

Mandanten-Rundbrief

- März 2016 -

| | | |
|------|---|----|
| I. | Privates Bau- und Architektenrecht | 2 |
| 1. | Nach Wasserschaden Maßnahmenprotokoll erstellt: Mangel dem Grunde nach anerkannt! | 2 |
| 2. | Keine Insolvenzanfechtung von Direktzahlungen des Bauherrn an Nachunternehmer bei rechtzeitigem Abschluss einer dreiseitigen Vereinbarung | 2 |
| 3. | Bestehen Prüf- und Hinweispflichten in Bezug auf Nachfolgewerke? | 4 |
| 4. | Leistung rügelos abgenommen: Kein Anspruch auf Mangelbeseitigungskosten! | 5 |
| 5. | Wann ist die Mängelbeseitigung für den Auftragnehmer unverhältnismäßig? | 6 |
| 6. | Kein Abzug "neu für alt" bei verzögerter Mängelbeseitigung | 7 |
| 7. | Keine Kündigung nach § 5 Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B bei Verzug mit Planungsleistungen | 7 |
| II. | Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht | 8 |
| III. | Vergaberecht Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts im Bundesgesetzblatt verkündet | 9 |
| IV. | Leitsätze zum Vergaberecht | 11 |
| V. | Entscheidungen zum Mietrecht | 12 |
| VI. | Entscheidungen zum Arbeitsrecht | 13 |
| VII. | Sonstiges | 16 |

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Nach Wasserschaden Maßnahmenprotokoll erstellt: Mangel dem Grunde nach anerkannt!

a) Durch ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis wird ein bestehender Mängelanspruch des Auftraggebers verstärkt. Tatsächliche und rechtliche Einwendungen des Auftragnehmers gegen den Haftungsgrund werden ausgeschlossen.

b) Erstellt der Auftragnehmer nach einem Wasserschaden ein Maßnahmenprotokoll, in dem nicht nur festgehalten wird, dass der Schaden auf einem Materialfehler beruht, sondern auch die weitere Vorgehensweise der Schadensbeseitigung und eine grundsätzliche Kostenübernahme durch den Auftragnehmer festgelegt wird, liegt ein solches deklaratorisches Schuldanerkenntnis vor.

OLG Brandenburg, Urteil vom 12.11.2015 – 12 U 176/13

Nach Installationsarbeiten in einer Wohnung kommt es wegen einer gebrochenen Übergangsmuffe zu einem Wasserschaden. Der Schaden wird vom Unternehmer nicht vollständig beseitigt. Es bildet sich Kondensat an Wänden, Scheuerleisten und Möbeln. Sieben Monate später tritt ein Schimmelpilzbefall auf. Zur Beseitigung erstellt der Unternehmer nach einem Termin mit einem Sachverständigen und den Eigentümern ein Maßnahmenprotokoll. Darin wird festgehalten, dass der Wasserschaden auf den Bruch der Muffe zurückzuführen ist und dass es bei den Trocknungsarbeiten keine hinreichenden Vorkehrungen zur Abtrocknung gegeben hat. Festgelegt werden die Schadensbeseitigung inklusive Zeitplan und die Kostenübernahme durch den Unternehmer.

Den Zeitplan hält der Unternehmer nicht ein. Daraufhin nehmen die Eigentümer die Schimmelpilzbehandlung vor, ohne den Unternehmer vorher nochmals zur Schadensbeseitigung aufzufordern. Weil der Unternehmer die Kostenübernahme verweigert, treten die Versicherungen der Eigentümer ein und nehmen den Unternehmer gerichtlich in Anspruch. Das

Landgericht gibt der Klage überwiegend statt. Hiergegen legt der Unternehmer Berufung ein.

Ohne Erfolg! Das Oberlandesgericht sieht in dem Maßnahmenprotokoll das Vorliegen eines sogenannten deklaratorischen Schuldanerkenntnisses. Danach hat der Unternehmer gegenüber den Eigentümern anerkannt, bei der Beseitigung des Wasserschadens einen Fehler gemacht zu haben, was wiederum den Schimmelpilzbefall verursacht hat. Darüber hinaus enthält das Maßnahmenprotokoll weder eine Festlegung zur nochmaligen Aufklärung der Mangelursache, noch einen Kostenvorbehalt des Unternehmers für den Fall, dass sich nachträglich eine andere Ursache für den Schimmelpilzbefall als die unzureichende Trocknung herausstellt. Anerkannt hat der Unternehmer damit auch die grundsätzliche Kostenübernahme.

Soweit die Eigentümer den Unternehmer nach Ablauf des Zeitplans aus dem Maßnahmenprotokoll nicht nochmals zur Schadensbeseitigung aufgefordert haben, sondern direkt in die Ersatzvornahme gegangen sind, ist das unschädlich. Hierauf kann sich der Unternehmer nach Treu und Glauben nicht berufen, weil er innerhalb des Zeitplans ohne Angabe von Gründen gar keine Maßnahmen ergriffen hat.

Praxishinweis: Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis einer Schadensbeseitigungsverpflichtung hat weitreichende Konsequenzen. Der Anerkennende begibt sich seiner Einwendungen gegen die Haftung. Der Adressat muss die vom Anerkenntnis erfassten Behauptungen nicht (mehr) beweisen. Will der Anerkennende später den Nachweis der Unrichtigkeit der anerkannten Tatsachen erbringen, trifft ihn dafür die volle Beweislast.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Keine Insolvenzanfechtung von Direktzahlungen des Bauherrn an Nachunternehmer bei rechtzeitigem Abschluss einer dreiseitigen Vereinbarung

Keine Anfechtung einer dreiseitigen Zahlungsvereinbarung und der daraufhin erfolgten Direktzahlung des Bauherrn an den Subunternehmer des insolventen Bauunternehmers möglich, wenn die Zahlungsvereinbarung bargeschäftlichen Charakter hat.

BGH, Urteil vom 17.12.2015 – IX ZR 287/14

Der Bundesgerichtshof hatte über folgenden Fall zu entscheiden, wie er so oder in abgewandelter Form in der Praxis oft vorkommt:

Die I. GmbH (Bauherr) beauftragte die B. GmbH (Schuldnerin) mit der Errichtung einer Brücke. Als Subunternehmerin für die Montage der Geländer setzte die Schuldnerin die spätere Beklagte ein. Diese lieferte die Geländer am 08.11.2011 auf die Baustelle und richtete diese aus. Am 10.11.2011 schlossen der Bauherr, die Schuldnerin und die Beklagte eine Vereinbarung, wonach der Bauherr 35.000,00 € des eigentlich der Schuldnerin zustehenden Werklohns direkt an die Beklagte zahlen sollte; dies entsprach dem Gegenwert der noch einzubauenden Geländer. Ab dem 11.11.2011 begann die Beklagte mit dem Einbau der Geländer. Am 18.11.2011 zahlte der Bauherr direkt an die Beklagte 35.000,00 €.

Drei Tage später stellte die Schuldnerin einen Insolvenzantrag. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen am 01.02.2012 erklärte der Insolvenzverwalter die Anfechtung der von der Beklagten vereinnahmten 35.000,00 € und forderte diese heraus. Nachdem das Berufungsgericht der Klage zunächst noch stattgegeben hatte, wies der Bundesgerichtshof die Klage in letzter Instanz ab.

