

Mandanten-Rundbrief

- März 2014 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Schadensersatzanspruch des AG bei aufwändiger Sanierung	2
2.	Dauerbrenner: Durchgriffshaftung des Nachunternehmers bei Stoff-Ungleichheit	2
3.	Neue Rechtsprechung zu § 648a BGB Teil 1: Höhe der zu stellenden Sicherheit	3
4.	Neue Rechtsprechung zu § 648a BGB Teil 2: Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nach Kündigung	4
5.	Geltendmachung mehrerer Forderungen im Mahnverfahren	4
6.	Ergänzung zur Rechtsprechung des BGH zur Abnahme durch den Erstverwalter	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
III.	Vergaberecht	7
1.	Unzulässigkeit von Nebenangeboten bei ausschließlichem Zuschlagskriterium Preis	7
2.	Vergaberechtliche Unzulässigkeit von Bietergemeinschaften branchengleicher Unternehmen	8
IV.	Leitsätze zum Vergaberecht	9
V.	Mietrecht	10
1.	Pflicht des Mieters zu neutraler Dekoration	10
2.	Durchsetzung der mietvertraglichen Betriebspflicht	11
VI.	Leitsätze zum Mietrecht	12
VII.	Verwaltungsrecht	13
	Werbeanlage als störender Gewerbebetrieb	13
VIII.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	14

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

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

Markgrafenstr. 33
10117 Berlin
Tel.: 030/2062780
Fax: 030/20627878

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

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

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Schadensersatzanspruch des AG bei aufwändiger Sanierung

Lässt der Auftraggeber vorhandene Mängel an einem Dach nicht beseitigen, sondern wird das Dach insgesamt durch Aufbringung einer neuen Dachkonstruktion erneuert, kann er im Wege des Schadensersatzes die (niedrigeren) fiktiven Kosten geltend machen, die bei der Mängelbeseitigung des bestehenden Daches entstanden wären.

OLG München, Urteil vom 31.01.2012 – 9 U 3315/05

Ein Auftragnehmer („AN“) errichtet im Auftrag seines Auftraggebers („AG“) ein Mehrfamilienhaus mit einem Tonnendach und Blecheindeckung. Nach der Abnahme zeigen sich in den Dachgeschosswohnungen Feuchtigkeitsschäden. Die Wärmedämmung ist nicht sachgerecht verlegt und die Dampfsperre weist zahlreiche Beschädigungen auf. Der AG verklagt den AN auf Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung, die, um das Dach zu erhalten, im Wege einer Sanierung von innen durch die Wohnungsdecken erfolgen soll. Das Landgericht gibt der Klage überwiegend statt. AG und AN legen Berufung ein. Der AN begehrt Klageabweisung. Der AG stellt seine Klage nunmehr auf Schadensersatz um, nachdem er die Sanierung durch Errichtung einer neuen Dachkonstruktion vorgenommen hat. Er verlangt dabei aber nicht die dafür entstandenen Kosten, sondern lediglich die niedrigeren fiktiven Kosten, die ihm entstanden wären, um die ursprünglich geplante Mängelbeseitigung am bestehenden Dach durchzuführen. Weiter begehrt er Feststellung, dass der AN etwaige weitere Sanierungskosten zu tragen hat.

Das OLG spricht dem AG Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu, und zwar auch für Positionen, die so gar nicht angefallen sind, wie Umzugs- und Hotelkosten. Sie sind als hypothetische Kosten zu berücksichtigen, weil sie als Mindestkosten entstanden wären, wenn die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen durchgeführt worden wären. Auch die Mehrwertsteuer auf die fiktiven Kosten ist als Teil der für die

tatsächlich ausgeführte Sanierung angefallenen Mehrwertsteuer zu ersetzen. Den Feststellungsantrag weist das OLG als unzulässig ab, weil über eine tatsächlich gar nicht durchgeführte Maßnahme abgerechnet wird und es deshalb zu weiteren Kosten nicht kommen kann.

Der Entscheidung liegt zugrunde, dass der AG im Wege des Schadensersatzes grundsätzlich den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag verlangen und dann entscheiden kann, wie er ihn konkret verwendet (sog. Dispositionsfreiheit). Dieses Recht hat der AG nach der Rechtsprechung des BGH nicht, wenn er Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten geltend macht; dann muss er den Vorschuss auch zur Mängelbeseitigung verwenden und darüber zeitnah abrechnen.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Dauerbrenner: Durchgriffshaftung des Nachunternehmers bei Stoffungleichheit

a) Die Vorschrift des § 641 Abs. 2 BGB setzt nicht voraus, dass eine vollständige Leistungsidentität der Arbeiten des Nachunternehmers mit den vom Auftragnehmer an den Auftraggeber geschuldeten Arbeiten besteht. Eine partielle Identität der Leistungen ist ausreichend.

b) Die Fälligkeit der Vergütungsforderung tritt bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 641 Abs. 2 Satz 1 BGB unabhängig von einer Abnahme im Verhältnis Auftragnehmer – Nachunternehmer ein.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2011 – 22 U 165/10

In der Vertragskette Bauherr – Generalunternehmer – Nachunternehmer gilt der Grundsatz, dass die Vertragsverhältnisse Bauherr – Generalunternehmer einerseits und Generalunternehmer – Nachunternehmer getrennt zu beurteilen sind. Wie so gilt: Keine Regel ohne Ausnahme. Eine Ausnahme von dem Trennungsgrundsatz hat das Gesetz in § 641 Abs. 2 BGB bereits statuiert. Die Regelung zur

sogenannten Durchgriffsfälligkeit wurde 2002 ins BGB aufgenommen und 2009 erweitert. Das OLG Düsseldorf hat dazu wie oben unter a) und b) dargestellt entschieden. Das Urteil betrifft die Vergütung des Nachunternehmers.

Das OLG Koblenz (Urteil vom 22.01.2014 – 5 U 1060/13) hatte einen Fall zur Haftung und direkten Inanspruchnahme des Nachunternehmers durch den Bauherrn zu entscheiden und geurteilt:

„Ein *Nachunternehmer* kann dem Bauherrn trotz fehlenden Vertrags wegen Eigentumsverletzung auf Schadensersatz *haften*. Voraussetzung hierfür ist, dass die Schäden im Einzelfall *nicht* mit dem Werkmangel *stoffgleich* sind.“

Im zugrunde liegenden Fall ließ ein Bauherr 2004 von einem Generalunternehmer ein Gebäude errichten. Dieser beauftragte einen Nachunternehmer mit den Dacharbeiten. Im Winter 2005/2006 drang Wasser durch das Dach und führte an den Wänden im OG und EG zu Feuchtigkeitsschäden. Der Wassereintritt beruhte darauf, dass angesichts der geringen Dachneigung die vom Nachunternehmer verbauten Dachziegel und die montierte Dämmfolie nicht den Fachregeln entsprachen. Der Generalunternehmer war insolvent. Der Bauherr wandte sich daher direkt an den Nachunternehmer und verlangte Schadensersatz wegen des Wassereindringens.

