe darin, den Erwerber davor zu schützen, sich auf einen Mietvertrag einzulassen, dessen Bedingungen sich anders als erwartet darstellen, weil sie aus dem schriftlichen Mietvertrag nicht erkennbar waren. Im Falle formunwirksamer Abreden besteht daher für den Erwerber die Möglichkeit, sich vorzeitig durch ordentliche Kündigung vom Vertrag zu lösen. Diese Möglichkeit würde ihm genommen, wenn er aufgrund der vertraglichen Heilungsklausel, verpflichtet wäre, die fehlende Schriftform zu heilen und so den langfristigen Bestand des Mietverhältnisses sicherzustellen. Der Erwerber ist somit nicht an die Schriftformheilungsklausel gebunden.

Der BGH hat in seiner Entscheidung offen gelassen, ob anfängliche Schriftformklauseln – gleich ob sie individuell oder formularvertraglich vereinbart sind – wirksam sind und sich nur mit der Treuwidrigkeit auseinander gesetzt.

Im Verhältnis der ursprünglichen Mietparteien – ohne Eintritt eines Erwerbers – werden Schriftformheilungsklauseln von den Oberlandesgerichten überwiegend für wirksam erachtet. Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, dass solche Klauseln grundsätzlich, also auch im Verhältnis der ursprünglichen Mietvertragsparteien, unwirksam seien, da sie ebenfalls den Erwerber binden und damit gegen den Schutzzweck des § 550 BGB verstoßen. Für

den Fall, dass ein Erwerber gem. § 566 BGB in das Mietverhältnis eintritt und dieser das Mietverhältnis wegen eines Schriftformmangels kündigt, ist die OLG-Rechtsprechung uneinheitlich. Das OLG Düsseldorf hält die Klausel in diesem Fall für unwirksam, das OLG Hamm hingegen hält sie für wirksam.

Bedeutung erlangt die Frage der Wirksamkeit einer solchen Klausel vor allem dann, wenn es nicht der Erwerber ist, der den Mietvertrag vorzeitig beenden möchte, sondern der Mieter. Im Hinblick auf die Wirksamkeit einer Schriftformheilungsklausel ist es daher empfehlenswert, einen Erwerber von einer Bindung an die Schriftformheilungsklausel auszunehmen und die Bindung nur auf die ursprünglichen Vertragsparteien zu beschränken.

Rechtsanwältin Andrea Kubal

VII. Leitsätze zum Mietrecht

1. Offensichtlich falsche Wohnflächenangabe

- a) Bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Wohnfläche in einem Mietvertragsformular kann zwischen den Mietvertragsparteien eine konkludente Vereinbarung getroffen werden, wenn die Parteien vor Abschluss des Mietvertrags über die Wohnfläche verhandelt und insoweit Einigkeit erzielt haben oder übereinstimmend von einer bestimmten Größe ausgegangen sind.
- b) Ist in einem Mietvertrag über eine Wohnung, die vom Mieter bereits vor Vertragsabschluss über einen längeren Zeitraum hinweg bewohnt worden ist, eine Wohnflächenangabe enthalten und soll die tatsächliche Wohnfläche (hier: 21,01 m²) erheblich geringer sein als die vertraglich vereinbarte Wohnfläche (hier: 50 m²), ist davon auszugehen, dass die Wohnflächenabweichung jedenfalls infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist und ein Minderungsrecht gemäß § 546 Abs. 1 S. 2 BGB nicht besteht.

AG Bad Segeberg, Beschluss vom 07.04.2014
– 17 C 268/13

2. Finanzieller Härtefall bei Modernisierungsmieterhöhung

- a) Wann ein Härtefall wegen finanzieller Gründe vorliegt, kann nicht an einer festen prozentualen Grenze des Anteils der Monatsmiete am monatlichen Einkommen festgemacht werden; vielmehr sind die individuellen Verhältnisse des Mieters zu berücksichtigen. Nach Abzug der Miete soll dem Mieter jedenfalls ein Einkommen verbleiben, mit dem er an seinem bisherigen Lebenszuschnitt festhalten kann.
- b) Die Grenze der Zumutbarkeit ist nicht erst dort zu ziehen, wo der Mieter mit dem verbleibenden Einkommen nur noch sein Existenzminimum bestreiten kann. Beläuft sich die neue Miete mit Modernisierungszuschlag auf 50 % des Mietereinkommens, ist dem Mieter die Modernisierungsmieterhöhung nicht mehr zumutbar, sofern die Wohnung für die Verhältnisse des Mieters im Einzelfall nicht unangemessen groß oder luxuriös ausgestattet ist.