Der Bundesgerichtshof stellte zunächst klar, dass vorliegend eine sogenannte "mittelbare Zuwendung" der Schuldnerin an die Beklagte vorliegt, da ein Dritter (der Bauherr) auf Anweisung der Schuldnerin einen eigentlich der Schuldnerin zustehenden Betrag direkt an jemand anderen - die Beklagte - bezahlt hat. Eine solche Zahlung stellt grundsätzlich auch eine Gläubigerbenachteiligung dar.

Grundsätzlich, d.h. ohne die angesprochene dreiseitige Vereinbarung, wäre die Direktzahlung des Bauherrn an den Subunternehmer - die Beklagte - als sogenannte inkongruente

Deckung gemäß § 131 InsO anfechtbar. Vorliegend gilt dies jedoch nicht, weil die Direktzahlung auf einer zuvor geschlossenen dreiseitigen Vereinbarung beruht.

Es kommt nun darauf an, ob diese Vereinbarung ihrerseits anfechtbar ist. Bei der vorliegenden Konstellation war dies nicht der Fall. Entscheidend dafür war der Umstand, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung der Leistungserfolg noch nicht eingetreten war. Dieser tritt regelmäßig erst mit dem Einbau, also der Verbindung mit dem Bauobjekt und somit dem Eigentumsübergang (gemäß § 94 BGB) ein. Dass zuvor bereits Leistungshandlungen erfolgt waren (Produktion der Geländer, Verbringen auf die Baustelle, Vorbereitungsmaßnahmen zum Einbau), war demgegenüber unerheblich.

Durch die geschlossene dreiseitige Vereinbarung wurde die Rechtsgrundlage für die anschließende Zahlung geschaffen, weshalb für diese keine Inkongruenz mehr vorliegt. Darüber hinaus hat die Zahlung den Charakter eines Bargeschäfts im Sinne des § 142 InsO, da die Leistung (= Einbau des Geländers) in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Gegenleistung (= Zahlung der 35.000,00 €) erfolgte und gleichwertig war.

Eine Anfechtbarkeit nach § 133 InsO (sogenannte "Vorsatzanfechtung") kommt hier ebenfalls nicht in Betracht, da der subjektive Tatbestand für eine solche Anfechtung regelmäßig entfällt, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit der potentiell anfechtbaren Rechtsbehandlung eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt.

Praxishinweis: Der Fall wäre anders entschieden worden, wenn die Direktzahlung ohne die zuvor geschlossene dreiseitige Vereinbarung erfolgt wäre. Dann hätte der Subunternehmer die vereinnahmten 35.000,00 € gemäß § 131 InsO wieder zurückzahlen müssen. Ebenso wäre der Fall anders entschieden worden, wenn die dreiseitige Vereinbarung erst geschlossen worden wäre, nachdem bereits der Einbau der Geländer erfolgt wäre. Dies zeigt, wie wichtig es ist, sich zur Vermeidung von späteren "Überraschungen" im Vorfeld von sich anbahnenden Insolvenzen Gedanken über Zahlungen und Zahlungsvereinbarungen

zu machen. Da oft schon minimale Abweichungen bei der Gestaltung zu einem vollkommen anderen Ergebnis führen können, sollte im Zweifelsfall vorher anwaltliche Hilfe eingeholt werden.

Rechtsanwalt Karsten Wagner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Bestehen Prüf- und Hinweispflichten in Bezug auf Nachfolgegewerke?

a) Der Werkunternehmer hat seine Leistung so zu erbringen, dass sie eine geeignete Grundlage für eine darauf aufzubauende Leistung ist. Er darf indes davon ausgehen, dass ein Nachfolgeunternehmer seine Werkleistung ebenfalls nach den anerkannten Regeln der Technik ausführt.

b) Nur wenn der Vorunternehmer ausnahmsweise Anhaltspunkte dafür hat, dass die Nachfolgearbeiten nicht einwandfrei ausgeführt werden können, ist er verpflichtet, den Nachfolgeunternehmer bzw. den Auftraggeber darauf hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden muss.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.04.2015 - 22 U 157/14

Der Auftraggeber (AG) nimmt den Auftragnehmer (AN1) auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Hinweispflichten in Anspruch. Der AG hatte den AN1 mit der Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit einer Laserschneidanlage beauftragt. Während der Arbeiten des AN1 kündigte der AG dem AN1 den Werkvertrag. Anschließend beauftragte der AG einen Nachfolgeunternehmer (AN2) mit dem Abschluss der Wiederherstellungsarbeiten. Der AN2 testete die Laserschneidanlage unter Vollbetrieb, wodurch es zu Schäden an der Anlage kam. Der AG ist der Auffassung, dass der AN1 den AN2 darauf hinweisen hätte müssen, dass ein Test unter Vollbetrieb zu einem Schaden an der Anlage führen kann. Das LG Mönchengladbach wies die Klage des AG gegen den AN1 ab.

Dieses Urteil hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt: Der AN1 hatte in seinem letz-

ten Arbeitsbericht darauf hingewiesen, dass die Lasermaschine nicht betriebsbereit war. Der AN1 war darüber hinaus nicht dazu verpflichtet, den AG oder den AN2 über den genauen Reparaturstand zum Zeitpunkt der Arbeitseinstellung zu informieren. Ein solcher Hinweis kann gemäß § 242 BGB nur verlangt werden, wenn die Gefahr besteht, dass der zweite Unternehmer auch bei Anwendung der anerkannten Regeln der Technik nicht erkennen kann, ob die Vorleistung des ersten Unternehmers für ihn eine geeignete Arbeitsgrundlage darstellt, um Mängel bzw. Schäden zu vermeiden. Der Vorunternehmer ist demnach z.B. dann zu einer Koordinierung der nachfolgenden Arbeiten verpflichtet, wenn er damit rechnen muss, dass dem nachfolgenden Unternehmer nicht bekannt ist, welche Verfahrensweisen bzw. Materialien von dem Vorunternehmer verwendet worden sind. Vorliegend war es dem AN2 aber ohne weiteres möglich, durch Einblick in den Arbeitsbericht des AN1 oder durch Rückfrage beim AG den konkreten Reparaturstand zu erfragen. Der AN2 ist demnach nicht seinen werkvertraglichen Prüfungs- und Bedenkenhinweispflichten bzw. seinen allgemeinen Sorgfalts- und Schutzpflichten nachgekommen. Eine Haftung des AN1 kommt deshalb nicht in Betracht.

Es verbleibt nach dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf bei dem Grundsatz, dass sich der Vorunternehmer darauf verlassen darf, dass der Nachfolgeunternehmer die erbrachten Vorleistungen selbst prüft. Der Fall, in dem es dem Nachfolgeunternehmer auch bei der Anwendung der anerkannten Regeln der Technik und unter Beachtung seiner Prüf- und Hinweispflichten nicht möglich ist zu erkennen, ob er mit seiner Leistung auf einer geeigneten Grundlage des Vorunternehmers aufbaut, wird die absolute Ausnahme bleiben. Eine Haftung des Vorunternehmers kommt noch weniger bei einer Kündigung des Auftraggebers in Betracht. Denn hier weiß der Nachfolgeunternehmer sogar, dass er auf einer unvollständigen Leistung des Vorunternehmers aufbaut.

Rechtsanwalt Sven Wellhausen
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Leistung rügelos abgenommen: Kein Anspruch auf Mangelbeseitigungskosten!

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk trotz Kenntnis des Mangels ab, ohne sich die Mängelgewährleistungsrechte vorzubehalten, steht ihm nur noch der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens zu. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen der Mangelbeseitigungskosten ist ausgeschlossen.

