

## Mandanten-Rundbrief

- Juni 2016 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Richtiger Adressat einer Bedenkenmitteilung bei Planungsfehlern	2
2.	BGH entscheidet über Kündigungsrecht des Auftraggebers bei Stellung eines Eigeninsolvenzantrags	2
3.	Pauschalierter Schadensersatz ist verschuldensabhängig!	4
II.	Bauträgerrecht	4
1.	Wann verjährt der Anspruch des Bauträgers auf Vergütung?	4
2.	Konkrete Sonderwünsche im Bauträgervertrag vereinbart – Anwendung von Werkvertragsrecht wegen ergänzender Herstellungspflicht	6
III.	Immobilienrecht	7
1.	Keine rechtzeitige, bedingungslose Zustimmung zur Löschung einer Eintragung – Schadensersatzanspruch des Berechtigten	7
2.	Beschaffenheitsvereinbarungen müssen im notariellen Kaufvertrag beurkundet sein	7
IV.	Mietrecht	9
1.	Keine allzu hohen Anforderungen an die Begründung eines Mieterhöhungsverlangens bei Vorlage eines Gutachtens	9
2.	Schriftform bei Änderung der Miete	10
3.	Veto-Recht des Gewerberaummieters als Wettbewerbsbehinderung?	10
V.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	11
VI.	Leitsätze zum Vergaberecht	13
VII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

## **I. Privates Bau- und Architektenrecht**

### **1. Richtiger Adressat einer Bedenkenmitteilung bei Planungsfehlern**

**a) Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung hat der Auftragnehmer unverzüglich schriftlich mitzuteilen.**

**b) Adressat der Bedenkenmitteilung ist grundsätzlich der Auftraggeber. Der von diesem beauftragte Architekt kommt zwar auch als Empfänger in Betracht. Das gilt allerdings nicht, wenn sich die Bedenken gerade auf eine fehlerhafte Planung des Architekten beziehen.**

OLG Schleswig, Urteil vom 11.04.2014 – 1 U 10/13; BGH, Beschluss vom 08.10.2015 – VII ZR 106/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Ein Auftraggeber (AG) lässt durch einen Generalunternehmer (GU) eine Wohnanlage mit Eigentumswohnungen errichten. Die Ausführung der Dachdecker- und Klempnerarbeiten vergibt der GU an einen Nachunternehmer (NU). Gegenstand des NU-Vertrages sind u. a. das vom Architekten des GU erstellte Leistungsverzeichnis sowie die VOB/B (1998). Der NU führt die Dachdecker- und Klempnerarbeiten aus. Der GU tritt seine Ansprüche gegen den NU an den AG ab. In der Folgezeit treten Feuchtigkeitsschäden auf. In einem daraufhin eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren stellt der Sachverständige Verstöße u. a. gegen die Flachdachrichtlinie und die DIN 18195-5 fest. Der AG nimmt den NU auf Schadensersatz in Anspruch. Der NU wendet ein, die Mängel seien ausschließlich auf Planungsfehler des Architekten des GU zurückzuführen. Eine Aufklärungs- oder Hinweispflicht hätte für ihn nicht bestanden. Gleichwohl habe er aber gegenüber dem Architekten des GU mündlich Bedenken geäußert. Das Landgericht Lübeck stellt die Verpflichtung des NU zur Zahlung von Schadensersatz dem Grunde nach fest. Hiergegen wendet sich der NU mit der Berufung beim Oberlandesgericht (OLG) Schleswig.

Das OLG Schleswig bestätigt das landgerichtliche Urteil und weist die Berufung zurück. Der NU ist dem AG aus abgetretenem Recht ge-

mäß § 13 Nr. 7 VOB/B (1998) zum Schadensersatz verpflichtet. Der Sachverständige im selbständigen Beweisverfahren hat zahlreiche Baumängel und Verstöße gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik festgestellt. Der NU ist nicht nach § 13 Nr. 3 VOB/B (1998) von seiner Gewährleistungsverpflichtung freige worden. Er hat es versäumt, seinem Auftraggeber Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung schriftlich mitzuteilen, § 4 Nr. 3 VOB/B (1998). Die Behauptung des NU, er habe Bedenken gegen die Planung mündlich gegenüber dem Architekten des GU geäußert, ist hierfür nicht ausreichend. Ob die Schriftform der Erklärung durch eine zuverlässige, inhaltlich klare und vollständige mündliche Erklärung des NU ersetzt werden konnte, kann offen bleiben. Die vom NU behauptete mündliche Erklärung erfolgte jedenfalls an den falschen Adressaten. Der Architekt kommt zwar grundsätzlich als Empfänger eines Bedenkenhinweises in Betracht. Das ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn sich der Hinweis – so wie hier – gerade auf eine fehlerhafte Planung des Architekten bezieht. In diesem Fall können Bedenken nur unmittelbar an den eigenen Auftraggeber oder einem sonstigen – im Einzelfall befugten – Vertreter mitgeteilt werden.

Die Entscheidung zeigt, wie wichtig die genaue und vollständige Beachtung der Vorgaben für eine Bedenkenmitteilung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B ist. Das gilt gleichermaßen für den BGB-Werkvertrag. Hat der Auftragnehmer die Fehlerhaftigkeit der Leistungsvorgabe (Planung) des Auftraggebers erkannt, den drohenden Mangel aber nicht durch entsprechende Hinweise verhindert, so ist er für den sich darauf ergebenden Schaden allein verantwortlich. Der Auftragnehmer wird ein (planerisches) Mitverschulden des Auftraggebers nicht mit Erfolg einwenden können (BGH NJW 1991, 276).

Rechtsanwalt Torsten Boekhoff

### **2. BGH entscheidet über Kündigungsrecht des Auftraggebers bei Stellung eines Eigeninsolvenzantrags**

**Das Kündigungsrecht des Auftraggebers gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) für den Fall der Stellung eines Eigeninsol-**

**venzantrags durch den Auftragnehmer ist nach neuester Rechtsprechung des BGH wirksam. Es ist mit der Insolvenzordnung vereinbar und verstößt nicht gegen AGB-Recht.**

BGH, Urteil vom 07.04.2016 - VII ZR 56/15

In dem vom Bundesgerichtshof (BGH) zu entscheidenden Fall klagte der Auftraggeber (AG) eines Bauvertrages gegen die Bürgin aus einer vom Auftragnehmer (AN) gestellten Vertragserfüllungsbürgschaft auf Erstattung von kündigungsbedingten Fertigstellungsmehrkosten. Nachdem der AG den AN im Jahre 2011 unter Einbeziehung der VOB/B (2009) mit der Errichtung eines Geschäftshauses beauftragte, beantragte der AN im April 2012 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Daraufhin kündigte der AG den Vertrag mit dem AN unter Bezugnahme auf die vertraglichen Vereinbarungen und auf § 8 VOB/B (2009) aus wichtigem Grunde. Da der AN in Folge dessen die Arbeiten einstellte, beauftragte der AG Drittunternehmer mit der Fertigstellung des Gebäudes. Im Juni 2012 wurde schließlich das Insolvenzverfahren über das Vermögen des AN eröffnet.

Das Landgericht Wiesbaden gab der Klage des AG gegen die Bürgin des AN wegen Erstattung der Fertigstellungsmehrkosten dem Grunde nach statt. Auf die Berufung der Bürgin hat das Berufungsgericht (Oberlandesgericht Frankfurt) die Klage abgewiesen. Hiergegen wandte sich der AG mit der Revision zum BGH - mit Erfolg!