Da Bauherr und Nachunternehmer nicht direkt vertraglich miteinander verbunden sind, schieben vertragliche Mängelansprüche aus. Der Vertrag zwischen Generalunternehmer und Nachunternehmer ist auch kein sog. kein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten des Bauherrn. Es fehlt an der hierfür erforderlichen Schutzbedürftigkeit des Bauherrn, da ihm inhaltsgleiche vertragliche Ansprüche bereits gegen den Generalunternehmer zustehen. Dass solche vorliegend wegen der Insolvenz des Generalunternehmers nicht realisierbar sind, ist ein typisches vom Bauherrn als dessen Vertragspartner zu tragendes Risiko und deshalb unerheblich (schließlich hatte sich der Bauherr den Generalunternehmer „ausgesucht“). Das OLG Koblenz entschied aber, dass der Nachunternehmer dem Bauherrn gemäß § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz

verpflichtet ist. Die Voraussetzungen der deliktsrechtlichen Bestimmung bejahte es: Eine Eigentumsverletzung liegt vor, soweit das Integritätsinteresse des Bauherrn durch den Wassereintritt verletzt wurde. Dabei kann das Integritätsinteresse nicht nur dann verletzt sein, wenn durch den Werkmangel andere im Eigentum des Bauherrn stehende Sachen beschädigt werden, sondern auch dann, wenn hierdurch das im Übrigen fehlerfreie Bauwerk beschädigt wird. § 823 Abs. 1 BGB schützt dagegen nicht die Vertragserwartung des Bauherrn, eine mangelfreie Werkleistung zu erhalten (das sog. „Äquivalenzinteresse“). Hierfür ist allein die vertragliche Mängelhaftung einschlägig. Entscheidend für die Abgrenzung ist, ob zwischen den vom Bauherrn geltend gemachten Schäden und dem „Mangelunwert der Werkleistung“ sog. *Stoffgleichheit* besteht. Nur bei „*Stoff-Ungleichheit*“ kommt eine deliktische Haftung in Betracht. Danach haftet der Nachunternehmer für die Schäden, die an *sonstigen, zuvor völlig unversehrten Teilen* des Hauses durch das Wasser verursacht wurden. Nach mangelfreier Fertigstellung des Rohbaus war das diesbezügliche Integritätsinteresse des Bauherrn bereits geschützt. Sämtliche Schäden im Zusammenhang mit der Durchfeuchtung der Wände (Trocknungs-, Maler- und Putzarbeiten) sind daher zu ersetzen. Dagegen sind die Kosten für die Dachsanierung nicht zu erstatten, da insoweit *Stoffgleichheit* zwischen Mangelunwert und Schaden besteht.

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Neue Rechtsprechung zu § 648a BGB Teil 1: Höhe der zu stellenden Sicherheit

Muss der Besteller eine § 648a-Sicherheit über € 83.758,43 stellen und übergibt er dem Unternehmer lediglich eine Bürgschaft über € 72.678,24, hat der Besteller keine ausreichende Sicherheit gestellt, so dass dem Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

OLG Jena, Urteil vom 19.12.2012 – 2 U 34/12 (BGH, Beschluss vom 7.11.2013 – VII ZR 7/13 – NZB zurückgewiesen)

In dem vom OLG Jena entschiedenen Fall verlangte der AG eine Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Leistungen gemäß § 648a BGB; diese errechnete er mit € 84.000. Der AG hielt dies für überhöht und stellte lediglich eine Sicherheit gemäß § 648a BGB in Form einer Bürgschaft über € 72.000. Der AN verweigerte daraufhin die Weiterarbeit, woraufhin der AG kündigte. Er macht geltend, der AN hätte jedenfalls mit den Arbeiten beginnen müssen und sie bis zum Erreichen eines Leistungsstandes, welcher der Höhe der gesicherten Forderung entspricht, fortführen müssen.

In der genannten Entscheidung hat das OLG Jena eine Pflicht des AN, die Arbeiten teilweise zu erbringen, verneint. Aufgrund der zu geringen Sicherheit könne der AN die Arbeiten insgesamt verweigern.

Etwas anderes könne allenfalls gelten, wenn nur ein geringer Restbetrag fehle. Eine Differenz von € 12.000 sei jedoch nicht als gering einzustufen.

Die Entscheidung belegt, welche einschneidenden Konsequenzen es haben kann, wenn ein AG seine Verpflichtung nach § 648a BGB nicht ernst nimmt. Bestehen Zweifel über die Höhe der zu stellenden Sicherheit, sollte ein AG eher eine zu hohe Sicherheit stellen, als das Risiko einzugehen, eine zu geringe Sicherheit zu leisten.

Rechtsanwalt Karsten Wagner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Neue Rechtsprechung zu § 648a BGB Teil 2: Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nach Kündigung

Kündigt der Auftraggeber den Bauvertrag „frei“, ist der Anspruch des Auftragnehmers auf Zahlung der vereinbarten Vergütung aus § 649 BGB nach § 648a BGB sicherbar.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 13.08.2013
– 16 U 49/13

Das OLG Frankfurt hatte sich unter anderem mit der Frage zu befassen, ob ein AN bei einem bereits gekündigten Bauvertrag auch einen Anspruch auf Stellung einer Sicherheit

gemäß § 648a BGB auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung gemäß § 649 Abs. 2 BGB hat.

Dies hat der Senat mit Hinweis auf die seit dem 01.01.2009 geltende Fassung des § 648a BGB bejaht. Während nämlich in der früheren Fassung von einer Sicherheit für die vom AN zu erbringenden "Vorleistungen" die Rede war, wird in der neuen Fassung des § 648a BGB nur noch auf die "vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung" abgestellt, zu welcher grundsätzlich auch die Vergütung nach § 649 S. 2 BGB gehört.

Oft ist es schwierig, einen bereits fälligen Vergütungsanspruch durchzusetzen, beispielsweise dann, wenn ein AG ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln geltend macht. In einem solchen Fall kann es sich empfehlen, anstelle oder aber neben der Vergütung eine Sicherheit nach § 648a BGB zu verlangen. Durch die vorliegende Entscheidung wurde nun klargestellt, dass nicht nur für die bereits erbrachten Leistungen, sondern auch für den Teil der Leistungen, der aufgrund der (ordentlichen) Kündigung nicht mehr erbracht werden muss, eine Sicherheit verlangt werden kann.

Rechtsanwalt Karsten Wagner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

5. Geltendmachung mehrerer Forderungen im Mahnverfahren

a) Wird ein einheitlicher Anspruch geltend gemacht, der sich aus mehreren Rechnungsposten zusammensetzt, hemmt die Zustellung eines Mahnbescheids die Verjährung, auch wenn die Rechnungsposten im Mahnbescheid nicht aufgeschlüsselt werden. Die entsprechend notwendige Substanziierung kann im Laufe des Rechtsstreits beim Übergang in das streitige Verfahren nachgeholt werden (im Anschluss an BGH, NZBau 2002, 155 = NJW 2002, 520 = BauR 2002, 469 [470]).

b) Ein einheitlicher, aus mehreren Rechnungsposten bestehender Werklohnanspruch ist anzunehmen, wenn alle erbrachten Leistungen mit dem zu Beginn der Zusammenarbeit von Besteller und Unternehmer bestimmten Leistungsziel in Zu-

sammenhang stehen. In diesem Fall ist es unerheblich, ob der Besteller bereits zu Beginn der Arbeiten die Gewerke vollständig und abschließend beschreibt oder die Parteien sich darüber einig sind, dass die auszuführenden Gewerke im Zuge der Zusammenarbeit konkretisiert werden.