OLG Schleswig, Urteil vom 18.12.2015 - 1 U 125/14 (nicht rechtskräftig), vorhergehend LG Itzehoe, Urteil vom 13.06.2014 - 6 O 248/12

Die Kläger erwarben von der Beklagten mit notariellem Vertrag eine im Bau befindliche Doppelhaushälfte. Nach Fertigstellung und Abnahme rügten die Kläger neben weiteren Mängeln unter anderem das Fehlen von Rollläden im Obergeschoss. Der Kostenvorschussanspruch für diesen und weitere Mängel ist Gegenstand des Verfahrens. Das Landgericht verurteilte den Beklagten zunächst antragsgemäß. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten beim Oberlandesgericht Schleswig hat größtenteils Erfolg.

Das Oberlandesgericht Schleswig stellt nach Durchführen einer Beweisaufnahme zwar fest, dass die fehlenden Rollläden im Obergeschoss einen Mangel gem. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB darstellen. Das Oberlandesgericht hält es für erwiesen, dass sich aus der Baubeschreibung eindeutig ergibt, dass auch im Obergeschoss Rollläden an den Fenstern vorgesehen waren.

Bemerkenswert ist jedoch die weitere Feststellung des Oberlandesgerichts Schleswig. Demnach können die Kläger ihren Kostenvorschussanspruch wegen des vorliegenden Mangels nicht durchsetzen. Nach § 640 Abs. 2 BGB stehen dem Besteller die Mängelgewährleistungsrechte nach § 634 Nr. 1-3 BGB nur dann zu, wenn er sie sich bei der Abnahme vorbehält. Die Vorschrift räumt dem Werkunternehmer eine Einrede ein, die es ihm gestattet die Mangelbeseitigung in diesen Fällen zu verweigern.

Das Oberlandesgericht Schleswig schließt jedoch darüber hinaus auch den Schadensersatzanspruch in Höhe der Mangelbeseitigungskosten nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB aus. Die bisher absolut herrschende Meinung nimmt entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichtes Schleswig an, dass auch bei rügeloser Abnahme der Schadensersatzanspruch des Bestellers die Mangelbeseitigungskosten weiterhin umfasst. Das Oberlandesgericht Schleswig tritt dieser Auffassung nunmehr entgegen. Nach dessen Auffassung ist es nicht interessengerecht, dass dem Besteller auch der Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens erhalten bleiben soll. Das Oberlandesgericht begründet dies damit, dass sich der Besteller widersprüchlich verhält, wenn er zwar einerseits das Werk trotz des ihm bekannten Mangels als vertragsgerecht abnimmt, andererseits jedoch später die Mittel ersetzt haben möchte, um den Mangel zu beseitigen. Insbesondere ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts Schleswig die Differenzierung zwischen verschuldensabhängigen und verschuldensunabhängigen Ansprüchen wenig überzeugend. Angesichts des Umstandes, dass der Werkunternehmer jedem Verstoß gegen die Regeln der Technik zu vertreten hat, wird man ohnehin im Regelfall von einem Verschulden ausgehen müssen. Vor allem aber lassen sich die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches nicht mehr erreichen. Denn dieser setzt nach § 281 Abs. 1 BGB voraus, dass der Besteller dem Werkunternehmer eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt hat. Dies setzt wiederum einen durchsetzbaren Anspruch auf Nacherfüllung voraus, den der Besteller durch die rügelose Abnahme gerade verloren hat.

Zwar stellte der Bundesgerichtshof in einer früheren Entscheidung heraus, dass nach Wegfall des Nacherfüllungsanspruches der Schadensersatzanspruch erhalten bliebe, wenn dessen Voraussetzungen vorlägen. Im entschiedenen Fall sollten die Voraussetzungen jedoch deswegen vorliegen, weil der Unternehmer die Mangelbeseitigung verweigert hatte (BGHZ 77, 134, 138). Darin liegt jedoch ein logischer Bruch, weil der Werkunternehmer die Nachbesserung nach der rügelosen Abnahme verweigern darf. Der Anspruch auf Nacherfüllung nach § 634 Nr. 1 soll dem Besteller gerade nicht zustehen.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig steht im absoluten Widerspruch zur bisher herrschenden Meinung. Konsequenterweise hat es aus diesem Grund die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen. Es ist somit noch nicht abschließend entschieden, ob der Bundesgerichtshof seine zum alten Schuldrecht erstellte Rechtsauffassung weiterhin aufrecht erhält oder sich der Auffassung des Oberlandesgerichts Schleswig anschließt. Aufgrund der nunmehr bestehenden Unsicherheiten kann man Bestellern bei der Abnahme nur dazu raten, jeden erkennbaren Mangel unbedingt bei der Abnahme im Abnahmeprotokoll vorzubehalten, um nicht nachher dem Einwand des § 640 Abs. 2 BGB ausgesetzt zu sein.

Rechtsanwältin Daniela Fiedler
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

5. Wann ist die Mängelbeseitigung für den Auftragnehmer unverhältnismäßig?

Mit dem Tatbestandsmerkmal der „Unverhältnismäßigkeit“ im Rahmen des § 13 Abs. 6 VOB/B und § 635 Abs. 3 BGB hat sich erneut ein Gericht auseinandersetzen müssen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.04.2015 - 21 U 182/14

Gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B und § 635 Abs. 3 BGB kann ein Auftragnehmer (AN) die Mängelbeseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde. In § 635 Abs. 3 BGB wird es so formuliert: „Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 (BGB) verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.“

Mit der Frage der Unverhältnismäßigkeit hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem gerade veröffentlichten Urteil vom 14.04.2015 - 21 U 182/14 befasst:

Ein unverhältnismäßiger Aufwand im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB ist dann anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb ver-

gleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Wenn der Auftraggeber (AG) objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags hat, kann ihm der AN regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern. Mängel, durch die die Funktionsfähigkeit des Werkes spürbar beeinträchtigt wird, führen regelmäßig dazu, dass eine Verweigerung der Nachbesserung unter Verweis auf die hohen Kosten unberechtigt ist.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat dazu weiter entschieden, dass es für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserungskosten nicht der Erkenntnis bedarf, dass der Werkunternehmer diese nur mit besonderen Schwierigkeiten zu tragen in der Lage ist.

Zur Frage des „objektiv berechtigten Interesses an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags“ haben sich auch der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht Stuttgart geäußert: Maßgeblich für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit ist die vertragliche Vereinbarung („subjektiver Mangelbegriff“). Dies hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10.04.2008 - VII ZR 214/06 so formuliert: „Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung darf das Interesse des Auftraggebers an einer vertraglich vereinbarten höherwertigen und risikoärmeren Art der Ausführung nicht deshalb als gering bewertet werden, weil die tatsächlich erbrachte Leistung den anerkannten Regeln der Technik entspricht.“ In gleicher Weise hat sich das Oberlandesgericht Stuttgart mit seinem Urteil vom 24.07.2012 - 10 U 56/12 geäußert: „Das mit der Vereinbarung einer bestimmten Ausführung bekundete Interesse des Auftraggebers an einer bestimmten Art der Leistung stellt sich als objektiv berechtigt dar und schließt eine Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung nicht mit der Begründung aus, dass die tatsächlich erbrachte Leistung den anerkannten Regeln der Technik entspricht.“

Rechtsanwalt Dr. Heiko Falk
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

6. Kein Abzug "neu für alt" bei verzögerter Mängelbeseitigung

a) Der wesentliche Mangel hat zwei Merkmale, ein objektives und ein subjektives. Das objektive Merkmal ist die allgemeine Verkehrsauffassung darüber, ob der vorliegende Mangel unter Zugrundelegung des Vertragszwecks als empfindlich und deswegen als beachtlich anzusehen ist. Beim subjektiven Merkmal ist das spezielle Interesse des Auftraggebers einer vertragsgerechten Leistung in Betracht zu ziehen.

b) Ein Abzug "neu für alt" wegen der verlängerten Lebensdauer ist nicht vorzunehmen, wenn diese auf einer verspäteten Mängelbeseitigung beruht, da sich der Auftraggeber während des Ausbleibens der Nacherfüllung mit einem mangelhaften Werk begnügen musste.