AG Berlin-Mitte, Urteil vom 06.08.2013 - 5 C 366/12

3. Wirksamkeit der Anpassung von Nebenkostenvorauszahlungen per AGB?

- a) Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn die Vertragsparteien bei der Gewerberaummieta in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbaren, dass der Vermieter im Anschluss an Nebenkostenabrechnungen die Höhe der Nebenkostenvorauszahlungen durch einseitige Erklärung anpassen darf.
- b) Die Ausübung dieses Anpassungsrechts unterliegt nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 S. 1 BGB, so dass sie nicht dazu führen kann, dass ein wirksam auf längere Zeit als ein Jahr geschlossener Mietvertrag über Gewerberaum ab der Anpassung der Vorauszahlungshöhe wegen Verstoßes gegen § 550 S. 1 BGB für unbestimmte Zeit gilt.

BGH, Urteil vom 05.02.2014 – XII ZR 65/13

4. Endrenovierungsklauseln in AGB können wirksam sein!

Wird in einem Formularymietvertrag über gewerblich genutzte Räume der Mieter neben der bedarfsabhängigen Vornahme von Schönheitsreparaturen auch dazu verpflichtet, die Räume bei Beendigung des Mietverhältnisses in einem "bezugsfertigen Zustand" zurückzugeben, ergibt sich daraus kein Summierungs-effekt, der zur Unwirksamkeit der beiden Klauseln führt, da keine "starren" Fristen in Bezug auf die Schönheitsreparaturen vereinbart wurden.

BGH, Urteil vom 12.03.2014 – XII ZR 108/13

5. Der Vermieter kann sich auf die Unwirksamkeit der eigenen AGB nicht berufen!

Ist der Vermieter nach den von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur fristlosen Kündigung eines Gewerberaummietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs nur nach vorheriger Mahnung berechtigt, darf sich der Mieter auf die Einhaltung dieser Voraussetzung auch dann verlassen, wenn die Klausel einer AGB-Kontrolle in der Gesamtschau deshalb nicht standhält, weil sie den Mieter im übrigen (kein Verschuldenserfordernis, Rückstand mit nur einer Monatsmiete) unangemessen benachteiligt.

OLG Celle, Beschluss vom 21.11.2013 – 2 U 179/13

Rechtsanwältin Dr. Susanne Lösch

VIII. Verwaltungsrecht

Zur „Variationsbreite“ einer Baugenehmigung für einen Lebensmittelmarkt

Die Frage, ob die Variationsbreite einer vorliegenden Baugenehmigung verlassen wird, beurteilt sich danach, ob das bisher charakteristische Nutzungsspektrum durch die beabsichtigte Änderung zumindest nicht nur unerheblich erweitert wird. Danach ist die Nutzung als Drogeriefachmarkt für einen Lebensmittelmarkt nicht mehr charak-

teristisch, denn die Sortimente der Lebensmittel- und der Drogeriemärkte stimmen überwiegend nicht überein.

VGH München, Beschluss vom 09.09.2013 - 14 ZB 12.1899

Der Kläger wendete sich gegen einen Bescheid, mit dem ihm untersagt wurde, seine bisher überwiegend als Lebensmittelmarkt genutzte Immobilie ohne ausdrückliche Genehmigung künftig nur noch als Drogeriemarkt zu betreiben. Seine Klage stützt der Grundstückseigentümer u. a. darauf, dass im Betreff bzw. im Tenor der vorliegenden Baugenehmigungen nur von einem „Einkaufsmarkt“ bzw. einem „Verbrauchermarkt“ die Rede gewesen war. Das umfasse sowohl eine Nutzung als Lebensmittelmarkt als auch als Drogeriemarkt. Der VGH weist das Rechtsbegehren des Klägers ab. Er setzt dessen Argumentation entgegen, dass die maßgebliche Baugenehmigung eine Nebenbestimmung enthalte, wonach die Verkaufsfläche für die Nutzung „Lebensmittelmarkt“ höchstens 555 m² und für die Nutzung „Drogeriemarkt“ höchstens 150 m² betragen dürften. Eine derartige Festlegung enthalte auch der Bauantrag. Hierüber setze sich der Kläger unzulässigerweise hinweg, wenn er den Drogeriemarkt einfach auf die Gesamtfläche ausdehne. Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, dass von einer Baugenehmigung für einen Lebensmittelmarkt auch eine Nutzung als Drogeriemarkt gedeckt sein müsse. Nach der maßgeblichen Rechtsprechung, so der Senat, werde die Variationsbreite einer Baugenehmigung verlassen, wenn das bisherige charakteristische Nutzungsspektrum durch die beabsichtigte Änderung nicht nur unerheblich erweitert werde. Das sei hier der Fall, weil ein Lebensmittelmarkt ungeachtet gewisser Sortimentsüberschneidungen „eine völlig unterschiedliche Schwerpunktbildung“ gegenüber einem Drogeriemarkt aufweise. Insoweit sei eine typisierende Betrachtungsweise geboten, so dass es nicht auf die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles ankomme. Da die hier beabsichtigte Änderung des Nutzungsspektrums auch städtebauliche Belange - wie etwa den der verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung - berühre, stelle sie ein baugenehmigungspflichtiges Vorhaben im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB dar.