Der BGH gab dem AG Recht und entschied entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, dass das dem AG in § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) eingeräumte Kündigungsrecht für den Fall der Stellung eines Eigeninsolvenzantrages durch den AN in Verbindung mit der an dieses Kündigungsrecht anknüpfenden Schadensersatzpflicht des AN (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009)) nicht wegen Verstoßes gegen die Bestimmungen der Insolvenzordnung (§ 134 BGB, §§ 103, 119 InsO) unwirksam sei. Die vom AG gestellten Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B 2009 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B 2009 seien als Allgemeine Geschäftsbedingungen auch nicht gemäß § 307 Abs. 1, 2 BGB unwirksam. Eine

unangemessene Benachteiligung des AN läge insoweit nicht vor.

Zur Begründung seiner Entscheidung führt der BGH u. a. an, dass das Werkvertragsrecht mit § 649 BGB bereits ein jederzeitiges Kündigungsrecht des AG vorsehe und das vertragliche Lösungsrecht des AG gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) mit der Rechtsfolge der Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) der besonderen Interessenlage der am Bau Beteiligten entspreche. Es sei dem AG im Fall des Eigeninsolvenzantrags des AN regelmäßig nicht zuzumuten, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die sich anschließende Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Fortführung des Bauvertrags abzuwarten. Des Weiteren stellt der BGH darauf ab, dass der AN durch sein Eigeninsolvenzantrag in der Regel das für die Fortführung des Bauvertragsverhältnisses erforderliche Vertrauensverhältnis zerstöre, weshalb der AG berechtigt sei, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen, gegebenenfalls mit der Folge der Schadensersatzpflicht des AN nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009). Das Leitbild des § 649 BGB werde dadurch nicht tangiert.

Mit diesem Urteil schafft der BGH ein gutes Stück Rechtssicherheit und beendet eine lang geführte Debatte, mit welchen Folgen ein Bauvertrag gekündigt werden kann, wenn die Baufirma Insolvenz anmeldet. Der Wortlaut des § 8 Abs. 2 VOB/B (2009) entspricht im Übrigen dem der aktuellen Fassung des § 8 Abs. 2 VOB/B (2016). Es ist allerdings zu beachten, dass die Wirksamkeit der anderen Fälle des auftraggeberseitigen Kündigungsrechts nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B - und dabei insbesondere die Kündigung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens - noch nicht abschließend vom BGH beurteilt wurden. Des Weiteren ist der Entscheidung eine generelle Anerkennung der Zulässigkeit von Kündigungsrechten im Fall der Insolvenz bzw. Eigeninsolvenzantragsstellung des Vertragspartners für andere Vertragstypen aufgrund der sich in der Urteilsbegründung ausdrücklich auf Bauverträge beziehenden Interessenabwägung nicht ohne weiteres zu entnehmen.

Rechtsanwalt Thilo Braun

### **3. Pauschalierter Schadensersatz ist verschuldensabhängig!**

**Aus dem gewählten Wortlaut „pauschalierter Schadensersatz“ folgt nach allgemeinem Sprachverständnis, dass die Parteien eines Bauvertrags eine (verschuldensabhängig zu zahlende) Schadenspauschale vereinbart haben. Das gilt jedenfalls dann, wenn den Vertragspartnern der Unterschied zwischen „Vertragsstrafe“ und „pauschalierter Schadensersatz“ bekannt war und diese Differenzierung auch der Systematik des Gesamtvertragswerks entnommen werden kann.**

KG, Urteil vom 04.12.2014 - 27 U 4/10; BGH, Beschluss vom 24.02.2016 – VII ZR 4/15 (NZB zurückgewiesen)

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Erwerberin schließt mit der Bauträgerin im Jahr 1998 einen Bauträgervertrag. Die Bauträgerin verpflichtet sich zur schlüsselfertigen Errichtung von drei Wohnhäusern sowie einer Tiefgarage. Die Parteien verständigen sich auf einen Fertigstellungstermin. Für den Fall der verzögerten Herstellung wird zugunsten der Erwerberin ein pauschalierter Schadensersatz für den Mietausfall vereinbart. Bei der Fertigstellung kommt es zu Verzögerungen. Die Erwerberin beruft sich auf die Vereinbarung eines verschuldensunabhängigen pauschalierten Schadensersatzes und im Weiteren auf das Verschulden der Bauträgerin für die Verzögerungen.

Ohne Erfolg! Die Erwerberin kann von der Bauträgerin keine Zahlung von Schadensersatz verlangen. Nach Auslegung des Vertrages haben die Parteien eine verschuldensabhängige Schadenspauschale vereinbart. Die Erwerberin hat nur dann einen Schadensersatzanspruch, wenn die Bauträgerin die Verzögerung verschuldet hat. Hätten die Parteien statt einer Schadenspauschale eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe (sog. Garantiehafung) vereinbart, müsste die Bauträgerin auch ohne Verschulden haften.

Ob eine verschuldensabhängige Schadenspauschale oder eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe (Garantiehafung) vereinbart ist, muss durch Auslegung des Vertrages er-

mittelt werden. Der wirkliche Wille der Parteien ist zu erforschen, §§ 133, 157 BGB. Dabei ist im ersten Schritt vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Aus dem Wortlaut „pauschalierter Schadensersatz“ folgt nach dem allgemeinen Sprachverständnis die Vereinbarung einer verschuldensabhängig zu zahlenden Schadenspauschale. Im zweiten Schritt sind die Begleitumstände in die Auslegung einzubeziehen. Im Vertrag wird an verschiedenen Stellen sowohl der Begriff der „Vertragsstrafe“ als auch der Begriff des „pauschalierten Schadensersatzes“ verwendet. Die unterschiedlichen Begriffe sind den Parteien daher bekannt. Bewusst haben sie sich bei der Sanktion für die verzögerte Fertigstellung für die „Schadenspauschale“ entschieden.

In der Folge war der Bauträgerin der Beweis eröffnet, die Verzögerungen nicht vertreten zu haben. Diesen Beweis hat sie geführt.

Praxishinweis: Der pauschalierte Schadensersatz setzt die Existenz eines Schadens voraus. Die Pauschale hilft über den aufwändigen Nachweis der Schadenshöhe hinweg. Eine Vertragsstrafe setzt hingegen keinen Schaden voraus und eignet sich besonders als Druckmittel.

Das Urteil darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die verschuldensunabhängige Vertragsstrafe wegen verzögerter Fertigstellung die absolute Ausnahme und in AGB des Auftraggebers unwirksam ist. Verzug setzt Verschulden voraus. Ist eine verschuldensunabhängige Haftung für die rechtzeitige Fertigstellung gewollt, muss dies individualvertraglich geregelt werden.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **II. Bauträgerrecht**

### **1. Wann verjährt der Anspruch des Bauträgers auf Vergütung?**

**a) Da der Bauträgervertrag einen typgemischten Vertrag darstellt, ist auch in Bezug auf die Vergütung des Bauträgers eine**

**Teilung in einen kaufrechtlichen und einen werkvertraglichen Teil vorzunehmen.**

**b) Der werkvertragliche Teil der Vergütung verjährt in der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB.**

OLG München, Beschluss vom 16.02.2015 - 9 U 3997/14 Bau

Ein Bauträger klagt einen ausstehenden Teil der Vergütung ein. Das Landgericht weist die Klage mit der Begründung ab, dass sich der eingeklagte Teil der Vergütung auf die Werkleistung beziehe und hierfür die dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB anzuwenden sei. Diese sei vor Klagerhebung abgelaufen und damit der Restwerklohnanspruch des Bauträgers verjährt.