OLG Dresden, Urteil vom 16.07.2014 - 1 U 600/12 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH am 11.06.2015 zurückgewiesen)

Ein Bauherr beauftragt als Auftraggeber (AG) durch Vertrag vom 22.03.2001 unter Einbeziehung der VOB/B 2000 einen Unternehmer (AN) mit der Errichtung eines Hauses. Der AG nimmt das Bauwerk am 15.05.2002 ab. Anschließend zeigen sich am Gebäude zahlreiche Risse. Zwischen dem AG und dem AN entsteht ein sich länger hinziehender Streit zur Frage, wer hierfür verantwortlich ist. Das Gericht folgt der Beurteilung des Sachverständigen, wonach der AN die Mängel zu vertreten hat und verurteilt den AN an den AG Schadensersatz für die zwischenzeitlich vom AG beseitigten Schäden zu bezahlen (§ 13 Abs. 7 VOB/B). Der AN weigert sich, die vollen Kosten für die im Rahmen der Mängelbeseitigung notwendigen Malerarbeiten zu übernehmen. Durch den Neuanstrich stelle sich der AG besser, als er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte, weil er nun eine völlig neue Leistung erhält.

Das Oberlandesgericht gab dem AN nicht Recht. Ein Abzug „neu für alt“ scheidet aus. Nach dem Zweck der Gewährleistungsvorschrift soll dem Besteller zumindest nachträglich zu einem vertragsgemäßen Werk verhol-

fen werden und zwar ohne zusätzliche Kosten und grundsätzlich ohne Rücksicht auf die inzwischen ohne sein Zutun vergangene Zeit. Der Anspruch des AG auf eine neue und mangelfreie Werkleistung darf nicht dadurch geschmälert werden, dass der AN trotz ständiger Mängelrügen seiner Vertragspflicht nicht nachkommt. Ebenso wenig braucht sich der AG darauf verweisen zu lassen, er habe das – wenn auch fehlerhafte – Werk immerhin längere Zeit nutzen können. Dabei handelt es sich um eine unvermeidliche Nutzung, die gerade nicht den vertraglich geschuldeten unbeeinträchtigten Gebrauch ermöglicht und deshalb keinen Abzug rechtfertigt (BGH, Urteil vom 17.05.1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206 m.w.N.).

Es erfolgt somit kein Abzug „neu für alt“, wenn der AN zu Unrecht seine Verantwortlichkeit bestreitet.

Praxishinweis: Anders wäre die Situation, wenn der AG Bauleistungen, die verschleißanfällig sind, längere Zeit ohne Einschränkungen nutzen kann, und nicht mit der mangelbehafteten Leistung „leben“ muss. Wenn dann - als Folge neu auftretender Mängel - die bisher unbeschädigte Leistung in Mitleidenschaft gezogen wird, darf ein Abzug „neu für alt“ vorgenommen werden. Ausnahmsweise ist ein Abzug "neu für alt" auch geboten, falls trotz später Mängelbeseitigung keine Gebrauchsnachteile eintreten (s. Kapellmann/Messerschmidt – Weyer, VOB, 5. Aufl. 2015, § 13 VOB/B, Rn 276).

Rechtsanwältin Corinna Kühlmeyer

7. Keine Kündigung nach § 5 Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B bei Verzug mit Planungsleistungen

a) § 5 Abs. 4 VOB/B findet keine Anwendung auf den Verzug mit Planungsleistungen.

b) § 5 Abs. 4 VOB/B ist nur auf Bauleistungen anwendbar.

c) Ein Planungsverzug kann eine Unzuverlässigkeit des Auftragnehmers begründen, die zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt.

OLG Köln, Urteil vom 30.07.2013 – 24 U 179/11 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH am 25.06.2015 zurückgewiesen)

Bei einem Generalübernehmervertrag, der Bau- und Planungsleistungen für die Modernisierung und Renovierung eines Gebäudes (inkl. Fassade) zum Gegenstand hat, wird die Geltung der VOB/B vereinbart. Der Auftragnehmer (AN) kommt sowohl mit der Planung als auch mit dem Ausbau in Verzug. Daraufhin erklärt der Auftraggeber (AG) die Kündigung des Generalübernehmervertrages. Mit der Klage verlangt der AG vom AN im Wege des Schadensersatzes u. a. die Fertigstellungsmehrkosten sowie weitere Verzugsschäden.

Die Klage hat keinen Erfolg. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts, die letzten Endes vom Bundesgerichtshof bestätigt wird, hat der AG keinen Anspruch auf Erstattung der Fertigstellungsmehrkosten und des weiteren Verzugsschadens. Als Anspruchsgrundlage für die Fertigstellungsmehrkosten kommt § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B in Betracht. Dessen Voraussetzungen liegen aber nicht vor. § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B setzt für den hier relevanten Fall des Verzuges des AN den fruchtlosen Ablauf einer Frist nach § 5 Abs. 4 VOB/B voraus. § 5 Abs. 4 VOB/B findet jedoch – darin liegt das in doppelter Hinsicht Bemerkenswerte – keine Anwendung auf Planungsleistungen mit dessen Erbringung der AN in Verzug ist. Die Regelung greift nur beim Verzug mit der Ausführung von Bauleistungen.

Zwar kann § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B auch dann Anwendung finden, wenn die Voraussetzungen von § 5 Abs. 4 VOB/B nicht gegeben sind, aber ein sonstiger wichtiger Kündigungsgrund vorliegt. Ein solcher sonstiger wichtiger Kündigungsgrund kann beispielsweise in der Unzuverlässigkeit des AN liegen, und der Verzug mit Planungsleistungen kann u. U. ein Indiz für die Unzuverlässigkeit des AN sein. Im zugrunde liegenden Fall liegt ein wichtiger Kündigungsgrund aber nicht vor. Ebenso scheidet der Anspruch auf Ersatz von weiteren Verzugsschäden am Fehlen einer Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund.