Bei der Neuvermietung von Einzelhandelsobjekten stellt sich oft die Frage, ob die Veränderung des angebotenen Warensortiments die Einholung einer neuen Baugenehmigung erforderlich macht oder nicht. Das hängt davon ab, welche Variationsbreite von Nutzungen nach der vorliegenden Baugenehmigung möglich ist. Der Beschluss des VGH zeigt, dass bei dieser Ermittlung Vorsicht geboten ist und nicht nur auf die Angaben im Betreff der vorliegenden Baugenehmigung abgestellt werden darf.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

IX. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Wartezeitkündigung wegen symptomloser HIV-Infektion - Behinderung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) untersagt Diskriminierungen u.a. wegen einer Behinderung. Eine Behinderung liegt vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch - in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) - seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, beeinträchtigt sein kann. Ein Arbeitnehmer, der an einer symptomlosen HIV-Infektion erkrankt ist, ist in diesem Sinn behindert. Auch chronische Erkrankungen können zu einer Behinderung führen. Die gesellschaftliche Teilhabe von HIV-Infizierten ist typischerweise durch Stigmatisierung und soziales Vermeidungsverhalten beeinträchtigt, die auf die Furcht vor einer Infektion zurückzuführen sind. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines solchen Arbeitnehmers in der gesetzlichen Wartezeit des § 1 KSchG wegen der HIV-Infektion, ist die Kündigung im Regelfall diskriminierend und damit unwirksam, wenn der Arbeitgeber durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des Arbeitnehmers trotz seiner Behinderung ermöglichen kann.

Der an einer symptomlosen HIV-Infektion erkrankte Kläger wurde von der Beklagten, die

intravenös verabreichte Arzneimittel zur Krebsbehandlung herstellt, im Jahr 2010 als Chemisch-Technischer Assistent für eine Tätigkeit im sog. Reinraum eingestellt. Anlässlich seiner Einstellungsuntersuchung wenige Tage nach Beginn des Arbeitsverhältnisses wies der Kläger den Betriebsarzt auf seine Infektion hin. Der Arzt äußerte Bedenken gegen einen Einsatz des Klägers im Reinraumbereich und teilte der Beklagten nach Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht die HIV-Infektion des Klägers mit. Noch am selben Tag kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich. Wegen seiner ansteckenden Krankheit könne sie den Kläger nach ihrem internen Regelwerk nicht einsetzen. Der Kläger hat geltend gemacht, er sei behindert. Die Kündigung sei unwirksam, weil sie ihn wegen seiner Behinderung diskriminiere. Er hat außerdem eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG von drei Monatsgehältern wegen seines immateriellen Schadens verlangt. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Auf die Revision des Klägers hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Die Kündigung benachteiligt den Kläger unmittelbar i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG, weil sie in untrennbarem Zusammenhang mit seiner Behinderung steht. Ob die Kündigung gleichwohl gerechtfertigt ist, steht noch nicht fest. Das Landesarbeitsgericht muss noch aufklären, ob die Beklagte durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des Klägers im Reinraum hätte ermöglichen können. Ist das nicht der Fall, ist die Kündigung wirksam. Ob dem Kläger eine Entschädigung zusteht, hängt davon ab, ob die Kündigung wirksam ist.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Diskriminierung wegen Schwangerschaft - Entschädigung

Wird unter Verstoß gegen das Mutterschutzgesetz einer schwangeren Arbeitnehmerin ei-

ne Kündigung erklärt, stellt dies eine Benachteiligung wegen des Geschlechts dar und kann einen Anspruch auf Entschädigung auslösen.