Das Oberlandesgericht (OLG) München erteilte in seinem Beschluss den Hinweis, dass es beabsichtigt, die Berufung des Bauträgers zurückzuweisen. Das Gericht berief sich dabei auf die herrschende Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass der Bauträgervertrag ein sogenannter typengemischter Vertrag mit kaufrechtlichen (Grundstück) und werkvertraglichen (Bauerrichtung) Elementen ist, weshalb auf ihn sowohl kaufrechtliche als auch werkvertragliche Vorschriften angewendet werden können. Das Gericht zieht daraus den Schluss, dass nicht nur hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche der Erwerber eine Teilung in einen kaufrechtlichen und einen werkvertraglichen Teil des Vertrags vorgenommen werden muss, sondern auch in Bezug auf die Verjährung des Werklohnanspruchs des Bauträgers.

Diese Rechtsauffassung ist problematisch und wurde im Beschluss des Gerichts nur unzureichend und wenig überzeugend begründet. Eine verjährungsrechtliche Aufteilung des einheitlichen Vergütungsanspruchs erscheint allein schon aufgrund der Abgrenzungsprobleme nicht sinnvoll.

Im Kern geht es nicht um die Aufteilung des Bauträgervertrags in einen werkvertraglichen und einen kaufvertraglichen Teil, sondern um die sehr umstrittene Frage, ob auf den insgesamt einheitlich zu beurteilenden Vertrag hinsichtlich der dann auch einheitlich zu beurtei-

lenden Vergütung die allgemeine Verjährungsvorschrift des § 195 BGB (3 Jahre) oder die spezielle Verjährungsvorschrift des § 196 BGB (10 Jahre) anzuwenden ist. Für die spezielle Regelung spricht, dass sie nicht nur für Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, sondern auch für die Verschaffung von Wohnungseigentum und für Miteigentumsanteile gilt, also gerade für die typischen Bauträgerleistungen. Dementsprechend müsste § 196 BGB auch für den Gegenanspruch des Bauträgers auf Vergütung gelten. Diese Auffassung entspricht früherer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), die auch bei einer Aufgliederung des Kaufpreises für das Grundstück und der Vergütung für Baukosten von einer einheitlichen Verjährung der Bauträgervergütung ausgegangen ist (BGH, Urteil vom 12.10.1978 VII ZR 288/77, NJW 1979, 156).

Eine diesbezügliche aktuelle Entscheidung des BGH gibt es nicht. Die wohl herrschende Meinung in der juristischen Literatur ging jedenfalls bis zum Urteil des OLG München von einem einheitlichen Vergütungsanspruch für das Grundstück und das Bauwerk aus, der auch einheitlich nach § 196 BGB in 10 Jahren verjährt (vor allem Notar Basty in seinem Buch „Der Bauträgervertrag“).

Der Beschluss des OLG München ist bislang eine Ausnahmeentscheidung, die wohl nicht verallgemeinerungsfähig ist. Bis zu einer klärenden Entscheidung des BGH besteht insoweit Rechtsunsicherheit. Die sichere Lösung für den Bauträger liegt dann darin, vertraglich mit dem Erwerber eine 10-jährige Verjährung der Bauträgervergütung zu vereinbaren, was auch als AGB wirksam sein dürfte. Eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers ergibt sich dadurch nicht, weil der korrespondierende Anspruch des Erwerbers auf Übertragung ebenfalls erst nach 10 Jahren verjährt.

Rechtsanwalt Clemens Narloch  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

**2. Konkrete Sonderwünsche im Bauträgervertrag vereinbart – Anwendung von Werkvertragsrecht wegen ergänzender Herstellungspflicht**

**a) Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrages verwendete Klausel, die die nach Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und Abnahme des Gemeinschaftseigentums vertragschließenden Erwerber („Nachzügler“) an eine durch frühere Erwerber bereits erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums bindet, ist wegen mittelbarer Verkürzung der Verjährung gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam.**

**b) Dem Bauträger ist es als Verwender dieser von ihm gestellten, unwirksamen Formulklausel nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Vertrag sich noch im Erfüllungsstadium befindet und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB (Kostenvorschuss) nicht bestehe.**

BGH, Urteil vom 25.02.2016 - VII ZR 49/15

Klägerin ist eine WEG. Die Beklagte ist Bauträger, der das streitgegenständliche Objekt der Klägerin im Jahr 2006 errichtet hat. Mit Kaufvertrag vom 06.11.2006 erwarben die Eheleute G. von der Beklagten eine Eigentumswohnung. Die Erwerber hatten beim Sondereigentum bauliche Sonderwünsche, die im Vertrag erfasst wurden. Der Kaufvertrag enthält zudem folgende Abnahmeregung: „(...)Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums ist bereits erfolgt. Der Verkauf gilt nach Maßgabe dieser Abnahme als vereinbart.“

Die Klägerin rügte in der Folgezeit erfolglos verschiedene Mängel am Gemeinschaftseigentum. Sie machte daraufhin aus abgetretenem Recht einen Kostenvorschussanspruch klageweise geltend. Die Beklagte erhob die Einrede der Verjährung.

Der Bundesgerichtshof (BGH) gab der Klage in letzter Instanz statt, da die Mängelansprüche nicht verjährt seien. Denn die oben stehende

Abnahmeregung sei unwirksam. Zur Begründung führte der BGH zunächst an, dass im vorliegenden Fall Werkvertragsrecht anwendbar sei, da sich aus dem vertraglich vereinbarten Sonderwunsch eine sogenannte „ergänzende Herstellungsverpflichtung“ ergebe. Es komme daher auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums nicht an.

Bei Werkverträgen seien des Weiteren Regelungen, die die gesetzlichen Verjährungsfristen verkürzen, grundsätzlich unwirksam. Insofern habe zum Zeitpunkt der Mängelrügen keine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums vorgelegen, so dass die Gewährleistungsansprüche nicht verjährt seien. Dem Vorschussanspruch stehe letztlich auch nicht entgegen, dass keine wirksame Abnahme vorläge und die Mängelrechte grundsätzlich erst ab Abnahme gelten würden. Denn es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich der Steller von Allgemeinen Geschäftsbedingungen selber auf deren Unwirksamkeit und die damit einhergehenden Folgen berufen könnte.

Der BGH bestätigt in dem Urteil größtenteils seine bisherige Rechtsprechung zur Verkürzung von Gewährleistungsfristen im Werkvertragsrecht sowie zu den Folgen der Unwirksamkeit einer Abnahmeklausel. Erstaunlich ist hingegen die Entscheidung, dass ein im Vertrag aufgenommener Sonderwunsch am Sondereigentum dem gesamten Vertrag ein werkvertragliches Gepräge verleiht und deshalb Werkvertragsrecht Anwendung finde. Sollte der BGH diese Rechtsprechung zukünftig konsequent verfolgen, käme es bei vertraglich festgeschriebenen Sonderwünschen bei der rechtlichen Einordnung in Kauf- oder Werkvertragsrecht nicht mehr auf das Zeitmoment an. Diese Rechtsprechung sollte insbesondere bei Haftungsbeschränkungen berücksichtigt werden. Zur rechtlichen Absicherung sollte man daher im Einzelfall genau prüfen, ob Sonderwünsche direkt in den Kaufvertrag aufgenommen werden sollten. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung erscheinen abstrakte Regelungen im Kaufvertrag und hiervon losgelöste Vereinbarungen über Sonderwünsche mit dem Erwerber vorzugswürdig.