BGH, Urteil vom 10. 10. 2013 – VII ZR 155/11

Häufig werden – bewusst oder unbewusst – mehrere Forderungen im Rahmen eines Mahnverfahrens geltend gemacht. Für den Antragsgegner ist dann nicht immer leicht erkennbar, um welche Forderung genau es sich handeln soll. Dies wiederum kann erhebliche Folgen für den Antragsteller haben: macht er seine Forderungen im Einzelnen nicht individualisierbar schon im Mahnantrag kenntlich, so tritt die verjährungshemmenden Wirkung des Mahnbescheids nicht ein; der Anspruch verjährt also.

Ein Bauunternehmer behauptete, vom Beklagten sukzessive mit Erdbauarbeiten zur Errichtung eines Einfamilienhauses beauftragt gewesen zu sein. Er legte für seine 2004 erbrachten Leistungen am 17.12.2007 die Schlussrechnung, in der er für die Positionen „Anfuhr und Entsorgen der Baugrube, Herrichtung der Außenanlage, Hausanschlussarbeiten, Pflasterarbeiten gemäß Anlage“ einen Betrag von € 62.813,36 geltend machte. Der Zugang dieser Rechnung samt Anlage blieb unstrittig. Am 31.12.2007 beantragte er einen Mahnbescheid für seine Forderungen aus „Werkvertrag/Werklieferungsvertrag gemäß Rechnung vom 17.12.2007“. Nach Widerspruch und Übergang ins streitige Verfahren ordnete der Kläger die Rechnungsteilbeträge erstinstanzlich einzelnen Leistungsteilen zu. Die Instanzen hielten diese Zuordnung für unzulässig; eine Aufschlüsselung der Forderung in einzelne Teilbeträge hätte zur Verjährungshemmung bereits im Rahmen des Mahnantrages erfolgen müssen.

Der BGH stellte sich auf Seiten des Klägers. Unschädlich sei zunächst, dass allein auf die Rechnung zur näheren Beschreibung der Forderung Bezug genommen worden sei. Solange es sich um einen einheitlichen Anspruch handele, müssen dessen Teilbeträge im Mahnbescheid nicht gesondert aufgeschlüsselt wer-

den. Hierzu nahm der BGH eine materiellrechtliche Einordnung des geltend gemachten (Vergütungs-)Anspruchs und der Teilforderungen vor. Erst wenn – etwa aus verschiedenen Bauvorhaben und/oder unterschiedlichen Rechtsgründen – mehrere Ansprüche geltend gemacht werden, ist eine solche Aufschlüsselung erforderlich (BGH, Ur. v. 17.11.2010, – VIII ZR 211/09, NZM 2011, 198, NJW 2011, 613: dort verneint für einen einheitlichen Schadenersatzanspruch aus mehreren Einzelpositionen nach Beendigung eines Mietvertrages).

Immer wieder wiederholt der BGH in seinen Entscheidungen, dass eine Forderung erst dann individualisiert ist, wenn sie von anderen Ansprüchen so unterscheid- und abgrenzbar ist, dass sie Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will (BGH, Ur. v. 30.11.1999, – VI ZR 207/98, NJW 2000, 1420, NZBau 2002, 155; v. 17.11.2005 – IX ZR 8/04; v. 21.10.2008, – XI ZR 466/07, NJW 2009, 56; WM 2009, 42). Die Angabe „Anspruch aus Werkvertrag“ im Feld „nähere Angaben zum Anspruch“ kann aber zur Abgrenzung reichen, wenn zwischen den Parteien keine weiteren Rechtsbeziehungen bestehen und dem Antragsgegner deshalb klar ist, dass nur eine einzige Vergütungsforderung geltend gemacht werden soll (BGH, Ur. v. 06.12.2001, – VII ZR 183/00). In allen anderen Fällen, wenn also mehrere Ansprüche im Raum stehen und ein Titel mangels Bestimmbarkeit nicht der Rechtskraft fähig wäre, treten die Wirkungen des § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB (Verjährungshemmung durch Zustellung des Mahnbescheids) nicht ein, solange nicht hinreichend individualisiert wurde.

Rechtsanwalt Dr. Robert Scherzer

6. Ergänzung zur Rechtsprechung des BGH zur Abnahme durch den Ersterwalter

Die von einem Bauträger in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Kaufvertrag verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen

vom Bauträger bestimmbaren Erstverwalter ermöglicht, ist unwirksam.

BGH vom 12.09.2013 – VII ZR 308/12

Bereits im Mandantenrundbrief Dezember 2013 wurde die Entscheidung des BGH vom 12.09.2013 – VII ZR 308/12 – besprochen. Nach dieser Entscheidung ist die von einem Bauträger in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Kaufvertrag verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmbaren Erstverwalter ermöglicht, unwirksam.

Ergänzend zu der bereits im letzten Mandantenrundbrief erfolgten Besprechung soll darauf hingewiesen werden, dass nach Auffassung des 7. Senates beim Bundesgerichtshof die Regelung im Kaufvertrag hinsichtlich einer Abnahme durch den bestellten Verwalter zwar unwirksam ist, da der *Bauträger* so die Möglichkeit hätte, bereits in der Teilungserklärung einen Erstverwalter zu bestellen, der ihm wirtschaftlich oder rechtlich verbunden ist, so dass die Gefahr besteht, dass die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums durch den Erstverwalter bejaht werden, ohne dass dies der Fall ist.

Nicht geklärt ist jedoch durch diese Entscheidung, ob ein Bauträger mit dem Käufer wirksam im Kaufvertrag vereinbaren kann, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums allein durch einen vereidigten Sachverständigen oder den Verwaltungsbeirat mit Wirksamkeit für alle Käufer erfolgen kann. Hierzu gibt es verschiedene Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, wonach auch der *Käufer* zumindest die Möglichkeit haben muss, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums eigenständig zu erklären. Auch wenn somit im Kaufvertrag die Möglichkeit einer Abnahme durch einen Sachverständigen oder Verwaltungsbeirat im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum vorgesehen ist, sollte zusätzlich auch die Möglichkeit geregelt werden, dass der Käufer die Abnahme selbst erklären kann.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Stundenlohnarbeiten sind auch ohne Stundenzettel zu bezahlen

Der AN kann der werkvertraglichen Verpflichtung zur Vorlage von Rapporten bzw. Stundenzetteln auch noch mit der Erteilung der Schlussrechnung Genüge tun, soweit darin die erforderlichen Angaben enthalten sind bzw. nachgeholt werden. Die unterbliebene Vorlage von vertraglich vereinbarten Rapporten führt ebenso wenig wie die unterbliebene Vorlage von Stundenzetteln ohne weiteres zum Verlust des Werklohnanspruchs. Jedoch muss der AN dann nachträglich alle notwendigen Angaben machen, die in den Rapporten bzw. Stundenzetteln hätten enthalten sein müssen, um den Vergütungsanspruch zu rechtfertigen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.08.2013 – 22 U 161/12

2. Bauvertrag - Inhalt von Baustellenprotokoll kann ohne Widerspruch verbindlich werden

Baustellenprotokolle können die rechtliche Wirkung eines kaufmännischen Bestätigungsschreiben haben, so dass der AN dem Inhalt eines vom AG erstellten Protokolls unverzüglich widersprechen muss, um nicht an den Inhalt gebunden zu sein.