Die Klägerin sieht sich aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert. Im Kleinbetrieb ihrer Arbeitgeberin galt zwar nicht das Kündigungsschutzgesetz, für die schwangere Klägerin bestand jedoch der besondere Kündigungsschutz des § 9 MuSchG. Anfang Juli 2011 wurde aus medizinischen Gründen zudem ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG für die Klägerin ausgesprochen. Dem Ansinnen der Beklagten, dieses Beschäftigungsverbot nicht zu beachten, widersetzte sich die Klägerin. Am 14. Juli 2011 wurde festgestellt, dass ihre Leibesfrucht abgestorben war. Für den damit notwendig gewordenen Eingriff wurde die Klägerin auf den 15. Juli 2011 ins Krankenhaus einbestellt. Sie unterrichtete die Beklagte von dieser Entwicklung noch am 14. Juli 2011 und fügte hinzu, dass sie nach der Genesung einem Beschäftigungsverbot nicht mehr unterliegen werde. Die Beklagte sprach umgehend eine fristgemäße Kündigung aus und warf diese noch am 14. Juli in den Briefkasten der Klägerin. Dort entnahm sie die Klägerin nach ihrer Rückkehr aus dem Krankenhaus am 16. Juli 2011.

Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, das der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 3.000,00 Euro zugesprochen hatte, bestätigt. Die Klägerin wurde wegen ihrer Schwangerschaft von der Beklagten ungünstiger behandelt und daher wegen ihres Geschlechtes benachteiligt, § 3 Abs. 1 S. 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in Verbindung mit § 1 AGG. Dies ergibt sich schon aus dem Verstoß der Beklagten gegen das Mutterschutzgesetz. Da Mutter und totes Kind noch nicht getrennt waren, bestand noch die Schwangerschaft im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Auch der Versuch, die Klägerin zum Ignorieren des Beschäftigungsverbot zu bewegen und der Anspruch der Kündigung noch vor der künstlich einzuleitenden Fehlgeburt indizieren die ungünstigere Behandlung der Klägerin wegen ihrer Schwangerschaft. Der besondere, durch § 3 Abs. 1 AGG betonte Schutz der schwangeren Frau vor Benachteiligungen führt jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden auch zu

einem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG. Dies ist unabhängig von der Frage zu sehen, ob und inwieweit Kündigungen auch nach den Bestimmungen des AGG zum Schutz vor Diskriminierungen zu beurteilen sind.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12.12.2013 - 8 AZR 838/12 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

X. Sonstiges, Veröffentlichungen

1. Neuer Standort München

Wir eröffnen ab dem 16.06.2014 ein neues Büro in der Leopoldstraße 12 in 80802 München. Herr Rechtsanwalt Sebastian Bednarczyk wechselt vom Heidelberger Standort nach München und wird uns dort vertreten.

2. Das Bauzeitdilemma - Vortrag von Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk

Die Klinikimmobilie der nächsten Generation
4. Fachkongress am 1. und 2. Juli 2014 in THE SQUAIRE Frankfurt/Main

Neubau, Umbau oder Erweiterungen von Klinikimmobilien sind in der Regel Großbauvorhaben. Es ist kaum ein prominentes Großbauvorhaben bekannt, bei dem es nicht zu einer Verlängerung der ursprünglich angesetzten Bauzeit gekommen ist. Die Planung, Umsetzung und Einhaltung der Bauzeitabläufe stellt eine besondere Herausforderung für die an den Bauvorhaben Beteiligten dar. Die professionelle zeitliche Vorplanung ist dabei ebenso wichtig wie die richtige Reaktion bei Bauzeitstörungen (Verzug und Behinderung).

Welche Vertragsregelungen zur Bauzeit sind notwendig? Wann liegt Verzug vor? Wann liegt eine Behinderung vor? Wann besteht ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung? Wie wird die Bauzeitverlängerung ermittelt? Wann besteht ein Anspruch auf Vertragsstrafe bzw. Schadensersatz? Wie wirken sich Nachträge auf die Bauzeit aus? Unter welchen Voraussetzungen

werden Beschleunigungsmaßnahmen vergütet?

Alles Fragen, die sich für die Beteiligten stellen. Sie werden dabei u.a. von einer kritischen Öffentlichkeit beobachtet und sollten die richtigen Antworten und Erklärungen geben können.