Rechtsanwalt Markus Vivekens

### **III. Immobilienrecht**

#### **1. Keine rechtzeitige, bedingungslose Zustimmung zur Löschung einer Eintragung – Schadensersatzanspruch des Berechtigten**

**Ist der vormerkungswidrig Eingetragene mit der Erfüllung des Zustimmungsanspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB in Verzug, haftet er gemäß §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB und gemäß § 288 BGB auf Ersatz des Verzögerungsschadens.**

BGH, Urteil vom 04.12.2015 – V ZR 202/14

Die Kläger schlossen am 22.04.2009 mit den Schuldnern der Beklagten einen notariellen Grundstückskaufvertrag. Auf dieser Grundlage wurde für die Kläger am 26.05.2009 eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Am 30.11.2012 wurden die Kläger als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Sie verkauften das Anwesen mit Vertrag vom 22.11.2012 lastenfrem weiter. Allerdings konnte das Grundstück den Käufern nicht lastenfrem übereignet werden, weil die Beklagten nach Eintragung der Vormerkung die Eintragung mehrerer Zwangssicherungshypotheken erwirkten und sich dann weigerten, deren Löschung ohne Vorbedingungen zuzustimmen. Die Kläger vereinbarten daraufhin in einem Änderungsvertrag vom 06.05.2013 mit ihren Käufern, deren Kosten für die Bereitstellung des für den Erwerb aufgenommenen Kredits zu tragen. Die Kläger verlangten von den Beklagten u.a. den Ersatz der Kosten für die Übernahme der Bereitstellungszinsen und ihrer eigenen Kreditzinsen nebst Zinsen.

Der Klage wurde in den ersten beiden Instanzen stattgegeben. Grundlage dieser Entscheidungen war die Auffassung der Gerichte, dass die schuldrechtlichen Vorschriften über den Verzögerungsschaden auf den Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Löschungszustimmung (§ 888 BGB) Anwendung fänden. Der Bundesgerichtshof (BGH) hingegen hatte zuvor in ständiger Rechtsprechung seit dem Jahr 1968 die Ansicht vertreten, dass der Anspruch aus § 888 BGB lediglich ein unselbständiger Hilfsanspruch sei, auf den die

schuldrechtlichen Vorschriften zum Verzögerungsschaden keine Anwendung fänden.

Im vorliegenden Fall wies der BGH daher ausdrücklich darauf hin, dass er seine bisherige Rechtsauffassung – zumindest teilweise – aufgebe und dem Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens stattgebe. In der Begründung heißt es hierzu, dass der Zustimmungsanspruch seiner Funktion und seinem Zweck nach ein Leistungsanspruch sei, der sich als solcher nicht von anderen dinglichen Leistungsansprüchen unterscheide. Vor diesem Hintergrund begründe die nicht rechtzeitige – bedingungslose – Zustimmung der vormerkungswidrig eingetragenen Beklagten einen schuldrechtlichen Anspruch der Kläger auf Ersatz des entstandenen Verzögerungsschadens. Denn spätestens mit dem Weiterverkauf des Grundstücks sei der Auflassungsanspruch der Kläger fällig gewesen und die Beklagten zur Zustimmung zur Löschung verpflichtet gewesen.

In der Praxis hat der Anspruchsberechtigte nun ein starkes Mittel zur Verfügung, um einen vormerkungswidrig Eingetragenen zur Löschungsbewilligung zu bewegen. Bislang konnte der Eingetragene die Erfüllung dieses Zustimmungsanspruchs gegenüber dem Vormerkungsberechtigten grundlos, mithin sogar mutwillig verweigern, ohne die monetären Belastungen, die bei größeren Immobilientransaktionen durch Verzögerungen entstehen, befürchten zu müssen. Hierdurch wurde das Instrument der Vormerkung bislang erheblich in seinem Zweck entwertet, da es zwar grundsätzlich eine Rechtsposition sicherte, aber der monetäre Verzögerungsschaden beim Anspruchsinhaber hängen blieb. Die dargestellte Entscheidung des BGH entlastet den Anspruchsinhaber daher in vollem Umfang, indem er den monetären Schaden nunmehr auf den Zustimmungspflichtigen abwälzen kann.

Rechtsanwalt Markus Vivekens

#### **2. Beschaffenheitsvereinbarungen müssen im notariellen Kaufvertrag beurkundet sein**

**Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Ver-**

**tragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.**

BGH, Urteil vom 06.11.2015 – V ZR 78/14

Mit notariellem Vertrag vom 18.12.2009 verkauften die Beklagten an den Kläger und dessen Ehefrau ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück zum Preis von 550.000,00 €. In dem Kaufvertrag wurden die Rechte der Käufer wegen Sachmängel des Grundstücks und des Gebäudes ausgeschlossen. Das Grundstück hatten die Beklagten zuvor in einem Exposé auf ihrer Internetseite angeboten und darin eine Wohnfläche von ca. 200 m<sup>2</sup> und einer Nutzfläche von ca. 15 m<sup>2</sup> angegeben. Außerdem haben die Beklagten den Käufern auf Nachfrage Grundrisszeichnungen der drei Geschosse mit Angaben der Flächenmaße ausgehändigt, aus deren Addition sich für die Räume und die Dachterrasse eine Fläche von insgesamt 215,3 m<sup>2</sup> ergibt. In der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrages fanden die Flächenmaße jedoch keine Berücksichtigung.

Später stellte sich heraus, dass die tatsächliche Gesamtwohnfläche nach der Wohnflächenverordnung lediglich 171,74 m<sup>2</sup> beträgt. Daraufhin forderte der Kläger Kaufpreisminderung und Ersatz weiterer Schäden. Die Instanzgerichte entschieden unterschiedlich, so dass letztlich die Sache vom Bundesgerichtshof (BGH) entschieden worden ist. Der BGH wies die Forderungen des Klägers zurück.

Zu entscheiden war über die Frage, ob die Angaben in einem Exposé oder in sonstigen vorvertraglichen Unterlagen zu einer (konkludenten) Beschaffenheitsvereinbarung führen. Bisher war die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung in dieser Frage nicht einheitlich.

Das Oberlandesgericht Koblenz bejaht die Vereinbarung einer Beschaffenheit, auch wenn eine notarielle Beurkundung dieser Vereinbarung fehlt. Mit Auflassung und Eintragung nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB würde eine (form)unwirksame Beschaffenheitsvereinbarung jedenfalls nachträglich wirksam werden. Anderer Ansicht sind die Oberlandesgerichte

Brandenburg, Bremen, Hamm und Saarbrücken. Diese verneinen das Zustandekommen einer Beschaffenheitsvereinbarung aus vorvertraglichen Angaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache, die im notariellen Vertrag keinen Niederschlag gefunden haben. Gestützt wird dies u. a. darauf, dass es sich bei solchen Angaben um bloße Objektbeschreibungen handele, von einem Rechtsbindungswillen des Verkäufers in diesen Fällen nicht ausgegangen werden könne und die Parteien im Zweifel nur die vor dem Notar abgegebenen Erklärungen zum Gegenstand ihrer vertraglichen Einigung machen wollten.