Die VOB/B findet grundsätzlich nur Anwendung auf Bauleistungen. Geht es um Planungsleistungen, kommt („lediglich“) das BGB

zur Anwendung, auch wenn ein Vertrag mit gemischten Inhalten aus Bau- und Planungsleistungen vorliegt. Das ist die erste Besonderheit. Führt man diese Rechtsprechung konsequent fort, dürfte dem AG ebenfalls die Berechtigung fehlen, über § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B Planungsleistungen einseitig anzuordnen. Hierin liegt die zweite Besonderheit. Auch das Anordnungsrecht kann sich dann nur auf Bauleistungen erstrecken. Planungsleistungen kann der AG dem AN nur unter den Voraussetzungen von § 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B abverlangen.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Zur Verjährung des Anspruchs auf Stellung der Sicherheit nach § 648a BGB

- a) Bei dem Anspruch des Unternehmers aus § 648a Abs. 1 BGB auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit handelt es sich um einen sog. verhaltenen Anspruch. Die Verjährung dieses Anspruchs beginnt daher entsprechend § 604 Abs. 5, § 695 Satz 2, § 696 Satz 3 BGB erst mit der Geltendmachung des Anspruchs durch den Unternehmer.
- b) Darauf, ob der Unternehmer zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens bereit und in der Lage ist, die eigene Leistung zu erbringen, kommt es nicht an (Abgrenzung zu der § 648a BGB in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung betreffenden Rechtsprechung des BGH [Urteile vom 09.11.2000 - VII ZR 82/99, NZBau 2001, 129 = IBR 2001, 17, und vom 27.09.2007 - VII ZR 80/05, NJW-RR 2008, 31 = IBR 2007, 675]).
- c) Die Vereinbarung eines Gewährleistungseinbehalts schließt den Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit im Sinne von § 648a Abs. 1 BGB hinsichtlich dieses Teilbetrages nicht aus. Nach der Neuregelung des § 648a BGB ist allein maßgeblich, dass dem Unternehmer überhaupt

noch ein Vergütungsanspruch zusteht (Anschluss an BGH, Urteil vom 06.03.2014 - VII ZR 349/12, NZBau 2014, 343 = IBR 2014, 344).

- d) § 648a BGB ist ferner auch im VOB-Vertrag uneingeschränkt anwendbar (Anschluss an BGH, Urteil vom Urteil vom 16.04.2009 - VII ZR 9/08, NZBau 2009, 439 = IBR 2009, 381).

OLG Hamm, Urteil vom 08.10.2015 - 21 U 71/15

2. Aufrechnung mit Vertragsstrafe vor Abnahme: Kein Vorbehalt mehr erforderlich

Ein Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme ist gemäß § 341 Abs. 3 BGB jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Besteller bereits vor Abnahme die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe erklärt hat und der Anspruch auf Vertragsstrafe infolgedessen bereits vollständig erloschen ist (insoweit Aufgabe von BGH, Urteil vom 04.11.1982 - VII ZR 11/82, BGHZ 85, 240 = NJW 1983, 384).

BGH, Urteil vom 05.11.2015 - VII ZR 43/15

3. Kein Honorar und keine Mängelansprüche bei nachträglicher Schwarzgeldabrede

- a) Treffen die Parteien eines Architektenvertrags nach Vertragsschluss und Leistungserbringung eine "Ohne-Rechnung-Abrede" zur Hinterziehung von Umsatzsteuer, erfasst die Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz nicht nur den Abänderungsvertrag, sondern das gesamte geänderte Vertragsverhältnis, so dass aus diesem Vertrag keine Gewährleistungsrechte oder Honoraransprüche mehr hergeleitet werden können.
- b) Das gilt jedenfalls dann, wenn eine Teilbarkeit der synallagmatischen Beziehung in Zeiträume mit und ohne sittenwidrige Honorarvereinbarung nicht möglich ist und die "Ohne-Rechnung-Abrede" damit (auch)

das Entgelt für die Planung, aus der Gewährleistungsansprüche hergeleitet werden sollen, betrifft.

OLG Stuttgart, Urteil vom 10.11.2015 - 10 U 14/15

4. Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers bei verjährten Mängelansprüchen

Der Besteller kann wegen eines Mangels der Werkleistung ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Unternehmer nach Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche gemäß § 215 BGB geltend machen, wenn dieser Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und daher ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit geltend gemacht werden konnte.

BGH, Urteil vom 05.11.2015 - VII ZR 144/14

5. Honorar für Projektsteuerer bei fehlender Regelung

- a) Das (zwingende) Preisrecht der HOAI ist auf Tätigkeiten eines Projektsteuerers nicht anzuwenden.
- b) Ein Stundensatz von 110 € ist für Projektsteuerungsleistungen üblich und angemessen.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 11.12.2014 - 8 U 93/14; BGH, Beschluss vom 21.05.2015 - VII ZR 13/15 (NZB zurückgenommen)

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Vergaberecht

Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergModG) im Bundesgesetzblatt verkündet

Am 23.02.2016 wurde das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergModG) im Bundesgesetzblatt verkündet. Mit dem Gesetz werden drei Richtlinien der Europäischen Uni-

on zur Neuregelung des Vergaberechts für Aufträge oberhalb der EU-weiten Schwellenwerte für klassische öffentliche Aufträge, Sektoraufträge und Konzessionsvergaben umgesetzt. Die inhaltlichen Neuregelungen des VergRModG treten am 18.04.2016 in Kraft.

Durch das VergRModG wird das sogenannte Kartellvergaberecht im 4. Abschnitt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umfassend neu geregelt. Dabei hat der Gesetzgeber den Versuch unternommen, nicht nur die europäischen Vorgaben der einschlägigen Richtlinien umzusetzen, sondern auch einige – nicht alle – übergreifende Regelungen in das GWB hochgezogen, die sich bislang in den verschiedenen Vergabeordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF, SektVO, VSVgV) fanden. Dazu gehören z.B. Bestimmungen zur Eignung der Bieter und zu Ausschlussgründen (jetzt § 122 ff. GWB). Darüber hinaus finden sich im neuen Kartellvergaberecht aber auch einige echte Neuerungen.

War bislang der Vorrang des offenen Verfahrens ein grundlegendes Prinzip des deutschen Vergaberechts, werden künftig öffentliche Auftraggeber die freie Wahl zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren – letzteres stets mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb – haben (§ 119 Abs. 2 GWB). Darüber hinaus führt der Gesetzgeber neben den bisher bekannten Verfahrensarten, nämlich dem offenen und nicht offenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog eine weitere Verfahrensart ein, die Innovationspartnerschaft (§ 119 Abs. 7 GWB). Diese neue Verfahrensart wird allerdings nur für sehr spezielle Aufträge in Frage kommen, die die Entwicklung innovativer, am Markt noch nicht verfügbarer Leistungen zum Gegenstand haben.

Wie schon in der Vergangenheit können öffentliche Auftraggeber auch zukünftig umweltbezogene und soziale Aspekte bei der Festlegung der Zuschlagskriterien berücksichtigen, wenn diese Kriterien in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen. In diesem Zusammenhang betont der Gesetzgeber nunmehr aber den Aspekt der Betrachtung des (gesamten) Lebenszyklus der aususchreibenden Leistung stärker als zuvor. Die Formulierung des Gesetzes (§ 127 Abs. 3 GWB),

dass ein Zuschlagskriterium dann in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand steht, wenn sich das Kriterium nicht nur auf Prozesse der Herstellung, der Bereitstellung oder der Entsorgung der Leistung bezieht, sondern auch auf ein anderes Stadium des Lebenszyklus, verdeutlicht den Gestaltungsspielraum, der dem öffentliche Auftraggeber bei der Festlegung von Zuschlagskriterien zusteht.

Etliche weitere Änderungen im GWB stellen dagegen weitgehend einen gesetzgeberischen Nachvollzug der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dar. Das gilt beispielsweise für die jetzt auch gesetzlich normierte In-house-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit (§ 108 GWB), für die Voraussetzungen und Folgen von Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit eines öffentlichen Auftrags (§ 132 GWB) oder auch für die Selbstreinigung eines früher ungeeigneten Bieters (§ 125 GWB).