Unser Heidelberger Kollege und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Heiko Falk beleuchtet diese Fragen rund um das dort vorgestellte Bauzeitdilemma bei seinem Vortrag auf dem Kongress im Themenblock „Juristische Themen“ am 2. Juli 2014 um 9 Uhr.

3. Abbruch vorzeitig abgebrochen: Wer nicht vollständig leistet, muss erneut zur Baustelle! IBR 2014, 263

Unser Hamburger Kollege und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Hartwig Schäfer hat in der Zeitschrift IBR 2014, S. 263, eine Besprechung zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 30.10.2013 - VII ZR 149/12) veröffentlicht.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hat die Klägerin die Beklagte mit dem Abbruch eines Gebäudes bis zur Unterkante der Bodenplatte beauftragt. Auftragsgegenstand waren außerdem die Nivellierung des Bodens und das Verfüllen des Kellers. Die uneingeschränkte Bebauung des Grundes sollte möglich sein. Nach Abnahme der Arbeiten wirft die Klägerin der Beklagten vor, die Fundamentplatte nicht vollständig abgebrochen zu haben. Außerdem beanstandet sie die fehlende Trennung und unzureichende Entsorgung der Abbruchmaterialien. Nach Auffassung der Klägerin hat die Beklagte ungeeignetes Abbruchmaterial in die Keller gefüllt. Die Beklagte beruft sich auf das Fehlen eines Leistungsverzeichnisses für die Entsorgung und auf die Abnahme ihrer Arbeiten durch die Bauaufsicht der Klägerin. Sie verweigert Nacharbeiten. Daraufhin nimmt die Klägerin die Beklagte auf Ausführung der restlichen Abbruch- und Entsorgungsarbeiten gerichtlich in Anspruch. Das Landgericht gibt der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens statt. Die Beklagte legt Berufung ein.

Ohne Erfolg! Wie Dr. Hartwig Schäfer berichtet, entscheidet der BGH wie folgt:

Erfüllt der AN seine vertraglich übernommenen Leistungen (hier: Abbrucharbeiten) nicht oder nicht vollständig, ist der AG nicht dazu verpflichtet, den Vertrag zu kündigen und die Leistungen von einem anderen AN ausführen zu lassen. Er kann auch darauf bestehen, dass der AN seine (Rest-)Leistung ausführt und ihn zur Vornahme der geschuldeten Arbeiten verurteilen lassen.

Die Beklagte muss den Vertrag (nach-)erfüllen und die restlichen Abbruch- und Entsorgungsarbeiten ausführen. Zwar geht bei der Abnahme die Beweislast für die fehlende oder unvollständige Vertragserfüllung auf den AG über. Die geänderte Beweislastverteilung kann aber dahinstehen, weil die vom Landgericht bestellte Sachverständige die Unvollständigkeit der Abbruch- und Entsorgungsarbeiten festgestellt hat. Damit hat die Klägerin den Beweis der unvollständigen Vertragserfüllung erbracht. Auf die Abnahme kommt es nicht an. Auch das Fehlen des Leistungsverzeichnisses für die Entsorgung entlastet die Beklagte nicht. Vor der Ausführung hat sie kein Leistungsverzeichnis verlangt. Die Parteien haben sich auf

die Ausführung der Arbeiten nach den anerkannten Regeln der Technik und den Vorgaben des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes verständigt. Damit stand der Leistungsumfang für die Entsorgung fest. Diesen Leistungsumfang hat die Beklagte nicht erfüllt.

Rechtsanwalt Dr. Schäfer weist in seiner Besprechung darauf hin, dass es sich bei der Klage um Schadensersatz als Naturalrestitution handelt. Die Beklagte muss die Abbruchmaterialien, die sie vertragswidrig in die Keller gefüllt hat, selbst wieder herausholen und die Keller neu verfüllen. Geht es um unvertretbare Handlungen, ist diese Form des Schadensersatzes unverzichtbar. Bei vertretbaren Handlungen ist der AG hingegen meistens gut beraten, von der Naturalrestitution durch den AN abzusehen und in die Ersatzvornahme zu gehen. Dann kann er die Aufwendungen für die Ersatzvornahme als Schadensersatz oder im Wege des Kostenvorschusses einklagen. Außerdem muss er den nach mehreren verlorenen Instanzen wenig motivierten AN nicht erneut auf die Baustelle lassen.

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

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