Der BGH entschied die Rechtsfrage jetzt dahingehend, dass eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB führt. Informationen über Eigenschaften der Kaufsache sind auch nach neuem Kaufrecht von den beurkundungsbedürftigen Vereinbarungen der Parteien zu unterscheiden. Sofern Regelungen nicht mit beurkundet werden, ist von einem fehlenden Rechtsbindungswillen der Parteien auszugehen. Der Käufer kann nicht davon ausgehen, dass der Verkäufer mit ihm eine bestimmte Beschaffenheit des Grundstücks oder des Gebäudes vereinbaren will, wenn die geschuldete Beschaffenheit im Kaufvertrag nicht erwähnt wird.

Auch eine Heilung der Formnichtigkeit nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB mit Auflassung und Eintragung kam im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Voraussetzung dafür wäre, dass die Parteien die nicht beurkundeten Vereinbarungen in den Vertrag mit aufnehmen wollten. Die Folge davon wäre, dass der ganze Vertrag erst mit Auflassung und Eintragung wirksam werden würde. Die Parteien wollten jedoch im Zweifel keinen Vertrag schließen, der formnichtig ist.

Im Ergebnis haben die Übergabe der Grundrisszeichnung sowie die Angaben im Exposé nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung geführt; sie dienten allein der Information der Käufer.



Praxishinweis: Beschaffenheitsvereinbarungen sind bei beurkundungspflichtigen Geschäften zu beurkunden. Die Entscheidung zeigt deutlich, dass der Erwerber eines Grundstücks dafür Sorge tragen muss, dass alle für ihn bedeutsamen Umstände, die eine Verpflichtung des Veräußerers zufolge haben sollen, in der notariellen Urkunde auch tatsächlich erwähnt werden. Auf diesen Umstand werden auch Notare hinweisen müssen. Sollte der Verkäufer jedoch vorvertraglich bewusst unrichtige Angaben machen, kommen Schadensersatzansprüche in Betracht.

Rechtsanwältin Andrea Hanke

#### **IV. Mietrecht**

##### **1. Keine allzu hohen Anforderungen an die Begründung eines Mieterhöhungsverlangens bei Vorlage eines Gutachtens**

**Im Falle der Beifügung eines Sachverständigengutachtens ist der Pflicht des Vermieters zur Begründung seines Mieterhöhungsverlangens grundsätzlich Genüge getan, wenn das Gutachten Angaben über Tatsachen enthält, aus denen die geforderte Mieterhöhung hergeleitet wird, und zwar in einem Umfang, der es dem Mieter gestattet, der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachzugehen und diese zumindest ansatzweise selbst überprüfen zu können. Der Sachverständige muss somit eine Aussage über die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete treffen und die zu beurteilende Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnen. Etwaige kleinere Mängel des Gutachtens führen nicht zur Unwirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens aus formellen Gründen.**

BGH, Urteil vom 03.02.2016 – VIII ZR 69/15

In dem vom Bundesgerichtshof (BGH) entschiedenen Fall nimmt der Vermieter den Mieter auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung um monatlich 62,24 € für die von diesem bewohnte Wohnung in Anspruch. Die Drei-Zimmer-Wohnung des Mieters mit 75,98 m<sup>2</sup> Wohnfläche gehört zu einer aus vier mehrgeschossi-

gen Mehrfamilienhäusern bestehenden Wohnanlage, die Mitte der 1970er Jahre errichtet wurde. Das Mieterhöhungsbegehren nimmt zur Begründung Bezug auf ein beigefügtes Gutachten einer öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, das Angaben zur ortsüblichen Vergleichsmiete für die dortigen Zwei-, Drei- und Vier-Zimmer-Wohnungen enthält.

Der BGH hat entschieden, dass der von dem Vermieter geltend gemachte Anspruch auf Zustimmung zur Mieterhöhung nicht verneint werden kann. Das unter Bezugnahme auf das Gutachten der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen erfolgte Mieterhöhungsverlangen entspricht den Anforderungen des § 558a Abs. 1, 2 Nr. 3 BGB.

Mit der nach § 558a BGB erforderlichen Begründung des Mieterhöhungsverlangens sollen dem Mieter im Interesse einer außergerichtlichen Einigung die Tatsachen mitgeteilt werden, die er zur Prüfung einer vom Vermieter nach § 558 BGB begehrten Mieterhöhung benötigt. Danach muss ein Gutachten Angaben über die Tatsachen enthalten, aus denen die geforderte Mieterhöhung hergeleitet wird; der Mieter muss diese anhand des Gutachtens zumindest ansatzweise nachprüfen können. Einer Darstellung über die Entwicklung der Mieten in den letzten vier Jahren bedarf es dazu nicht. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass auch bei den weiteren Begründungsmitteln, die § 558a BGB gleichberechtigt nebeneinander stellt, derartige Anforderungen nicht bestehen. Auch die ausschließliche Berücksichtigung von Neuvertragsmieten steht der Wirksamkeit des Gutachtens nicht entgegen. Selbst wenn es sich bei der Nichtberücksichtigung von Bestandsmieten um einen Mangel des Gutachtens handeln sollte, stellt sich dies als nicht so gravierend dar, dass es einer Verwendung des Gutachtens als Begründungsmittel entgegensteht.

Der BGH bestätigt mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung, nach der an ein Sachverständigengutachten zur Begründung einer Mieterhöhung nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen sind. Es genügt, wenn ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger in einem mit Gründen versehenen Gutachten Angaben zur ortsüblichen Ver-

gleichsmiete macht und die streitige Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnet.

Rechtsanwältin Anna-Katrin Büntzly

## 2. Schriftform bei Änderung der Miete

**Das Schriftformerfordernis für langfristige Mietverträge erfasst die Miete als wesentlichen Vertragsbestandteil auch dann, wenn sich diese nur geringfügig ändert.**

BGH, Urteil vom 25.11.2015 – XII ZR 114/14

Die Parteien haben im Jahr 2011 einen Mietvertrag über Praxisräume abgeschlossen. Dem folgte später der Abschluss eines neuen Mietvertrages über erweiterte Flächen, weil die Praxis sich ausdehnen können sollte. Die Laufzeit wurde bis zum Jahr 2020 vereinbart. Kurz nach Abschluss dieses Vertrages wurde mündlich vereinbart, die Miete noch um 20,00 € zu erhöhen. Dies wurde lediglich mietenseits auf dem eigenen Mietvertragsexemplar vermerkt.

Nachdem in der Folgezeit die Räume für die erweiterte Praxis wiederum nicht ausgereicht haben, kündigten die Mieter das Mietverhältnis zum 31.07.2013. Hierauf haben sie mit der Klage die Feststellung der Beendigung des Mietverhältnisses begehrt.