Die Regelungen zum Vergabenachprüfungsverfahren sind von der Neufassung des Kartellvergaberechts vorrangig nur äußerlich betroffen, sind nunmehr nämlich in den §§ 155 GWB zu finden (früher §§ 102 ff. GWB). Eine wichtige Neuerung betrifft aber die Rügeobliegenheit der Bieter vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens: Aus europarechtlichen Gründen war die bisherige Regelung, wonach ein Bieter einen von ihm erkannten Vergabeverstoß „unverzüglich“ gegenüber dem Auftraggeber rügen musste (§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB alt), von etlichen Vergabekammern und Gerichten für zu unbestimmt und deshalb für unwirksam gehalten worden. Auf die damit eingetretene Rechtsunsicherheit hat der Gesetzgeber reagiert, indem er im neuen § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB (§ 160 GWB neu entspricht im Übrigen dem früheren § 107 GWB) die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags an eine vorherige Rüge des Bieters knüpft, die der Bieter innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gegenüber dem Auftraggeber erhoben haben muss. Der Gesetzgeber hat insoweit also Klarheit und Rechtssicherheit geschaffen.

Obwohl das GWB in seiner neuen Fassung nunmehr sehr viel umfassender vergaberechtliche Bestimmungen trifft als zuvor, hat der Gesetzgeber nicht alle Normen des bisherigen Vergaberechts auf die Ebene des GWB verla-

gert. Weitere vergaberechtliche Bestimmungen finden sich nämlich in der noch vom Bundesrat zu beschließenden Mantelverordnung, mit der eine grundlegend überarbeitete Vergabeverordnung, die überarbeitete Sektorenverordnung und eine neue Konzessionsvergabeordnung eingeführt werden. Die neue Vergabeverordnung wird auch Inhalte zum Gegenstand haben, die bislang z.B. von der VOL/A und der VOF erfasst waren. Daneben verbleibt es weiterhin bei einer – allerdings ebenfalls überarbeiteten – VOB/A. Für Bauvergaben wird es also auch in Zukunft eine eigene Vergabeordnung geben.

Rechtsanwalt Martin vom Brocke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

IV. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Entscheidung über Gewährung von Akteneinsicht I

- a) Ein Bieter kann sich im Wege der sofortigen Beschwerde gegen eine Zwischenentscheidung der Vergabekammer über die Gewährung von Akteneinsicht wenden, wenn er geltend machen will, dass durch die Offenlegung bestimmter Aktenteile wegen des Schutzes seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in seine Rechte eingegriffen wird, ohne dass die damit verbundenen Nachteile wieder ausgeglichen werden können.
- b) Die Vorschrift des § 111 Abs. 1 GWB gewährt grundsätzlich ein Akteneinsichtsrecht. Der Versagungstatbestand des § 111 Abs. 2 GWB ist als Ausnahmefall zu verstehen. Deshalb ist dem Interesse auf Akteneinsicht in der Regel der Vorrang vor dem Interesse auf Geheimnisschutz einzuräumen.

OLG Jena, Beschluss vom 08.10.2015 - 2 Verg 4/15

2. Entscheidung über Gewährung von Akteneinsicht II

Die Versagung der Akteneinsicht kann nur im Zusammenhang mit der sofortigen Beschwer-

de in der Hauptsache angegriffen werden. Eine solche Entscheidung ist also nicht isoliert anfechtbar. Vielmehr ist sie als reine Zwischenentscheidung zunächst hinzunehmen.

OLG Jena, Beschluss vom 13.10.2015 - 2 Verg 6/15

3. Aufklärungspflicht des Auftraggebers I: Offensichtliche Eintragungsfehler des Bieters

- a) § 5 EG Abs. 1 VOB/A 2012, wonach Bauleistungen so vergeben werden, dass eine einheitliche Ausführung und zweifelsfreie umfassende Haftung für Mängelansprüche erreicht wird, so dass sie in der Regel mit den zur Leistung gehörenden Lieferungen vergeben werden sollen, ist keine bieterschützende Vorschrift im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB.
- b) Die nach pflichtgemäßem Ermessen ausübende Befugnis des Auftraggebers nach § 15 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2012 von einem Bieter Aufklärung zu verlangen, um sich unter anderem über seine Eignung und das Angebot selbst zu unterrichten, kann sich zu einer Aufklärungspflicht verdichten, wenn dem Bieter in einer formularmäßigen Erklärung offensichtlich ein Eintragungsfehler unterlaufen ist (hier: offensichtlich unrichtig ausgefüllte formularmäßige Frauenfördererklärung nach der Anlage zu § 1 Abs. 2 der Frauenförderverordnung Berlin - FFV). Ein Ausschluss wegen derartiger offensichtlicher Eintragungsfehler (hier: nach § 5 Abs. 1 FFV) ist erst dann zulässig, wenn der Bieter den Fehler nach einem ordnungsgemäßen, insbesondere unmissverständlichen Hinweis in einer angemessenen Nachfrist nicht ausräumt.

KG Berlin, Beschluss vom 07.08.2015 - Verg 1/15

4. Aufklärungspflicht des Auftraggebers II: Widersprüchliche Angaben des Bieters

- a) Der Begriff der Erklärungen oder Nachweise ist - gleichviel, ob er auftragsbezogene oder unternehmensbezogene Angaben, Willenserklärungen oder Wissensmitteilungen betrifft - nach dem Zweck der Norm denkbar weit zu verstehen.
- b) § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 bezieht den Anwendungsbereich der Nachforderung ausschließlich auf solche Erklärungen oder Nachweise, die von Bietern bereits mit dem Angebot vorzulegen sind.
- c) Der öffentliche Auftraggeber darf Angebote, die bei Vorliegen formaler Mängel jedenfalls im Sinn von § 13 EG Abs. 1 Nr. 4, § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 wegen widersprüchlicher Angaben (Erklärungen oder Nachweise) an sich "ausschlusswürdig" sind, nicht ohne Weiteres von der Wertung ausnehmen, ohne das von einem Ausschluss bedrohte Bieterunternehmen zuvor zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert und ihm Gelegenheit gegeben zu haben, den Tatbestand der Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015 - Verg 35/15

5. Auch Sub-Sub-Unternehmer sind im Nachunternehmerverzeichnis aufzuführen

Ist mit Angebotsabgabe ein Verzeichnis der Nachunternehmer vorzulegen, sind mit Angebotsabgabe auch die Sub-Sub-Unternehmer aufzuführen. Dafür ist nicht erforderlich, dass der Auftraggeber explizit eine "ausführliche Übersicht der Nachunternehmer" verlangt.

VK Sachsen, Beschluss vom 28.08.2015 - 1/SVK/020-15

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Entscheidungen zum Mietrecht

1. Mieterhöhung auch bei Wohnflächenabweichung nur unter Beachtung der Kappungsgrenze

Der Bundesgerichtshof hat – unter teilweiser Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung – entschieden, dass eine Mieterhöhung nach § 558 BGB auf der Basis der tatsächlichen Wohnfläche zu erfolgen hat, unabhängig davon, ob im Mietvertrag eine abweichende Wohnfläche angegeben und wie hoch die Abweichung von der tatsächlichen Wohnfläche ist.

Der Beklagte ist Mieter einer 5-Zimmer-Wohnung der Klägerin in Berlin. Im Mietvertrag sind die Wohnfläche mit 156,95 qm und die monatliche Miete mit 811,81 DM angegeben. Tatsächlich beträgt die Wohnfläche 210,43 qm.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Zustimmung zur Erhöhung der derzeitigen Bruttokaltmiete von 629,75 € auf insgesamt 937,52 €. Dies begründet sie damit, dass sie nach den allgemeinen Mieterhöhungsvorschriften zu einer Erhöhung der momentan geschuldeten Miete um 15 % (94,46 €) sowie darüber hinaus wegen einer Überschreitung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um 33,95 % zu einer entsprechenden weiteren Anhebung berechtigt sei. Der beklagte Mieter hat nur einer Mieterhöhung um 94,46 € zugestimmt. Die auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung um weitere 213,31 € gerichtete Klage der Vermieterin ist in den Vorinstanzen abgewiesen worden.