KG, Urteil vom 18.09.2012 – 7 U 227/11

3. Keine Einigung und fehlende Vollmacht: Vertrag kann dennoch durch Auftragsbestätigung zu Stande kommen

- a) Ein Vertrag kann durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, das auf eine Vereinbarung Bezug nimmt, die keine verbindliche Übereinkunft darstellt, geschlossen werden.
- b) Die fehlende Vertretungsmacht eines Vertragspartners bezüglich der vorherigen Vereinbarung kann ggfs. durch das

Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben geheilt werden.

OLG Frankfurt, Urteil vom 22.12.2011 – 10 U 78/06

4. Übersicherung bei 8% Gewährleistungssicherheit in AGB

- a) Kumulieren sich die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vorgegebene Gewährleistungssicherheit und eine Bürgschaft, die neben der Vertragserfüllung auch die Gewährleistungsansprüche sichern soll, über einen nicht unerheblichen Zeitraum auf 8%, führt dies zur Nichtigkeit beider Sicherungsklauseln aufgrund unangemessener Übersicherung.
- b) Hierbei ist es unerheblich, ob eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern oder eine einfache Gewährleistungsbürgschaft verlangt wird.

5. Auch bei nacheinander durchgeführten Arbeiten ist ein SiGe-Plan erforderlich

- a) Die Verpflichtung zur Aufstellung eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans ist nicht von der Frage abhängig, ob die Beschäftigten mehrerer Arbeitgeber gleichzeitig oder nacheinander auf einer Baustelle mit gefährlichen Arbeiten gemäß § 2 Abs. 3 BaustellenVO tätig werden.
- b) Das Unterlassen der Aufstellung eines SiGe-Plans stellt in diesem Fall eine Ordnungswidrigkeit dar.

OLG Celle, Beschluss vom 18.09.2013 – 322 SsRs 203/13

6. Stillschweigende Abnahme nach Fertigstellung der Architektenleistung und Bezug?

Die konkludente Abnahme einer Architektenleistung kann darin liegen, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung, Bezug des fertiggestellten Bauwerks und Ablauf einer

Prüfungsfrist von sechs Monaten keine Mängel der Architektenleistungen rügt

BGH, Urteil vom 26.09.2013 – VII ZR 220/12

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

1. Unzulässigkeit von Nebenangeboten bei ausschließlichem Zuschlagskriterium Preis

Ist in einem europaweiten Vergabeverfahren der Preis alleiniges Zuschlagskriterium, dürfen Nebenangebote nicht zugelassen und nicht gewertet werden.

BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13

Die Auftraggeberin schrieb den Umbau einer Straßenbahntrasse europaweit im offenen Verfahren aus. Nebenangebote waren zugelassen. Ausschließliches Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Ein Bieter gab das günstigste Hauptangebot ab. Die Auftraggeberin beabsichtigte jedoch, den Zuschlag auf ein billigeres Nebenangebot eines anderen Bieters zu erteilen. Der unterlegene Bieter leitete daraufhin ein Nachprüfungsverfahren ein.

Die Vergabekammer und das OLG Jena waren aufgrund des Wortlauts und der Systematik von Art. 24, 53 der Europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004/18/EG) der Ansicht, dass Nebenangebote unzulässig sind, wenn der niedrigste Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Diese Ansicht wird vom OLG Düsseldorf geteilt (Beschluss vom 02.11.2011 – Verg 22/11). Da das Schleswig-Holsteinische OLG aber in einem Beschluss vom 15.04.2011 (1 Verg 10/10) die entgegengesetzte Rechtsauffassung vertreten hat, legte das OLG Jena die Sache im Wege der Divergenzvorlage dem BGH vor [Die Entscheidung des OLG Jena vom 16.09.2013 (9 Verg 3/13) ist besprochen im Mandantenrundbrief Dezember 2013].

Der BGH folgt grundsätzlich der Rechtsauffassung des OLG Jena und des OLG Düsseldorf und erklärt Nebenangebote in europaweiten Vergabeverfahren für unzulässig, wenn der

niedrigste Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Der BGH verzichtet dabei allerdings auf die Auslegung der Art. 24, 53 der Europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie. Vielmehr sei die Zulässigkeit von Nebenangeboten bei ausschließlichem Zuschlagskriterium Preis nicht mit dem deutschen Vergaberecht, insbesondere mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 2 GWB) und dem Gebot der Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 2 GWB) zu vereinbaren.

Andernfalls kann der öffentliche AG gezwungen sein, ein Nebenangebot zu beauftragen, das zwar geringfügig billiger, qualitativ aber deutlich schlechter als das günstigste Hauptangebot ist. Es fehlt dann an einem Zuschlagskriterium, bei dem der Qualitätsunterschied zwischen Hauptangebot und günstigerem Nebenangebot berücksichtigt werden kann. Aus diesem Grund sind Nebenangebote bei europaweiten Vergabeverfahren nur zulässig, wenn neben dem Preis auch ein technisches Zuschlagskriterium festgelegt ist.

Mit der Entscheidung des BGH war in dieser Form nicht zu rechnen. Noch im Beschluss vom 23.01.2013 (X ZB 8/11), der aufgrund einer Divergenzvorlage des OLG Düsseldorf ergangen ist, hatte der BGH erkennen lassen, tendenziell der Rechtsauffassung des Schleswig-Holsteinischen OLG zu folgen. Es wurde daher erwartet, dass der BGH die Rechtsfrage, die der Divergenzvorlage des OLG Jena zugrunde lag, wegen ihres Bezugs zur Europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegt. Stattdessen hat das Gericht die seit längerem umstrittene Frage auf Grundlage des deutschen Vergaberechts entschieden. Das Nachprüfungsverfahren selbst hat der BGH wegen offener Tatsachenfragen an das OLG Jena zurückverwiesen.

Rechtsanwalt Christoph Siegl

2. Vergaberechtliche Unzulässigkeit von Bietergemeinschaften branchengleicher Unternehmen

Vereinbarungen branchengleicher Unternehmen zur Bildung einer Bietergemeinschaft können in europaweiten Vergabever-

fahren als wettbewerbsbeschränkende Abrede zum Angebotsausschluss führen.

KG, Beschluss vom 24.10.2013 – Verg 11/13

In einem europaweiten Vergabeverfahren war ein Angebot einer Bietergemeinschaft aus Unternehmen derselben Branche von der Vergabestelle zum Zuschlag vorgesehen. Dagegen wehrte sich ein anderer Bieter unter anderem mit dem Argument, die Bildung der Bietergemeinschaft und ihre Teilnahme an den Vergabeverfahren beschränkten den Wettbewerb. Deshalb dürfe auf das Angebot der Bietergemeinschaften der Zuschlag nicht erteilt werden.