In seiner Urteilsbegründung stellt der Bundesgerichtshof (BGH) fest, dass das Mietverhältnis nicht bis zum Jahr 2020 läuft, weil hinsichtlich der mietvertraglichen Vereinbarungen nicht die nach § 550 BGB geforderte Schriftform gewahrt ist. Für wesentliche Vertragsbedingungen, zu denen auch die Miethöhe zählt, ist die geforderte Schriftform nur gewahrt, wenn die Vereinbarungen zur Miethöhe sich aus der Urkunde selbst ergeben. Dieses Erfordernis gilt danach nicht nur bei der Begründung, sondern auch bei Veränderungen des Vertrages. Dauerhafte Änderungen der Miete sind deshalb stets schriftlich zu vereinbaren, was auch in Fällen gilt, in denen die Veränderung nur geringfügig ausfällt. Zur Begründung wurde weiter darauf hingewiesen, dass § 550 BGB in erster Linie den Grundstückserwerber schützen soll. Für diesen ist die Höhe der Miete, gleich in welchem Ausmaß, von grundlegender

Bedeutung. Zudem spricht nach dem Urteil des BGH auch das Gebot der Rechtssicherheit dafür, die Schriftformerfordernisse auch bei geringfügigen Veränderungen der Miete anzuwenden.

Praxishinweis: Den Parteien langfristig mit fester Laufzeit abgeschlossener Mietverträge muss gegenwärtig sein, dass Verstöße auch nur der geringsten Art gegen das Schriftformgebot die Folgen des § 550 BGB auslösen, wonach auch ein langfristig abgeschlossener Mietvertrag, bei dem die Schriftform nicht vollständig gewahrt ist, vorzeitig unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden kann. Von „Gefälligkeitsvereinbarungen“ und mündlichen Abreden kann daher auch für Kleinigkeiten nur gewarnt werden. Insbesondere bei Gewerberaummieta, die teils hohe Investitionen auf beiden Seiten des Mietverhältnisses kennt, kann sich eine Nichtbeachtung der Form als finanzielles Fiasko erweisen.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

## 3. Veto-Recht des Gewerberaummieters als Wettbewerbsbehinderung?

**Behält sich ein „Ankermieter“ im Mietvertrag für den Fall der Vermietung anderer Flächen in einem Einkaufszentrum ein Veto-Recht vor, so muss dessen Wirksamkeit nicht an wettbewerbsrechtlichen Vorschriften scheitern.**

EuGH, Urteil vom 26.11.15 – C 345/14

In einem Gewerberaummietvertrag über Flächen in einem Einkaufszentrum behält sich die Mieterin größerer Flächen, deren Unternehmen eine gewisse Magnetfunktion für das Publikum hat (Ankermieter), bei der Vermietung weiterer Flächen eine Genehmigung vor. Die Letztinstanzlichen Behörden haben dies für einen den Wettbewerb einschränkenden Verstoß erachtet und verhängen hierauf eine Geldstrafe. Nachdem das Verfahren bis zum Europäischen Gerichtshof (EuGH) geführt wurde, kommt dieser jedoch zu einem anderweitigen Ergebnis.

In der Urteilsbegründung führt der EuGH aus, dass die Vereinbarung keine Wettbewerbsbeschränkung erkennen lässt und auch ihre Auswirkungen nicht zwangsläufig hierzu führen. Entscheidend ist danach vielmehr, ob im Einzelfall unter bestimmten Voraussetzungen eine Wettbewerbsbeschränkung eintreten kann. Dies wird der Fall sein, wenn sich aus der Lage des Objekts, seinem Umfeld und den privat- sowie öffentlich-rechtlichen Vorgaben weitergehende, nach Ansicht des EuGH zu einer erheblichen Abschottung führende Faktoren ergeben. Solche konnten im konkreten Fall jedoch nicht festgestellt werden.

Praxishinweis: Die Entscheidung hat wesentliche Auswirkungen auf den Vermietungsmarkt für Einkaufszentren und Ladenpassagen. Je näher diese zu einem Stadtzentrum liegen, desto eher werden wettbewerbsbeeinträchtigende Abreden nach dem streitigen Muster zulässig sein; denn hier kann der Wettbewerber auch außerhalb dieses Mietobjekts, aber in dessen unmittelbarer Nähe Gewerbeflächen anmieten und damit seiner unternehmensbezogenen Tätigkeit nachgehen. Bei Einkaufszentren auf der „Grünen Wiese“ wird die Beurteilung anders ausfallen, weil es dort häufig an benachbarten Anmietungsmöglichkeiten fehlen wird. In solchen Fällen kommt es in Betracht, dass die Wettbewerbssituation durch einen Zustimmungsvorbehalt zur Vermietung erheblich beeinträchtigt wird.

Rechtsanwalt Dieter Herrmann

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

### **1. Zur Bedeutung eines Privatgutachtens im Rahmen der Beweiswürdigung und zum Umfang von erstattungsfähigen Selbstvornahmekosten**

- a) Regelmäßig muss sich das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung mit dem Inhalt des dem Gerichtsgutachten widersprechenden Privatgutachtens auseinandersetzen und erkennen lassen, dass es den abweichenden Vortrag des von der Partei hinzugezogenen Gutachters zur Kenntnis genommen hat und aus welchen

Gründen es den Streit zwischen beiden sachverständigen Meinungen im Sinne des einen entschieden hat.

- b) Erstattungsfähige Selbstvornahmekosten sind sämtliche Mangelbeseitigungskosten, die der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftig wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund fachlicher, sachkundiger Beratung aufwenden musste. Der Erstattungsanspruch des Auftraggebers ist erst dann gemindert, wenn die Grenzen der Erforderlichkeit eindeutig überschritten sind und der Bauherr bei der Auswahl des Drittunternehmers seine Schadensminderungspflicht verletzt hat. Hierbei trägt der Auftragnehmer das Prognoserisiko. Erstattungsfähig sind daher auch solche Kosten, die für einen erfolglosen oder sich später als unverhältnismäßig teuer herausstellenden Versuch aufgewendet wurden.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.04.2015 - 21 U 71/14

### **2. Die Abnahme als maßgeblicher Zeitpunkt für den Zustand des Werkes**

- a) Für die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist, kommt es nach einer durchgeführten Abnahme auf den Zustand des Werks zum Zeitpunkt der Abnahme an.
- b) Die Verletzung einer Prüfungs- und Hinweispflicht durch den Werkunternehmer ist kein Tatbestand, der eine Mängelhaftung begründen kann (Bestätigung von BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 Rn 22 = IBR 2008, 78).

BGH, Urteil vom 25.02.2016 - VII ZR 210/13

### **3. Zur (fristlosen) Kündigung von VOB-Verträgen aus wichtigem Grund**

- a) Auch wenn bei einem VOB/B-Vertrag die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 oder 3 VOB/B nicht vorliegen, ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines sonstigen wichtigen Grundes berechtigt, den Vertrag fristlos zu kündigen.