Die vom Landgericht zugelassene Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat hat entschieden, dass es im Mieterhöhungsverfahren nach § 558 BGB nur auf die tatsächliche Wohnungsgröße ankommt. § 558 BGB soll es dem Vermieter ermöglichen, eine angemessene, am örtlichen Markt orientierte Miete zu erzielen. Für den Vergleich ist deshalb allein der objektive Wohnwert der zur Mieterhöhung anstehenden Wohnung maßgeblich, während etwaige Vereinbarungen der Mietvertragsparteien über die

Wohnungsgröße im Mieterhöhungsverfahren keine Rolle spielen können, denn sonst würden nicht die tatsächlichen, sondern vertraglich fingierte Umstände berücksichtigt. An seiner früheren Rechtsprechung, dass der Vermieter sich an einer im Mietvertrag zu niedrig angegebenen Wohnfläche festhalten lassen muss, wenn die Abweichung nicht mehr als zehn Prozent beträgt, hält der Senat deshalb nicht mehr fest. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, dass die Wohnfläche im Mietvertrag zu groß angegeben ist; hier kann der Vermieter die Miete gemäß § 558 BGB ebenfalls nur auf der Grundlage der tatsächlichen (niedrigeren) Wohnfläche erhöhen.

Neben der Berücksichtigung der wirklichen Wohnungsgröße im Rahmen der allgemeinen Mieterhöhungsvorschriften (§ 558 BGB) - das heißt unter Beachtung der Kappungsgrenze - besteht für den Vermieter keine weitere Möglichkeit der einseitigen Mietanpassung. Insbesondere ergibt sich aus einer unzutreffenden Wohnflächenangabe im Mietvertrag noch kein Anwendungsfall eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Dem steht bereits entgegen, dass die zutreffende Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche regelmäßig in die Risikosphäre des Vermieters fällt.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.11.2015 - VIII ZR 266/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thilo Braun

2. Einbau von Rauchwarnmeldern durch den Vermieter: Duldungspflicht des Mieters grundsätzlich auch bei vorangegangener Selbstausrüstung durch den Mieter

Der Bundesgerichtshof hat zwei Urteile des Landgerichts Halle bestätigt, in denen es um die Frage ging, ob der Mieter den Einbau von Rauchwarnmeldern durch den Vermieter auch dann zu dulden hat, wenn er die Wohnung zuvor schon selbst mit von ihm ausgewählten Rauchwarnmeldern ausgestattet hat.

In beiden Fällen hatte die Vermieterin - in einem Fall eine Wohnungsbaugesellschaft, im anderen Fall eine Wohnungsbaugenossen-

schaft - beschlossen, den eigenen Wohnungsbestand einheitlich mit Rauchwarnmeldern auszustatten und warten zu lassen. In beiden Fällen hatten die beklagten Mieter den Einbau mit Hinweis darauf abgelehnt, dass sie bereits eigene Rauchwarnmelder angebracht hätten.

Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass die von den Vermietern beabsichtigten Maßnahmen bauliche Veränderungen sind, die zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts und einer dauerhaften Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse im Sinne von § 555b Nr. 4 und 5 BGB führen und deshalb von den Mietern zu dulden sind. Dadurch, dass der Einbau und die spätere Wartung der Rauchwarnmelder für das gesamte Gebäude "in einer Hand" sind, wird ein hohes Maß an Sicherheit gewährleistet, das zu einer nachhaltigen Verbesserung auch im Vergleich zu einem Zustand führt, der bereits durch den Einbau der vom Mieter selbst ausgewählten Rauchwarnmeldern erreicht ist.

Darüber hinaus ergibt sich die Duldungspflicht der beklagten Mieter auch daraus, dass den Klägerinnen der Einbau von Rauchwarnmeldern durch eine gesetzliche Verpflichtung (§ 47 Abs. 4 BauO LSA) auferlegt ist und somit aufgrund von Umständen durchzuführen ist, die von ihnen nicht zu vertreten sind (§ 555b Nr. 6 BGB).

Bundesgerichtshof, Urteile vom 17.06.2015 - VIII ZR 216/14 und VIII ZR 290/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Thilo Braun

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Keine Anrechnung eines vorausgegangenen Praktikums auf die Probezeit im Berufsausbildungsverhältnis

§ 20 S. 1 Berufsbildungsgesetz (BBiG) ordnet zwingend an, dass das Berufsausbildungsverhältnis mit einer Probezeit beginnt. Beide Vertragspartner sollen damit ausreichend Gelegenheit haben, die für die Ausbildung im konkreten Ausbildungsberuf wesentlichen Um-

stände eingehend zu prüfen. Dies ist nur unter den Bedingungen des Berufsausbildungsverhältnisses mit seinen spezifischen Pflichten möglich. Die Dauer eines vorausgegangenen Praktikums ist deshalb nicht auf die Probezeit in einem folgenden Berufsausbildungsverhältnis anzurechnen. Auf den Inhalt und die Zielsetzung des Praktikums kommt es nicht an.

Der Kläger bewarb sich im Frühjahr 2013 bei der Beklagten um eine Ausbildung zum Kaufmann im Einzelhandel. Die Beklagte versprach ihm die Aufnahme der Ausbildung zum 1. August 2013. Zur Überbrückung schlossen die Parteien einen „Praktikantenvertrag“ mit einer Laufzeit bis zum 31. Juli 2013. Nach dem gesonderten Berufsausbildungsvertrag begann anschließend die Ausbildung mit einer Probezeit von drei Monaten. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2013, welches dem Kläger am gleichen Tag zuzug, kündigte die Beklagte das Berufsausbildungsverhältnis zum 29. Oktober 2013. Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Sie sei erst nach Ablauf der Probezeit erklärt worden. Das dem Berufsausbildungsverhältnis vorausgegangene Praktikum sei auf die Probezeit anzurechnen. Die Beklagte habe sich bereits während des Praktikums ein vollständiges Bild über ihn machen können.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Das Berufsausbildungsverhältnis konnte während der Probezeit gemäß § 22 Abs. 1 BBiG ohne Einhalten einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Die Tätigkeit des Klägers vor dem 1. August 2013 ist nicht zu berücksichtigen. Dasselbe würde auch dann gelten, wenn es sich hierbei nicht um ein Praktikum, sondern um ein Arbeitsverhältnis gehandelt hätte (vgl. BAG, Urteil vom 16. Dezember 2004 - 6 AZR 127/04).

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.11.2015 - 6 AZR 844/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

2. Sozialplanabfindung - Benachteiligung wegen Behinderung

Eine unmittelbar an das Merkmal der Behinderung knüpfende Bemessung einer Sozialplanabfindung ist unwirksam, wenn sie schwerbehinderte Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern, die in gleicher Weise wie sie von einem sozialplanpflichtigen Arbeitsplatzverlust betroffen sind, schlechter stellt.