Das KG entschied dazu – im Anschluss an das OLG Düsseldorf (Beschlüsse vom 09.11.2011 – VII – Verg 35/11 und 11.11.2011 – VII-Verg 92/11), dass die Begründung einer Bietergemeinschaft zum Zwecke der Teilnahme an einer Auftragsvergabe zwar dann in der Regel nicht gegen das Wettbewerbsgebot (§ 97 Abs. 1 GWB, § 2 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) verstößt, wenn es sich um Unternehmen unterschiedlicher Branchen handelt oder objektiv jedes der beteiligten Unternehmen für sich nicht in der Lage ist, die Vorgaben der Ausschreibung – insbesondere hinsichtlich der geforderten Leistungsfähigkeit und Eignung – zu erfüllen; dann stärke nämlich die Bildung einer Bietergemeinschaft den Wettbewerb, weil sich die betroffenen Unternehmen erst durch die Begründung der Bietergemeinschaft an der Ausschreibung beteiligen können.

Sind dagegen die in der Bietergemeinschaft verbundenen Unternehmen jedes für sich in der Lage, die Anforderungen der Ausschreibung zu Eignung und Leistungsfähigkeit zu erfüllen, seien Bietergemeinschaften im Hinblick auf das generelle Kartellverbot (§ 1 GWB) aber unzulässig. Angebote derartiger Bietergemeinschaften seien – so das KG – gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit d) VOB/A zwingend auszuschließen.

Mit dieser Entscheidung schließt sich das KG im Ausgangspunkt der Auffassung des OLG Düsseldorf an. Im Gegensatz zum OLG Düsseldorf bezweifelt das KG aber, dass ein Konkurrent hinsichtlich dieses Vergaberechtsverstößes in einem Nachprüfungsverfahren an-

tragsbefugt ist, weil ihm in der Regel kein Schaden entstehe: Entweder seien einzelne (fiktive) Angebote der Mitglieder der Bietergemeinschaft jeweils günstiger als dasjenige der Bietergemeinschaft, wofür der Wettbewerbsgedanke spreche; dann scheide aus, dass der Konkurrent gerade wegen der Bildung der Bietergemeinschaft preislich schlechter platziert sei. Biete die Bietergemeinschaft dagegen günstiger an als die Unternehmen (fiktiv) jeweils für sich, sei andererseits fraglich, ob der Wettbewerb durch die Bietergemeinschaft tatsächlich beschränkt (und nicht gerade gestärkt) werde. Diese Erwägungen des KG ändern indes nichts daran, dass die Vergabestelle das Angebot einer Bietergemeinschaft branchengleicher Unternehmen aus eigenen Erwägungen heraus auszuschließen hat.

Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (aaO) kommt den beteiligten Unternehmen zudem eine Einschätzungsprärogative zu, ob die Zusammenarbeit in einer Bietergemeinschaft eine im Rahmen wirtschaftlich zweckmäßigen Handelns liegende Unternehmensentscheidung darstellt; deren Ausübung ist durch die Vergabestelle und die Nachprüfungsinstanzen nur auf Vertretbarkeit überprüfbar, muss aber durch objektive Gesichtspunkte getragen sein.

Die Entscheidungen des KG und des OLG Düsseldorf verdeutlichen, dass bei der Begründung einer Bietergemeinschaft zum Zwecke der Teilnahme an einem Vergabeverfahren Vorsicht geboten ist. Zwar finden sich häufig sachliche Begründungen, weshalb ein auftragsbezogener Zusammenschluss an sich miteinander konkurrierender Unternehmen sinnvoll oder gar erforderlich ist. Die Bildung einer Bietergemeinschaft durch branchengleiche Unternehmen, die miteinander auf dem gleichen Markt im Wettbewerb stehen, ist aber jedenfalls dann unzulässig, wenn mit ihr das Ziel verfolgt wird, das Angebot am Markt zu verengen, um bessere Preise zu erzielen; nach dem KG ist das Ausnutzen reiner Synergieeffekte ausdrücklich nicht geeignet, die Kartellwidrigkeit einer Absprache zur Begründung einer Bietergemeinschaft entfallen zu lassen. Das hat nicht nur die Vergabestelle im Vergabeverfahren zu berücksichtigen; Kartellbehörden können zudem die Umsetzung der Bietergemeinschaft selbst nach erfolgtem Zuschlag

noch durch eine Unterlassungsverfügung verhindern.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Ausschluss nicht angedroht: Fehlende Unterlagen dürfen nachgefordert werden

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist dahin auszulegen, dass er nicht der Aufforderung eines öffentlichen AG an einen Bewerber entgegensteht, nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Bewerbungen für ein Vergabeverfahren die Situation dieses Bewerbers beschreibende Unterlagen, wie die veröffentlichte Bilanz, zu übermitteln, wenn objektiv nachprüfbar ist, dass sie vor Ablauf der Bewerbungsfrist existierten, soweit in den Verdingungsunterlagen nicht ausdrücklich vorgeschrieben war, dass sie übermittelt werden müssen und andernfalls die Bewerbung ausgeschlossen wird. Eine solche Aufforderung darf nicht den oder die Bewerber, an den bzw. die sie gerichtet war, ungerechtfertigt begünstigen oder benachteiligen.

EuGH, Urteil vom 10.10.2013 – Rs. C – 336/12

2. Zur „unverzüglichen“ Rügepflicht und Fachlosen

- a) Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB verstößt wegen der Unbestimmtheit des Begriffs "unverzüglich" gegen Unionsrecht und muss deshalb unangewendet bleiben.
- b) Die bloße tatsächlich-technische Möglichkeit, dass verschiedene Abschnitte einer Leistung von verschiedenen Personen/Unternehmen erbracht werden können, begründet noch nicht das Vorliegen entsprechender Fachlose.
- c) In einem Dienstleistungsbereich ohne traditionelle (handwerkliche) Aufgabenteilung bei den Leistungserbringern kommt die Annahme eines Fachlosen erst in Betracht,

wenn sich ein aufgabenspezifischer Anbietermarkt entwickelt hat.

- d) Die Bejahung eines aufgabenspezifischen Anbietermarkts setzt voraus, dass einerseits überhaupt Fachunternehmen existieren, die sich auf eine bestimmte Tätigkeit spezialisiert haben und es andererseits auch eine hinreichend große Anzahl von Fachunternehmen gibt, damit jeder öffentliche AG, ein Fachlos bildet, dieses auch jederzeit im Wettbewerb vergeben kann.
- e) Ein Leistungsabschnitt, der von Unternehmen mit einem anderen Kerngeschäft als Service- oder Nebenleistung angeboten wird, ist kein Fachlos.

OLG Koblenz, Beschluss vom 16.09.2013 – 1 Verg 5/1

3. Leitfabrikat „oder gleichwertig“ vorgegeben: Bieter muss sich festlegen

Fordert der AG ein bestimmtes Leitfabrikat mit dem Zusatz "oder gleichwertig", muss der Bieter entweder dieses Fabrikat oder ein anderes, gleichwertiges Fabrikat anbieten. Angebote, die offen lassen, ob das vom AG geforderte oder ein gleichwertiges Produkt genutzt wird, sind unzulässig und zwingend auszuschließen. Dem ausgeschlossenen Bieter steht dann kein Schadensersatz zu.