- b) Zur fristlosen Kündigung des Vertrags kann vor allem eine schuldhaft begangene Vertragsverletzung des Vertragspartners berechtigen, die den Vertragszweck so gefährdet, dass es dem vertragstreuen Vertragspartner nicht zumutbar ist, den Vertrag fortzusetzen. Unerheblich ist dabei, ob es sich um die Verletzung einer Haupt- oder Nebenpflicht handelt.
- c) Ein wichtiger Grund zur Kündigung fehlt, wenn der Auftraggeber in Kenntnis des Kündigungsgrundes dem Auftragnehmer eine Frist zur Fortführung der Arbeiten gesetzt hat, er also das Vertrauensverhältnis nicht schon als so zerstört angesehen hat, dass ihm eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten war.
- d) In Fällen einer schwerwiegenden Vertragsverletzung kann eine vorherige Fristsetzung und Kündigungsandrohung entbehrlich sein (Anschluss an BGH, IBR 1996, 401).
- e) Kündigt der Auftragnehmer die Arbeitseinstellung an, wenn der Auftraggeber eine geforderte (weitere) Abschlagszahlung nicht erbringt, obwohl diese ihm erkennbar nicht zusteht, kann dies zur fristlosen Kündigung berechtigen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.02.2016 - 10 U 143/15

#### **4. Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens bei Aufrechnung mit schiedsbefangener Forderung**

Die Aussetzung des Verfahrens vor den staatlichen Gerichten im Falle einer Aufrechnung mit einer Gegenforderung, betreffend die eine Schiedsvereinbarung getroffen wurde, ist zulässig.

OLG Celle, Beschluss vom 02.03.2016 - 13 U 140/15

#### **5. Zur Haftung des Architekten neben dem Bauunternehmer**

- a) Es steht dem Auftraggeber bis zur Grenze der Treuwidrigkeit frei, ob er wegen eines

Mangels am Bauwerk den Unternehmer oder den Architekten, der seine Aufsichtspflicht verletzt hat, in Anspruch nehmen will.

- b) Es ist nicht treuwidrig, den Architekten wegen Verletzung der Aufsichtspflicht in Anspruch zu nehmen, wenn die mit ihm ggf. in einem einer Gesamtschuld ähnlichen Verhältnis haftenden Unternehmer ihre Einstandspflicht für Mängel des Bauwerks bestreiten.
- c) Beseitigen Unternehmer Mängel ihres Werks nur gegen eine weitere Vergütung, weil sie ihre Einstandspflicht bestreiten, führt die Zahlung der weiteren Vergütung durch den Auftraggeber zu einem Mangel-folgeschaden, der vom Architekten, der den Mangel schuldhaft mit verursacht hat, zu ersetzen ist.
- d) Der Architekt kann im Weg der Vorteilsausgleichung für seine Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug die Abtretung eventueller Rückforderungsansprüche wegen der unberechtigten Vergütung von Nachbesserungsleistungen verlangen. Dass damit das Prozessrisiko der Rückforderung der Zahlungen an die Unternehmer auf ihn als Schädiger übergeht, ist nicht unangemessen.

OLG Stuttgart, Urteil vom 08.12.2015 - 10 U 132/13

#### **6. Verdeckter Mangel i.S.d. § 377 HGB auch wenn Ware nicht untersucht wurde**

Ein verdeckter Mangel im Sinne des § 377 Abs. 3 HGB liegt auch dann vor, wenn - obwohl geboten - keine Stichproben der gelieferten Waren genommen wurden, aber auch bei der Entnahme einer Stichprobe der Mangel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht entdeckt worden wäre.

OLG München, Urteil vom 24.09.2015 - 23 U 417/15

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

## **VI. Leitsätze zum Vergaberecht**

### **1. Ist unklar, wer Vertragspartner werden soll, gehen Zweifel zulasten des Bieters**

- a) Unterhält ein Bieter zwei unterschiedliche Firmen, muss er bei der Anfertigung und Verwendung eines Firmenstempels für Firmenklarheit im handelsrechtlichen Sinne sorgen. Dazu gehört, dass im Firmenstempel ein eindeutiger Hinweis auf die entsprechende Gesellschaftsform geführt wird.
- b) Zwischen dem Bieter, der das Angebot abgegeben hat und demjenigen, der den Zuschlag erhalten soll, muss eine unzweideutige Identität vorliegen, insbesondere, wenn zwei Firmen mit ähnlichen Namen auf dem Markt agieren.
- c) Zweifel darüber, wer das Angebot unterbreitet hat und wer Vertragspartner werden soll, stellen einen Ausschlussgrund gemäß §§ 13, 16 EG VOB/A dar.

VK Sachsen, Beschluss vom 18.09.2015 - 1/SVK/030-15

### **2. Unwirksamer Vertrag bei zu frühem Zuschlag**

Der Vertrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber den Zuschlag vor dem von ihm im Informationsschreiben bekannt gegebenen „frühesten Zeitpunkt des Vertragschlusses“ erteilt.

VK Bund, Beschluss vom 07.07.2015 - VK 2-49/15

### **3. Offenkundig unauskömmliches Angebot führt allein nicht zwingend zum Ausschluss**

- a) Zu einem Angebotsausschluss führt ein offenkundig unauskömmliches Angebot (Dumpingpreis) nur dann, wenn weitere Merkmale, wie eine Marktverdrängungsabsicht oder eine Gefährdung der Ver-

tragsabwicklung durch ungenügende Leistungsfähigkeit, hinzutreten.

- b) Die Kalkulationsfreiheit lässt es grundsätzlich zu, einzelne Einheitspreise um genau bezifferte Abschläge auf ein deutlich unter Kostendeckung liegendes Niveau zu senken.

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

### **4. Angebotsausschluss durch Nachfrage bei der Konkurrenz bezüglich kalkulationsrelevanter Angaben**

Erkundigt sich ein Bieter bei einem konkurrierenden Bieter nach kalkulationsrelevanten Angaben zu dessen Angebot, liegt eine erhebliche wettbewerbliche Verfehlung vor, die wie eine wettbewerbsbeschränkende Abrede zum Ausschluss seines Angebotes führt.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 06.10.2015 - 1 VK LSA 12/15

### **5. Auch unterhalb der Schwellenwerte sind transparente Zuschlagskriterien erforderlich**

Sofern nicht der Preis allein maßgeblich sein soll, müssen die weiteren Zuschlagskriterien einschließlich deren Gewichtung auch unterhalb der Schwellenwerte klar und transparent mitgeteilt werden.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 28.09.2015 - 3 VK LSA 64/15

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

## **VII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Keine Diskriminierung wegen einer Schwerbehinderung bei unterlassener Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses**

Die mit einem Grad von 50 schwerbehinderte Klägerin war seit dem 01.10.2012 beim be-

klagten Land als Leiterin der Organisationseinheit Qualitätsmanagement/Controlling des Landeskriminalamts (LKA) beschäftigt. Die Parteien hatten im Arbeitsvertrag eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart. In einem Personalgespräch am 11.02.2013 teilte der Präsident des LKA der Klägerin mit, dass er beabsichtige, das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Probezeit zu beenden. Mit Schreiben vom 08.03.2013 kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2013. Die Klägerin hat diese Kündigung nicht mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen. Im vorliegenden Verfahren macht sie einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend. Sie meint, das beklagte Land habe sie dadurch, dass es das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX nicht durchgeführt habe, wegen ihrer Schwerbehinderung diskriminiert. Das Präventionsverfahren sei eine besondere Schutzmaßnahme zur Vermeidung von Nachteilen für Schwerbehinderte sowie eine „angemessene Vorkehrung“ i.S.v. Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) und des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG. Werde eine solche Vorkehrung nicht getroffen, sei dies als Diskriminierung zu werten. Dadurch, dass das beklagte Land das Präventionsverfahren nicht durchgeführt habe, sei ihr die Möglichkeit genommen worden, etwaige behinderungsbedingte Fehlleistungen zu beheben.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX selbst ist keine „angemessene Vorkehrung“ i.S.v. Art. 2 UN-BRK und des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG. Zudem ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses (Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG) ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX durchzuführen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21.04.2016 - 8 AZR 402/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## **2. Zugang zum Internet und Telefonanschluss für den Betriebsrat**

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich weder dazu verpflichtet, dem Betriebsrat unabhängig von seinem Netzwerk einen Zugang zum Internet zur Verfügung zu stellen, noch muss er für den Betriebsrat einen von seiner Telefonanlage unabhängigen Telefonanschluss einrichten.

Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat in erforderlichem Umfang u. a. Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Der Betriebsrat kann einen Telefonanschluss und, sofern berechtigte Belange des Arbeitgebers nicht entgegenstehen, die Eröffnung eines Internetzugangs und die Einrichtung eigener E-Mail-Adressen verlangen, ohne deren Erforderlichkeit zur Wahrnehmung konkret anstehender betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben darlegen zu müssen. Diese Ansprüche kann der Arbeitgeber dadurch erfüllen, dass er dem Betriebsrat im Rahmen des im Betrieb bestehenden Informations- und Kommunikationssystems einen Telefonanschluss zur Verfügung stellt sowie einen Internetzugang und E-Mail-Verkehr über ein Netzwerk vermittelt, das für alle Arbeitsplätze des Unternehmens einheitlich genutzt wird. Allein wegen der abstrakten Gefahr einer missbräuchlichen Ausnutzung der technischen Kontrollmöglichkeiten durch den Arbeitgeber darf der Betriebsrat einen separaten Telefonanschluss sowie Internetzugang nicht für erforderlich halten.

Wie in den Vorinstanzen blieben die Anträge des Betriebsrats auf Einrichtung eines vom Proxy-Server des Arbeitgebers unabhängigen Internetzugangs sowie auf einen von seiner Telefonanlage unabhängigen Telefonanschluss beim Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts erfolglos.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom  
20.04.2016 - 7 ABR 50/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **3. Ruhen des Arbeitsverhältnisses bei Bezug einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung auf Zeit**

Nach § 33 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) ruht das Arbeitsverhältnis ab dem Monat nach Zustellung des Rentenbescheids, wenn dem Beschäftigten Rente wegen Erwerbsminderung auf Zeit bewilligt wird. Dabei kommt es nicht auf die Höhe der Rente an. Liegt nur eine teilweise Erwerbsminderung vor, d.h. ist der Beschäftigte unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarkts noch in der Lage, zwischen drei und sechs Stunden täglich erwerbstätig zu sein, kann der Beschäftigte nach § 33 Abs. 3 TVöD zur Vermeidung des Ruhens des Arbeitsverhältnisses seine Weiterbeschäftigung beantragen. Dies muss schriftlich und innerhalb von zwei Wochen nach Zugang des Rentenbescheids erfolgen.

Der Arbeitgeber kann den Antrag ablehnen, wenn dringende betriebliche Gründe der Weiterbeschäftigung entgegenstehen. § 33 TVöD kann aber die gesetzlich garantierten Rechte schwerbehinderter Menschen nicht verkürzen. Dieser Personenkreis kann darum unabhängig von der in § 33 TVöD angeordneten Form und Frist gemäß § 81 Abs. 4, Abs. 5 S. 3 SGB IX eine behinderungsgerechte Beschäftigung verlangen. Darüber hinaus kann jeder Beschäftigte auch während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses nach § 241 Abs. 2 BGB vom Arbeitgeber die Prüfung der Möglichkeit der Beschäftigung unter Berücksichtigung seines verbliebenen Leistungsvermögens verlangen. Damit schränkt § 33 TVöD die Möglichkeit des Beschäftigten, der eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung bezieht, durch die Fortsetzung des aktiven Arbeitsverhältnisses sein Einkommen zu sichern, nicht so stark ein, dass die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit verletzt ist.

Die Klägerin ist als Schulhausmeisterin bei der beklagten Stadt beschäftigt. Sie war zuletzt in Teilzeit bei einer täglichen Arbeitszeit von 4,7 Stunden gegen ein durchschnittliches monatliches Bruttoentgelt von 1.600,00 € tätig. Der Klägerin wurde mit Bescheid vom 11.06.2013 eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung von 364,24 € monatlich bewilligt, die bis

zum 30.06.2015 befristet war. Die Klägerin stellte innerhalb der Frist des § 33 Abs. 3 TVöD keinen schriftlichen Antrag auf Weiterbeschäftigung. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 01.07.2013 bis 30.06.2015 nicht geruht habe.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Klägerin hat keinen fristgerechten Antrag nach § 33 Abs. 3 TVöD gestellt. Eine Weiterbeschäftigung als schwerbehinderter Mensch bzw. nach § 241 Abs. 2 BGB, die das Ruhen des Arbeitsverhältnisses beendet hätte, hat die Klägerin nicht verlangt.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17.03.2016 - 6 AZR 221/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **4. Wahrung einer tariflichen Ausschlussfrist durch Klageerhebung**

Gilt in einem Arbeitsverhältnis eine tarifliche Ausschlussfrist, innerhalb derer ein Anspruch gegenüber dem Vertragspartner schriftlich geltend gemacht werden muss, reicht es zur Fristwahrung nicht aus, dass das Anschreiben vor Ablauf der Frist bei Gericht eingegangen ist und dem Anspruchsgegner ggf. später zugestellt wird. Entscheidend ist der Zugang beim Anspruchsgegner selbst. § 167 ZPO findet für die Wahrung einer einfachen tariflichen Ausschlussfrist bei der außergerichtlichen Geltendmachung keine Anwendung.

Der Kläger begehrt von seinem Arbeitgeber eine Entgeltdifferenz für den Monat Juni 2013. Den Anspruch hat er erstmals mit seiner bei Gericht am 18.12.2013 eingegangenen und dem beklagten Arbeitgeber am 07.01.2014 zugestellten Klage geltend gemacht. Nach dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden § 37 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten - im konkreten Fall für die klägerische Forderung: bis zum 30.12.2013 - schriftlich geltend

gemacht werden. Der Kläger hat gemeint, zur Wahrung dieser Ausschlussfrist habe der fristgerechte Eingang der Klageschrift bei Gericht ausgereicht. § 167 der Zivilprozessordnung (ZPO), der dies jedenfalls für bestimmte Maßnahmen gegen den Ablauf von Verjährungsfristen ausdrücklich regelt, sei auch auf die Einhaltung tariflicher Verfallfristen anzuwenden. Der beklagte Arbeitgeber hat dem entgegengehalten, es komme bei außergerichtlichen Fristen allein auf den tatsächlichen Zugang des Geltendmachungsschreibens an. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

Die hiergegen gerichtete Revision des beklagten Landes hatte Erfolg. Der Vierte Senat hat entschieden, dass § 167 ZPO auf tarifliche Ausschlussfristen, die durch eine bloße schrift-

liche Geltendmachung gewahrt werden können, nicht anwendbar ist. Er folgt damit der langjährigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der der Gläubiger einer Forderung sich den Zeitverlust durch die - in der Sache nicht zwingend erforderliche - Inanspruchnahme des Gerichts selbst zuzurechnen hat. Die Zustellung der Klageschrift am 07.01.2014 war danach verspätet und die Klage abzuweisen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16.03.2016 - 4 AZR 421/15 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -  
im Juni 2016**

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