Nach einem von den Betriebsparteien vereinbarten Sozialplan errechnet sich die Abfindung für die Milderung der Nachteile aus einem Arbeitsplatzverlust wegen einer Betriebsänderung individuell nach dem Bruttomonatsentgelt, der Betriebszugehörigkeit und einem Faktor (Formelberechnung). Die hiernach ermittelte Abfindung ist bei vor dem 1. Januar 1952 geborenen Arbeitnehmern, welche nach einem Arbeitslosengeldbezug von längstens zwölf Monaten die vorzeitige Altersrente wegen Arbeitslosigkeit erstmals in Anspruch nehmen können, auf maximal 40.000 € begrenzt. Hingegen sind Mitarbeiter, die aufgrund einer Schwerbehinderung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rente beanspruchen können, von der individuellen Abfindungsberechnung ausgenommen. Sie erhalten eine Abfindungspauschale in Höhe von 10.000 € sowie einen Zusatzbetrag von 1.000 €, der allen schwerbehinderten Arbeitnehmern zusteht.

Der 1950 geborene und schwerbehinderte Kläger war seit Mai 1980 bei der Beklagten beschäftigt. Anlässlich der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses am 31. März 2012 erhielt er neben dem Zusatzbetrag weitere 10.000 € als Abfindung, die sich nach der Formelberechnung ansonsten auf 64.558 € belaufen hätte. Mit seiner Klage hat er zuletzt die Zahlung einer weiteren Abfindung in Höhe von 30.000 € unter Berücksichtigung der Begrenzung für rentennahe Jahrgänge verlangt.

In diesem Umfang haben die Vorinstanzen der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hatte vor dem Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Differenziert ein Sozialplan für die Berechnung einer Abfindung zwischen unterschiedlichen Arbeitnehmergruppen, hat ein damit einhergehender Systemwechsel die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleich-

behandlungsgesetzes (AGG) zu beachten. In der Regelung über den pauschalierten Abfindungsbetrag für Arbeitnehmer, die wegen ihrer Schwerbehinderung rentenberechtigt sind, liegt eine unmittelbar an das Merkmal der Behinderung knüpfende Ungleichbehandlung. Diese benachteiligt behinderte Arbeitnehmer, denen nach einer für nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer geltenden Berechnungsformel ein höherer Abfindungsbetrag zustehen würde. Sie darf gemäß § 7 Abs. 2 AGG ihnen gegenüber nicht angewendet werden.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17.11.2015 - 1 AZR 938/13 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

3. Gleichbehandlung Arbeiter und Angestellte

Eine unterschiedliche Behandlung von Arbeitern und Angestellten ist nicht zu beanstanden, wenn mit der Anknüpfung an den Statusunterschied gleichzeitig auf einen Lebenssachverhalt abgestellt wird, der geeignet ist, die Ungleichbehandlung sachlich zu rechtfertigen.

Bei der Beklagten gilt eine als Betriebsvereinbarung abgeschlossene Versorgungsordnung, wonach die Höhe der Betriebsrente u.a. von der Einreihung in eine der 21 Versorgungsgruppen abhängt. Die Zuordnung der Angestellten zu den Versorgungsgruppen richtet sich nach sogenannten Rangstufen, die Zuordnung der Arbeiter nach sogenannten Arbeitswerten. Bis zur Versorgungsgruppe 14 können in die Versorgungsgruppen sowohl Arbeiter als auch Angestellte eingereiht werden.

Der Kläger, der in die Versorgungsgruppe 10 eingereiht ist, hat mit seiner Klage die Einordnung in eine höhere Versorgungsgruppe begehrt. Seine Klage blieb - wie bereits in den Vorinstanzen - auch vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts erfolglos. Die Versorgungsordnung der Beklagten verstößt nicht gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Die unterschiedliche Zuordnung der Arbeiter und Angestellten zu den Versorgungsgruppen knüpft an die bei Erlass der Versorgungsordnung geltenden un-

terschiedlichen Vergütungssysteme für beide Beschäftigtengruppen an. Entgegen der Ansicht des Klägers wurden die Arbeiter bei der konkreten Zuordnung zu den Versorgungsgruppen auch nicht gegenüber den Angestellten unzulässig benachteiligt. Die Betriebsparteien haben die Zuordnung der Arbeiter und Angestellten zu den Versorgungsgruppen anhand der von den Arbeitnehmern durchschnittlich erreichbaren Vergütungen vorgenommen. Dies ist nicht zu beanstanden.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.11.2015 - 3 AZR 575/14 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

4. Leiharbeitnehmer zählen für Art der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer

Wahlberechtigte Leiharbeitnehmer auf Stammarbeitsplätzen sind für den Schwellenwert von in der Regel mehr als 8.000 Arbeitnehmern mitzuzählen, ab dessen Erreichen die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) grundsätzlich nicht mehr als unmittelbare Wahl, sondern als Delegiertenwahl durchzuführen ist.

Nach § 9 Abs. 1 MitbestG werden die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer eines Unternehmens mit in der Regel mehr als 8.000 Arbeitnehmern durch Delegierte gewählt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die unmittelbare Wahl beschließen. § 9 Abs. 2 MitbestG bestimmt, dass die Wahl in Unternehmen mit in der Regel nicht mehr als 8.000 Arbeitnehmern in unmittelbarer Wahl erfolgt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die Wahl durch Delegierte beschließen.

Das MitbestG definiert den Begriff „Arbeitnehmer“ nicht selbst, sondern verweist in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MitbestG auf den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG. Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat unter Fortführung seiner neueren Rechtsprechung, nach der die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs insbesonde-

re von einer normzweckorientierten Auslegung des jeweiligen gesetzlichen Schwellenwertes abhängt, entschieden, dass für die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG jedenfalls wahlberechtigte Leiharbeitnehmer auf Stammarbeitsplätzen mitzuzählen sind. Der Senat hatte nicht darüber zu befinden, ob Leiharbeitnehmer auch bei anderen Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung in die Berechnung einbezogen werden müssen.

Wie in den Vorinstanzen blieb damit der Antrag von 14 in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern, den Hauptwahlvorstand zu verpflichten, die Wahl als unmittelbare Wahl durchzuführen, beim Bundesarbeitsgericht erfolglos. Der Hauptwahlvorstand hatte unter Einbeziehung von 444 auf Stammarbeitsplätzen eingesetzten wahlberechtigten Leiharbeitnehmern eine Gesamtbeschäftigtenzahl in dem Unternehmen von 8.341 Personen festgestellt. Der Beschluss, die Aufsichtsratswahl als Delegiertenwahl durchzuführen, entspricht daher der vom Gesetz in § 9 Abs. 1 MitbestG vorgesehenen Regelwahlart.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom
04.11.2015 - 7 ABR 42/13 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Tobias Mosig
Fachanwalt für Arbeitsrecht

VII. Sonstiges

Veranstaltungshinweis: Die Klinikimmobilie der nächsten Generation

Der sechste Kongress „Die Klinikimmobilie der nächsten Generation – Wegweisende Impulse aus der Praxis für eine bessere Ökonomie und Performance“ findet dieses Jahr am 22. und 23. Juni 2016 in Frankfurt in THE SQUAIRE statt.

Über 40 Referenten aus den USA, Europa und Deutschland berichteten im Plenum und in den zwölf Themenblöcken über aktuelle und praxisorientierte Entwicklungen in Bereichen wie Medizintechnik und Hygiene, Krankenhausbau und -ausstattung, Green Hospital, Digitales Krankenhaus, Technologie und Umwelt sowie juristische Themen.

Martin vom Brocke und Dr. Heiko Falk wurden eingeladen, dort einen Vortrag zu neuesten Entwicklungen auf dem Gebiet des Vergaberechts zu halten.

Nähere Informationen zu der Veranstaltung, an der Bauherren, Planer, Berater und wichtige Akteure aus dem Bereich des Gesundheitsbaus teilnehmen, finden Sie unter www.dieklinikimmobilie.de.

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

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im März 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