OLG Koblenz, Beschluss vom 06.06.2013 – 2 U 522/12

4. Eingangsvermerk unzureichend: Bieter erhält Schadensersatz

- a) Die an der Vergabe öffentlicher Aufträge interessierten Bieter dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass der öffentliche AG das Verfahren über die Vergabe seiner Aufträge ordnungsgemäß und unter Beachtung der für ihn geltenden Bedingungen einleitet und durchführt.
- b) Ein unzureichender Vermerk über den rechtzeitigen Eingang eines Angebots sowie die unterlassene Kennzeichnung wesentlicher Bestandteile der eingegangenen

Angebote bei der Angebotseröffnung hat zur Folge, dass nicht gewährleistet ist, dass die bei der Prüfung und Wertung der Angebote zugrunde liegenden Unterlagen tatsächlich alle rechtzeitig und mit dem bei der Prüfung festgestellten Inhalt vorgelegen haben.

- c) Die Durchführung der Vergabe auf der Grundlage der Wertung von Angeboten, für die nach Ablauf der Angebotsfrist Manipulationen nicht ausgeschlossen werden können, ist mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe nicht zu vereinbaren.
- d) Als Kosten zur Vorbereitung eines Angebots kommen in zeitlicher Hinsicht nur die bis zum Ablauf der Angebotsfrist getätigten Aufwendungen in Frage. In sachlicher Hinsicht sind dies in erster Linie die zur Erstellung des konkreten Angebots erforderlichen Sach- und Materialkosten sowie Kosten für Vor-Ort-Besichtigungen oder für Verhandlungen mit Nachunternehmern im Hinblick auf das konkrete Vergabeverfahren.

OLG Naumburg, Urteil vom 01.08.2013 – 2 U 151/12

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Mietrecht

1. Pflicht des Mieters zu neutraler Dekoration

Der Mieter ist gemäß §§ 535, 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine in neutraler Dekoration übernommene Wohnung bei Mietende in einem ausgefallenen farblichen Zustand zurückgibt, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird.

BGH, Urteil vom 06.11.2013 – VIII ZR 416/12

Die Beklagten waren für ca. 2 Jahre Mieter einer Doppelhaushälfte der Klägerin. Sie hatten die Mietsache in weißer Farbe frisch renoviert übernommen und strichen danach einzelne

Wände in kräftigen Farben (rot, gelb und blau). In diesem Zustand gaben sie es auch bei Mietende an die Klägerin zurück. Die Vermieterin ließ daraufhin die bunten Wände in neutralen Farben überstreichen und forderte die Ihr dabei entstandenen Kosten von den Mietern zurück.

Der BGH bejahte einen Schadensersatzanspruch der Vermieterin, da der Mieter seine Pflicht zur Rücksichtnahme nach §§ 241 Abs. 2, 242 BGB verletzt, wenn er eine Wohnung in neutraler Farbe gestrichen übernimmt und bei Mietende in einem Zustand zurückgibt, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird. Der Schaden des Vermieters liegt darin, dass er die für breite Mietkreise nicht akzeptable Art der Dekoration beseitigen muss. Vermieter und Mieter müssen bei der Gebrauchsüberlassung bzw. Nutzung der Wohnung auf die Interessen des jeweils anderen Vertragspartners Rücksicht nehmen. Daraus folgt, dass der Mieter während der Mietzeit die Wände der Mietwohnung nach seinen Vorlieben streichen kann und der Vermieter dies nicht untersagen darf. Allerdings gebietet es die Rücksichtnahme, dass die Mietwohnung bei Mietende in einem solchen Zustand zurückgegeben wird, der dem Geschmack eines größeren Interessentenkreises entspricht und einer zügigen Weitervermietung nicht entgegensteht. Der Mieter muss daher bei Mietende seine auffällig gestrichene Wohnung in neutralen Farben zurückgeben.

Zu beachten ist, dass diese Pflicht des Mieters zur Rückgabe der Mietwohnung in neutral gestrichen Farben unabhängig davon besteht, ob der Mieter wirksam zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet ist.

Rechtsanwältin Andrea Kubal

2. Durchsetzung der mietvertraglichen Betriebspflicht

a) Die Unrentabilität des Geschäfts des Mieters von Gewerberaum in einem Einkaufszentrum steht der Durchsetzung des Anspruchs auf Einhaltung der Betriebspflicht nicht entgegen.

b) Die Durchsetzung der Betriebspflicht ist trotz Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Verfügungsverfahren zulässig.

Kammergericht Berlin, Beschluss vom 28.01.2013 – 8 W 5/13 (12 O 21/13 Landgericht Berlin)

In der Entscheidung des Kammergerichts Berlin geht es um einen Gewerberaummieter, der den Betrieb seines Ladenlokals (Juwelier) entgegen der mietvertraglich vereinbarten Betriebspflicht eingestellt hatte. Das Ladenlokal liegt in einem Einkaufszentrum, in welchem sich neben Einzelhandelsgeschäften auch Dienstleister sowie Gastronomiebetriebe befinden. Als Begründung gab der Mieter an, dass der Betrieb des Ladenlokals für ihn unlukekrativ sei und seine finanziellen Verluste ein insolvenzbedrohliches Ausmaß angenommen hätten. Zur Durchsetzung der Betriebspflicht beantragte die Vermieterin den Erlass einer einstweiligen (Leistungs-) Verfügung. Das Landgericht Berlin wies den Antrag zurück. Hiergegen legte die Vermieterin Beschwerde beim Kammergericht Berlin ein. Mit Erfolg:

In seinem Beschluss führt das Kammergericht aus, dass der Mieter nicht von der Einhaltung der ihm obliegenden Betriebspflicht befreit sei. Etwas anderes könne sich allenfalls dann ergeben, wenn er zahlungsunfähig wäre. Das sei aber nicht anzunehmen. Der Anspruch des Vermieters auf Einhaltung der Betriebspflicht sei hingegen nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass sich das Geschäft des Vermieters als unwirtschaftlich herausstelle und der erhoffte Gewinn ausbleibe. Denn die Gefahr, dass sich eine Unternehmung als unrentabel erweise, falle stets in den Risikobereich des Unternehmers und sei deshalb unbeachtlich (unter Verweis auf: Bundesgerichtshof, Urteil vom 19.07.2000 – XII ZR 252/98).

Das Gericht sah hier auch die ausnahmsweise Vorwegnahme der Hauptsache durch die Leistungsverfügung als zulässig an. Dies begründete es damit, dass der Antragsteller – der Vermieter – dringend auf die Erfüllung angewiesen sei und deshalb eine Hauptsacheentscheidung nicht abgewartet werden könne. Nach Auffassung des Gerichts würde der Sinn der Betriebspflicht, das Einkaufszentrum durch

ein möglichst großes und vielfältiges Angebot an Geschäften für Kunden attraktiv zu halten, leerlaufen, wenn der Vermieter mit der Durchsetzung der Betriebspflicht bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens warten müsse. Denn im Falle eines Leerstandes bis zum Ende des Klageverfahrens drohten dem Vermieter nicht unerhebliche Schäden. Dieser habe nämlich – wie die übrigen Mieter des Einkaufszentrums – ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, keine Leerstände hinnehmen zu müssen. Gerade diese wirkten sich aber negativ auf die Umsätze aller Geschäfte aus.

Die Entscheidung des Kammergerichts unterbindet das nicht unübliche Vorgehen von Gewerberaummietern, ihr Ladengeschäft ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen zu schließen, sobald der erhoffte Gewinn ausbleibt. Schreitet der Vermieter eines Einkaufszentrums hiergegen nicht unverzüglich ein, besteht die Gefahr, dass dieses Verhalten von weiteren Mietern zum Vorbild genommen wird. Die Folge wäre eine Abwärtsspirale aus weiteren Geschäftsaufgaben, welche die Attraktivität des Einkaufszentrums mindern und somit zu weiteren Umsatzrückgängen führen würden. Diese können schlimmstenfalls die Existenz des Einkaufszentrums gefährden.

Rechtsanwalt Lars Koch

VI. Leitsätze zum Mietrecht

1. Der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" ist entsprechend anzuwenden, wenn der Vermieter nicht Eigentümer ist

- a) Für die Wirksamkeit eines Mietvertrages ist es ohne Belang, dass der Vermieter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht Eigentümer des Mietobjekts ist.
- b) Es ist objektiv willkürlich, § 566 Abs. 1 BGB ("Kauf bricht nicht Miete") analog auf den Fall anzuwenden, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages Vermieter- und Eigentümerstellung auseinanderfallen und auf der Eigentümerseite lediglich eine identitätswahrende Firmenänderung stattfindet.

BverfG, Beschluss vom 12.09.2013 – 1 BvR 744/13

2. Neue Tendenz des Bundesgerichtshofs zur Wirksamkeit von mietrechtlichen Abgeltungsquoten

- a) Der 8. Senat hat zwar in einem Urteil aus dem Jahr 2007 eine Quotenabgeltungsklausel über eine vom Vermieter renoviert überlassene Wohnung für unbedenklich gehalten, wenn sie eine Berücksichtigung des tatsächlichen Erhaltungszustands der Wohnung in der Weise ermöglicht, dass für die Berechnung der Quote das Verhältnis zwischen der Mietdauer seit Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen und dem Zeitraum nach Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen maßgeblich ist, nach dem bei einer hypothetischen Fortsetzung aufgrund des Wohlverhaltens des Mieters voraussichtlich Renovierungsbedarf bestünde.
- b) Es ist jedoch fraglich, ob sich auf der Grundlage des tatsächlichen Zustands der Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses eine realistische Feststellung dazu treffen lässt, welcher hypothetischen Nutzungsdauer bei "normaler" Nutzung der bei Beendigung des Mietverhältnisses bestehende Abnutzungsgrad der einzelnen Wohnräume entspricht oder ob darüber hinaus eine empirische Prognose über den (hypothetischen) Zeitpunkt des voraussichtlich eintretenden Renovierungsbedarfs bei unterstellter Fortdauer der Tatsächlichenutzung seitens des Mieters zuverlässig möglich ist oder ob dies nicht vielmehr einer Fiktion gleichkommt. Darin könnte eine unangemessene Benachteiligung des Mieters gesehen werden (Abkehr von BGH, Urteil vom 26.09.2007 – VIII ZR 352/12).

BGH, Beschluss vom 22.01.2014 – VIII ZR 352/12

3. Mieter muss nicht ohne konkreten Anlass nachmessen

Es bestehen keine allgemeinen Erkundigungs-, Untersuchungs- oder Nachforschungspflichten des Mieters bei Vertragsschluss oder Annahme der Mietsache im Zusammenhang mit möglicherweise vorhandenen Mängeln. Des Weiteren besteht im laufenden Mietverhältnis keine Obliegenheit des Mieters, die Mieträume ohne konkreten Anlass auszumessen, um die Richtigkeit der Wohnflächenangabe im Mietvertrag zu überprüfen.

LG München I, Urteil vom 19.12.2013 – 31 S 6768/13

4. Neue Fenster können zur Mietminderung berechtigten

Der vertragsgemäße Zustand der Mietsache verändert sich grundsätzlich durch Modernisierungsmaßnahmen, soweit sie zu dulden sind. Sind die neuen Fenster um 28 % kleiner und kommt es dadurch zu nachteiligen Veränderungen der Lichtverhältnisse in der Wohnung, ist eine Mietminderung gerechtfertigt, wenn diese Verschlechterung vermeidbar war.

LG Berlin, Urteil vom 06.11.2013 – 67 S 502/11

5. Vorkaufsrecht des Mieters bei Erwerbermodell

- a) Das Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB entsteht bei dem Verkauf eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten ungeteilten Grundstücks im Grundsatz nur dann, wenn sich der Verkäufer vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohnungseigentumsseinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist.
- b) Es entsteht in der Regel nicht, wenn erst die Erwerber Wohnungseigentum begründen sollen, und zwar auch dann nicht, wenn diese beabsichtigen, die neu ge-

schaffenen Einheiten jeweils selbst zu nutzen („Erwerbermodell“).

BGH, Urteil vom 22.11.2013 – V ZR 96/12

Rechtsanwältin Dr. Susanne Lösch

VII. Verwaltungsrecht

Werbeanlage als störender Gewerbebetrieb

Eine der Fremdwerbung dienende Anlage ist in einem faktischen Allgemeinen Wohngebiet nicht gebietsverträglich (§§ 34 Abs. 2 BauGB, 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO).

VG Würzburg, Urteil vom 29.07.2013 – W 4 K 12.912

Der Entscheidung des VG Würzburg lag die Klage eines Unternehmens zugrunde, das eine Baugenehmigung für eine Fremdwerbeanlage an der Fassade eines Wohnhauses begehrte. Das VG wies die Verpflichtungsklage ab. Zur Begründung führte es aus, dass der Standort des Vorhabens in einem faktischen Allgemeinen Wohngebiet liege. Eine Fremdwerbeanlage sei, so das VG Würzburg weiter, nach ständiger Rechtsprechung als eigenständige gewerbliche Hauptnutzung einzustufen. Nach der Baunutzungsverordnung könnten Gewerbebetriebe zwar ausnahmsweise auch in Allgemeinen Wohngebieten zugelassen werden. Das Gesetz verlange dafür aber, dass es sich um einen „nicht störenden“ Gewerbebetrieb handle.

Dass die zur Genehmigung beantragte Werbeanlage keinen störenden Charakter habe und daher gebietsverträglich sei, verneinte das Gericht. Für die Gebietsverträglichkeit seien auch optische Auswirkungen des Vorhabens relevant. Das Ruhebedürfnis eines Allgemeinen Wohngebietes verbiete nicht nur Lärmbelästigungen, sondern verlange allgemein die Vermeidung von atypischen Nutzungen, welche den Charakter einer kollektiven Wohngemeinschaft nach der Art des Baugebietes stören können. Die ständige Konfrontation mit der inmitten der Wohnbebauung gelegenen Werbeanlage wirke sich nach Auffassung der Kammer „massiv“ auf die Wohnruhe der Anlieger aus. Hinzu komme, dass die Umgebungs-

bebauung die Werbeanlage als gebietsuntypischen „Fremdkörper“ erscheinen lasse, von dem eine negative Vorbildwirkung ausgehen würde.

Die Entscheidung verdeutlicht die Bedeutung, welche der Gebietscharakter für die Erfolgsaussichten eines Bauantrages für Fremdwerbearbeiten hat. Es gilt die Faustregel, dass Fremdwerbung in Wohngebieten baurechtlich unzulässig ist. Nach dem Urteil des VG Würzburg ergibt sich das nicht nur aus dem Bauordnungsrecht – das teilweise nicht zum Prüfungsgegenstand des vereinfachten Genehmigungsverfahrens zählt –, sondern auch aus bauplanungsrechtlichen Vorschriften.

Rechtsanwalt Dr. Marian Klepper
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

VIII. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Rechtsfolge einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung

Besitzt ein Arbeitgeber die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kommt zwischen einem Leiharbeiter und einem Entleiher kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeiters entgegen der Regelung in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke.

Der Gesetzgeber hat bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung bewusst nicht die Rechtsfolge der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher angeordnet. Das Unionsrecht gibt kein anderes Ergebnis vor. Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) sieht keine bestimmte Sanktion bei einem nicht nur vorübergehenden

Einsatz des Leiharbeiters vor. Art. 10 Abs. 2 S. 1 der Leiharbeitsrichtlinie überlässt die Festlegung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen bei Verstößen gegen Vorschriften des AÜG den Mitgliedstaaten. Angesichts der Vielzahl möglicher Sanktionen obliegt deren Auswahl dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten für Arbeitsachen.

Die Beklagte zu 1., deren alleiniger Gesellschafter ein Landkreis ist, betreibt Krankenhäuser. Die Beklagte zu 2., eine 100 %ige Tochter der Beklagten zu 1., hat eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Sie stellte 2008 den Kläger als IT-Sachbearbeiter ein. Dieser wurde als Leiharbeiter ausschließlich in Einrichtungen der Beklagten zu 1. eingesetzt. Der Kläger hat die Feststellung begehrt, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 1. ein Arbeitsverhältnis besteht. Er hat gemeint, er sei dieser nicht nur vorübergehend überlassen worden mit der Folge, dass zwischen der Beklagten zu 1. und ihm ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr, soweit für die Revision von Interesse, stattgegeben.

Die Revision der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. ist kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Einer Entscheidung, ob der Kläger der Beklagten zu 1. nicht nur vorübergehend überlassen wurde, bedurfte es nicht, weil die Beklagte zu 2. die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Keine Passivlegitimation des Insolvenzverwalters für Kündigungsschutzklage nach Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers geht nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Insolvenzverwalter über. Eine Kündigungsschutzklage ist dann gegen den Insolvenzverwalter in seiner Eigenschaft als Partei kraft Amtes zu richten, und zwar auch dann, wenn die Kündigung noch vom Insolvenzschuldner erklärt wurde.

Übt der Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aber eine selbständige Tätigkeit aus und gibt der Insolvenzverwalter diese nach § 35 Abs. 2 InsO aus der Insolvenzmasse frei, fällt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit Wirksamwerden der Freigabeerklärung auch über die zu diesem Zeitpunkt bereits begründeten Arbeitsverhältnisse an den Schuldner zurück. Ab dann ist der Schuldner und nicht mehr der Insolvenzverwalter passiv legitimiert für eine Kündigungsschutzklage.

Der Kläger war seit 6.5.2010 beim Schuldner, der als Einzelunternehmer einen Kurier- und Kleintransportbetrieb führte, als Kraftfahrer beschäftigt. Am 15.5.2010 kündigte der Schuldner das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich. Am 20.5.2010 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Einen Tag später erklärte der Beklagte gegenüber dem Schuldner, dass er die von ihm ausgeübte selbständige Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO aus der Insolvenzmasse freigebe. Mit seiner am 1.6.2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage will der Kläger gegenüber dem Insolvenzverwalter festgestellt wissen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht fristlos, sondern ordentlich beendet wurde.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und die Revision zugelassen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage

zu Recht mangels Passivlegitimation des Insolvenzverwalters abgewiesen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21.11.2013 – 6 AZR 979/11 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Sonderzahlung mit Mischcharakter - Stichtag

Eine Sonderzahlung mit Mischcharakter, die jedenfalls auch Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung darstellt, kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht vom Bestand des Arbeitsverhältnisses am 31.12. des Jahres abhängig gemacht werden, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde.

Die Parteien haben über einen Anspruch auf eine als „Weihnachtsgratifikation“ bezeichnete Sonderzahlung für das Jahr 2010 gestritten. Der Kläger war seit 2006 bei der Beklagten, einem Verlag, als Controller beschäftigt. Er erhielt jährlich mit dem Novembergehalt eine als Gratifikation, ab dem Jahr 2007 als Weihnachtsgratifikation bezeichnete Sonderzahlung in Höhe des jeweiligen Novemberentgelts. Die Beklagte übersandte jeweils im Herbst eines Jahres ein Schreiben an alle Arbeitnehmer, in dem „Richtlinien“ der Auszahlung aufgeführt waren. In dem Schreiben für das Jahr 2010 hieß es u.a., die Zahlung erfolge „an Verlagsangehörige, die sich am 31.12.2010 in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis“ befänden; Verlagsangehörige sollten für jeden Kalendermonat mit einer bezahlten Arbeitsleistung 1/12 des Bruttomonatsgehalts erhalten. Im Lauf des Jahres eintretende Arbeitnehmer erhielten die Sonderzahlung nach den Richtlinien anteilig.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers endete aufgrund seiner Kündigung am 30.9.2010. Mit der Klage hat er anteilige (9/12) Zahlung der Sonderleistung begehrt.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Auf die Revision des Klägers hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts die Beklagte

entsprechend dem Klageantrag zur Zahlung verurteilt.

Die Sonderzahlung soll nach den Richtlinien einerseits den Arbeitnehmer über das Jahresende hinaus an das Unternehmen binden und damit die Betriebstreue belohnen, dient aber zugleich der Vergütung der im Laufe des Jahres geleisteten Arbeit. In derartigen Fällen sind Stichtagsregelungen wie die in den Richtlinien vereinbarte nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Die Klausel benachteiligt den Kläger unangemessen. Sie steht im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611 Abs. 1 BGB, weil sie dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn entzieht. Der Vergütungsanspruch wurde nach den Richtlinien monatlich anteilig erwor-

ben. Anhaltspunkte dafür, dass die Sonderzahlung Gegenleistung vornehmlich für Zeiten nach dem Ausscheiden des Klägers oder für besondere – vom Kläger nicht erbrachte – Arbeitsleistungen sein sollte, sind nicht ersichtlich.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.11.2013 – 10 AZR 848/12 (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 (Gesetze, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg -
im März 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: Druckerei Odenwälder, Karl-Trunzer-Straße 2, 74722 Buchen